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

INDICE N. 1/2018

ALEJANDRO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ

International protection of places of worship p. 1

FABIANO DI PRIMA, MARCO DELL'OGLIO

Lo Stato italiano e la Chiesa cattolica, oggi: il consolidamento del principio della reciproca collaborazione (art. 1 accordo di revisione concordataria). Il paradigma delle fabbricerie p. 28

ALESSANDRO PEREGO

I beni temporali della Chiesa nel Codice dei canoni delle Chiese orientali p. 90

TOMMASO GAZZOLO

Balzac e la "realtà" del diritto p. 129

CATERINA FRATEA

I rapporti tra ordinamento dell'Unione europea e organismi sportivi dopo la sentenza meca-medina p. 152

ALESSANDRO PROVERA

Infezioni nosocomiali e responsabilità penale del medico p. 178

ROSANNA ORTU

Note in tema di Societas Vanaliciaria p. 204

PAOLA OMBRETTA CUNEO

Il ripudio nel tardo Impero: una costituzione di Teodosio II p. 224

MARIATERESA AMABILE

Dignitas Neglecta: le leggi *de hebraeis* di Graziano p. 243

PAOLA BIANCHI

Collegium aquae: cenni di una ricerca *in itinere* sulla tarda antichità p. 258

MARIA ANTONIETTA LIGIOS

Note sul regime successorio dei dediticii Aeliani in Gai. *3.74-76* p. 281

ROSA PALAVERA

Come un frattale. Rilevanza contravvenzionale del vestire religiosamente o culturalmente connotato e paradigmi penalistici "in diversa scala" p. 307

BARBARA BOSCHETTI

Pathways of anti-corruption law in the global arena p. 352

GIANLUCA DE DONNO, ELENA GIUNTA, MOSTAFA EL-FAR, JOHN SHEHATA

The role of Shari'a as a source of law: looking for a pragmatic approach p. 375

GIOVANNI BOMBELLI

Risorse fondamentali e diritto: la questione dell'acqua. Aspetti filosofico-giuridici p. 416

VP VITA E PENSIERO

JusOnline n. 1/2018
ISSN 1827-7942

Alejandro González-Varas Ibáñez

Associate Professor. Faculty of Law. Universidad de Zaragoza

International protection of places of worship*

SOMMARIO: Introduction - 2. Freedom of religion and places of worship - 2.1. The establishment of places of worship as a manifestation of the fundamental right of freedom of religion - 2.2. The right to the opening of places of worship: specific manifestations - 3. Violence against religion and places of worship - 3.1. International organizations, religious-based violence and attacks on religion - 3.2. Their reflection in places of worship - 3.3. Visibility of religion, shared public space and social integration - 4. Conclusions.

1. Introduction

One of the main manifestations of the fundamental right of freedom of religion is the establishment of and free access to places of worship and cemeteries. Neverheless, this right is not respected in every country. Recent events such as violent and terrorist acts that seek justification on the basis of religion and, on the other hand, an increase in "hate speech" and other attacks on religions have led sacred spaces to become one of the targets of these behaviours. On the other hand, it is possible to realize that there is not a so evident violence, but population and public powers make difficult to stablish this kind of places. The States -as it happens with many European countries- do not hesitate to recognize the religious freedom and the right to build temples or cimiteries but then, as a matter of fact, they display practical difficulties so that the religious denominations are able to get a space or a licence to stablish these settlements. Anyway, beyond those formal reasons given in order to justify the denial of the required licences to build, the fear or the discrimination are hidden. It would seem that allowing the building of these spaces means to let the largest evidence of the foreing or alien presence, and a release of the own identity or to let. It is possible even to find persons or authorities that show the suspicion that the worship places can became centers of fundamentalism or even of terrorism. So, we are facing one of the more important causes of religious

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

discrimination int the current moment, at least in the European countries. For this reason, it is worth considering the criteria that are are being established by international organizations to avoid their destruction or to let their construction and thereby ensure the free exercise of the fundamental right of freedom of religion. These measures will also contribute to preserving a substantial part of the cultural heritage of different countries.

Despite the importance of this topic, there are not many scientific studies about it. It is surprising because there is indeed a large amount of international text and national and international cases of law that pay attention to the risk of falling into religious discriminations as a result of the above related behaviours. So, it needs to undertake this task and to try to avoid unjustified suspicions around the worship places, and to assure the right exercise of the religious freedom. I'm going to focus my attention in the field of the United Nations, and in the European one. In relation to the last framework, I'm going to take into account the resolutions, statements and reports emanating from the European Union and the Organization for Security and Co-operation in Europe (hereafter OSCE)., the European Union, and the Council of Europe, and the cases of law ruled by the Europan Court on Human Rights. As well, these international organizations make often specific references to concret associated countries. It is particularly interesting the references made to Central and Eastern European States, which are one of the targets of this research.

To carry out this study, I have mainly examined primary documents enacted by the international organizations that I have just refered. This focus will allow the closeness between this set of organizations to be ascertained, at least with regard to aspects relating to the requirement of protecting places of worship. Then, I have looked legal literature up. It is possible to quot many works about the religious freedom in the international documents, but -as I have already said- it is not so easy to find bibliography about the international legal situation of the specific places of worship.

This approach explains the structure of this work. First, it is studied the relationship between the human right to freedom of religion and the right of opening of and access to places of worship and burial will be studied, this latter issue being a manifestation of the former broader right (Section 2.1). In spite of this, the exercise of this right sometimes seems to be complicated by legal or administrative issues (Section 2.2). The concern exhibited by these international organizations in relation to the progressive increase in violence that is antireligious or motivated by certain interpretations of religious faiths (Section 3.1) will then be examined. As I have put forward, one of the main foci of this has been religious spaces, as they are visible elements of the persecuted beliefs (Section 3.2). Finally, some suitable channels for facilitating cohabitation and preventing violent acts related to religion will be proposed (Section 3.3).

2. Freedom of religion and places of worship

2.1. The establishment of places of worship as a manifestation of the fundamental right of freedom of religion

The opening of places of worship is one of the various manifestations derived from the fundamental right of freedom of religion in its collective dimension. This is recognized by international texts which says to us that, among other manifestations, this freedom includes public and private worship, both individually and collectively. One can find texts of this type both within the ambit of the United Nations[1] and within other regional spheres such as the Council of Europe and the European Union[2]. Some of these texts—again, both in the universal[3] and European contexts[4]—even specifically indicate that one of the

[1] Article 18 of the Universal Declaration of Human Rights, 1948. Article 18 of the International Covenant on Civil and Political Rights, 1966.

[2] Article 9 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, signed in Rome in 1950. Article 10 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2000.

[3] Article 6 a) of the Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief, proclaimed by the General Assembly of the United Nations, Resolution 35/55, of 25 November 1981. In Human rights committee, *General Comment No. 22: Article 18 (Freedom of Thought, Conscience or Religion)*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, of 27 September, 1993, § 4, the committee understands that the construction of places of worship is a manifestation of freedom of religion.

manifestations of this right is carrying out worship, holding meetings related to religion or beliefs and, in addition, establishing and maintaining places for those purposes. There are also appeals to the need to freely access them. This is the case of the European Union when it warns that one of the main constraints to the fundamental right of freedom of religion that States sometimes engage in is to hinder access to places of worship or meeting for religious reasons, or to cemeteries.[5]

For its part, the United Nations[6] has on several occasions urged States to adopt the necessary measures and policies to ensure respect for and protection of

---

This is also specifically indicated by the Human rights Council, in the Resolution on the *Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief* (6/37, of 14 December of 2007, § 9.g). It should be kept in mind that, as a result of the approval of this resolution, the Special rapporteur on freedom of religion or belief had to produce a special report entitled *Promotion and Protection of all human rights, civil, political, economic, social, and cultural rights, including the right to development*, A/HCR/10/8, of 6 January 2009. The relationship between freedom of religion and the right to establish places of worship is developed in § 23. The Human rights council favourably received this report in document A/HRC/10/L.34, of 20 March 2009. See also. United nations high commissioner for human rights, Resolution on the *Elimination of All Forms of Religious Intolerance*, E/CN.4/RES/2004/36, of 19 April 2004, § 4.d).

[4] In the case of the European Union, and as has been put forward in footnote n. 3, Article 10 of Charter of Fundamental Rights of the European Union recognizes the right of freedom of religion. The Council of the European Union has subsequently specified that this right includes "the right to establish and maintain freely accessible places of worship or assembly," in the document *EU Guidelines on the promotion and protection of freedom of religion or belief*, of 24 June 2013, § 19. The OSCE, meanwhile, ensures that the states parties respect the right of religious communities to establish and maintain freely accessible places of worship or meeting, § Questions relating to security in Europe, 16.4 of the *Concluding document of the Vienna meeting 1986 of representatives of the participating states of the Conference on Security and Co-Operation in Europe, held on the basis of the provisions of the final act relating to the follow-up to the conference*, signed in Vienna on 15 January 1989. Continual reference will be made to the texts approved by the Council of Europe and the jurisprudence of the European Court of Human Rights throughout this study, especially those which refer to the question addressed in sections 2.2 and 3.2.

[5] Council of the european Union (foreign affairs council meeting), *EU Guidelines on the promotion and protection of freedom of religion or belief*, of 24 June 2013, § 41.

[6] Resolution adopted by the General Assembly on *Combating intolerance, negative stereotyping, stigmatization, discrimination, incitement to violence and violence against persons, based on religion or belief*, A/RES/68/169, of 18 December 2013, § 9. Equally, the Resolution with the same title of 18 December 2014, A/RES/69/174, § 9. Resolutions of the General Assembly of the United Nations on *freedom of religion or belief*, of 18 December 2013, § 13.d) and of 18 December 2014, A/RES/69/175, § 13.d. Resolution of the General Assembly of the United Nations on *Combating defamation of religions*, A/RES/61/164, of 19 December 2006, §2. Resolution of the General Assembly of the United Nations on the *Elimination of all forms of intolerance and of discrimination based on religion or belief*, A/RES/61/161, of 19 December 2006, § 4.b). United nations commission on human rights, Resolution on the *Elimination of All Forms of Religious Intolerance*, 2005/40, of 19 April 2005, § 4.b). United nations human rights council *Combating intolerance, negative stereotyping, stigmatization, discrimination, incitement to violence and violence against persons, based on religion or belief*, 28/29, of 27 March 2015, § 10. Idem, Resolution on *Freedom of religion or belief*, A/HRC/RES/25/12, of 27 March 2014, § 3.f). Idem, Resolution on the *Elimination of all forms of intolerance and of discrimination based on religion or belief*, 6/37, of 14 December 2007, § 9.3). In the same vein, United nations special rapporteur on freedom of religion or belief, *Elimination of all forms of religious intolerance. Interim report*, A/65/207, of 29 July 2010, § 30. United nations high commissioner for human rights, Resolution on the *Elimination of All Forms of Religious Intolerance*, E/CN.4/RES/2004/36, of 19 April 2004, § 4.e). Economic and social council (human rights commission),

places of worship and other places of importance from a religious point of view such as cemeteries, or cultural and meeting centres, or other religious expressions, and to implement measures to avoid their being subjected to desecration or destruction. Likewise, it is added[7] that people in these are in an even greater situation of vulnerability due to the nature of the activities that are carried out within them. For this reason, it is recommended that States pay greater attention to acts of violence and attacks perpetrated against these places, an aspect that will be examined in greater depth in Section 3.2. In addition to their relationship with the fundamental right to freedom of religion, the need for their protection is reinforced in that cultural heritage—in addition to religious heritage—often even has a global impact.[8]

It is significant that the General Assembly of the United Nations has passed a resolution expressly aimed at the protection of religious sites.[9] This resolution condenses some of the principles previously mentioned here. First of all, it condemns all acts or threats of violence, destruction, damage or danger directed at religious sites in their capacity as such that are still taking place in the world. Alongside this, it urges States to provide effective protection of these places and prevent any threat against them.

It should also be remembered that international agreements and declarations—whether universal[10] and European[11]—on the rights of national, ethnic

---

Report of Asma Jahangir, Special Rapporteur on freedom of religion or belief, E/CN.4/2005/61, of 20 December 2004, § 48.

[7] Economic and social council (human rights commission), *Report of Asma Jahangir, Special Rapporteur on freedom of religion or belief*, E/CN.4/2005/61, of 20 December 2004, § 49. United nations special rapporteur on freedom of religion or belief, *Elimination of all forms of religious intolerance. Interim report*, A/65/207, of 29 July 2010, § 31.

[8] See the emphasis placed on the cultural aspect by the Special rapporteur on freedom of religion or belief, *Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development*, A/HCR/10/8, of 6 January 2009, §§ 53 and 54, and references to other texts contained therein.

[9] Resolution A/RES/55/254, of 11 June 2001, on *Protection of religious sites*.

[10] Articles 1, 5 and 7 of the Convention on the Elimination of Racial Discrimination, adopted by the General Assembly of the United Nations, Res. 2106 A (XXI), of 21 December 1965. Article 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights, approved by the General Assembly of the United Nations, Resolution 2200 A (XXI), of 16 December 1966. Articles 1 to 4 of the Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, approved by the General Assembly of the Nations United, Resolution Res. 47/135, of 18 December 1990. Moreover, United nations special rapporteur on freedom of religion or belief, *Elimination of all forms of religious intolerance. Interim report*, of 17 July 2009. A/64/150, §§ 23, and 32-34. Idem, *Elimination of all forms of religious intolerance. Interim report*, A/65/207, of 29 July 2010, § 33.

or religious minorities have expressly recognized the right to preserve their cultural identity and to practice their own religion without any discrimination and in full equality before the law, regardless of whether or not they are nationals of the country, and without their being required even to be permanent residents.[12] In order to guarantee these rights, States should adopt the necessary measures to facilitate their exercise.[13]

These measures for the protection of places of worship also extend to times of war. Accordingly, Article 53 of Additional Protocol I to the Geneva Conventions of 1949, signed on 8 June 1977, indicates that the following actions are prohibited: a) the commission of acts of hostility directed against historical monuments, works of art or places of worship that constitute the cultural or spiritual heritage of peoples; (b) the use of such property in support of military efforts; (c) the targeting of such property for the purposes of reprisals.[14] Furthermore, Article 16 of Additional Protocol II, aimed at establishing humanitarian standards in cases of civil wars, is expressed in similar terms.[15] All this is indicated without prejudice to the provisions of the Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict of 14 May 1954.

Reminders of the importance of avoiding the destruction or deterioration of these places in times of war have also been given by the OSCE in different

---

[11] Articles 5 to 8 of the Framework Convention for the Protection of National Minorities, by the Council of Europe, of 1 February 1995. In this regard, Article 22 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2000. Article 3 of the European Charter for the Safeguarding of Human Rights in the City, of 18 May 2000. In relation to the issues covered in this note and the previous one, cfr. M. Roca Fernández, "Diversidad cultural y universalidad de los derechos: retos para la fundamentación del Derecho", in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 9 (2005), pp. 357-377.

[12] This is the general understanding of the Human rights committee, *General Comment No. 23: Article 27 (Rights of Minorities)*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, of 26 April 1994, §§ 5.1 and 5.2. As a result, this Committee adds, the exercise of those rights must not be denied to migrant workers or people who are visiting a state party of the Convention and who form part of a minority.

[13] The Human rights committee, in the *General Comment No. 23: Article 27 (Rights of Minorities)*, cit., understands in this regard that positive measures by States may also be necessary to protect the identity of a minority and the rights of its members to enjoy and develop their culture and language and to practise their religion, in community with the other members of the group.

[14] In relation to the meaning of this article, vid. Y. Sandoz - C. Swinarski - B. Zimmermann (Ed.), *Commentary on the Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and relating to the protection of victims of international armed conflicts (Protocol I)*. Martinus Nijhoff Publishers. Geneva,1987, pp. 639-648.

[15] This article precisely establishes the following: "Without prejudice to the provisions of the Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict of 14 May 1954, and of other relevant international instruments, it is prohibited: (a) to commit any acts of hostility directed against the historic monuments, works of art or places of worship which constitute the cultural or spiritual heritage of peoples; (b) to use such objects in support of the military effort".

documents.[16] As has been noted, the destruction of places of worship and religious objects can have adverse consequences for human dignity and fundamental rights, as they are an important component of social cohesion.[17] In addition, their deliberate destruction "may be tantamount to advocating and inciting national, racial or religious hatred and thereby violates the fundamental principles of international human rights law."[18]

These considerations allow it to be confirmed that the opening of places of worship is a manifestation of the human right to freedom of religion. It cannot be stated that this freedom is duly recognized and guaranteed if it is impeded or if barriers to their opening or to the use of corresponding burial spaces are established. Although this is the understanding found in the international arena, problems in exercising the right to open these spaces continue. The next section will focus on this.

2.2. The right to the opening of places of worship: specific manifestations.

My analysis so far has considered the way in which international organizations identify the opening of places of worship with the exercise of freedom

---

[16] OSCE, *Kyiv Ministerial Council Decision 3/13 on Freedom of Thought, Conscience, Religion or Belief*, of 6 December 2013, which in its last section exhorts participating states to "Adopt policies to promote respect and protection for places of worship and religious sites, religious monuments, cemeteries and shrines against vandalism and destruction". Idem, *Baku Declaration (Resolution on Protection of Cultural Property in the OSCE Area)*, 28 June to 2 July 2014, § 15. Idem (The OSCE Human Dimension Implementation Meeting), *Food for thought paper. Protection of places of worship and other religious objects in "hybrid" war*. Warsaw, 1 October 2014. This international organization has shown particular interest in the need to preserve the cultural heritage of Member States. In this regard, the *Document of the Cracow Symposium on the Cultural Heritage of the CSCE Participating States*, of 6 June 1991, emphasizes the value of this ensemble of material and intangible property. The main objective of this declaration is to ensure their protection, which does not prevent § 26's recognition of the important contribution of creeds, institutions and organizations of a religious nature to the formation of cultural heritage. Therefore, Member States will closely cooperate in order to preserve it, paying due attention to monuments and objects of religious origin.

[17] OSCE (The OSCE Human Dimension Implementation Meeting), *Food for thought paper. Protection of places of worship and other religious objects in "hybrid" war*. Warsaw, 1 October 2014, p. 1. The origin of this document is the war in Ukraine. It focuses on one of the effects that, like all war, this conflict has had: the destruction of cultural heritage and significant religious sites. This situation is deplorable, as was noted by the representatives of the churches and religious organizations of Ukraine and Russia during their meeting in Oslo between 9 and 11 September 2014. They fully agreed that no violence committed against the clergy, lay people, religious buildings or houses of prayer of any confession is acceptable, in *ibid.*, p. 2.

[18] OSCE, *Baku Declaration (Resolution on Protection of Cultural Property in the OSCE Area)*, 28 June to 2 July 2014, § 16.

of religion and appeal to States to preserve these spaces—even in times of war—and not to hinder opening of them and access to them. It would now be appropriate to focus on some more specific recommendations and on situations in which the exercise of this right often encounters greater difficulties in practice.

First, it should be kept in mind that the United Nations[19] has demanded respect for the properly religious purpose of spaces, so that public authorities do not encroach on their method of use or organization in pursuing other objectives. In particular, the political instrumentalization of such spaces is to be avoided. They should remain outside of partisan tensions and conflicts and political contingencies.

Apart from this, the difficulties in the exercise of the right to the opening of these places tend to arise from issues that might be labelled as "urban planning." It is not uncommon for some of the difficulties in the establishment of places of worship to stem from a lack of spaces available for them. However, it is difficult to detect from the international sphere an identification of obligations on the part of states to reserve spaces of this type or the maintaining of particular behaviours.[20] It seems rather in general to make the exhortation not to not put up obstacles or for there to be legal certainty in terms of urban planning so that the rules governing this matter are known so that the party concerned can plan its actions when obtaining a space for building its place of worship. Moreover, the request is usually made that equality between religious denominations be guaranteed so as to offer equal

[19] Economic and social council (human rights commission), *Report of the Special Rapporteur on religious intolerance: Visit to India*, visit to India, E/CN.4/1997/91/Add.1, of 30 December 1996, § 93.

[20] This is a complex matter, for which each country has offered its own solution. In the case of Spain, there is a large body of literature that analyses urban planning rules relating to places of worship. Within this literature, see the following studies: A. Castro Jover, "Los lugares de culto en el Derecho urbanístico: un análisis desde la igualdad material", in *Laicidad y Libertades*, 7 (2007), pp. 22-35. J. Ferreiro Galguera, "Política del gobierno en materia de libertad religiosa e integración del Islam", in Z. Combalía – M.P. Diago – A. González-Varas Ibáñez (Eds.), *Derecho islámico e interculturalidad*. Iustel. Madrid 2011, pp. 377-379. A. González-Varas Ibáñez, "La situación jurídica de las mezquitas en España y en el ámbito internacional", in Z. Combalía – M.P. Diago – A. González-Varas Ibáñez (Eds.), *Derecho e Islam en una sociedad globalizada*. Tirant lo Blanch. Valencia 2016, pp. 227-236. S. González-Varas Ibáñez, *Tratado de Derecho Administrativo*, 2nd ed. Tomo V. Cívitas Madrid, 2013. J.J. Guardia Hernández, *Libertad religiosa y urbanismo: estudio de los equipamientos de uso religioso en España*. EUNSA. Pamplona, 2010. M. Moreno Antón, "El tratamiento de los lugares de culto: a propósito del proyecto de ley de Cataluña sobre centros de culto o de reunión con fines religiosos", in *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, 17 (2008), pp. 13-30. M. Rodríguez Blanco, *Libertad religiosa y confesiones*. Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2000, pp. 195-204. J.A. Rodríguez García, *Urbanismo y confesiones religiosas*. Montecorvo. Madrid, 2003. F. Romero Saura, "Lugares de culto y régimen urbanístico", in J. Otaduy (Ed.), *Régimen legal de los lugares de culto. Nueva frontera de la libertad religiosa*. EUNSA. Pamplona, 2013. pp. 65-91.

opportunities to all in when a religious meeting place is opened. I will now examine the way in which these criteria have been established.

First of all, it can be observed that the United Nations has called on national authorities to have urban planning rules that do not restrict exercise of freedom of religion to a greater extent than they should, and it calls for these to be compatible with international norms.[21]

The starting point of the European Court of Human Rights, meanwhile, is the need to comply with planning regulations and the land management of each country at the time of erecting places of worship.[22] At the same time, it has taken the view that exercising the right to freedom of religion is made more difficult if the possibility of establishing places of worship does not corresponds to identifiable rules in each country and is instead random or dependent on the goodwill that the public administration may have in each case.[23] Its understanding has also been that States enjoy a wide margin of appreciation in relation to urban planning, since this is necessary to prevent uncontrolled land development. For this reason, it has held that the right to freedom of religion does not in itself justify a confession's being able to demand that the public authorities obtain a place of worship for it.[24] It has also held that by virtue of this criterion, if a country has given appropriate importance to the right to freedom of religion in relation to the various aspects of urban planning, a confession cannot make a claim based on Article 9 of the European Convention on Human Rights in order to make urban planning rules not apply.[25] Indeed, reasons such as the need to install public services or the preservation of the environment may prevail in preventing the erecting of a space

[21] In this regard, General Assembly of the United Nations, *Elimination of all forms of religious intolerance - Situation in Turkey*, A/55/280/Add.1, of 11 August 2000, § 160-d).

[22] L. Martín-Retortillo, "Libertad religiosa, construcción de templos y exigencias urbanísticas. Precisiones de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", in Various Authors, *Ciudades, Derecho urbanístico y libertad religiosa*. Fundación Carlos Pi y Suñer. Barcelona, 2010, p. 55.

[23] Judgement of the European Court of Human Rights (JECtHR) in the case Izzettin Dogan and others v. Turkey, 26 April 2016, § 130.

[24] JECtHR in the case Griechische Kirchengemeinde München und Bayern v. Germany, 18 September 2007, § 1.

[25] European Commission on Human Rights, IKSON v. the United Kingdom, 8 March 1994.

for religious use in a given area.[26] Or it may simply be that a social need justifying the reservation of that space for these purposes is not appreciated.[27]

Moreover, the Court also maintains that the right to freedom of religion does not necessarily imply that States should confer a special status on places of worship. However, it does recognize that a particularly beneficial regime in favour of a particular religion should not deny the possibility of extending that situation to other entities.[28]

Another relevant issue is the licenses that religious denominations must obtain for the construction and opening of these spaces or the carrying out of works on them. This is a question that has been extensively debated in the domestic legal systems—as is the case of Spain, for example[29]—and guidance has also been offered on it by international organizations. From this latter perspective, the European

---

[26] In this regard, JECtHR of the case Johannische Kirche and Peters v. Germany, 10 July 2001, in relation to the impossibility of locating a cemetery in the place that the confession requested.

[27] A paradigmatic JECtHR in this regard is the case Vergos v. Greece of 24 June 2004, principally § 32 et seq. In this case, the applicant had made a request to his town council to modify its town planning so that sufficient space was reserved for the construction of a house of prayer for his confession. However, in this case the only adherent to the religion was the applicant himself. As such, the town council did not modify the plan on the basis that it considered that there was no social need to justify doing so. The Court found that the religious freedom of the applicant had to be weighed against the public interest reflected in the land management and, given the circumstances, public interest should prevail over the applicant's freedom of religion. See also JECtHR Casa missionaria per le missioni estere di Steyl v. Italy, of 13 May 2004.

[28] JECtHR of the case Cumhuriyetçi Egitim ve Kültür Merkezi Vafki v. Turkey, of 20 April 2015, §§ 48 and 49. In this case, the applicant confession made a complaint on the basis that the Turkish State had not paid the electricity bill for its places of worship, when it had done so for other confessions. In the case of The Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v. United Kingdom, of 4 June 2014, the Court also affirmed that, if a State establishes certain tax privileges for a confession, it should also allow them for others. On the relationship between the principles of freedom and equality of religion in relation to places of worship, cfr. also the JECtHR of the case Greek-Catholic Parish of Lupeni and others v Romania of 19 May 2015, especially §§ 109-121. More related with the tax issues indicated previously, JECtHR of the case Association Cultuelle du Temple Pyramide v. France, of 30 April 2013, §§ 32-40 and 49-51. In addition, JECtHR of the case Association des Chevaliers du Lotus d'Or v. France, of 30 April 2013, §§ 31-39 and 41-44. Sometimes it is also necessary to take into account that some States sanction a regime of inviolability for places of worship. On this, see M. Roca Fernández, "Interpretación del término 'inviolabilidad'en el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, sobre Asuntos jurídicos, de 3-I-1979", in *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, 29 (2012).

[29] See in this regard A. Castro Jover, "Los lugares de culto en el Derecho urbanístico…", cit., pp. 36-43. J. Ferreiro Galguera, "Política del gobierno en materia de libertad religiosa e integración del Islam", cit., pp. 379-381. D. García Pardo, "La apertura y clausura de los lugares de culto en la jurisprudencia española", in A.-C- Álvarez Cortina – M. Rodríguez Blanco, *La religión en la ciudad. Dimensiones jurídicas del establecimiento de los lugares de culto*. Comares. Granada, 2012, pp. 5173. J.J. Guardia Hernández, *Libertad religiosa y urbanismo*, cit., p. 249 et seq. S. González-Varas Ibáñez, *Tratado de Derecho Administrativo*, 2nd ed. Vol. V, cit. M. Moreno Antón, "El tratamiento de los lugares de culto…", cit., p. 33 et seq. A. Motilla, "La protección de los lugares de culto islámicos", in Idem (Ed.), *Los musulmanes en España*. Trotta. Madrid, 2004, pp. 89-91. M. Rodríguez Blanco, *Libertad religiosa y confesiones*, cit., pp. 204-218.

Court of Human Rights[30] has taken the view that the fundamental right of freedom of religion is fully compatible with legal systems' stipulation of the need to obtain authorization to erect a place of worship as long as the requirements are not disproportionate and do not amount to an unreasonable curtailment of this fundamental right. Justification here rests on the need to preserve public order and the rights and freedoms of third parties.

It is therefore understood that there may be reasons for requiring certain licenses, but without this allowing any intervention in relation to a place of worship for their acquisition. In this regard, provisions such as those contained in one particular Spanish law have been considered disproportionate: Catalonia's regional law on places of worship that demands not only a planning licence[31], but also a municipal licence for the opening and use for all places of worship[32]. Although the ends that inspire this regime may in themselves be plausible,[33] they run the risk of placing excessive restrictions on freedom of religion by creating a level of administrative control that is somewhat excessive in relation to the establishment of these spaces.[34]

---

[30] This can be appreciated in the JECtHRs of the case Vergos v. Greece, of 24 June 2005, § 37. It was set out more clearly (if this was needed) in the judgement in the case of Manoussakis v. Greece, of 26 September 1996, § 35 et seq. It is also interesting to observe the declaration of the Commission on Human Rights of the Council of Europe in which the case of IKSON v. the United Kingdom, 8 March 1994, was held to be inadmissible. In this case, the Council of an English town banned the activity of this Krishna religious community because it was being carried out in a building that did not meet the necessary conditions. They had reached an agreement that no more than one thousand people would use the building per day, but the religious group accommodated a significantly higher number than this. The Commission held the appeal to be inadmissible because it was in its view ill founded, but it still indicated that the change of use that the community brought to the building transgressed the aforementioned agreement and justified the sanction imposed. It is worth noting that L. Martín-Retortillo in "Libertad religiosa, construcción de templos y exigencias urbanísticas…", cit., p. 43, takes the view that one of the most important aspects of this decision is the normality with which it is assumed that there are objective planning rules that must be respected, that these are imposed on everyone for the general good and that freedom of religion therefore cannot serve as an excuse for circumventing that legality.

[31] Article 9.3 of that regional law. The regime of planning licences is regulated in Article 12 of the law and Article 21 of Catalan regulation 94/2010 of 20 July, issued in implementation of regional law 16/2009, in the *Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña*, no. 5676, of 22 July.

[32] Article 9.1 of Catalan law 16/2009.

[33] According to articles 1 and 8 of Catalan law 16/2009, and articles 8 to 17 of implementing regulation 94/2010, the reasons behind this regulation involve ensuring that the premises meet the minimum technical and material conditions that ensure people's safety, as well as the appropriate health conditions under the terms specified in the implementing regulation. In the event that such a licence has not been obtained, Article 11.1 of the law indicates that the mayor of the corresponding municipality must order the closure of the premises and eviction from them.

[34] Cfr. M. Moreno Antón, "El tratamiento de los lugares de culto…", cit., p. 42.

Furthermore—and more interestingly for this study because of its connection with international norms—one author[35] has indicated that these provisions do not seem to be suited to a context such as the present one marked by European Union law, which advocates economic freedom. This is how freedom to provide services, freedom of establishment and the free movement of people and goods are understood. Directive 2006/123/EC of the European Parliament and the Council, of 12 December, is paradigmatic in this respect. Therefore, the tendency to not require a license for the creation of new places of worship seems more favourable with this trend than the opposite scenario of determining the need for such licenses. This is even more the case if one considers that these measures are being implemented in the economic field whereas, in relation to places of worship, we are faced with the exercise of freedom of religion, a fundamental right.

Finally, it should be recalled that the United Nations itself[36] has warned that rules concerning the authorization of opening of places of worship should not be more restrictive than what public order and ensuring the rights of others require, and that these rules should apply in a nondiscriminatory manner. For its part, the European Union has asserted, though in generic terms, that any restriction on the establishment of places of worship must be exceptional and in accordance with international rules.[37] Another scenario that cannot come about[38] is a delaying of the establishment of such spaces—in some case for many years—simply because of bureaucracy and the existence of long and complicated procedures.

3. Violence against religion and places of worship

3.1. International organizations, religious-based violence and attacks on religion

[35] J. Otaduy, "Control administrativo de los lugares de culto. La licencia municipal de apertura", in Idem (Ed.), *Régimen legal de los lugares de culto*..., cit., pp. 125-129.

[36] Resolutions of the General Assembly of the United Nations on *freedom of religion or belief*, of 18 December 2013, A/RES/68/170, § 10, and of 18 December 2014, A/RES/69/175, § 10.

[37] Council of the european Union (foreign affairs council meeting), *EU Guidelines on the promotion and protection of freedom of religion or belief*, of 24 June 2013, § 40.

[38] This is the understanding of the Special rapporteur on freedom of religion or belief, *Report*, A/HCR/22/51, of 24 December 2012, § 42.

It is not difficult to see that in recent years there have been numerous terrorist attacks and violent acts of different kinds that have claimed religious motivations. As the United Nations special rapporteur on freedom of religion or belief has described,[39] these behaviours may take the form of targeted attacks against individuals or communities, acts of intercommunity violence, suicide attacks, terrorist attacks, State repression, discriminatory policies or laws and other types of violent behaviours. They can also be rooted in and perpetuate themselves in the *status quo* through various forms of structural violence justified in the name of religion. The authors can be different types of nonstate agents, but also State bodies or, as occurs fairly frequently, a combination of both.

In general, the main victims of these acts of violence or terrorism for religious reasons tend to be people who profess other faiths, particularly dissidents, members of minorities and converts. But this does not exclude these acts occasionally going against those who profess their own beliefs. Moderating or critical voices that actively oppose the abuse of their religion to justify violence run a greater risk of being accused of treason or blasphemy and the imposition of retaliatory sanctions on them.[40]

Nevertheless, it should be taken into account that although the reasons that inspire these actions may seem to be only of a religious nature, they in general tend to be complex phenomena that are actually due to a combination of causes, especially ones of a political nature, or protracted national historical legacies, extreme poverty, a lack of opportunities, ethnic fragmentation, an absence of communication between groups and endemic corruption, among others.[41] "Any specific incident of violence in the name of religion warrants a careful, contextualized analysis of all relevant factors, including the broader political

[39] United nations special rapporteur on freedom of religion or belief, *Report*, A/HCR/28/66, of 29 December 2014, § 4.
[40] *Ibid.*, §§ 5-7.
[41] *Ibid.*, §§ 12-15.

environment. It will thereby become clear that religion is almost never an isolated root cause of violent conflicts or attacks."[42]

Furthermore, it is not difficult to see that the wounds of Christianophobia, Islamophobia or anti-Semitism, far from being cauterized, have found disturbing echoes in some parts of the planet. In this regard, the Nations United has made repeated warnings about the concern created by the widespread acts in different parts of the world that are an apology for religious hatred and that constitute an incitement to hostility or violence, especially through Christianophobia, Islamophobia and anti-Semitism. It has also shown concern for the deliberate application of derogatory stereotypes, negative profiling and stigmatization of people because of their religion or beliefs.[43] For this reason, it has indicated that the international community must take the necessary measures to intensify cooperation in order to prevent and combat violent extremism.[44]

---

[42] *Ibid.*, § 13. The causes involved in the commission of this type of act are analysed in detail in §§ 21-38.

[43] In this regard, on a nonexhausitve basis and citing only some of the most recent pronouncements, see the Resolution adopted by the General Assembly on *Combating intolerance, negative stereotyping, stigmatization, discrimination, incitement to violence and violence against persons, based on religion or belief*, A/RES/68/169, of 18 December 2013, particularly §§ 2-6. This is reiterated in the resolution with the same name, of 18 December 2014, A/RES/69/174, §§ 1-4, y 7.f) and g). Resolution of the General Assembly of the United Nations on *freedom of religion or belief*, of 18 December 2013, A/RES/68/170, §§ 4, 9, 12.c), and 14.h). and of 18 December 2014, A/RES/69/175, §§ 4, 9 y 13. Moreover, United nations commission on human rights, Resolution on the *Elimination of All Forms of Religious Intolerance*, 2005/40, of 19 April 2005, § 6. United nations human rights council, Resolution on *Combating intolerance, negative stereotyping, stigmatization, discrimination, incitement to violence and violence against persons, based on religion or belief*, 28/29, of 27 March 2015. Idem, *Freedom of religion or belief*, A/HRC/28/L.12, of 20 March 2015, § 3. Idem, *Freedom of religion or belief*, A/HRC/25/L.12, of 21 March 2014, § 2. Idem, Resolution on *Freedom of religion or belief*, A/HRC/RES/25/12, of 27 March 2014, § 3.a), b) and c). Idem, Resolution on *Combating intolerance, negative stereotyping and stigmatization of, and discrimination, incitement to violence and violence against, persons based on religion or belief*, 16/18, of 24 March 2011. Idem, *Freedom of religion or belief: mandate of the Special Rapporteur on freedom of religion or belief*, A/HRC/14/L.5, of 11 June 2010. Idem, Resolution on the *Elimination of all forms of intolerance and of discrimination based on religion or belief*, 6/37, of 14 December 2007, §§ 2, 6, and 9.l). United nations special rapporteur on freedom of religion or belief, *Elimination of all forms of religious intolerance. Interim report*, A/65/207, of 29 July 2010, § 41. Idem, *Report*. A/HRC/13/40, of 21 December 2009, § 34. Idem, *Report*, A/HRC/31/18, of 23 December 2015, § 33. With regard to international organizations' concern over this question, vid. Z. Combalía, "Los conflictos entre libertad de expresión y religión: tratamiento jurídico del discurso del odio", in *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 31 (2015), pp. 355-379. EADEM: "Libertad de expresión y difamación de las religiones: el debate en las Naciones Unidas a propósito del conflicto de las caricaturas de Mahoma", in *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado*, 19 (2009). Similarly, J. Martínez Torrón, "Libertad de expresión y libertad religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", in *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, 2008/1, pp. 15-42. R. Palomino, "Libertad religiosa y libertad de expresión", in *Ius Canonicum*, vol. 49 (2009), pp. 509-547. F. Pérez Madrid, "Incitación al odio religioso o 'hate speech' y libertad de expresión", in *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado*, 19 (2009).

[44] Article 20 of the International Covenant on Civil and Political Rights expressly established that "any advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or

The Council of the European Union has also raised the alarm over acts of extreme violence against persons belonging to minority religious groups, and it has expressed its concern about their vulnerable situation in different parts of the world.[45] In the same vein, it has exhibited concern about how widespread defamation of religions has become in different places.[46]

Among the different religions, the one that is currently most persecuted worldwide is Christianity, as the European Union and the Council of Europe have indicated.[47] That each year more than 150,000 Christians are killed around the world and that attacks on churches are continuing to become more frequent cannot be overlooked.

In the European context, there have been different scenes in which the violence based on religious reasons has raisen. One of them has been war events. One of the most vivid memory in the latest times has been the Balkans war. It was a complex event in which many factors came together. One of them was, without a doubt, the religious element. The division between Catholics, Orthodox and Muslims in that area was one of the reasons of the war and the related crimes and population movements.[48] More recently, we can find one example in the Ukrainian military occupation. As a result, the Council of Europe has states that it is deeply

---

violence shall be prohibited by law." The Human Rights Committee has displayed concern that a number of States have not taken legal measures that will prevent this kind of practice, as shown in *General comment No. 11: Article 20 of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Doc.HRI/GEN/1/Rev.7/AT151, 1983. For its part, the United nations human rights council, *Human rights and preventing and countering violent extremism,* of 1 October 2015, A/HRC/30/L.25/Rev.1, § 1. *Freedom of religion or belief*, A/HRC/25/L.19, of 21 March 2014, § 8.k).

[45] Council of the european Union*, Council conclusions on freedom of religion or belief*, 16 November 2009. Idem, *Council conclusions on Human Rights and Democratisation in third countries*, of 8 December 2009, § 6.

[46] *Ibid.*

[47] European parliament, Motion for resolution on *Persecution of the Christians around the world, in relation to the killing of students in Kenya by terror group Al-Shabaab*, provisional edition of 30 April 2015, §§ C y 6. In relation to the persecution of Christians, see also the resolution of the Parliamentary assembly of the council of europe 2016 (2014), *Threats against humanity posed by the terrorist group known as "IS": violence against Christians and other religious or ethnic communities*, of 2 October 2014, as well as the resolutions cited in the same document. This subject was dealt with more recently in resolution 2036 (2015), *Tackling intolerance and discrimination in Europe with a special focus on Christians*, of 29 January 2015.

[48] There are many reference Works about this topic. It is posible to stand out the followings: S. Costalli - F.N. Moro, "La violenza nelle guerre civili: un'analisi quantitativa della violenza in Bosnia-Erzegovina", in *Rivista Italiana di Scienza Politica*, 1 (2011), pp. 5-26. D. Marcelino Rodrigues, "Le droit européen des minorités dans les Balkans occidentaux", in *Revue du marche commun et de l'Union Européenne*, 581 (2014), pp. 486-493. R. Nieto Navia, "State responsability in cases of genocide: the ICJ Judment in the Bosnia-Herzegovina vs. Yugoslavia case", in *Verba Iuris*, 8 (2009), pp. 135-158. V. Stojarová, *Party politics in the Western Balkans*. Routledge. London, 2013.

worried about the human rights situation in Crimea and in the self-proclaimed "people's republics" of Donetsk and Luhansk. In the field that is the target of this research, the Council has regretted that Tatar media and the Tatar's Muslim religious practices were also a target of violence.[49]

Another scene of violence against religious groups has displayed in relation to refugees and migrants in Europe. The Council of Europe[50] -once more- calls to place the protection of their human rights and to combat racism, discrimination, and the hate speech, which lead to violence against migrants. In particular, it asks some States to avoid these hostile situations. One explample is the situation of Austria. From the Council point of view, it has to be affirmed that this country has recently been facing an unprecedented influx of refugees, which has led to rising populism with a mounting anti-migration and anti-Islam rhetoric. The Council welcomes the intention of the Austrian authorities to adoptanational action plan on human rights in the near future. In this context, it recommends that the authorities consider merging the various anti-discrimination acts and institutions of the federation and the Länder in order to improve the protection afforded to victims os racism and discrimination.[51] On the other hand, other international voices[52] have pointed out that some government Slovak officials made a selection of refugees. Some of them portrayed Muslims as potential threats to national security, culture, and society and expressed interest in selecting only Christian refugees for resettlement.

In other cases perhaps we can not speak about religious violence, but about unjustified limitations of the religious freedon. It has pappened mostly in post-comunist countries in some fields such as the new religion freedom acts, and the religious groups autonomy. One of the results of the transitions from the communism to the democracy was that new acts about religious freedom got into

[49] Parliamentary Assembly of the Council of Europe, resolution 2133 (2016), *Legal remedies for human rights violations on the Ukrainian territories outside the control of the Ukrainian authorities*, 12 October 2016, § 8.

[50] Parliamentary Assembly of the Council of Europe, resolution 2128 (2016), 24 June 2016.

[51] *Ibid.*, § 13.1.

[52] U.S. Departement of state, *International Religious Freedom Repport for 2015*, § "Slovak Republic", p. 1.

force in these countries.[53] As a result, many new religious movements settled in these countries. Even if the presence of these religious groups wasn't actually huge, it was enough to surprise the population and authorities. The consequence was that many of these countries enacted a second series of religious freedom acts more restrictive than the formers.[54] The Council of Europe advised about the harshness of some of those acts. It was the situation of Ukrainia. In effect, the Council warned in 2005 that the new religious freedom act -which abrogatied the first one of 1991- need to be changed because it displayed a restrictive concept of this fundamental right. The new Ukrainian Law was enacted in 2010, but the election of Yanokovich involved its abrogation. Another draft was submitted to the Parliament, but it was not approved.[55]

May be that one of the most extreme perspectives is that one of Russia and its concept of "Spiritual Security" which has been hold in the context of the larger "Concept of National Security 2000".[56] This concept was created by Putin's

---

[53] Cfr., about these kind of acts in the post-comunist countries, Z. Combalía Solís, "Europa del Este. El tercer mundo y los fundamentalismos. Sistemas islámicos", in Aa.Vv.: *Derecho canónico y eclesiástico del Estado III: eclesiástico*, in http://www.iustel.com, 2002, § 1.3. J. Fornés, "La libertà religiosa in Europa", *Ius Ecclesiae*, XVII, (2005/1), pp. 29-54. A. González-Varas Ibáñez, "Reconocimiento y autonomía de las Confesiones Religiosas en los Países del Este", in *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 31 (2015), pp. 479-502. I. Merdjanova, "Religious liberty, New Religious Movements and Traditional Christian Churches in Eastern Europe", in *Religion, State and Society*, vol. 29, nº 4 (2001), pp. 265-304. B. Schanda, "Covenantal cooperation of State and Religions in the Post-comunist member countries of the European Union", in R. Puza – N. Doe, *Religion and Law in Dialogue: Covenantal and non-Covenantal cooperation between State and Religion in Europe*. Peeters, Leuven, 2006, p. 251 ff.

[54] A. Črnič, "New religions in 'New Europe'", in *Journal for Church and State*, 49, (2007/3), p. 518. In relation to the settlement of the new religious groups en the Eastern countires after the fall of the communism, vid., A. Sarkissian, "Religious reestablishment in Post-Communist Polities", en *Journal of Church and State,* 51 (2009/3), pp. 486-493.

[55] There is more information about this situation in G. Druzenko, "Nueva redacción de la Ley de Ucrania sobre la libertad religiosa: las Iglesias de Ucrania frente a las obligaciones de Ucrania ante el Consejo de Europa", in *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, 26 (2011), pp. 1-17. Idem, "Redrafting of the Ukrainian Law on Religious freedom: Ukrainian Churches vs. Ukraine's Obligation to the Council of Europe", in *Brigham Young University Law Review* (2012/3), pp. 811-833. The text of the former act of 1991 and an appraisal about it isavailable in M.J. Roca, "La legislación sobre libertad religiosa en el Este de Europa. Especial referencia a Ucrania", in *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 13 (1997), pp. 189-221.

56 In relation to these ideas and their content, vid. D.P. Payne, "Spiritual Security, the Russian Orthodox Church, and the Ressuan Foreing Ministry: Collaboration or Cooptation?", in*Journal of Church and State*, 52 (2010/4), pp. 712-727, specially pp. 713-716. Also, A.C. Curanovič, "Relations between the Orthodox Church and Islam in the Russian Federation", in *Journal of Church and State*, 52 (2010/3), p. 532-533. From this author's point of view, this politics is rooted on two main ideas: "avoidance of religious conflicts and cultural sovereignty of a state capable of efficiently opposing the cultural pressure of other civilizations. Consequently, there are two aspects of 'spiritual security'-the inner one is connected with the issue of domestic peace and stability, while the outer one concerns Russia's search for identity as a unique civilization-bridge between the West and the East". About the main tendencies of thought about the relationship between the Russian Federation and the religious denominations (more specifically with the Russian

Government, although it had a precedent in the Conscious freedom and religious associations Act of 1997. This concept tries to safeguard the Russian culture from the expansion of the Western one. It includes the protection of the cultural and moral-spiritual heritage, and the preservation of the legacy of all Russian peoples. The religious politics in this country has awoke the attention in other countries such as the United States. Indeed, the latest USCIRF Annual Repport[57] awards that Russia has continually intensified its repression of religious freedom in the latest years. In 2016, new laws effectively criminalized all private religious speech not sanctioned by the state, the Jehovah's Witnesses stand on the verge of a nation wide ban, and innocent Muslims were tried on fabricated charges of terrorism and extremism. In Crimea, as well as the situation described by the Council of Europe - that we have already pointed out-, the USCIRF adds that in this area, Russian authorities have coopted the spiritual life of the Muslim Crimean Tatar minority and arrested or driven into exile its community representatives. And in the Russian-occupied para-states of eastern Ukraine, religious freedom is at the whim of armed militias not beholden to any legal authority. Nor did Russia show any tolerance for critics of these policies in 2016; the two most prominent domestic human rights groups that monitor freedom of religion or belief were officially branded as "foreign agents".[58]

Alongside this, the shoots of anti-Islamic behaviours have also grown in reaction to the attacks of 11 September in New York and others committed by different Islamic jihadist groups. Consequently, the United Nations has been concerned by the campaign of defamation and negative characterization that Islam has undergone since then and that, consequently, links it directly with human rights violations and terrorism.[59] It has argued that terrorism should not be linked to any

---

Orthodox Church), cfr. J.D. Basil, "Problems of State and church in the Russian Federation: three points of view", in *Journal of Church and State*, 51 (2009/2), pp. 211-235

[57] United states commission on international religious freedom (USCIRF), *2017 Annual Report*. Washington, 2017, p. 68 and ff.

[58] *Ibid.*

[59] Resolution of the General Assembly of the United Nations on *Combating defamation of religions*, A/RES/61/164, of 19 December 2006, §§ 1 and 4.

religion, nationality, civilization or ethnic group.[60] In the case that this does occur, there could be negative consequences for the enjoyment of the right to freedom of religion or belief for all members of the religious community in question.[61] For this reason, it condemns violence and acts of terrorism directed against people and places and carried out in the name of a religion or beliefs, which are increasing both in number and in severity.[62] In this regard, there have been nongovernmental organizations with consultative status at the United Nations[63] that have long lamented that the extremism of some specific groups has resulted in the dissemination of a negative concept of or a hostility toward this religion. However, such positions present a distorted vision of the real Islam. They interpret the Koran in a selective manner with the sole purpose of justifying their inhuman and violent acts. Moreover, it should be kept in mind that terrorist groups do not act in the name of Islam or represent the majority of Muslims.[64]

Alarm about Islamic extremism and, moreover, the reaction against Muslims, are also to be found in other international contexts—for example, the Council of

---

[60] Resolution adopted by the General Assembly on *Combating intolerance, negative stereotyping, stigmatization, discrimination, incitement to violence and violence against persons, based on religion or belief*, A/RES/68/169, of 18 December 2013, and the resolution with the same title of 18 December 2014, A/RES/69/174, § preamble of each. Resolution of the General Assembly of the United Nations on *freedom of religion or belief*, of 18 December 2013, A/RES/69/175, § 5. Resolution of the General Assembly of the United Nations on *Combating defamation of religions*, A/RES/61/164, of 19 December 2006, §§1 and 4. Resolution of the General Assembly of the United Nations on the *Elimination of all forms of intolerance and of discrimination based on religion or belief*, A/RES/61/161, of 19 December 2006, § 13. United nations commission on human rights, Resolution on the *Elimination of All Forms of Religious Intolerance*, 2005/40, of 19 April 2005, § 11. United nations human rights council, Resolution on *Freedom of religion or belief*, A/HRC/RES/25/12, of 27 March 2014, § 6. Idem, United nations human rights council, Resolution on the *Elimination of all forms of intolerance and of discrimination based on religion or belief*, 6/37, of 14 December 2007, § 13. Cfr. United nations special rapporteur on freedom of religion or belief, *Report*, A/HCR/28/66, of 29 December 2014, § 60.

[61] Human rights council, *Freedom of religion or belief*, A/HRC/25/L.19, of 21 March 2014, § 6.

[62] Resolutions of the General Assembly of the United Nations on *freedom of religion or belief*, of 18 December 2013, §§ 5 and 6, and of 18 December 2014, A/RES/69/175, § 6.

[63] This is the case of the text that we find in United nations human rights council, *Written statement submitted by the Organization for Defending Victims of Violence, a non-governmental organization in special consultative status*, of 30 August 2015, A/HRC/30/NGO/59. It should be pointed out that, in a similar manner, the Human Rights Committee has indicated that no manifestation of religion or belief may amount to prowar propaganda or advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence, in Human rights committee, *General Comment No. 22: Article 18 (Freedom of Thought, Conscience or Religion)*, cit., § 7.

[64] Parliamentary assembly of the Council of Europe, resolution 2016 (2014), *Threats against humanity posed by the terrorist group known as "IS": violence against Christians and other religious or ethnic communities*, 2 October 2014, § 7. Resolution 1605 (2008), *European Muslim communities confronted with extremism*, of 15 April 2008, particularly § 2, goes into more depth in relation to the need to distinguish Islam as a religion from religious fundamentalism that has become an ideology with a frequently political bias.

Europe.[65] On the one hand, in Europe the situation of Islamic terrorism has become particularly worrying if we take into account that around three thousand young Europeans are fighting for Islamic State in Iraq and Syria, and that there are more elsewhere. In response, the Council of Europe[66] has urged states parties to identify such people and to dismantle recruitment channels and neutralize Islamic State's sources of financing. The Committee of the Regions has also shown its concern at there having been acts of terrorism committed by people born and raised in the same country in which the action was committed or in some other part of the Union.[67]

On the other hand, the European Parliament has shown its concern over the increase in anti-Islamic and anti-Semitic manifestations of hatred and discrimination following terrorist attacks perpetrated in the name of Islam.[68]

Listing at this juncture the range of solutions that have been offered by international organizations to combat religious hatred and the dissemination of stereotypes would be an onerous task. It is sufficient to indicate the importance that they have given to tackling the root causes of radicalism, which are to be found in poverty, discrimination and social exclusion. Integration into society should be facilitated through measures such as avoiding discrimination in access to employment, education, or different public services.[69] It is also important for public

---

[65] Parliamentary assembly of the Council of Europe, Resolution 1743 (2010), *Islam, Islamism and Islamophobia in Europe*, of 23 June 2010, especially §§ 1, 2 and 9.

[66] Parliamentary assembly of the Council of Europe, resolution 2016 (2014), *Threats against humanity posed by the terrorist group known as "IS": violence against Christians and other religious or ethnic communities*, 2 October 2014, § 8. In this regard, Idem, Resolution 2047 (2015), *Humanitarian consequences of the actions of the terrorist group known as "Islamic State*", of 21 April 2015, principally § 15.

[67] Committee of the regions, *opinion on "Stepping Up The Fight Against Terrorism: Involvement Of Regional And Local Authorities"*, cit., § 2.

[68] European parliament, Resolution of the European Parliament on the situation of fundamental rights in the European Union [2002/2013(INI)], 4 September 2003, § 61, OJEU, C76, 25 March 2004. However, some European countries have tightened their policies in response to the presence of Islam in their territories, as is suggested in J. Cesari, "Muslims in Europe: the snare of exceptionalism", in A. Al-Azmeh-E. Fokas (Ed.), *Islam in Europe*. Cambridge University Press. Cambridge, 2007, pp. 59-61. Attention is paid to explaining the reaction of European governments to the presence of Islam, especially after the terrorist attacks of 9/11 and others that occurred in Europe Y. Yazbeck Haddad – T. Golson, "Overhauling Islam: representation, construction, and cooption of 'Moderate Islam' in Western Europe", en *Journal of Church and State*, vol. 49, n. 3 (2007), pp. 487 et seq.

[69] Parliamentary assembly of the Council of Europe, Resolution 1605 (2008), *Islam, Islamism and Islamophobia in Europe*, of 15 April 2008, §§ 5, 6, and 9.7. Eadem, Resolution 1743 (2010), *Islam, Islamism and Islamophobia in Europe*, of 23 June 2010, § 20. Eadem, Resolution 2031 (2015), of 28 January 2015, *Terrorist attacks in Paris: together for a democratic response*, § 8. § 17 lists some specific measures to be taken to combat

administrations to concern themselves with training their officials.[70] There have also been exhortations—among other measures—with regard to respect for places of worship as well as for ceremonies and activities that occur inside them,[71] as will be discussed below.

The importance of maintaining and intensifying dialogue between and within religions and beliefs has also been emphasized, at all levels and with a greater level of participation, without excluding women, to promote an increase in tolerance, respect and mutual understanding.[72]

In any case, avenues for resolving these conflicts and ensuring a peaceful coexistence involve observing coexistence between religions from a perspective of normality and allowing the visibility of each one of them within a shared public space. This issue will be returned to in Section 3.3.

---

radicalization and religious fanaticism. Among these, of particular interest are those of an educational nature that should be driven from within schools, as well as family responsibility. In this respect, the Committee of the regions, *opinion on "Stepping Up The Fight Against Terrorism: Involvement Of Regional And Local Authorities"*, of 8 October 2008, in *Official Journal of the European Union* (OJEU) C325, of 19 December 2008, § 30. Education is held up as one of the fundamental means for combating the spread of ideas based on superiority or racial hatred, and for fostering the values of nondiscrimination, equality, diversity, democracy and respect for all. The State has an inherent responsibility in this field, without overlooking, of course, the irreplaceable function of parents and family in contributing to a culture of tolerance and the respect: United nations special rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance,*Report*, A/HRC729747, of 13 April 2015, §§ 15, 49 and 50. In addition, Resolution approved by the General Assembly on *Combating intolerance, negative stereotyping, stigmatization, discrimination, incitement to violence and violence against persons, based on religion or belief*, A/RES/68/169, of 18 December 2013, § 6. Resolution with the same title of 18 December 2014, A/RES/69/174, § 6. Equally, Resolutions of the General Assembly of the United Nations on *freedom of religion or belief*, of 18 December 2013, A/RES/68/170, § 14.h and l), of 18 December 2014, A/RES/69/175, § 14.h) and l). United nations commission on human rights, Resolution on the *Elimination of All Forms of Religious Intolerance*, 2005/40, of 19 April 2005, § 8.b). United nations human rights council, *Human rights and preventing and countering violent extremism,* of 1 October 2015, A/HRC/30/L.25/Rev.1, §§ 3 and 6. Idem, *Freedom of religion or belief*, A/HRC/25/L.19, of 21 March 2014, § 11. Idem, Resolution on the *Elimination of all forms of intolerance and of discrimination based on religion or belief*, 6/37, of 14 December 2007, § 9.b). Special rapporteur on freedom of religion or belief, *Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development*, A/HCR/10/8, of 6 January 2009, § 21.

[70] Special rapporteur on freedom of religion or belief, *Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development*, A/HCR/10/8, of 6 January 2009, § 59.

[71] Parliamentary assembly of the council of europe, *Tackling intolerance and discrimination in Europe with a special focus on Christians*, of 29 January 2015, § 6.2.2.

[72] United nations human rights council, Resolution on the *Elimination of all forms of intolerance and of discrimination based on religion or belief*, 6/37, of 14 December 2007, § 12. Idem, *Freedom of religion or belief*, A/HRC/25/L.19, of 21 March 2014, § 9. United nations special rapporteur on freedom of religion or belief, *Elimination of all forms of religious intolerance. Interim report*, A/65/207, of 29 July 2010, § 46. In *Promotion and Protection of all human rights, civil, political, economic, social, and cultural rights, including the right to development*, A/HCR/10/8, of 6 January 2009, § 19, the same Rapporteur had proposed the broadest possible participation of entities in this dialogue. Not only are religious leaders to be convened, but also nonbelievers and atheists, members of religious minorities, women, artists (due to their influence on the media), journalists, lawyers, politicians, and people with links to teaching and technology.

3.2. Their reflection in places of worship

One of the direct consequences of hate speech and violent behaviours for religions is the attack on one of their more visible spatial elements—that is, places of worship and of religious meeting, as well as cemeteries. A warning has been issued in this regard by the United Nations special rapporteur on freedom of religion or belief.[73]

The European Union has reached similar conclusions,[74] and for this very reason it has called on[75] Member States to ensure the protection of places of worship and religious cultural heritage, especially when there are people attending the celebration of religious events. In cases in which religious spaces are destroyed or desecrated, both the Union and Member States should visit the place in question and ascertain the degree of destruction suffered.

Other international organizations have also noted the desecration of Jewish cemeteries and the breaking of tombstones and painting of swastikas on them.[76] In the specific case of the anti-Islamic reactions described in the previous section, one of the specific objects that has been the focus of aversion to this religion has been mosques. Once again, this observation has been made by different international bodies. An example of such a warning can be found in the observation made by the United Nations Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance, who pointed out the concern created by the existence in different countries of radical groups that have set fire to

[73] United nations special rapporteur on freedom of religion or belief, *Elimination of all forms of religious intolerance. Interim report*, of 17 July 2009. A/64/150, § 11. IDEM, *Report*. A/HRC/13/40, of 21 December 2009, § 35. The same report of 29 July 2010, A/65/207, §§ 31-33 sets out specific cases of actions of this type perpetrated in different places. Idem, *Report*, A/HRC/31/18, of 23 December 2015, § 33. See also the concern about attacks on places of worship exhibited by the Human rights council, *Freedom of religion or belief*, A/HRC/28/L.12, of 20 March 2015, § 3.f). Idem, *Freedom of religion or belief*, A/HRC/25/L.19, of 21 March 2014, § 2.

[74] Council of the european union (foreign affairs council meeting), *EU Guidelines on the promotion and protection of freedom of religion or belief*, of 24 June 2013, § 41.

[75] *Ibid.*, 42.b).

[76] United nations special rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance, *Report*, A/HRC729747, of 13 April 2015, §10.

the homes of immigrants and foreigners and damaged schools and places of worship or committed acts of physical aggression against imams in mosques.[77]

In some countries, public authorities have implemented initiatives that draw on social concern about the visibility of these architectural elements. The Council of Europe[78] has considered the referendum that Swiss authorities convened in 2009 in order to put to a vote a ban on constructing minarets on mosques. This case went to the European Court of Human Rights as a result of respective applications made by various representatives of Swiss Islamic communities. However, the Court held these to be inadmissible because the applications focused on the alleged illegitimacy of the reform of the Swiss Constitution as a consequence of the referendum, and no mention was made of a concrete action that the authorities of the country may have carried out that may have affected any of the rights included in the Rome Convention of 1950.[79]

It is advisable to avoid the prejudice of priori considering that Islamic places of worship would inevitably become centres for fundamentalists, especially in cases where their funding comes from foreign countries.[80] This attitude has given rise to a certain prejudice in relation to Muslims that has sometimes led to a reinforcement of the idea that Islam is a religion particular to immigrants—that is, to foreigners and therefore to people outside of the culture of the place in question—and that

---

[77] *Ibid.*

[78] Parliamentary Assembly of the Council Of Europe, Resolution 1743 (2010), *Islam, Islamism and Islamophobia in Europe*, of 23 June 2010, 13.

[79] Judgements of the European Court of Human Rights that held inadmissible the appeal lodged by Hafid Ouardiri against Switzerland, and by the League of the Muslims of Switzerland against that country, both from 28 June 2011. In relation to the symbolic value of the minaret and the reactions that it has caused in Europe, vid. T.H. Green, "The resistance to minarets in Europe", en *Journal of Church and State*, vol. 52, n. 4 (2010), pp. 619-643. On this question, vid. also L. Musselli, "Edilizia religiosa, Islam e neogiurisdizionalismo in Europa. Alcune note sul nuovo «Islamgesetz» austriaco e sul divieto di edificare minareti in Svizzera", in *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiasitica*, 2015/2, pp. 441-459.

[80] J. Ponce Solé, "Derecho urbanístico y libertad religiosa en España: aspectos competenciales materiales. La Ley catalana 16/2009, de 22 de julio, de los centros de culto", in Various Authors, *Ciudades, Derecho urbanístico y libertad religiosa*. Fundación Carlos Pi y Suñer. Barcelona, 2010, p. 82. On this issue, the Council of Europe has advised that there are indeed Islamic organizations in this continent that are financially maintained by the governments of foreign countries with a Muslim majority and that receive guidance on activities from them. It should not be considered on this basis that such organizations are not really religious and, in the case that it is proved that their activities or purposes are not legitimate, they will not be covered by the right of association recognized in Article 11 of the ECHR. This is indicated by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Resolution 1743 (2010), *Islam, Islamism and Islamophobia in Europe*, of 23 June 2010, § 7.

their places of meeting or prayer should be approached from a security perspective and not from one of integration and social cohesion.[81]

In any case, violent reactions against adherents and their places of worship should be avoided. As the Council of Europe[82] has in this case noted in condemning terrorist attacks by radical Islamic-oriented groups, it is not possible to achieve the other extreme of taking action against citizens who profess an Islamic faith or by attacking their places of worship.

Finally, it is interesting to point that, on the other hand, some European countries have shown a significant sensitivity to the respect of the goods that belonged to religious denomnations. It has been the case -once again- of the former communist countries[83]. They have enacted several acts in order to make restitution to these denominations of the goods that were seized by communist governments. Some of them were places of worship, or monasteries or convents that has been given back to the former owner in the latest times.

3.3. Visibility of religion, shared public space and social integration.

The Committee of the Regions of the European Union[84] has argued that it is important for different parts of a city to reflect the culture of the communities who live there. Places' emblematic buildings, such as community centres, places of religious worship, local markets or specialist shops, are important for strengthening communities and maintaining their identity. In any case, at the time of planning

---

[81] J.M. Contreras Mazarío, "El Islam en España: proceso de institucionalización y estatuto jurídico", in *Laicidad y Libertades,* 12 (2012), p. 146 et seq.

[82] Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Resolution 2031 (2015), of 28 January 2015, *Terrorist attacks in Paris: together for a democratic response*, § 7.

[83] About this topic, cfr. M. Moravčcíková – E. Valová (Eds.), *Financing of churches and religious societies in the 21st century.* Ústav pre vztahy štátu a cirkví, Bratislava, 2010. In relation to the specific case of Hungary, cfr. T. Drinóczi – M. Kocsis – J. Petrétei, "Altering regulations. Freedom of religión in Hungary", in *Persona y Derecho*, 65 (2011/2), p. 25. A. Riobó Serván, *El derecho de libertad religiosa en la República checa y en la República eslovaca.* Dykinson. Madrid, 2005, pp.363-372, and 389-398. B. Sachanda, "Religious freedom issues in Hungary", in *Brigham Young University Law Review*, (2202/2), pp. 411-415. As it touch to Romania, cfr. M.E. Herghelegiu, "Church and State in Romania", in W. Rees – M.J. Roca – B. Schanda, *Neuere Entwicklungen im Religionsrecht europäischer Staaten*. Duncker & Humblot, Berlin, 2013, pp. 285-288. There are further information about this topic in G. Robbers (Ed.), *State and Church in the European Union.* 2nd. Edition. Nomos. Baden-Baden, 2005, specifically aboute these countries: Czech Republic (pp. 50-51), Lithuania (pp. 299-300), Hungary (pp. 337-339), Poland (p. 434), Slovenia (p. 487), Slovak Republic (pp. 510-512).

[84] Committee of the regions, *Opinion of the Committee of the Regions Housing and regional policy*, of 14 February 2007, in OJEU C146, of 30 June 2007, § 2.5.

urban buildings, it is worth keeping in mind the needs of the various religious groups.[85]

In a similar vein, the same Committee[86] has recommended to Member States and regional authorities that they support the construction of religious buildings to detect violent radicalization in them, should there be any. In this regard, collaboration has been shown to be a useful means of avoiding and properly preventing unwanted activities.

In any case, it is important for the West to know how to properly manage the exercise of rights and freedoms in the new contexts of cultural and religious diversity and to find—wherever possible—the right channels for bringing flexibility to the law.[87]

Of course, if we intend to ensure the integration of cultural and religious minorities in our society, the path toward doing so involves strengthening recognized freedoms and overcoming the fear that is felt in particular sectors of society when the exercise of freedoms translates into cultural manifestations that are different and, on occasions, disconcerting to the Western model.[88] Allowing religion to be visible is a means to encourages integration. By contrast, a forced seclusion of religion brings with it the danger of leading to its radicalization, whereas if its coexistence in society is arbitrated and it is properly integrated into the system, the risk is reduced.[89] Preventing a full religious experience in the public space may lead to a feeling on the part of individuals who follow that religion that they are

---

[85] *Ibid.*, § 2.2.

[86] Committee of the regions, *opinion on "Stepping Up The Fight Against Terrorism: Involvement Of Regional And Local Authorities"*, of 8 October 2008, in Official Journal of the European Union (OJEU) C325, of 19 December 2008, § 32.

[87] In relation to this issue, cfr. Z. Combalía, "Los ordenamientos jurídicos europeos ante las nuevas sociedades plurales: vías de flexibilización y límites", in F. Pérez-Madrid (Ed.), *La gestión jurídica de la diversidad religiosa en el área mediterránea*. Comares. Granada, 2011, pp. 23-37, especially pp. 35-37.

[88] Z. Combalía, "Derecho islámico: ¿libertad o tolerancia religiosa?", in *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado,* 2 (2003), p. 34.

[89] Z. Combalía, "Nuevos desafíos sociales y jurídicos derivados de la presencia del Islam en las sociedades occidentales del siglo XXI", in *La Albolafia: Revista de Humanidades y Cultura*, 4 (2015), p. 112. Eadem, "Nuevos desafíos sociales y jurídicos derivados de la presencia del Islam en las sociedades occidentales del s. XXI", in Z. Combalía – M.P. Diago – A. González-Varas Ibáñez (Eds.), *Derecho e Islam en una sociedad globalizada*, cit. p. 34.

compelled to consider their personal and social lives as necessarily distinct.[90] In such a case, they could be driven to choose between their cultural-religious identity or their civic identity, something which certainly does not favour integration.

4. Conclusions

One of the fundamental manifestations of the right of freedom of religion is the power to establish places of worship and burial, as well as the possibility of free access to them and of the peaceful celebration of activities called upon to be undertaken in them. This has been asserted many times in documents produced by the United Nations, the Council of Europe, the European Union and the OSCE, and it is also common in domestic legal systems such as that of Spain.

This has not prevented the occasional appearance of obstacles of an administrative nature to the reservation of spaces for these places, or to their construction or opening. Sometimes this may not be due so much—at least at the European level—to poor regulations, but rather to their unsatisfactory implementation. Therefore, calls have been made from these international bodies to States to not impose difficulties that prevent or hinder the exercise of the right to freedom of religion when it takes the form of the establishment of these places.

Moreover, genuine destruction of or intentional attacks on sacred spaces have taken place. These have mainly been due to terrorist or violent acts in the name of religion—regardless of the fact that they correspond to a misinterpretation of the religion, or that other motivations of different kind have led to them. These attacks also have their origin in the spread of so-called "hate speech," of the defamation of religions and of negative stereotypes based on people's beliefs. One way or another, religious spaces have become a fundamental target of those who wish to attack a religion, since they give the religion visibility within the public

[90] Z. Combalía, "Nuevos desafíos sociales y jurídicos derivados de la presencia del Islam en las sociedades occidentales del siglo XXI", in *La Albolafia: Revista de Humanidades y Cultura*, cit., pp. 111-114. Eadem, "Nuevos desafíos sociales y jurídicos derivados de la presencia del Islam en las sociedades occidentales del s. XXI", in Z. Combalía – M.P. Diago – A. González-Varas Ibáñez (Eds.), *Derecho e Islam en una sociedad globalizada*, cit. p. 35.

space. The situation is aggravated when the attack occurs while religious celebrations are being conducted.

Faced with this situation, international organizations have continuously called on States and other social agents to find appropriate solutions to this situation. This task is not an easy one, but it certainly does not involve identifying a religion with terrorism, or unjustifiably limiting the exercise of freedom of religion, or banishing the presence and visibility of religions from the public space and eliminating or hiding their places of worship and burial. Rather, it should be kept in mind that these spaces allow a sense of identity for the people that profess that creed, especially when they are a minority in that place. Maintenance and free access to them will allow these people to practice their faith within a climate of normalcy, without the need for pernicious divisions between the religious aspect of their existence and life in a society that will not accept beliefs or behaviours that are different from those of the majority, even if the legal norms of the country recognize the fundamental right of freedom of religion.

Abstract
This chapter examines the international protection of places of worship. To this end, it begins by analysing how the establishment of such spaces is a manifestation of the fundamental right of freedom of religion. It also analyses the texts of the United Nations and European international bodies (the Council of Europe, the European Union and the OSCE) that call on States to defend the right of confessions to build their places of worship. The main difficulties that arise in the exercise of this right are identified. It also analyses the threats that these places suffer, which mainly come from religious radicalism, as well as from the respons - which is sometimes violent - to this radicalism.

Key words
Worship; freedom of religion; fundamental right

Fabiano Di Prima

Ricercatore di Diritto canonico ed ecclesiastico all'Università degli Studi di Palermo

Marco Dell'Oglio

Docente di Diritto ecclesiastico all'Università degli Studi di Palermo

Lo Stato italiano e la Chiesa cattolica, oggi: il consolidamento del principio della reciproca collaborazione (art. 1 Accordo di revisione concordataria). Il paradigma delle fabbricerie*

SOMMARIO : 1. I discorsi ufficiali del Santo Padre e del Presidente Mattarella del 10 giugno 2017: "miniera" di spunti sull'affermazione del principio della reciproca collaborazione (art.1 Accordo di Villa Madama). - 2. I giovevoli riflessi di questo consolidamento, in vista del bene comune del Paese. L'esempio dell'azione a difesa del patrimonio culturale chiesastico. il paradigma delle fabbricerie (e del loro regime). – 2.1. Controprove storico-giuridiche: a) i fraintendimenti ideologici e le contraddizioni della stagione liberale (della 'non collaborazione'). – 2.2. b) la Conciliazione e i perduranti fraintendimenti insiti nelle nuove soluzioni 'di compromesso' (la stagione della 'collaborazione non effettivamente ricercata'). – 2.3. c) la "consacrazione" nel 1984 del principio di collaborazione (già "emergente" dalla Costituzione repubblicana), il suo consolidamento nel tempo e il conseguente diradamento dei fraintendimenti (e delle remore) del passato. – 3. Una ricapitolazione conclusiva: il 'nuovo modo di guardarsi' tra Stato e Chiesa; la cooperazione effettivamente ricercata; il 'nuovo' spirito della disciplina delle fabbricerie.

1. I discorsi ufficiali del Santo Padre e del Presidente Mattarella del 10 giugno 2017: "miniera" di spunti sull'affermazione del principio della reciproca collaborazione (art.1 Accordo di Villa Madama)

Non è passato inosservato alla pubblicistica (come s'evince fin dalle prime note d'agenzia[1]) il clima di peculiare "sintonia" che ha connotato, lo scorso 10 giugno, la visita ufficiale del Santo Padre al Presidente della Repubblica Sergio Mattarella: per averne riscontro, del resto, sarebbe bastato (già solo) dare una scorsa alle trascrizioni dei discorsi tenuti dalle due Autorità[2], dov'è facilmente rintracciabile

* Il contributo, sottoposto a *double blind peer review*, è frutto della riflessione comune dei due Autori; tuttavia, il paragrafo 1 è opera di Fabiano Di Prima, i paragrafi 2, 2.1, 2.2., 2.3, e 3 di Marco Dell'Oglio.

[1] Cfr., esemplificativamente, la nota del 10 giugno 2017 (ore 18:07) battuta dall'Ansa, recante l'eloquente intitolazione "*Discorsi speculari, le convergenze Papa-Mattarella*".

[2] Cfr. il *Discorso del Santo Padre Francesco*, 10 giugno 2017, consultabile in *w2.vatican.va/content/francesco/it/speeches/2017/june/documents/papa-francesco_20170610_visita-quirinale.html*; nonché l'*Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella in occasione della Visita di Restituzione del Santo Padre al Quirinale*, 10 giugno 2017 (consultabile in *quirinale.it/elementi/Continua.aspx?tipo=Discorso&key=663*).

una singolare convergenza di toni, registro e – in alcuni passaggi, finanche di - contenuti[3]. Così, riguardo a questi ultimi, ad es., diversi organi di stampa hanno colto la consonante messa in evidenza di un (basilare) dato "fattuale", qual è la proficuità del sostegno reciproco che Stato e Chiesa seguitano a darsi nel Paese, a fronte di crescenti urgenze/istanze spirituali e materiali, puntualmente esemplificate.

In pochi, tuttavia, a tale ultimo riguardo, hanno colto l'ulteriore consonanza dell'esigenza, avvertita da entrambi, di porre in luce la ragione giuridica principe alla base di questo fruttuoso mutuo sostegno, ovverosia l'Accordo di Villa Madama. Quale che sia la ragione della mancata annotazione[4] (forse un automatismo, consono alla c.d. stagione della "post-verità"[5], di promozione dei dati anzitutto "emozionali"), quel che rileva è l'occasione perduta di registrare, immediatamente dopo, una singolare dissomiglianza tra i due testi. Infatti, mentre Papa Francesco avverte altresì l'esigenza di specificare che l'Accordo richiede *espressamente* questo mutuo contegno, con un'apposita previsione, i.e. l'art.1, che impegna lo Stato e la Chiesa a collaborare, nel rispetto della "distinzione degli ordini" di cui all'art. 7, I co., Cost., per la «*promozione dell'uomo*» ed il «*bene del Paese*»; il Presidente Mattarella, invece, appresso al richiamo fatto al ruolo del Concordato, quale "*prezioso quadro di collaborazione*", passa direttamente a rimarcare l'importanza della presenza della Chiesa "*a fianco delle Istituzioni*" (già in generale nei frangenti più difficili della vita nazionale, e in particolare) in occasione "*dell'emergenza del terremoto che ha colpito*" nel

[3] Una sintonia già ravvisata in precedenza, peraltro, con riferimento – ad es. - ai discorsi tenuti – rispettivamente - dal Pontefice e dal Capo di Stato italiano, all'inizio e a conclusione del 2015: cfr. l'articolo dell'1 gennaio 2016 di F. OGNIBENE, *Discorsi. Tra il Papa e Mattarella piena sintonia*, in *Avvenire.it* (*avvenire.it/attualita/pagine/mattarella-papa-sintonia*).

[4] Per quanto si ritenga (più) probabile la motivazione offerta immediatamente a seguire, (per inciso può notarsi che) non è infrequente notare che gli argomenti ecclesiasticisticamente rilevanti tendano sovente a suscitare "fibrillazioni" nello "stile" di comunicazione seguito dagli organi d'informazione, con le immaginabili, potenziali, ricadute sulla puntualità dell'informazione stessa, resa ai relativi fruitori, e – a seguire - sulla percezione di questi stessi argomenti da parte dall'opinione pubblica. Non è di poco momento, al riguardo, l'osservazione che già più di mezzo secolo fa due maestri del diritto ecclesiastico, come Luigi De Luca (nel 1953) e Gaetano Catalano (nel 1965), in un'occasione particolare per l'accademia come quella della lettura d'una prolusione, abbiano avvertito entrambi – e particolarmente il primo - l'esigenza di affrontare il tema dell'impatto della disciplina, e delle sue tematiche portanti, sull'opinione pubblica (cfr. L. DE LUCA, *Il diritto ecclesiastico e l'opinione pubblica* - prolusione letta nell'Università di Catania il 28 febbraio 1953 - in *Annali del Seminario giuridico* dell'Univ. di Catania, 1951-1953, vol. VI/VII, Milano, 1953, p. 78 e ss.; G. CATALANO, *La problematica del diritto ecclesiastico ai tempi di Francesco Scaduto e ai nostri giorni* – prolusione al Corso di Diritto Ecclesiastico per l'anno accademico 1964-1965, letta nell'Università di Palermo il 30 marzo 1965 – in *Il Diritto ecclesiastico*, 1965, I, p. 20 e ss.).

[5] Cfr., esemplificativamente, sul punto, il recente articolo di F. OCCHETTA S.I., *Tempo di post-verità o di post-coscienza?*, in *Civiltà cattolica*, quad. 4005, 2017, vol. II, p. 215 e ss..

2016 il Centro Italia. Spunto, questo (dell'indicata dissomiglianza fra i testi), che laddove colto, avrebbe probabilmente condotto a prestare maggiore attenzione non solo ai temi scaturenti dalla puntualizzazione fatta dal Pontefice e dal differente rilievo *ad hoc* posto dal Presidente Mattarella; ma anche ad ulteriori argomenti-chiave, non esplicitati ma comunque avvertibili – specialmente dagli "addetti ai lavori" – sottesi al tema della collaborazione crescente tra i due Ordini, in vista del "bene comune".

Una prima dimostrazione, in tal senso, si ha vagliando i passaggi del discorso del Papa che precedono la precisazione in parola. Ad emergere, anzitutto, sono gli argomenti posti in tutta evidenza, come quello dell'*ascendenza "tutta ecclesiale"* della formula della collaborazione inserita nell'art.1 Conc.: atto a "consacrare", come dice testualmente Papa Francesco, - un noto insegnamento del Vaticano II, i.e. quello per cui il «*servizio a vantaggio di tutti*» offerto «*a titolo diverso*» dalla Chiesa e dalla comunità politica (cost. *Gaudium et Spes*, par. 76) è «*tanto più efficace*» quanto meglio accompagnato da una «*sana collaborazione*» (avente di mira "le stesse persone umane")[6]. Dallo stesso vaglio, poi, appare con relativa nitidezza il dato della *lungimiranza* della scelta fatta nell"84, d'imperniare l'Accordo su una formula tanto "densa" di potenzialità: non sembrando un caso – anzi – che la precisazione sull'art.1 Conc. giunga appresso a puntuali rimandi fatti dal Pontefice a campi di collaborazione attiva, costante e virtuosa tra la Chiesa e la Repubblica (specie riguardo all'accoglienza dei "*numerosi profughi che sbarcano*" sulle coste italiane[7]), che

[6] Sul punto, da ultimo, v. il contributo di M. NACCI, *Considerazioni storico-giuridiche sulle 'relazioni Chiesa-Mondo' nel Concilio Di Trento e nel Concilio Vaticano II*, in *Prawo Kanoniczne: kwartalnik prawno-historyczny*, 2016, 59/2, p. 102 e ss.

[7] Il 15 agosto scorso il Santo Padre, nel *Messaggio per la Giornata Mondiale del Migrante e del Rifugiato 2018 [14 gennaio 2018]*, (consultabile in *w2.vatican.va/content/francesco/it/messages/migration/documents/papa-francesco_20170815_world-migrants-day-2018.html*), reso in occasione della solennità della B.V. Maria, nel ricordare la "*speciale preoccupazione*" espressa ripetutamente nei suoi "*primi anni di pontificato…per la triste situazione di tanti migranti e rifugiati che fuggono dalle guerre, dalle persecuzioni, dai disastri naturali e dalla povertà*", ha individuato nella sua visita a Lampedusa, l'8 luglio 2013 (primo viaggio da Pontefice) il momento iniziale d'una analisi di questo "*segno dei tempi*": dando conto di uno degli esiti più evidenti di quest'ultima azione, ossia la costituzione d'una speciale sezione del neo-istituito *Dicastero per il servizio dello sviluppo umano integrale* (m.p. *Humanam Progressionem*, 17 agosto 2016), posta *ad tempus* sotto la guida dello stesso Pontefice, deputata ad esprimere "*la sollecitudine della Chiesa verso i migranti, gli sfollati, i rifugiati e le vittime della tratta*". Sul tema specifico delle garanzie offerte dall'ordinamento italiano, e a livello CEDU, alle investite posizioni soggettive basilari, v. (esemplificativamente) le considerazioni svolte in una fase particolare del fenomeno in parola, da A. TERRASI, *I respingimenti in mare di migranti alla luce della Convenzione europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, III, p. 591 e ss..

danno modo di visualizzare non solo l'importanza di detta previsione (già solo) "ai fini dell'*incidenza nella realtà concreta*"[8], ma anche – per l'appunto - l'implicito plauso al legislatore pattizio, per avere deciso di farne un cardine dell'architettura "neo-concordataria". Ma, a ben guardare, specie all'occhio dei più avvertiti, quest'indicazione implicita ne sottende un'altra, più profonda. Elogiare, ancorché implicitamente, questa scelta alla luce dei giovevoli risultati ottenuti, infatti, non solo significa elogiare, logicamente, il "motore propulsivo" della scelta medesima, individuabile – com'è noto agli "addetti ai lavori" - nell'episcopato italiano[9]; ma altresì, alla luce dei vasti compiti d'interlocuzione con la Repubblica[10] affidati a quest'ultimo dall'Accordo (consonanti col disegno d'una cooperazione "a molti livelli di fonti normative ed intese amministrative"[11]), significa porre in luce che a

[8] Come prefigurato a suo tempo da O. FUMAGALLI CARULLI, *Il nuovo accordo tra Italia e Santa Sede: profili di libertà*, in *Atti del convegno nazionale di studio su il nuovo accordo tra Italia e Santa Sede*, a cura di R. Coppola, Giuffrè, Milano, 1987, p. 117.

[9] Come si evince agevolmente dalla lettura della dichiarazione rilasciata dalla Presidenza della C.E.I. il giorno stesso della firma dell'Accordo di revisione del Concordato lateranense (*Dichiarazione della Presidenza della Conferenza Episcopale Italiana*, Roma, 18 febbraio 1984) dove, riguardo all'evocato impegno «*alla reciproca collaborazione*» enunciato dalla disposizione di cui all'art. 1 (dell'Accordo medesimo), si precisa trattarsi di «*un'affermazione assai importante, per la quale la Conferenza Episcopale Italiana ha dato il deciso contributo di sua competenza nelle fasi di elaborazione del testo*»; soggiungendo in chiusura come, alla luce del risultato ottenuto possa dirsi «*lieta ora che il contributo sia stato accolto*». V. in *progettoculturale.it/cci_new/documenti_cei/2013-09/12-1047/Documentazione_Accordo_revisione_Concordato_Lateranense.pdf*. Ne dà testimonianza, di recente, uno dei protagonisti delle predette "fasi di elaborazione", i.e. il card. Achille Silvestrini, il quale, come ricorda G. DALLA TORRE, *I cattolici italiani e la riforma concordataria del 1984*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*statoechiese.it*), giugno 2015, p. 1, sin dall'insediamento (1976) delle Delegazioni italiana e della Santa Sede incaricate di elaborare il testo in oggetto, è componente – insieme al gesuita padre Salvatore Lener - della seconda, presieduta da mons. Agostino Casaroli ("Commissione paritetica che lavorerà – nota lo stesso A. – "con composizioni che nel tempo mutano, fino ai primissimi mesi del 1984"). È del 2009, infatti, il rilievo del medesimo card. Silvestrini per cui si deve a "una proposta della CEI" l'inserimento della summenzionata formula dell'impegno «*alla reciproca collaborazione*» (cfr. A. SILVESTRINI, *Intervento* alla Tavola rotonda tenuta nella Sala della Lupa di Palazzo Montecitorio il 18 febbraio 2009, in occasione del Convegno "*Problemi e prospettive dei Patti Lateranensi a 25 anni dalla revisione*", promosso dalla Fondazione della Camera dei Deputati, rinvenibile nel volume che ne raccoglie gli atti, recante analoga intitolazione ed edito nello stesso anno, sempre a cura della Fondazione, p. 72). Si delinea, così, una delle novità più rilevanti dell'Accordo, i.e. che lo stesso, ancorché negoziato e siglato dalla Santa Sede, si declina "su una linea di raccordo con l'Episcopato italiano, che, seppure non coinvolto sin dall'inizio della trattativa, ne diventa successivamente il maggiore protagonista" (v. O. FUMAGALLI CARULLI, *Lo Stato italiano e la Chiesa cattolica: indipendenza, sovranità e reciproca collaborazione (a proposito dell'art. 1 Accordo di revisione concordataria*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*(statoechiese.it), gennaio 2014, p. 9).

[10] G. FELICIANI, *La Conferenza episcopale come soggetto come soggetto della politica ecclesiastica italiana*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2004, I, p. 254, al riguardo parla di una "valorizzazione imponente" del ruolo dell'episcopato italiano. V., in proposito, il significativo passaggio del discorso tenuto da San Giovanni Paolo II in occasione della visita ufficiale effettuata dal Presidente Pertini, appresso alla conclusione dell'Accordo di revisione del Concordato lateranense (Città del Vaticano, 21 maggio 1984), lì dove si sottolinea come detto Accordo "valorizza in modo speciale e in importanti settori il ruolo della Conferenza Episcopale Italiana" (v. in *w2.vatican.va/content/john-paul-ii/it/speeches/1984/may/documents/hf_jp-ii_spe_19840521_presidente-pertini.html*).

[11] L. ELIA, *Introduzione ai problemi della laicità*, in *Il Diritto ecclesiastico*, 2007, I-II, p. 19.

determinare gli ottimi risultati descritti sta, ovviamente, l'azione apicale dell'Ente che sigla l'Accordo, i.e. la Santa Sede[12], *ma anche* l'operato della C.E.I., cui (è spettato e) spetta pattiziamente, su diversi fronti[13], dare concreta ed "efficiente" applicazione al canone della collaborazione, nel dialogo (anche "informale"[14]) con le autorità civili: un plauso "in controluce", questo fatto dal Pontefice, che rispecchia quello fatto *apertis verbis* tre anni prima, nel primo incontro con l'episcopato italiano, sottolineando la difficoltà del compito di confrontarsi con le istituzioni politiche, culturali e sociali, ma al contempo esortando a procedere nettamente verso questa direzione[15].

Un'altra dimostrazione (della presenza "in filigrana" di argomenti "tecnici" a sostegno d'una crescente collaborazione Stato/Chiesa) si riscontra nel passaggio immediatamente successivo a quello appena esaminato, dove Papa Francesco correla l'art. 1 Conc. al principio di laicità dello Stato: osservando, segnatamente, come il primo "esprima" il secondo, e l'abbia anche – al contempo - "promosso",

---

[12] Cfr., in tal senso, esemplificativamente, i rilievi d'uno dei principali protagonisti delle negoziazioni propedeutiche alla sigla dell'Accordo del 1984 (oltre che "prezioso e sapiente tessitore" delle relazioni ecclesiastiche dell'ultimo trentennio, come scrive C. CARDIA, *Stato, Chiesa e bene comune: la «lezione» di Attilio Nicora*, in *Avvenire*, 25 aprile 2017), il card. Attilio Nicora, che in un saggio (A. NICORA, "*La Chiesa cattolica e l'attuazione dell'Accordo del 1984*, in *Dall'Accordo del 1984 al disegno di legge sulla libertà religiosa*, a cura della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 2001) steso a tre lustri da quella sigla, dà già conto di un'attuazione dell'Accordo "quasi compiutamente realizzata", e dell'"apprezzabile impegno" sostanzialmente dimostrato dalla Santa Sede e dalla C.E.I. "nell'ambito delle rispettive competenze...per l'ordinata e coerente esecuzione degli Accordi sottoscritti nel 1984"; rilievi che si concludono, peraltro, con la notazione che "il grande principio di corretta collaborazione nella libertà, che rappresenta l'anima del "nuovo" Concordato, ha retto alla prova e resta utile traccia per sviluppi a venire".

[13] Il fatto che l'esercizio della bilateralità con la Chiesa cattolica in Italia coinvolga principalmente la C.E.I., del resto, si ricava già dal riconoscimento effettuato da quest'ultima, a dieci anni dalla sigla dell'Accordo, del suo essere stata «valorizzata in questo decennio, come soggetto interlocutore nei rapporti con le istituzioni civili e nella gestione degli accordi» (CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *Comunicato dei lavori della XXXIX Assemblea generale (16-20 maggio 1994)*, Roma, 24 maggio 1994). Per una conferma di questo riconoscimento nel ventennio successivo, può citarsi l'annotazione fatta nel 2013 da R. ASTORRI, *Politica ecclesiastica e Chiesa cattolica*, in *Quad. dir. pol. eccl.,* 2013, II, p. 336, dove rileva come "nel corso di questi trenta anni la Conferenza Episcopale Italiana [sia] divenuta la protagonista…certamente prevalente dei rapporti con lo Stato" (anche per via, d'un più generale delinearsi di un "nuovo ruolo assunto dalle conferenze nei rapporti con gli Stati", legato, tra l'altro – nota l'A. - all'affermarsi d'una "prassi concordataria che lascia sempre maggiore spazio agli episcopati interessati").

[14] Si fa riferimento, in particolare, anche a quel "complesso di interventi" che, come nota G. FELICIANI, *Gli episcopati nuovi protagonisti delle relazioni tra la Chiesa e gli Stati*, in ID., *Le pietre, il ponte e l'arco. Scritti scelti*, Vita e Pensiero, Milano, 2012, p. 373, "frequentemente in forma pubblica o anche riservata, non poche conferenze operano presso i rispettivi governi per manifestare esigenze, segnalare inconvenienti, proporre l'adozione di provvedimenti che possono anche risultare di notevole rilevanza per l'intera comunità civile".

[15] Il riferimento va alle parole spese da Santo Padre Francesco in occasione della Professione di fede con i Vescovi della Conferenza Episcopale Italiana, il 23 maggio 2013 (suggellante i lavori della LXV Assemblea Generale della C.E.I., Roma, 20-24 maggio 2013). V. *m.vatican.va/content/francesco/it/homilies/2013/documents/papa-francesco_20130523_omelia-professio-fidei-cei.html.*

condividendone sia il verso, cooperativo, "*amichevole*" e "anti-conflittuale", sia il presupposto, della "*rigorosa distinzione*" degli Ordini, delle rispettive Istituzioni, e delle loro competenze. Anche qui non manca, anzitutto, la focalizzazione dello specifico contributo portato – a monte - dalla Chiesa, e "veicolato" attraverso la stesura dell'art.1 Conc: e cioè la delineazione in esso d'un modello di laicità consono (anche) col surriferito insegnamento conciliare (*Gaudium et Spes*, par. 76)[16], che già figura una cooperazione tra realtà autonome, in un'accezione costruttiva, dialogica, e di confronto a viso aperto posta particolarmente in luce nel magistero - richiamato da Papa Francesco - di Benedetto XVI, quale "laicità positiva", imperniata sulla distinzione dei poteri ma che lascia "spazio al contributo che la Chiesa può offrire alla costruzione della società"[17]. Anche in questo caso, poi, non si fatica a scorgere un'ulteriore sottolineatura del pregio della scelta dell'84, evidenziandosi come il predetto art. 1 Conc. abbia favorito (per molti versi) l'opera della Consulta nel disvelamento del principio supremo di laicità (racchiuso nella Costituzione ma non "esplicitato formalmente"[18]): agevolando, segnatamente, la delineazione sempre più netta, col passare degli anni, del suo contenuto dinamico/promozionale[19], e quasi "anti-separatista", nel suo sintetizzare insieme la distinzione degli ordini di cui all'art. 7, I co. Cost., con *altri*, pertinenti, principi costituzionali[20], tra cui – per l'appunto - la *collaborazione* con le Confessioni prevista dagli artt. 7 e 8[21]. Così che, se cinque anni

---

[16] Cfr., ad es., il lavoro di L. SPINELLI, *La Chiesa e gli Stati alla luce del Concilio Vaticano II*, STEM, Modena, 1969; v. anche P. A. D'AVACK, *La Chiesa e lo Stato nella nuova impostazione conciliare*, in *Il Dir. eccl.*, 1971, I, p. 25 e ss..

[17] Così G. FELICIANI, *La laicità dello Stato negli insegnamenti di Benedetto XVI*, in *"Aequitas sive Deus". Studi in onore di Rinaldo Bertolino*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2011, p. 247; v. al riguardo i puntuali rilievi di G. DALLA TORRE, nel più recente saggio intitolato *Ancora sulla laicità. Il contributo del diritto ecclesiastico e del diritto canonico*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (statoechiese.it), febbraio 2014.

[18] Cfr. G. DALLA TORRE, *A vent'anni dalla revisione del Concordato*, in *Iustitia*, 2004, II-III, p. 143. V. sul punto, S. BORDONALI, *Luoghi comuni, contesto giuridico attuale ed esigenza d'aggiornamento*, in *Laicità e dimensione pubblica del fattore religioso. Stato attuale e prospettive. Atti del I Convegno Nazionale di Studi dell'A.D.E.C.,* a cura di R. Coppola, C. Ventrella, Cacucci, Bari, 2012, p. 223, nota come non via una "precisa norma della Costituzione" che definisca la laicità, ma che essa si ricavi dalla "sintesi di alcuni principi espressi in vari articoli di essa, a partire ovviamente dagli artt. 7 e 8, che indubitabilmente non parlano di separazione ma dei modi d'incontro".

[19] Cfr. R. COPPOLA, *Laicità relativa*, in *Religione, cultura e diritto tra globale e locale*, a cura di P. Picozza e G. Rivetti, Giuffrè, Milano, 2007, p. 107.

[20] Come rilevato da G. CASUSCELLI, *"L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia di vilipendio della religione*, in *olir.it*, maggio 2005, p. 2, detti articoli vengono a costituire un vero e proprio "microsistema" ecclesiasticistico.

[21] Ragguardevole, come in altri sensi, la differenza col modello francese della laicità, che possiede tra diversi tratti caratteristici, quello – per l'appunto – del "rifiuto di dare vita ad accordi tra Stato e confessioni

dopo la sigla dell'Accordo, la Consulta principia a figurare il "nucleo" dell'indicata sintesi, i.e. un'innovativa «*attitudine laica dello Stato-comunità*» scevra da «*postulati ideologizzati ed astratti di estraneità* [o]*ostilità»,* e ponentesi «*al servizio di concrete istanze della coscienza civile e religiosa dei cittadini*» (sent. 203/1989)[22]; nel tempo (la medesima Corte) mette sempre più a fuoco l'implicazione sottesa a quest'attitudine "di servizio" della Repubblica, cioè il suo *logico* declinare verso (concertazioni potenzialmente foriere del)la sigla di "accordi bilaterali", deputati a soddisfare specifiche istanze confessionali (sent. 235/1997); sino a visualizzare integralmente[23], di recente, l'irrinunciabile "cifra" caratteristica di detta attitudine – colta da Papa Francesco – dichiarando ufficialmente[24] la piena compatibilità con la laicità statale di questo (suo) verso "cooperativo", nel prefigurare (la stesura di) quel "regime pattizio" di garanzia voluto dal Costituente a pro dello 'specifico religioso'[25], onde confermare ed "amplificare" la garanzia di base della libertà religiosa, (diversa, giacché) offerta "*a tutti senza distinzione*"(sentt. 67/2017; 63/2016)[26].

---

religiose – legati a doppio filo, nella cultura d'Oltralpe, all'idea del privilegio e delle diseguaglianze – con la conseguente massima valorizzazione del diritto comune anche in materia religiosa" (così A. LICASTRO, *La Corte costituzionale torna protagonista dei processi di transizione della politica ecclesiastica italiana?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, (statoechiese.it), luglio 2016, p. 30). Sul punto, v. anche, esemplificativamente, P. VALDRINI, *Il principio di laicità nel diritto francese. Neutralità dello stato e libertà dei cittadini*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, 2015, I, p. 41 e ss..

[22] Corte cost., sent. n. 203 del 1989. Una peculiare "attitudine" dello Stato, questa posta in luce dalla Consulta, da tenere particolarmente presente nella fase applicativa del diritto: onde secondare – a monte - il predetto verso "anti-conflittuale" della laicità italiana e (contribuire ad) evitare – a valle – le "tensioni" che possono darsi, "quando non risolte dal diritto" (A. FUCCILLO, *Giustizia e religione. L*'agire religioso *nella giurisprudenza civile*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 4-5), nel quotidiano esplicarsi della religiosità: come quelle che possono registrarsi negli ambienti cittadini, sempre più "ambiti multiculturali" (cfr. il par. 74 dell'Esortazione ap. *Evangelii Gaudium* del Santo Padre Francesco).

[23] Non senza uno "sforzo", come sottolinea A. LICASTRO, *La Corte costituzionale torna protagonista dei processi di transizione*, cit., p. 3, teso a "pervenire a una coerente ricostruzione sistematica dell'assetto complessivo del c.d. "micro-sistema" delle fonti del diritto ecclesiastico": che se da una parte "ribad[isce], in fondo, orientamenti già espressi in passato", dall'altra "aggiunge "qualcosa di nuovo", non esplicitato finora in termini così netti".

[24] Cfr. A. LICASTRO, op. ult. cit., p. 30.

[25] Cfr., in proposito, la recente pronuncia della Corte costituzionale n. 67 del 2017, là dove, a ora di richiamare i cardini che esprimono il principio di laicità, rileva – tra l'altro – come esso contempli "*la possibilità che lo Stato regoli bilateralmente, e dunque in modo differenziato, i rapporti con le singole confessioni religiose, come previsto dagli artt. 7 e 8 Cost., per il soddisfacimento di esigenze specifiche, ovvero per concedere particolari vantaggi o imporre particolari limitazioni, o ancora per dare rilevanza, nell'ordinamento dello Stato, a specifici atti propri della confessione religiosa*". Sulla garanzia dello 'specifico religioso', v. ad es. J. PASQUALI CERIOLI, *Legge generale sulla libertà religiosa e distinzione degli ordini*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (statoechiese.it), gennaio 2010, p. 8 e ss.

[26] L'auspicio è che lo sforzo ricostruttivo così operato dalla Consulta, teso a delineare compiutamente *tutte* le componenti essenziali sintetizzate nel principio di laicità, e in particolare quella attinente al rilievo basilare della bilateralità pattizia, sia tenuto particolarmente presente in futuro dalle Corti italiane, prima di scrutinare fattispecie in tema di libertà religiosa, onde focalizzare - già a monte - i contorni

Dalle sottolineature in parola, in ultima istanza, emerge la palese volontà di Papa Francesco di portare l'attenzione sul legame sussistente tra la scelta di partenza – in esame – fatta nell"84, nel segno della collaborazione interordinamentale - le surriferite ascendenze culturali, ed - il disegno prefigurato dal Costituente rispetto alle dinamiche Stato/Chiesa a venire; mostrando come la prima scelta confermi ed esalti le potenzialità di tale disegno, "incarnando" – segnatamente - i tre presupposti che l'informano, e cioè: a) il ripudio dell'ideologico "esclusivismo sovrano" dello Stato[27], in consonanza con la visione dualistica cristiana[28] (alla base della formula – di cui al detto art. 7, I co. Cost. - della Chiesa indipendente e sovrana nel suo ordine[29], e della conseguente logica della bilateralità[30]); b) l'abbandono dell'ottica del sospetto[31], che insieme alla detta visione monistica, impediva al sistema

---

dell'effettiva specialità del sistema italiano: così da aver modo di scongiurare il più possibile il rischio di pronunce rese mediante argomentazioni fondate su un sostrato assiologico alieno a quello specifico della Repubblica (specialmente laddove si tenga presente quello, "intransigente", adottato in Francia, di cui si dirà *infra*; ma v. già *supra*, alla nota n. 21), che impone di (man)tenere l'indicata peculiare attitudine "di servizio" rispetto al fenomeno religioso. Facendo tesoro, al riguardo, anche del rilievo fornito tempo addietro dal Consiglio di Stato - nella decisione resa a pro della presenza del crocifisso nelle aule scolastiche italiane (sent. n. 556 del 2006) - secondo cui la laicità "…*benché presupponga e richieda ovunque la distinzione fra la dimensione temporale e la dimensione spirituale e fra gli ordini e le società cui tali dimensioni sono proprie, non si realizza in termini costanti nel tempo e uniformi nei diversi Paesi, ma, pur all'interno di una medesima "civiltà", è relativa alla specifica organizzazione istituzionale di ciascuno Stato", e quindi essenzialmente storica, legata com'è al divenire di questa* organizzazione". Per un commento favorevole alle conclusioni del Consiglio di Stato, tra gli altri, v. A. TRAVI, *Simboli religiosi e giudice amministrativo*, in *Foro it.*, 2006, p. 181 e ss.; A. BETTETINI**,** *Il Crocifisso nelle aule scolastiche: la legittimità di un simbolo che «dà a pensare»*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, VI, pp. 282-283; F. DI PRIMA, *Giudice amministrativo e interessi religiosi collettivi. Istanze confessionali, conflitti e soluzioni giurisprudenziali,* Libellula, Tricase (LE), 2013, p. 168 e ss.; *contra*, esemplificativamente, B. RANDAZZO, *Il crocifisso come simbolo di laicità: un paradosso. Quando è oltrepassato il confine tra diritto e politica*, in *I diritti dell'uomo*, 2006, III, pp. 78 e ss..

[27] P. A. BONNET, *Diritto concordatario italiano*, voce, in *Nuovo Dizionario di Diritto Canonico*, a cura di C. Corral Salvador*,* V. De Paolis*,* G. Ghirlanda, Edizioni S. Paolo, Cinisello Balsamo, 1993, pp. 358-359.

[28] V. sul punto, O. FUMAGALLI CARULLI, "*A Cesare ciò che è di è Cesare, a Dio ciò che è di Dio". Laicità dello Stato e libertà delle Chiese*, Vita e Pensiero, Milano, 2006, p. 70.

[29] Come ricorda – tra gli altri - F. MARGIOTTA BROGLIO, *Costituzione e revisione dei Patti lateranensi*, in *Los acuerdos concordatarios españoles y la revisión del Concordato italiano. Actas del simposio celebrado en Barce- lona los dias 29 de febrero y 1 de marzo de 1980,* Barcelona, 1980, p. 24 e ss., risulta che la formula di cui al primo comma dell'art. 7 Cost. - «*lo Stato e la Chiesa sono ciascuno nel proprio ordine indipendenti e sovrani*» - sia stata tratta da un'enciclica di Leone XIII (*Immortale Dei*, 1885), ad opera di G. La Pira, (il quale racconta l'accaduto, precisando di averne reperito il testo "in casa Montini, nella biblioteca Montini", in una missiva del 1964, il cui testo è richiamato – nella parte che qui interessa – nel suddetto saggio di F. Margiotta Broglio).

[30] Cfr., esemplificativamente, il saggio introduttivo di P. GISMONDI, *Le modificazioni del Concordato lateranense*, al volume *Nuovi accordi fra Stato e confessioni religiose. Studi e testi*, Giuffrè, Milano, 1985, p.1.

[31] Sulla diffidenza reciproca imperante in quell'assetto, posta in luce tre anni fa dal Cardinale Segretario di Stato Pietro Parolin (P. PAROLIN, *Un nuovo modo di guardarsi. A trent'anni dalla firma del nuovo concordato tra Italia e Santa Sede*, ne *L'Osservatore Romano*, 12 febbraio 2014), v. esemplificativamente, O. FUMAGALLI CARULLI*, Il Concordato lateranense: libertà della Chiesa e dei cattolici, in Stato, Chiese e Pluralismo confessionale* (statoechiese.it), aprile 2009, p. 9 e ss.; A. C. JEMOLO, *Stato e Chiesa in Italia negli ultimi cento anni*, Einaudi*,* Torino, 1972, p. 594 e ss. Non è indifferente – al riguardo - il fatto, notato tra gli altri da G. DALLA TORRE, *La revisione del Concordato* nel volume recante lo stesso titolo (e curato dall'A. per i Quaderni dell'Osservatore Romano), Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1985, p. 138), che l'impostazione

concordatario del '29 (definito di "non separazione"[32]) di scorgere l'orizzonte condiviso d'un "bene comune"; c) e infine, l'elevazione a principio generale della regola del previo accordo[33], in un'ottica "dialogico-cooperativa" e di propensione alla deroga a pro dello "specifico religioso", che suffraga il rilievo "capitale" dato dalla Carta alla bilateralità (di rango internazional-concordatario, con l'art. 7, II co., e a quella "analoga ma non identica"[34] propria delle intese con le Confessioni acattoliche, di cui all'art. 8, III co.).

Ma anche questo rilievo del Pontefice, una volta letto nel contesto complessivo del discorso, appare segnalare qualcos'altro. Specie ai "reggitori delle cose civili", infatti, non può sfuggire che quando il Papa precisa – subito dopo - che è all'inverarsi di *questa* laicità che si deve l'eccellente "*stato dei rapporti nella collaborazione tra Chiesa e Stato in Italia, con vantaggio per i singoli e l'intera comunità nazionale*", l'implicazione (pragmaticamente e giuridicamente) rilevante (sottesa) è che giova *prima di tutto* allo Stato, oltre che alla Chiesa, che le istituzioni civili seguitino a dare pieno ed effettivo seguito al precetto di cui all'art.1 Conc.. E ciò, prima ancora che in vista dei benefici scaturenti per i consociati, perché è soprattutto in gioco il rispetto, da parte di dette istituzioni, del principio supremo che esprime, in forma "sintetizzata", il predetto disegno del Costituente repubblicano, i.e. quello di laicità: il quale – come visto – integrando, tra le sue componenti, la bilateralità pattizia, incentiva *a fortiori* l'osservanza di quest'ultima.

---

prospettica adottata nel Concordato del 1929 rispetto al "fatto religioso", porti a scorgervi eminentemente una valenza "politica".

[32] Così P. FEDELE, *I rapporti fra lo Stato e la Chiesa e il Concordato lateranense*, in *Il Diritto ecclesiastico*, 1994, I, p. 55.

[33] C. CARDIA, *Stato e confessioni religiose. Il regime pattizio*, Il Mulino, Bologna, 1998, p. 149.

[34] O. FUMAGALLI CARULLI, *Libertà della Chiesa, Libertà nella Chiesa*, in *Jus*, 2009, III, p. 415, dove rileva come "l'art.7, 2° comma, delinea, quanto al rapporto con la Chiesa cattolica, una normativa frutto di bilateralità internazionale (gli accordi concordatari equivalendo ai Trattati)", laddove "l'art. 8 consente alle altre Confessioni un'analoga ancorché non identica bilateralità della disciplina, prevedendo la possibilità di un'Intesa (art. 8, 3° comma, e perciò un previo accordo". V. altresì S. BORDONALI, *L'incidenza del fatto religioso nei percorsi formativi della legge nell'ordinamento italiano,* in *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado,* 2010, p. 712, lì dove, tra l'altro, pone in luce la necessità di tenere ben presente - a ora di esaminare il principio di bilateralità posto dal Costituente "alla base dei rapporti di vertice sia con la Chiesa", sia con le altre Confessioni– la portata peculiare e notevole dell'art.7, "indirizzato alla sola Chiesa cattolica": (portata) che se non rettamente intesa, nei suoi ampi e profondi contorni, rischia di condurre a "trascurare un importante presupposto storico (la Conciliazione), un dato di fatto (l'esistenza del Concordato) e un dato positivo (l'art. 7 Cost. e la giurisprudenza che ne è seguita)". Sull'applicabilità delle "norme relative ai trattati" ai concordati conclusi tra la S. Sede e i singoli Stati, v. esemplificativamente le annotazioni di un maestro delle discipline internazionalistiche (R. MONACO, *Manuale di Diritto internazionale pubblico*, UTET, Torino, 1960, p. 68), e i rimandi bibliografici ivi riportati.

Come a dire, in altre, parole, che laddove non fosse assolto, *ex parte Status*, l'impegno alla collaborazione, il problema preminente sarebbe quello d'un contegno dei pubblici poteri disallineato (non solo rispetto al canone "legale" rappresentato dalla l. 121 del 1985, esecutiva dell'Accordo di Villa Madama, e vieppiù a quello costituzionale che esige il rispetto degli impegni concordatari, ma anche) rispetto al canone supremo dell'ordinamento che sovrintende i rapporti Stato/Chiese[35], nel segno della distinzione *ma anche* della collaborazione, esattamente come rilevato da ultimo (v. *supra*) dalla Consulta[36].

A tal proposito, poi, l'annotazione di Papa Francesco aiuta, di riflesso, a segnalare la fallacia di quelle posizioni e/o teoriche, presenti nell'"arena pubblica", che, ignorando del tutto questa dimensione dialogica della laicità italiana, adottano (talvolta anche inconsapevolmente) un modello "antagonista" alieno alla nostra esperienza, giacchè proprio della *laïcité de combat*[37], guardando perciò con trepidazione, quando non con aperta ostilità, all'idea di una cooperazione *effettiva* tra i due "ordini distinti", ritenendo (sulla base di quell'"ottocentesco" modello) che *ogni intervento confessionale*, *e segnatamente della Chiesa*, nella vita sociale venga a rappresentare un'interferenza e/o un'invadenza (negli affari della società civile, ovvero) nell'ordine sovrano dello Stato[38]. E poiché, purtroppo, capita che queste (fallaci e obsolete) suggestioni incidano – nei modi e nei termini più diversi - sull'agire quotidiano della

[35] Tenendo presente le riflessioni di G. BERTI, *Diritto amministrativo. Memorie e argomenti*, Cedam, Padova, 2008, p. 34: dove nota come sia importante e doveroso per l'operatore del diritto "scoprire l'evoluzione del principio di legalità in un ambito più vasto, e cioè dei principi costituzionali ai quali debba ispirarsi l'amministrazione come organizzazione".

[36] V. nota n. 26. Sul punto, v. G.B. VARNIER, *Laicità e dimensione pubblica del fattore religioso. Stato attuale e prospettive*, in *Laicità e dimensione pubblica del fattore religioso*, cit., p. 8.

[37] Già più di trent'anni orsono, P. MONETA, *Stato sociale e fenomeno religioso*, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 92-93, considerava ingiustificata la persistenza in Italia di questa visione, in considerazione del quadro sistematico di base connotante l'ordinamento, teso a focalizzare il "ruolo costruttivo" che le confessioni religiose possono svolgere nello Stato, inserendosi "a pieno titolo nella dinamica delle forze sociali": citando, peraltro, al riguardo, la significativa allocuzione di San Giovanni Paolo II del 29 maggio 1980, rivolta ai vescovi italiani (riuniti per la XVII Assemblea generale della C.E.I.), nella quale si pone in luce, tra l'altro, il fatto che i Vescovi, nel costituire «*una rappresentanza legittima e qualificata del popolo italiano, sono una forza sociale, che ha una responsabilità nella vita dell'intera Nazione*», e che più in generale «*La Chiesa, nei suoi Vescovi, nei suoi Sacerdoti, nel suo laicato più generoso, deve saper vedere quali possibilità concrete essa abbia per il bene della comunità*» (v. in *progettoculturale.it/cci_new/documenti_cei/2014-01/16-1047/Allocuzione_17a_Assemblea_CEI.pdf.*).

[38] A. BOMPREZZI, *Sana collaborazione tra Chiesa e Stato e perseguimento del bene comune*, in *Il Diritto ecclesiastico*, 1994, p. 945, accenna – ad es. – al rischio di una "invadenza dell'ordine spirituale in quello temporale" (richiamando a tal proposito il lavoro di G. LO CASTRO, *Ordine temporale Ordine temporale, ordine spirituale e promozione umana. Premesse per l'interpretazione dell'art. 1 dell'Accordo di Villa Madama,* in *Nuovi accordi fra Stato e confessioni religiose. Studi e testi*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 273, nel passaggio in cui l'A. pone analogo rilievo).

P.A.[39], specie riguardo a fattispecie che concernono la Chiesa cattolica e il suo agire nell'orbita civile, è ancor più utile rammentare che l'errore in cui cadono (dette suggestioni) è addirittura duplice. Esse, infatti, non solo abbracciano – incongruamente – "a monte" una laicità diversa da quella focalizzata dalla Consulta; ma vieppiù ignorano, "a valle", la fondamentale clausola "esplicativa" dell'Accordo, posta dai previdenti redattori dello stesso, in ordine alla legittimità d'intervento della Chiesa nel 'temporale': e cioè la previsione contenuta nell'art. 2 Conc., che, anche in vista del moltiplicarsi delle occasioni di confronto (anzitutto per via della formula di cui all'art.1 Conc.), ha focalizzato quale sia dal punto di vista della Repubblica l'*ordine proprio della Chiesa*, delimitandone i margini legittimi d'azione *concreta* nell'ordine "profano"[40], coincidenti con quegli ambiti ove ritenga di dovere svolgere, in «*piena libertà*[41]*…la sua missione pastorale, educativa e caritativa, di evangelizzazione e di*

[39] Se n'è avuto un riscontro palpabile, in particolare negli ultimi due anni, nel paradigmatico accavallarsi di tensioni, fraintendimenti e "polarizzazioni" registratosi in diverse comunità scolastiche italiane, riguardo all'occorrenza tradizionale della benedizione dei relativi plessi in occasione delle festività natalizie e pasquali; e culminato, in un caso concernente proprio quest'ultima eventualità, in una vicenda processuale conclusasi qualche mese addietro, con la sentenza del Consiglio di Stato (VI sez.), 27 marzo 2017, n. 1388, che ha (correttamente) statuito sulla piena legittimità di provvedimenti amministrativi volti a concedere in uso precario – nel rispetto della normativa scolastica - i detti plessi, fuori dell'orario scolastico, per lo svolgimento d'un atto di culto con partecipazione pienamente libera e facoltativa (non ravvisando, peraltro, alcuna contrarietà di detti provvedimenti al principio di laicità, com'è dato evincere dal silenzio tenuto sul punto dal C.d.S.). Per una ricostruzione delle vicende anteriori a detta pronuncia, e una disamina critica delle posizioni contrarie allo svolgimento del predetto rito nei locali scolastici, che hanno condotto all'anzidetta vertenza, sia consentito il rinvio a F. DI PRIMA, M. DELL'OGLIO, *Le attività di culto nella scuola pubblica, tra laicità, «libertas Ecclesiae» e libertà religiosa collettiva*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (statoechiese.it), novembre 2016.

[40] G. DALLA TORRE, *La "filosofia di un Concordato",* in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2004, I, p. 84; v. altresì la sua *Introduzione* in *La revisione del Concordato*, cit., p. 20, dove, riflettendo sulla portata e la funzione dell'Accordo del 1984, nota come lo strumento concordatario consenta "a due realtà altrimenti del tutto incomparabili, quali sono…la Chiesa e lo Stato, di rapportarsi fra di loro". Parla, a tal proposito, della configurazione d'uno "strumento moderno di regolazione dei rapporti tra lo Stato e la Chiesa cattolica", C. CARDIA, *Il sistema pattizio alla prova: riforma dei Patti lateranensi e stipulazione delle prime "intese"*, in *Politica del diritto,* 1996, I, p. 67. Ma v. anche F. MARGIOTTA BROGLIO, *Il negoziato per la riforma del Concordato tra governo e parlamento*, in *Concordato e Costituzione. Gli accordi del 1984 tra Italia e Santa Sede*, a cura di S. Ferrari, Il Mulino, Bologna, 1985, p. 26, dove osserva come la revisione del 1984 sia valsa a segnare "la transizione dei concordati dal ruolo di teorica definizione dei confini a quello di garanzia della libertà di religione, consentendo…di avviare il passaggio dei così detti *patti di unione* del passato ai nuovi *patti di libertà e cooperazione,* conclusi dalla Chiesa nell'espletamento dei compiti precisati dal Concilio Vaticano II (nella costituzione *Gaudium et Spes*) in ordine ai rapporti con la comunità politica. Rapporti che in tale sistema vengono ad assumere, nella loro genesi e nella loro dinamica, capacità di adattamento e margini di oscillazione rapportati alle esigenze delle singole comunità".

[41] Riguardo alla dizione della "piena libertà" raccolta nella disposizione pattizia in esame, si considerino gli opportuni rilievi di O. FUMAGALLI CARULLI, *Il governo universale della Chiesa e i diritti della persona,* Vita e Pensiero, Milano, 2003, pp. 256-257, volti a considerare, da una parte, l'importanza dell'art. 2 del Trattato del Laterano, ove la "sovranità spirituale" è considerata "attributo inerente alla 'natura' della Chiesa cattolica" nel suo essere «una società spirituale governata dal Sommo Pontefice, titolare di sacre potestà nella guida dei fedeli"; e ove si delinea un riconoscimento della sovranità della Chiesa «in conformità alle sue tradizioni» e «in conformità alle esigenze della sua missione nel mondo»; e, d'altra parte, a rimarcare come "a

santificazione». Una duplice "svista", questa, che impedisce di scorgere – in altre parole – che l'ordinamento italiano, nell'individuare in partenza la "strada maestra" della cooperazione tra gli Ordini, ha nel caso della Chiesa cattolica segnato con chiarezza (mediante lo strumento normativo pattizio) i "bordi" di questa stessa strada elettiva, oltre che – come visto prima – la destinazione ultima, i.e. la promozione della persona e il bene del Paese. E a quest'ultimo proposito, deve rilevarsi che probabilmente l'art.1 Conc. è venuto a declinare in una prospettiva ecclesiasticistica un obiettivo già figurato, ancorché ellitticamente, dal Costituente: posto che un precetto della Carta non sempre tenuto nell'opportuna considerazione[42], qual è l'art. 4, II co., nell'individuare la finalità ultima dell'ordinamento repubblicano, parla d'un «*progresso*» [insieme] *materiale e spirituale della società*», confermando la centralità nella *mens* costituente dell'idea della cooperazione, quale percorso (reputato) principe per giungere a tale bene/valore[43].

Agli spunti appena posti in evidenza (sui fattori giuridici che sostengono e promuovono detta cooperazione), che derivano (anche indirettamente) dai riferimenti puntuali fatti dal Pontefice, si aggiungono quelli – non meno preziosi – ricavabili dal "corrispondente" passaggio del discorso del Presidente della Repubblica: dove, come s'è anticipato, si segue una falsariga diversa, con un richiamo "generico" all'Accordo (quale "quadro di collaborazione", senza ulteriori specificazioni), al quale fa – immediatamente - seguito un'esemplificazione "plastica" di questo dinamismo cooperativo, ossia quello registratosi nel 2016, appresso ai disastri sismici nell'Italia centrale. Un rimando breve ma suggestivo, quest'ultimo, volto a sottolineare la crucialità di tale dinamismo sul fronte dell'*assistenza* prestata alle comunità colpite: dicendo della vividezza della "*presenza*"

---

differenza di altre confessioni che teorizzano, anche sulla base della loro ecclesiologia, d'essere articolazioni dello Stato" autoproclamandosi "Chiese di Stato", ed in quanto tali "non rivendicando affatto indipendenza dallo Stato", la *libertas Ecclesiae* "per la concezione canonistica è invece e non può non essere totale, coincidendo con la sovranità" (richiamando altresì, l'A., a tal proposito, il discorso fatto da Giuseppe Dossetti il 21 marzo 1947, durante i lavori dell'Assemblea costituente italiana preparatori di quell'art. 7, I co, della Carta che "recependo la concezione canonistica, afferma che «lo Stato e la Chiesa sono ciascuno nel proprio ordine indipendenti e sovrani»", dove s'insiste "sulla caratteristica dell'ordinamento canonico di essere ordinamento 'originario', non riconducibile all'ordinamento dello Stato").

[42] Così, P. CONSORTI, *Diritto e Religione*, II ed., Laterza, Roma-Bari, 2014, p. 27.

[43] Cfr., in proposito, da ultimo, O. FUMAGALLI CARULLI, *Lo Stato italiano e la Chiesa cattolica: indipendenza, sovranità e reciproca collaborazione*, cit., p. 8.

della Chiesa in un frangente così difficile della "*vita nazionale*"; del suo essersi "*fortemente impegnata…a fianco delle Istituzioni, per alleviare la sofferenza*" di tali comunità; e del suo averlo fatto "*in tutte le sue espressioni, dalle organizzazioni di volontariato ai movimenti laicali*". Un'annotazione dal taglio "minimalista", che pure, a dispetto delle apparenze, giova anch'essa - anzitutto - a dare contezza, pur se indirettamente, della particolare (e crescente) "forza giuridica" del principio di collaborazione: mostrandone, sotto diversi aspetti, l'ampia portata.

In primo luogo perché si pone in luce come detto principio trovi applicazione *anche in campi* socialmente rilevanti *non rientranti in ambiti di disciplina bilateralmente convenuta*[44], posto che l'area dell'assistenza (sociale), richiamata nell'esempio, non trova nell'Accordo del 1984 – a differenza di altre - un'apposita normativa-cornice. Come s'è detto prima, infatti, quel che importa è che la cooperazione si attui in un ambito d'azione ove la Chiesa agisce secondando una sua *missione propria*, giusta l'indicato art. 2 Conc.: cosa che accade nel caso in esame, dove si manifesta quella "*caritativa*", che oltre a essere ricompresa nell'elenco contenuto in quest'ultima previsione, rientra notoriamente nell'orbita ecclesiale, per patenti ragioni storico-culturali[45]. E va detto che se l'esempio fatto al riguardo dal Presidente Mattarella brilla per particolare vividezza - non foss'altro che per la

[44] Come prefigurava già all'indomani della sigla dell'Accordo P. GISMONDI, *Le modificazioni del Concordato lateranense*, cit., p. 7. Analogamente, in tempi più recenti, G. CASUSCELLI, *La crisi economica e la reciproca collaborazione tra le Chiese e lo Stato per "il bene del Paese"*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (statoechiese.it), ottobre 2011, p. 17 e s...

[45] Nota G. DALLA TORRE, *Lezioni di Diritto ecclesiastico*, V ed., Giappichelli, Torino, 2016, p. 329, come "l'assistenza, nel più generale quadro di un'azione rivolta alla promozione della giustizia sociale" sia "un dato che sempre ha connotato l'esperienza cristiana"; rilevando altresì come sia la teologia, sia la storia insegnano "che il concreto esercizio di attività assistenziali, motivato dallo spirito religioso ed espressione della cristiana carità, entra a costituire il contenuto stesso della missione della Chiesa": giungendo a considerare come l'assistenza sia, dunque "espressione propria e tipica dell'istituzione ecclesiastica" (come è confermato, in punto di diritto, dal fatto che il Legislatore canonico menziona espressamente tra i fini propri della Chiesa – giusta il can. 1254, § 2 - l'esercizio delle «*opere di apostolato sacro e di carità, specialmente a servizio dei poveri*»); ma rimarcando, al contempo, come il dovere della carità incomba su tutti i *christifideles*, tenuti come sono, da una parte, a «*sovvenire alle necessità della Chiesa*, *affinché essa possa disporre di quanto è necessario*», tra l'altro, per le opere di carità (can. 222, §1); e dall'altra, a «*promuovere la giustizia sociale*», «*come pure*» a «*soccorrere i poveri coi propri redditi*» (can. 222, §2). Un'urgenza, questa individuata dal secondo paragrafo dell'indicata norma codiciale, che, nel costituire osservanza diretta di un "comandamento del Signore" (come precisa la norma stessa) è profondamente radicata nella tradizione giuridica della Chiesa: né da prova, ad es., il passo del Decreto di Graziano (richiamato di recente dal Sostituto per gli Affari Generali della Segreteria di Stato, Mons. Giovanni Angelo Becciu (*Intervento del Sostituto per gli Affari Generali della Segreteria di Stato alla celebrazione del "National Day della Santa Sede" a Milano Expo 2015*, consultabile in *press.vatican.va/content/salastampa/it/bollettino/pubblico/2015/06/11/0456/01003.pdf*) dove era presente la seguente incisiva direttrice: «*Pasce fame morientem. Quisquis enim pascendo hominem seruare poteris, si non paueris, occidisti*» (*Gratiani Decretum*, Dist. LXXXVI, c. 21, ed. Friedberg, I, 302).

vicinanza temporale degli eventi occorsi - non mancano (altri) esempi d'iniziative encomiabili[46], altrettanto recenti, assunte dalla Chiesa nell'ambito assistenziale, sia a livello nazionale, sia a livello diocesano, di cooperazione con soggettività istituzionali, come pure (con quelle espressive) del c.d. 'privato sociale'[47].

Quest'ultimo rilievo, poi, conduce all'altro profilo evidenziato dalle parole del Presidente, inerente all'estensione *anche* "orizzontale" che presenta la collaborazione prefigurata nell'Accordo. Il richiamo presidenziale alle diverse "espressioni" del mondo ecclesiale presenti "a fianco" delle Istituzioni, infatti, dà per assodato il superamento (operato nel 1984) della concezione "meramente verticale delle relazioni tra religione e potere politico", presente nei Patti del '29, fotografando una realtà dove (all'opposto) non è infrequente – specie innanzi alle emergenze – riscontrare una cooperazione tra società civile e società religiosa scaturente "dal basso", tra soggettività non istituzionali ma "vitali", comunque idonee a rappresentare in modo coerente le (rispettive)istanze ordinamentali[48]. Un'evenienza congruente, per molti versi, da una parte con l'assetto dei rapporti Chiesa-Stato post-conciliare, che, riportando l'"*actuositas* dei laici nelle cose temporali…alla economia dell'ecclesiasticità", v'individua "una sorta di compito ecclesiastico, [per

---

[46] Come rileva, tra gli altri, G. CASUSCELLI, *La crisi economica*, cit., p. 20. Esemplificativamente, si possono ricordare: a livello centrale, il "Prestito della Speranza" avviato per iniziativa della Conferenza episcopale italiana che, in forza di un accordo con l'ABI, ha istituito un fondo straordinario di garanzia, destinato a sostenere "l'accesso al credito a condizione agevolate, persone e microimprese in condizioni di vulnerabilità economica", avendo di mira "l'inclusione sociale e lavorativa della persona"; e a livello diocesano, il "Fondo Famiglia Lavoro" promosso dall'Arcidiocesi di Milano, recante l'obiettivo della ricollocazione dei disoccupati (attraverso la rete delle associazioni imprenditoriali aderenti), mediante percorsi di reinserimento nelle imprese che esprimono disponibilità in tal senso, e segnatamente attraverso l'istituto del tirocinio di reinserimento lavorativo (con la contemplata erogazione di apposite "borse lavoro", quale "indennità finanziata dal fondo").

[47] Iniziative meritorie, queste, che spiccano particolarmente da un po' di tempo a questa parte, in considerazione dello "stato di emergenza economica" (sovente "riferito a una situazione di mancanza di risorse economiche", così I. CIOLLI, *Crisi economica e vincoli di bilancio*, in *Rivista telematica dell'Associazione "Gruppo di Pisa"* (*gruppodipisa.it*), 2012, p. 7) registratosi - com'è noto - non solo nel nostro Paese, negli anni più recenti, ma che origina (com'è altrettanto ben noto) negli anni pregressi: un (macro) problema, questo, sulle cui cause a monte, come notato in dottrina (A. POGGI, *Crisi economica e crisi dei diritti sociali nell'Unione Europea*, in *Rivista AIC*, 2017, I, p. 2) si danno "due principali linee di pensiero: la prima basata sugli squilibri macroeconomici globali e la seconda concentrata sulle cause microeconomiche, tra cui l'incapacità della misurazione del rischio e l'inadeguatezza (o, in alcuni casi, l'assenza) di regolamentazione o di adeguati meccanismi di controllo". Per una notazione della "sonora sconfessione sul campo, in relazione alla crisi globale innescata dai mutui subprime americani", delle "capacità autopoietiche ed autoregolative del mercato", v. esemplificativamente E. CAMILLERI, *Azione di classe a tutela dei consumatori e comportamenti anticoncorrenziali: criticità (e velleità) di un tentativo di trade-off*, in *AIDA, Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, XIX, 2010, p. 441.

[48] V. A. BETTETINI, *Tra autonomia e sussidiarietà: contenuti e precedenti delle convenzioni a carattere locale tra Chiesa e Istituzioni pubbliche*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (statoechiese.it), maggio 2010, p. 3.

l'appunto, una] "*missio Ecclesiae*")"[49]; e, dall'altra, con le ricadute che su ciascuno dei due ordinamenti ha avuto, e ancora ha – con i debiti distinguo - il principio di sussidiarietà: in quello canonico, rispetto alla sua potenziale fecondità, in ordine alla promozione della "corresponsabilità diretta e personale di tutti i fedeli nel perseguimento delle finalità primarie della Chiesa"[50]; e in quello italiano, col

---

[49] Così P. BELLINI, *Sui caratteri essenziali della "potestas Ecclesiae circa temporalia"*, in *Ius Canonicum*, 1970, p. 253, dove, nel precisare che si ragiona, in questo caso, di attivismi espressivi "dell'apostolato dei laici", pone in evidenza – tra l'altro – come il Concilio Vaticano II, nel ribadire che nella loro *actuositas* i laici "son tenuti ad operare sotto la guida magisteriale e pastorale della Chiesa gerarchica", esalti al contempo la "funzione del laicato nella Chiesa…quale diritto-dovere fondamentale dei laici tutti, ad essi derivante ""*ex ipsa sua cum Christo Capite unione*", che si concentra nell'impegno di "ben indirizzare tutto l'ordine temporale a Dio per mezzo del Cristo". V. al riguardo le osservazioni di G. GHIRLANDA, *Laico*, voce, in *Nuovo Dizionario di Diritto Canonico*, cit., pp. 614-615, dove si nota come nel Concilio si distingua "tra apostolato dei laici nell'annunzio del Vangelo, senza che si tratti di una cooperazione immediata all'apostolato gerarchico, perché non ha tutte le caratteristiche che di essa dà [il decr. Apostolicam Actuositatem], n. 20, e l'apostolato come cooperazione immediata all'apostolato gerarchico perché ha tali caratteristiche"; e come nel *Codex* del 1983, il can. 225 (dove si afferma, tra l'altro, al §2, il « *dovere specifico*» incombente su ogni laico*, «ciascuno secondo la propria condizione, di animare e perfezionare l'ordine delle realtà temporali con lo spirito evangelico e in tal modo di rendere testimonianza a Cristo, particolarmente nel trattare tali realtà e nell'esercizio dei compiti secolari*») non faccia questa distinzione, non accennando alla cooperazione diretta con l'apostolato gerarchico: ma che, nonostante ciò, di fronte ad un'azione dei laici che si ponga quale "immediato annuncio della salvezza" non possa non esserci "una cooperazione nell'apostolato che nella Chiesa è da considerarsi gerarchico, in quanto da esercitarsi sempre sotto la superiore direzione della gerarchia". Cfr., più in generale, sul punto, oltre al IV cap. della Cost. *Lumen Gentium*, il Decreto sull'apostolato dei laici *Apostolicam Actuositatem*, lì dove si afferma (n.7) il dovere dei laici di «*assumere il rinnovamento dell'ordine temporale come compito proprio e in esso, guidati dalla luce del Vangelo e dal pensiero della Chiesa e mossi dalla carità cristiana*, *operare direttamente e in modo concreto*"; cooperando "*come cittadini … con gli altri cittadini secondo la specifica competenza e sotto la propria responsabilità*"; cercando "*dappertutto e in ogni cosa …la giustizia del regno di Dio*»; nonché l'ulteriore e più specifico passaggio (n.8) dove si esortano i laici affinché «abbiano *in grande stima e sostengano, nella misura delle proprie forze, le opere caritative e le iniziative di « assistenza sociale », private pubbliche, anche internazionali, con cui si porta aiuto efficace agli individui e ai popoli che si trovano nel bisogno, e in ciò collaborino con tutti gli uomini di buona volontà*». Sul punto, v. esemplificativamente, L. NAVARRO, *La condizione giuridica del laico nella canonistica dal Concilio Vaticano II ad oggi*, in *Ius Ecclesiae* 2011, II, p. 319 e ss.; F. FRANCESCHI, *La partecipazione dei fedeli laici alla vita pubblica. Testimonianza cristiana, etica pubblica e bene comune nell'insegnamento di Benedetto XVI*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (statoechiese.it), novembre 2011; AA. VV., *I laici nel diritto della Chiesa*, Libreria Editrice Vaticana, Roma, 1987; S. BERLINGÒ, *I laici nella Chiesa*, in *Il fedele cristiano* (coll. *Il Codice del Vaticano II*, a cura di A. Longhitano) Bologna, 1989; F. COCCOPALMERIO, *De Conceptibus «christifidelis» et «laici» in Codice Iuris Canonici. Evolutio textuum et quaedam animadversiones*, in *Periodica de re canonica,* 1988, n. 77, p. 381 e ss.; G. GHIRLANDA, *I laici nella Chiesa secondo il nuovo Codice di Diritto Canonico*, in *Civ. cattolica*, 1983, 134/II, pp. 531 e ss.; P. LOMBARDIA, *Los laicos en el Derecho de la Iglesia*, in *Ius Canonicum,* 1966, VI, p.342 e ss.).

[50] Il virgolettato, tratto dal lavoro di C. CARDIA, *La rilevanza costituzionale del principio di sussidiarietà*, in *Principi per la revisione del Codice di Diritto Canonico. La ricezione giuridica del Concilio Vaticano II*, a cura di J. Canosa, Giuffrè, Milano, 2000, p. 253, è richiamato – ai fini del rilievo qui riportato - da O. CONDORELLI, il quale, in un saggio del 2003 (*Sul principio di sussidiarietà nell'ordinamento canonico: alcune considerazioni storiche*, in *Il Diritto ecclesiastico*, 2003, III, p. 942 e ss.), parte dal rilievo del "ruolo significativo di impulso e di indirizzo" avuto dal principio di sussidiarietà "nell'ultimo quarantennio" riguardo alla "conformazione dell'ordinamento giuridico della Chiesa" (ponendo in luce, ad es., il fatto che - come ricorda la Prefazione al Codice di Diritto Canonico del 1983 - detto principio era stato "definito e collocato fra i Principî direttivi per la revisione del codice di diritto canonico approvati dal Sinodo dei Vescovi del 1967"), come spunto per dar luogo a un'ampia e articolata analisi storico-giuridica, volta a "saggiare se la sussidiarietà sia una categoria idonea a interpretare alcuni aspetti della vicenda storica del diritto della Chiesa", al termine della quale, nel (tornare a) rimarcare il fatto che "a partire dagli anni Trenta del secolo XX" il richiamo al principio in parola costituisce un "elemento ricorrente nel magistero dei Romani Pontefici", osserva come appresso al suo "primo

rinnovato ordito costituzionale del Titolo V, là dove (art. 118, IV co.) s'invitano – proprio in nome della "sussidiarietà orizzontale"[51] – i pubblici poteri a (proteggere e) rispettare, per citare il Consiglio di Stato, "*lo sviluppo della società civile partendo dal basso,…dalla valorizzazione delle energie individuali, dal modo in cui coloro che ne fanno parte liberamente interpretano i bisogni collettivi emergenti dal «sociale» e s'impegnano direttamente per la realizzazione di…utilità collettive*"[52]. Ed è in quest'ottica complessiva, del resto, che si delinea la normativa del "non profit", con la recentissima conferma riscontrabile nel c.d. *Codice del Terzo Settore*, (dlgs. 117/2017)[53], votato esplicitamente a sostenere, anzitutto, l'«*autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune*» (art.1)[54].

---

riconoscimento" quale cardine "appartenente alla filosofia sociale applicabile alla realtà delle società civili", esso sia stato accolto come "principio valido anche nell'ambito della vita della Chiesa": ispirando e informando, così, "l'opera di revisione e di redazione della nuova legislazione canonica: dal Codice della Chiesa latina a quello delle Chiese orientali, per passare attraverso la costituzione *Pastor bonus* che dell'uno e dell'altro appare come l'essenziale complemento nel nuovo corpo normativo della Chiesa". Sono richiamabili, a tal riguardo, le avvertenze "di base" poste da G. GHIRLANDA, *Introduzione al diritto ecclesiale*, *Lineamenti per una teologia del diritto nella Chiesa*, Gregorian and Biblical Press, Roma, 2013, p. 99, riguardo all'applicazione che il principio *de quo* viene a trovare nella Chiesa: e cioè la necessità che esso venga "adattato" alla natura di quest'ultima; non perdendo – in particolare – mai di vista, anzitutto, ciò che di essa è "di istituzione divina": tenendo presente, pertanto, ad es., che "la potestà nella Chiesa ha origine dall'Alto ([cann.] 129 §1; 618), e non dal popolo; che la sua struttura fondamentale "è stabilita da Cristo stesso, e non dai membri della compagine sociale a seguito di un compromesso tra le forze in essa presenti"; che il bene comune "come quello dei singoli nella Chiesa è di ordine sovrannaturale, e non solo naturale", e che nella Chiesa, "salvata la giusta autonomia dei singoli gruppi sociali, si rende necessario l'intervento dell'autorità superiore anche nelle competenze dell'autorità inferiore [*Lumen Gentium*, 22b; cann. 331; 333; 336], per la tutela e lo sviluppo della santità e dell'unità della Chiesa stessa". L'A. seguita rilevando che l'applicazione del principio in commento alla vita della Chiesa significa – in partenza - "rispetto della giusta autonomia dei gruppi inferiori – e all'interno di essi i diversi livelli di governo, in relazione sia alla potestà…riconosciuta per diritto divino o per diritto positivo" ai soggetti ad essi preposti, sia "alla natura gerarchica nella comunione ecclesiale", in una coordinazione tra il diritto particolare o proprio dei vari gruppi con il diritto universale o comune che culmina nella rifulgente cattolicità della Chiesa "nell'unità e nella pluralità". Inteso in questo modo, dice l'A., si può dire che tale criterio sia "stato fondamentalmente seguito e attuato nel nuovo Codice, dati i frequenti rimandi che si hanno al diritto particolare o al diritto proprio, pur all'interno di statuizioni universali e comuni". Sull'argomento, più in generale, v. altresì, esemplificativamente, sul punto, J. BEYER, *Principe de subsidiarieté ou «juste autonomie» dans l'Église*, in *Nouvelle Revue Théologique*, 1986, 108/6, pp. 801 e ss.; ID., *Le principe de subsidiarieté: son application en Église*, in *Gregorianum*, 1988, 69/3, pp. 435 e ss.; A. VIANA, *El principio de subsidiariedad en el gobierno de la Iglesia*, in *Ius Canonicum*, 1998, 38, pp. 147 e ss.. Sul principio di sussidiarietà nel campo della dottrina sociale della Chiesa, v. in particolare, G. FELICIANI, *Il principio di sussidiarietà nel magistero sociale della Chiesa*, in *Vita e Pensiero*, 1994, III, pp. 181 e ss..

[51] Per una disamina dello sviluppo ordinamentale che conduce alla formulazione del novellato art.118, IV° Cost., sia consentito il rimando a un lavoro pregresso (F. DI PRIMA, *Interventi pubblici di sostegno alle attività di promozione socio-culturale degli enti ecclesiastici, tra interesse pubblico e sussidiarietà orizzontale. Note critiche alla sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 371*, in *Il Dir. eccl.,* 2009, III-IV, p. 675 e ss.), e alla bibliografia ivi richiamata.

[52] Consiglio di Stato, Sez. Cons. per gli atti normativi, parere 1 luglio 2002, n. 1354.

[53] Decreto legislativo 3 luglio 2017 n. 117, "*Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106*".

[54] Le altre finalità indicate nella norma in parola, appresso al «*riordino e alla revisione organica della disciplina vigente in materia di enti del Terzo settore*» sono: l'elevazione dei «*livelli di cittadinanza attiva, di coesione e*

Oltre a questi spunti (sulla portata del principio di cui all'art.1 Conc.), direttamente ricavabili dal richiamo fatto dal Presidente della Repubblica al sisma del 2016 e al contestuale slancio solidale di tante "anime" del mondo ecclesiale (attestato anche dai risultati egregi della colletta raccolta dalle parrocchie, su impulso della C.E.I., e della sua finalizzazione, curata dalla Caritas italiana[55]), ne appare – infine - "in penombra" un terzo – anche qui – non esplicitato. Quando, infatti, il Presidente, dopo aver evocato le macerie lasciate dal sisma anche nello "spirito" delle popolazioni, (citando Papa Francesco[56]) richiama la "*comune responsabilità*" che gravita sui pubblici poteri e sulle autorità ecclesiastiche per sovvenire alle "*esigenze spirituali e materiali della comunità*", il pensiero corre ad un fronte particolare del dopo-sisma, ove si stagliano le prime esigenze, ma gravitano anche le seconde, ossia quello attinente alle lesioni (più o meno gravi)[57] patite da moltissime chiese cattoliche costituenti parte del "tesoro" storico-artistico nazionale" e (in quanto tali) funzionali in modo "distinto", religioso-cultuale *e* culturale, al benessere spirituale dei *cives-fideles*; ma anche al prodursi di ricadute (socio)economicamente consistenti, legate, soprattutto, all'attrattività turistica (e al conseguente "indotto")[58]: un fronte d'intervento, questo, immediatamente teso alla (messa in sicurezza e alla) riapertura di detti edifici alla fruizione pubblica, anzitutto cultuale[59], che ricade giuridicamente

---

protezione sociale» così da favorire «*la partecipazione, l'inclusione e il pieno sviluppo della persona*», e la «*valorizzazione del potenziale di crescita e di occupazione lavorativa, in attuazione degli articoli 2,3,4,9,18 e 118, quarto comma, della Costituzione*» (Dlgs. 117/2017, art. 1).

[55] Sono stati raccolti circa ventidue milioni di euro, destinati a sovvenire ad urgenze primarie, ma anche all'avviamento di alcuni progetti di sviluppo economico-sociale, come si legge nel *Comunicato finale* del Consiglio Permanente della Conferenza Episcopale Italiana (sessione 23-25 gennaio 2017) in *avvenire.it/chiesa/pagine/cei-consiglio-permanente-attenzione-poveri-e-famiglia*).

[56] *Discorso del Santo Padre Francesco a S.E. il Signor Sergio Mattarella*, *Presidente della Repubblica Italiana*, 18 aprile 2015 (v. in *w2.vatican.va/content/francesco/it/speeches/2015/april/documents/papa-francesco_20150418_presidente-repubblica-italiana.html*).

[57] Esemplificativamente, si considerino i danni arrecati al patrimonio chiesastico marchigiano, riportati dall'Agenzia S.I.R. il 31 agosto 2016 (F. CIPOLLONI, *Nelle Marche il terremoto si è preso anche le chiese. Avviata la ricognizione dei danni*, v. in *agensir.it/territori/2016/08/31/nelle-marche-il-terremoto-si-e-preso-anche-le-chiese-avviata-la-ricognizione-dei-danni*)

[58] Per un richiamo specifico alle potenzialità di rilancio dell'economia delle zone terremotate, v. *radiovaticana.va/news/2017/06/17/turismo_religioso330_milioni_di_persone_allanno_in_viaggio/1319663*. Vale, al riguardo, l'avvertenza di base posta – tra l'altro - nell' *Istruzione in materia amministrativa* della C.E.I. (1 settembre 2005), n. 129, per cui "*le chiese non sono semplici beni di consumo turistico*», ponendo mente al fatto che «*la visita di una chiesa comporta la comprensione dei valori sottesi al culto di quel luogo, che sono anche testimonianza della vita e della storia della Chiesa*», esigendo per questo rispetto.

[59] Posto che, come ricorda l'*Istruzione in materia amministrativa* della C.E.I. (1 settembre 2005), n. 129, se da una parte «*solo in linea teorica è possibile distinguere la dimensione culturale di una chiesa da quella religiosa*», essendo

nell'orbita concordataria, giacché la materia dei beni culturali – a differenza di quella dell'assistenza – è stata contemplata dal legislatore pattizio, giusta le tre disposizioni raccolte nell'art. 12 dell'Accordo. Ebbene, alla luce dello sforzo interistituzionale particolarmente vivace (e articolato) registratosi (anche) su questo specifico crinale – di cui si dirà tra un attimo – non è poi così sorprendente riscontrare che la direttrice generale prevista nella prima di codeste tre disposizioni sia l'*unica* (nell'Accordo) ove trovi *puntuale applicazione* l'impegno a collaborare "*nel rispettivo ordine*" verso il "bene del Paese" di cui all'art.1 Conc.: rappresentando, ciò, infatti un'ulteriore (riprova e un'altra) sottolineatura della "forza giuridica" che connota quest'ultimo precetto - anche solo, come detto, sul piano dell'incidenza sulla realtà concreta - che non può non trovare, con questa "incorporazione" *ad hoc*, uno svolgimento *particolarmente pieno* nel settore considerato. La conferma, del resto, a tale ultimo proposito, si ha leggendo nella sua interezza l'art. 12 Conc. alla luce dei rilievi del Pontefice - dianzi esaminati - sui *tratti distintivi* dell'art.1 Conc.: avendo così modo di rilevare che questi ultimi tratti, non sorprendentemente, sono presenti *anche* nello stesso art. 12. Già solo guardando ai suoi due primi commi, infatti, si ha, da una parte, anche qui il *superamento dell'indicata prospettiva concordataria del '29*, *priva d'un orizzonte comune*, visto che le Parti s'impegnano a tutelare *tutto il patrimonio nazionale*, e non solo quello ecclesiastico (art. 12, I co.); e dall'altra, un'emergente *rispondenza in chiave "promozionale" alla laicità italiana*, con una similare ricerca d'un confronto "continuo" senza commistioni di competenze (art.12, I co.) e nella logica della bilateralità, a presidio di specifiche esigenze religiose, qui rinvenibili in quelle connesse ai beni di appartenenza ecclesiastica, mediante norme "concordate" d'integrazione e attuazione della legislazione italiana (art.12, II co.[60]): con il "paradigma", a tale ultimo proposito, rappresentato dall'Intesa siglata nel 2005 dal competente Ministro

---

«*di fatto i due aspetti…inseparabili*», dall'altra v'è che «*la destinazione al culto costituisce la ragion d'essere dell'edificio e delle opere d'arte in esso contenute*».

[60] Recita così l'art. 12, II co.: «*Al fine di armonizzare l'applicazione della legge italiana con le esigenze di carattere religioso, gli organi competenti delle due Parti concorderanno opportune disposizioni per la salvaguardia, la valorizzazione e il godimento dei beni culturali d'interesse religioso appartenenti ad enti e istituzioni ecclesiastiche*». Chiude l'articolo in parola un terzo comma, che, come rilevato in dottrina, appare "tutto proiettato sulla linea di una collaborazione in senso attivo e positivo, in quanto prevede apposite intese, finalizzate a promuovere e agevolare la conservazione e la consultazione degli archivi di interesse storico e delle biblioteche ecclesiastiche" (così, G. PASTORI, *I beni culturali di interesse religioso: le disposizioni pattizie e la normazione più recente*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2005, I, p. 192).

e dal Presidente della C.E.I.[61], ove, peraltro, è ribadita – all'art.6, V co. – la centralità, all'indomani di eventuali calamità naturali, del tema delle esigenze cultuali[62]; per non dire, poi, delle molte intese stipulate in materia a livello regionale, tra Regioni e Conferenze Episcopali Regionali[63]. E a proposito della C.E.I., è altrettanto suggestivo notare che trova (per molti versi) riscontro anche rispetto all'art.12 il tema della "preveggenza" dell'episcopato italiano ("segnalato" ellitticamente dal Pontefice rispetto all'art.1), se solo si consideri che già dieci anni prima della sigla dell'Accordo, le "Norme" per la "Tutela e conservazione del patrimonio storico artistico della Chiesa in Italia" (1974), dettate dalla stessa C.E.I., contengono il proposito di «*promuovere una maggiore intesa con le autorità statali*»,

---

[61] Cfr. l'Intesa relativa alla *tutela dei beni culturali di interesse religioso appartenenti a enti e istituzioni ecclesiastiche*, siglata il 26 gennaio 2005 dal ministro per i Beni e le Attività culturali e dal Presidente della Conferenza episcopale italiana, e resa esecutiva con d.P.R. 4 febbraio 2005, n. 78 (che ha abrogato e sostituito una precedente Intesa, sottoscritta dal Ministro per i beni culturali e ambientali e dal Presidenti della CEI il 13 settembre 1996, e resa esecutiva con d.P.R. 26 settembre 1996, n. 571). Quanto a detta Intesa (del 2005), essa va (letta e inquadrata) nel contesto dell'ordinamento, ove, quanto al diritto di produzione unilaterale, spicca l'art. 9 del c.d. Codice Urbani (d.lgs. 2004, n. 42, recante Codice dei beni culturali e del paesaggio), cui è anteposta la rubrica: *Beni culturali di interesse religioso*. Una denominazione, quest'ultima, che mostra l'intervenuta adozione – per l'appunto in via unilaterale – della locuzione utilizzata nell'art.12 dell'Accordo di Villa Madama, conferendole un'accezione più ampia, atta a ricomprendere i beni che presentano un interesse religioso "per l'intero novero delle confessioni religiose presenti sul territorio" (così E. CAMASSA, *I beni culturali di interesse religioso. Principio di collaborazione e pluralità di ordinamenti*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 103): "confessioni religiose tutte" - (seguita l'A.) - che vedono, così, "ampliata la tutela dei contenuti concreti di libertà religiosa nel riconoscimento del diritto di vedere rispettate le esigenze di culto, quando si tratti di beni culturali ad esse in qualche modo riconducibili". L'art. 9 in parola, com'è stato rilevato, appare segnare l'affermarsi della politica (ma anche della cultura) della collaborazione (v. G. FELICIANI, *Le Intese sui beni culturali ecclesiastici. Bilanci e prospettive*, in *Il Dir. eccl.*, 2006, p. 6) "tra autorità civili e istanze confessionali per la conservazione, la tutela e la valorizzazione di tali beni": con un primo comma che, nel ribadire e generalizzare il precedente art. 8 della l. 1089 del 1939 in ordine al contemperamento fra interesse culturale e interesse religioso sancisce – come nota G. PASTORI, op. ult. cit., p. 194 - "l'obbligo dell'intesa nell'esercizio dei poteri amministrativi di tutela dei beni con riguardo per un verso a tutte le confessioni religiose e per altro verso agli organi dello Stato ed anche alle Regioni secondo le rispettive competenze"; e con un secondo comma che si risolve (come riassume G. FELICIANI, op. ult .cit., p. 6) in una serie di rinvii, limitandosi in sostanza "a richiamare l'osservanza di quanto previsto dagli accordi sottoscritti dalle autorità dello Stato con le varie confessioni religiose" (con ciò recependo – come chiosa G. PASTORI, op. ult. cit., p. 195 - "le specifiche disposizioni pattizie e integrandole nel corpo della legislazione nazionale").

[62] Così recita l'art. 6, V co, dell' Intesa del 26 gennaio 2005 : «*Nel caso di calamità naturali che coinvolgano beni culturali di cui all'art. 2, comma 1, il vescovo diocesano trasmette al soprintendente competente per materia e per territorio ogni utile informazione ai fini del sollecito accertamento dei danni e argomentate valutazioni circa le priorità di intervento, legate alle esigenze di culto; gli organi ministeriali e ecclesiastici competenti si accordano poi per garantire il deposito temporaneo degli stessi beni culturali mobili presso musei ecclesiastici, se muniti di idonei impianti di sicurezza, o musei pubblici presenti nel territorio, ovvero presso laboratori di restauro idonei, anche sotto il profilo della sicurezza, ad effettuare i necessari interventi conservativi*».

[63] V. I. BOLGIANI, *I beni culturali di interesse religioso tra Intesa nazionale e accordi regionali ("vecchi" e "nuovi")*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (statoechiese.it), maggio 2012; A. ROCCELLA, *Le intese delle Regioni con le autorità ecclesiastiche sui beni culturali d'interesse religioso*, in *Le Regioni*, 2006, VI, p. 1105 e ss.; G. FELICIANI, *Le intese regionali. b) profili canonistici*, in *Patrimonio culturale di interesse religioso in Italia. La tutela dopo l'Intesa del 26 gennaio 2005,* a cura di M. Madonna, Marcianum Press, Venezia, 2007, p. 137.

indicando un doveroso «*procedere in armoniosa intesa e mutua collaborazione*», nel rispetto «*delle rispettive sfere di competenza*».

Di tutto ciò, come anticipato, s'è avuto (e si seguita ad avere) piena conferma sul predetto fronte del dopo-sisma, come dimostrano le contingenze della fase (delicatissima) propedeutica alla ricostruzione. Con quattro passaggi cruciali, tra tutti, che focalizzano e comprovano l'ossequio alla regola del previo accordo, nella prospettiva "rafforzata" di un'azione doverosamente "armonica" (delle Parti), e cioè: a) l'iniziativa dell'Esecutivo italiano che, nell'affrontare l'emergenza complessiva mediante decretazione d'urgenza (d.l. 189/2016), a ora di delineare la procedura per la programmazione ed il recupero dei beni del patrimonio culturale, prefigura – già 'a monte' – per la componente d'interesse religioso la promozione d'un apposito "Protocollo d'Intesa" con il "*rappresentante delle Diocesi coinvolte*"[64] al fine di "*concordare*" priorità, modalità e termini di detto recupero; b) la decisione delle Parti che siglano detto protocollo (nel dicembre del 2016) - i.e. il Presidente della C.E.I., il Ministro competente, e il Commissario Straordinario del Governo per la ricostruzione - d'istituire una "Consulta" ed un "Gruppo di lavoro tecnico permanente", onde rendere "*stabile e continuativa la consultazione e la collaborazione*" tra le stesse Parti, e così "*affrontare e risolvere concordemente i problemi*" scaturenti da detto (specifico) recupero; c) la previsione legislativa posta in sede di conversione d'un susseguente decreto legge (8/2017)[65], che guardando al fine elettivo «*di assicurare la continuità del culto*», e in parziale deroga al regime posto dalla prima decretazione, consente direttamente agli stessi «*proprietari, possessori o detentori delle chiese*» interessate dal sisma, ovvero alle «*competenti Diocesi*», d'effettuare interventi provvisionali mirati a riaprire al pubblico le chiese medesime; d) da ultimo - chiudendosi il cerchio – la recente ordinanza del Commissario Straordinario[66] che, nel focalizzare "*l'ulteriore aggravamento delle condizioni di vita delle popolazione colpite*" che deriva dall'impossibilità di esercitare il culto, "*anche*

[64] Cfr. D.L. 17 ottobre 2016, n. 189, art. 14, IX co..

[65] Ossia il comma 3-bis dell'art. 15 *bis* del D.L. 189/2016, introdotto dalla l. 7 aprile 2017, n. 45, di conversione (con modifiche) del decreto legge n. 8 del 2017.

[66] COMMISSARIO DEL GOVERNO PER LA RICOSTRUZIONE NEI TERRITORI INTERESSATI DAL SISMA DEL 24 AGOSTO 2016, Ordinanza n. 23 del 5 maggio 2017 "*Messa in sicurezza delle chiese danneggiate dagli eventi sismici iniziati il 24 agosto 2016 con interventi finalizzati a garantire la continuità dell'esercizio del culto. Approvazione criteri e primo programma interventi immediati*".

in ragione del particolare significato e del riferimento identitario" rivestito da molti dei templi in questione, e onde far fronte a detto problema, approva (*in primis*) i criteri programmatici fissati dal (suddetto) gruppo di lavoro di composizione mista, rispetto agli interventi immediati da assumere onde "*consentire la continuità del culto*", e (appresso) il primo programma d'interventi stilato dallo stesso[67].

Già solo questa scansione di azioni/decisioni assunte in sedi diverse dalle istituzioni dei due Ordini, in un'ottica cooperativa (e) di difesa d'un patrimonio insieme "ecclesiastico" e "nazionale" (e delle sottese istanze collettive basilari), nel mostrare quanto la collaborazione in parola estrinsechi paradigmaticamente quella *per il bene del Paese* (e per la promozione umana) di cui all'art.1 Conc., suffraga altresì la validità del pensiero per cui ad instaurarsi nel tempo, per via di questa "regola della collaborazione", non è solo una sommatoria di contegni necessitati su più fronti in questo (senso e) verso; ma, più in generale, un clima di basilare e tendenziale sintonia, nel quadro d'una affermata cultura della collaborazione che "anche al di là di quanto espressamente prescritto"[68], induce le Parti a ricercare occasioni formali (e non) di disamina delle problematiche emergenti, nell'ottativa, costante ricerca d'una (possibile) soluzione condivisa, sempre nel rispetto rigoroso delle rispettive competenze e responsabilità. Un clima foriero di un'azione in concerto, che diventa decisiva quando si profilano "obiettivi e finalità che da soli" né l'ordinamento della Chiesa né l'ordinamento dello Stato sono in grado di conseguire autonomamente[69]; che si sviluppa anche a livello regionale, con interventi adottati (sovente su base pattizia), in collaborazione con le Conferenze

[67] Nell'Ordinanza in parola (v. nota precedente), si precisa - a monte - l'importante circostanza che "*il costo complessivo del programma di interventi immediati finalizzato a garantire la riapertura al culto delle chiese in questione è posto a carico delle risorse del fondo* [«per la ricostruzione delle aree terremotate»] *di cui all'articolo 4 del mentovato decreto legge n. 189 del 2016*" (fondo istituito, come recita questo stesso art. 4, «*nello stato di previsione del Ministero dell'Economia e delle Finanze*»).

[68] Il virgolettato è di G. FELICIANI, *Le chiese nel quadro della tutela del patrimonio culturale*, in *Gli edifici di culto tra Stato e confessioni religiose*, a cura di D. Persano, Vita e Pensiero, Milano, 2008, p. 268. Fa riferimento alla "cultura della collaborazione", tra gli altri, S. BORDONALI, nel suo *L'art.12 del nuovo Concordato*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1995, I, p. 99.

[69] Cfr. C. CARDIA, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali di interesse religioso tra Stato e Chiesa cattolica*, in *Beni culturali di interesse religioso. Legislazione dello Stato ed esigenze di carattere confessionale*, a cura di G. Feliciani, Il Mulino, Bologna, 1995, p. 65.

episcopali regionali[70]; e che si apre, in ultima istanza, anche ad iniziative estemporanee di sostegno, in un'ottica prima di tutto di compenetrazione e di vicinanza, riscontrabili ad es. nell'attenzione mostrata dal Pontefice, durante le vicende drammatiche in commento, tradottasi tra l'altro nell'invio di alcune risorse tecniche dello Stato Città del Vaticano, dirette ad affiancare le corrispondenti italiane (segnatamente, un presidio fisso di due squadre di restauratori dei Musei Vaticani[71]; ed una squadra di vigili del fuoco[72]).

2. I giovevoli riflessi di questo consolidamento, in vista del bene comune del Paese. L'esempio dell'azione a difesa del patrimonio culturale chiesastico. il paradigma delle fabbricerie (e del loro regime)

Il fronte del dopo-sisma appena evocato fornisce (più di) un saggio della crucialità dell'inveramento del principio di collaborazione tra Stato e Chiesa per il "bene del Paese", per i motivi suaccennati, e in generale perché dice d'una "traduzione in fatti" della responsabilità politico-giuridica assunta da entrambi con la posizione di questo stesso principio, profittando delle ampie "possibilità operative" consentite dalla nostra Costituzione[73], e soprattutto del fatto che – come visto – il principio cardine ivi "racchiuso" (ancorché non esplicitato), i.e. quello di laicità, favorisce e promuove - per i motivi prima esposti, a partire dai rilievi di Papa Francesco - lo svolgersi di questo stesso impegno. Un dinamismo politicamente e giuridicamente rilevante, questo, scaturente dall'ottica assunta dalle Parti con la sigla dell'Accordo del 1984, (ossia) da questo "nuovo modo di guardarsi" – evocato nel 2004 dal Segretario di Stato Card. P. Parolin[74] – che – come accennato – ha anche il

---

[70] Cfr., esemplificativamente, E. CAMASSA, *I beni culturali d'interesse religioso*, cit, p. 222 e ss..; I. BOLGIANI, op. ult. cit..

[71] Cfr. *museivaticani.va/content/museivaticani/en/eventi-e-novita/notizie/2016/i--i-musei-del-papa--i--a-sostegno-delle-aree-terremotate.html.*

[72] V. in proposito – tra gli altri – il pertinente articolo pubblicato nel quotidiano La Stampa il 15 novembre 2016 (in *lastampa.it/2016/11/15/vaticaninsider/ita/news/terremoto-il-papa-invia-i-pompieri-del-vaticano-in-valnerina-mui7s9c0I06IonIr0XXqyN/pagina.html*)

[73] Cfr. G. LO CASTRO, *Ordine temporale, ordine spirituale e promozione umana, Premesse per l'interpretazione dell'art 1 dell'Accordo di Villa Madama*, in *Nuovi accordi*, cit., p. 323.

[74] Cfr. l'articolo a firma dello stesso Segretario di Stato, pubblicato ne *L'Osservatore Romano*, il 12 febbraio 2014, intitolato – per l'appunto – "*Un nuovo modo di guardarsi. A trent'anni dalla firma del nuovo concordato tra Italia e Santa Sede"* (v. in *osservatoreromano.va/it/news/un-nuovo-modo-di-guardarsi*).

pregio di tenere lontane le tendenze (mai sopite) a riproporre la "vecchia" ottica del '29, di concordia solo apparente, ma in verità di reciproca diffidenza, tendente alla (persistente) politicizzazione del 'religioso' *ex parte Status* (con l'àncora, al più, del compromesso), e priva d'un comune orizzonte di sviluppo: tendenza che in materia di beni culturali ecclesiastici, incrociando quella alla politicizzazione in senso "statualista" della cultura (opportunamente respinta dall'art.9 Cost.[75]), nell'ignorare ideologicamente l'apporto cattolico (e così l'evidenza d'un campo ove l'accordo appare necessario[76]), approda ad un Concordato scevro, a differenza dell'attuale, d'una pertinente disciplina[77].

A tal proposito, un tema affiorato nella disamina appena svolta, ossia quello del "riferimento identitario/simbolico" rivestito da alcuni templi d'interesse storico-artistico, suggerisce la possibilità di avere un ulteriore specifico riscontro, stavolta in chiave diacronica, della crucialità dell'inveramento del principio di collaborazione. Un riscontro che può aversi a tal fine mettendo a fuoco i momenti salienti dello svolgersi, dall'Unificazione a oggi, delle vicende giuridiche d'un ente invero peculiare che – opera in questo ambito e - forse più di ogni altro appare costituire il paradigma dell'incontro tra i due Ordini, ossia la *fabbriceria*: nel suo plurisecolare "gravitare" tra di essi, sempre in connessione con la Chiesa (ancorché non inserito nella sua "costituzione gerarchica"), espletando un'azione preordinata alle finalità religioso-cultuali ma che rileva *anche ex parte Status*, votata alla conservazione (e al presidio) di consimili illustri edifici ecclesiastici. Una focalizzazione, questa che s'intende compiere, atta, in particolare, a porre in luce il ruolo determinante che – in questa specifica fattispecie - appare rivestire il consolidamento del principio di collaborazione, ossia quella di giovare a una lenta ma costante delimitazione dei margini d'ambiguità che (tradizionalmente) accompagna la delineazione in punto di

[75] Cfr. G. DALLA TORRE, *I beni culturali ecclesiastici. Appunti per una riflessione*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1993, p. 115.

[76] V. A. PAOLUCCI, *Interesse culturale e valenza religiosa: problemi di applicazione della normativa vigente*, in *Beni culturali di interesse religioso*, cit., p. 204.

[77] Come nota, tra gli altri, F. MARGIOTTA BROGLIO, *Art. 9. Beni culturali di interesse religioso*, il Concordato del 1929 "non disciplinava la materia, e si limitava a riservare alla Santa Sede la disponibilità delle catacombe, con i relativi oneri".

diritto della natura e dei profili essenziali di quest'antica istituzione[78]: facendo emergere, in particolare, un possibile nesso, indiretto, tra l'avvento dell'Accordo di revisione, l'affermazione del cardine dinamico che lo regge (all'art.1) e il progressivo diradarsi di molte delle "pastoie interpretative", delle perplessità e dei fraintendimenti registratisi riguardo a detta delineazione, frutto sovente di pregiudizi ideologici, nelle precedenti stagioni delle relazioni tra Stato e Chiesa in Italia.

2.1. Controprove storico-giuridiche: a) i fraintendimenti ideologici e le contraddizioni della stagione liberale (della 'non collaborazione')

Quanto all'epoca liberale, la radice di tutti i nodi sta nel disegno politico imperante in materia di enti ecclesiastici: disegno che segue, in sostanza, direttrici già conosciute dal Paese nella stagione napoleonica[79] (l'idea della religione come mero *instrumentum regni*[80]; il severo contenimento dell'incidenza della Chiesa nella società; un implementato e pervasivo esercizio dello *ius inspicendi*), e dove in particolare affiora, di tanto in tanto, il compiacimento per la radicale opzione allora adottata nella creazione d'un modello di ente civile di culto, la 'fabbriceria', destinato ad assorbire la (personalità giuridica e la rappresentanza della) parrocchia, con ampissime prerogative riconosciute sull'amministrazione del patrimonio ecclesiastico all'elemento laicale e all'autorità governativa. L'idea sottesa, a questo sottaciuto sentimento, è che questa "innovazione" (come capita con altre espressioni della modernità) segni addirittura una "rivoluzione", indicando tratti lontanissimi dall'ideal-tipo (d'ente) ecclesiastico, ma ormai asseritamente "calzanti" alla fabbriceria.

Ma il vero è che, più semplicemente, s'è (solo) posto un modello del tutto

---

[78] La quale, peraltro, nel tempo ha assunto diverse denominazioni, come attesta – peraltro - la previsione contenuta nell'art. 15 della l. 848/1929 (di cui si dirà *infra*), dove si precisa che «*sotto il nome di fabbriceria si comprendono tutte le amministrazioni le quali, con varie denominazioni, di fabbriche, opere, maramme, cappelle, ecc., provvedono, in forza delle disposizioni vigenti, all'amministrazione dei beni delle chiese ed alla manutenzione degli edifici*».

[79] Così P. CAVANA, *Enti ecclesiastici e controlli confessionali. Vol. I. Gli enti ecclesiastici nel sistema pattizio*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 59; analogamente, F. FRANCESCHI, *La condizione degli enti ecclesiastici in Italia nelle vicende politico-giuridiche del XIX secolo*, Jovene, Napoli, 2007, p. 46.

[80] Si veda l'osservazione di A. GAMBASIN, *Religione e società dalle riforme napoleoniche all'età liberale*, Liviana Ed., Padova 1974, p. 1, dove nota come "nel pensiero di Napoleone i rapporti fra stato e chiesa, anche nei territori italiani, erano regolati in modo tale che la religione non fosse niente altro che un *instrumentum regni*".

alternativo – che in Italia rimane fortemente circoscritto[81] - a quello di origine assai più lontana, recante affine denominazione, che seguita a essere comunque predominante, e che scaturisce da un lunghissimo processo *intraneo alla Chiesa*. Un processo, segnatamente, che passa per la razionalizzazione dell'amministrazione delle sostanze ecclesiastiche (e in particolare, nel V secolo[82], per la quadripartizione delle rendite, con una *portio* devoluta alla *fabbrica* della chiesa; e la susseguente conversione della stessa *portio* in *onus fabricae*), e (più avanti) per l'implementazione dell'apporto dell'elemento laico, con offerte/lasciti anche consistenti erogati a pro del tempio[83], propedeutici alla formazione d'un patrimonio autonomo a sostegno della pertinente *azione ecclesiale* (di conservazione), amministrato – per l'appunto - da un *consilium fabricae*[84] a composizione tendenzialmente mista[85]. Quest'effettiva (complessiva) risultanza, tuttavia, non appare congeniale a una visione "monista" come quella che s'afferma nell'Italia unificata – per una serie di ben note contingenze storico-politiche - imperniata sui dogmi *giuridici* dell'esclusiva sovranità statale[86], dell'altrettanto esclusiva statualità del diritto e della illimitata potestà d'imperio dello Stato[87]. Una visione che appare curarsi poco perciò, ad es., della chiara indicazione che viene dai canoni tridentini[88], sull'indefettibile diritto di

---

[81] Cfr. P. G. CARON, *Fabbricerie*, voce, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVI, Milano, 1967, p. 198 , dove, nel mettere a fuoco la tipologia della fabbriceria "che assumeva un'importanza preponderante nella costituzione della chiesa parrocchiale, in modo da assorbire la primitiva personalità giuridica di essa e la rappresentanza della parrocchia", delineata all'editto napoleonico del 30 dicembre 1809, rileva come quest'ultimo sia rimasto in vigore – sino al Concordato - nelle province ligure e parmensi. Quanto alle fabbricerie presenti in queste ultime, precisa A. C. JEMOLO *L'amministrazione ecclesiastica*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo* (a cura di V.E. Orlando), vol. X, p. II, Soc. Ed. Libraria, Milano, 1915, p. 109, come – una volta cessato il dominio francese, e mutato il contestuale sistema legislativo, "il beneficio parrocchiale poté risorgere, ed il parroco poté riassumere la tutela degli interessi meramente religiosi; ma la fabbriceria restò sempre l'ente centrale della parrocchia, quello proprietario dell'edificio parrocchiale e di tutto il patrimonio…destinato alla manutenzione del culto, e non esclusivamente alla persona del parroco".

[82] Rileva M. FERRABOSCHI, *Fabbricerie*, voce, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1989, p.1., come già "i Papi Simplicio (468-483), Gelasio (492-496) …attribuirono alla *fabrica* con la nota regola della quadripartizione un quarto delle rendite ecclesiastiche (v. c. 27, 28, 29 C. XII, q. 2)".

[83] V. sul punto, F. RUFFINI, *La rappresentanza giuridica della parrocchia*, in *Giurisprudenza italiana,* vol. XLVIII, 1896, col. 165 e ss..

[84] V. in tal senso, ad es., P. CIPROTTI, *Diritto ecclesiastico*, Cedam, Padova, 1959, p. 113.

[85] Rileva a tal proposito P. CONSORTI (*Se le fabbricerie possono essere Onlus*, in *olir.it*, dicembre 2005, p. 3) come del *consilium fabricae* si venga a conoscere, nel tempo, "una certa varietà di strutture".

[86] O. FUMAGALLI CARULLI, *'A Cesare ciò che è di Cesare'*, cit., p. 50.

[87] G. CATALANO, *I concordati tra storia e diritto*, Rubettino, Soveria Mannelli, 1992, p. 7.

[88] "*Administratores tam ecclesiastici quam laici, fabricae cuiusvis ecclesiae, etiam cathedralis, hospitalis, confrateritatis, elemosynae, montis pietatis et quorumque piorum locorum singulis annis teneatur reddere rationem administrationis ordinario, consuetudinibus et privilegiis quibuscumque in contrarium sublatis, nisi secus forte in institutione et ordinatione talis ecclesiae seu fabricae espresse cautum esset*" (*Sessio* XXII, *De reformatione*, Can. IX). Si ha modo di

vigilanza dell'autorità ecclesiastica in ordine all'amministrazione delle *fabricae ecclesiae*[89]; o, ancora, ad es. del dato storico delle tensioni anche fortissime che

---

vedere, dunque, come il Concilio - nell'indicare l'urgenza del "reddere rationem" all'ordinario nel senso indicato – finisca col considerare le *fabricae ecclesiae* alla medesima stregua di diversi altri enti ecclesiastici, "prendendo atto", come nota P. MONETA (*Le fabbricerie nella teoria degli enti ecclesiastici*, in OPERA DELLA PRIMAZIALE PISANA, *La natura giuridica delle fabbricerie. Giornata di studio*, *Pisa 4 maggio 2004,* Pontedera, 2005) "di particolari privilegi o consuetudini di cui potevano essere dotate". Sul punto, v. esemplificativamente, N. COVIELLO, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Athenaeum, Roma, 1922, p. 217

[89] Quanto alla "parola *fabrica*", nota P.G. CARON, (op. ult. cit., p. 197) come essa fosse già "usata nel Codice Teodosiano (*De Pretoribus*, leg. XIV, 30) come sinonimo di *opus publicum*, di «costruzione intrapresa nell'interesse pubblico»"; soggiungendo il rilievo che tale concetto "nel diritto canonico…venne applicato all'edificio di culto: perciò a partire dai tempi di Papa Gelasio (a. 492-496) la parola *fabrica* servì a designare la massa dei beni destinati alla costruzione delle chiese (c. 23, C. XII, q. 2) e, dai tempi di Gregorio I (a. 590-604), la massa dei beni destinati alla loro manutenzione (c. 30, C. XII, q. 2)". Da qui l'utilizzo – a venire - dell'espressione 'fabbrica' che nella definizione che ne dà G. MORONI, nel suo *Dizionario di erudizione storico-ecclesiastica*, vol. XXII, (tip. Emiliana), Venezia, 1843, p. 253, viene a indicare "in termini ecclesiastici…quella rendita che serve al mantenimento di una chiesa, massime delle chiese cattedrali ed insigni, tanto per le riparazioni, manutenzione del sagro edifizio, ed ornamenti, quanto per tutto ciò che abbisogna per la celebrazione dei divini uffizi": precisando, inoltre, al riguardo che "si chiamano fabbricieri coloro che amministrano tali rendite, che sopraintendono alle accennate lavorazioni, alla economia ed altre temporalità, sieno ecclesiastici, che laici". Conserva questa denominazione, ad es., la fabbriceria preposta – da secoli – alla conservazione (e alla valorizzazione) della Chiesa Cattedrale di Milano, ossia la Veneranda Fabbrica del Duomo di Milano (v. C. FERRARI DA PASSANO, *Storia della Veneranda Fabbrica: il Duomo di Milano*, NED, Milano, 1998). Discorso a parte, invece, va fatto per la Congregazione della Reverenda Fabbrica di S. Pietro, annoverabile oggi, appresso alla "ristrutturazione" della Curia Romana voluta da S. Giovanni Paolo II (v. N. DEL RE, *La Curia Romana. Lineamenti storico-giuridici*, IV ed., Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1988, p. 58), giusta la costituzione *Pastor Bonus* del 28 giugno 1988, tra le «*Istituzioni collegate con la Santa Sede*», i.e. tra quegli «*istituti, sia di antica origine che di nuova costituzione, i quali, pur non facendo parte propriamente della Curia romana, prestano tuttavia diversi servizi necessari o utili allo stesso Sommo Pontefice, alla Curia e alla Chiesa universale ed in qualche modo sono connessi con la Curia stessa*» (art. 186): prevedendo detta costituzione, segnatamente, che la «*Fabbrica di San Pietro continuerà ad occuparsi di tutto quanto riguarda la Basilica del Principe degli apostoli sia per la conservazione e il decoro dell'edificio, sia per la disciplina interna dei custodi e dei pellegrini che vi entrano per visitarla, secondo le proprie leggi*» (art. 192). Come rileva N. DEL RE (op. ult. cit., p. 366) quest'ultimo istituto vanta "antiche vestigia", rintracciabili nella speciale "Commissione" che sorge all'inizio del XVI secolo per volontà di Giulio II (giusta la costituzione *Liquet omnibus* dell'11 gennaio 1510), onde presiedere i lavori di ricostruzione della vecchia Basilica di S. Pietro (che il Pontefice stesso promuove), e raccogliere al contempo le "oblazioni de' fedeli per una sì pia e lodevole opera" (F.M. RENAZZI, *Compendio di teorica e pratica ricavato dalli decreti e risoluzioni originali della Sacra Congregazione della Reverenda Fabbrica di S. Pietro*, Roma, 1793, p. 1), concedendo peraltro all'organismo una serie di prerogative esclusive (potendo ad es. – come riporta N. DEL RE nel suo *La Sacra Congregazione della Reverenda Fabbrica di S. Pietro*, in *Studi Romani*, 1969, p. 289 - promulgare e sospendere indulgenze, sciogliere i giuramenti, concedere dispense dall'età per gli ordini sacri e dispense matrimoniali, ecc.). Poco tempo dopo, in vista d'un più severo controllo tecnico-amministrativo, per volontà di Clemente VII (giusta la costituzione *Admonet Nos suscepti* del 12 dicembre 1523) subentra a detta Commissione uno stabile Collegio di sessanta esperti (posto per sua stessa natura alle dirette dipendenze della Sede Apostolica), a carattere internazionale, deputato ad amministrare – con le dette prerogative esclusive - l'erigenda Fabbrica. Detto Collegio, successivamente sottomesso da Sisto V (giusta la costituzione *Cum ex debito* del 4 marzo 1589) alla giurisdizione del cardinale arciprete della Basilica, viene infine disciolto da Clemente VIII, e dallo stesso sostituito (all'inizio del XVII secolo) con un apposito dicastero, denominato – per l'appunto – Congregazione della Rev. Fabbrica di S. Pietro, con attribuzioni consimili alle pregresse, ed altre specifiche, tra cui la cura della raccolta delle offerte a pro della basilica petriana, la facoltà di trattare le cause "civili, criminali e miste" comunque investenti la Fabbrica, ecc.. A metà del XVIII secolo, per opera di Benedetto XIV, la Congregazione conosce una ragguardevole trasformazione (giusta la costituzione *Quanta Curarum* del 15 novembre 1751), venendo divisa in due distinte sezioni (la "Congregazione generale", che tratta le cause contenziose; la "Congregazione particolare", cui compete l'amministrazione della Fabbrica); ma l'organismo torna a essere unitario già con Clemente XIII (1758-1769), con tutte le pregresse attribuzioni. Le prime restrizioni (alla vasta competenza del dicastero) giungono nella seconda metà del XIX secolo, con l'editto del

l'intervento governativo (in deroga alla stretta dipendenza della *fabrica* dall'autorità ecclesiastica) non ha mancato di produrre, con vive proteste della Chiesa[90] e – talvolta - "delle popolazioni"[91]. E che, invece, propende per ricostruzioni (coerenti con un'ottica "esclusivista"), anche giurisprudenziali, ove le dette '*fabbriche*' sono reputati ormai "fuori d'ogni contestazione…stabilimenti *unicamente* soggetti alla potestà e giurisdizione laicale"[92], in quanto "laicizzati" dal Potere civile[93]: con evidente spregio delle relative prerogative ecclesiali, (che invece restano, in effetti) logicamente e giuridicamente fondate. Il radicarsi di questi convincimenti - irrorati da un certo clima anticlericale - sortisce poi effetti particolarmente "polarizzanti" quando il tempio curato dalla fabbriceria è una chiesa cattedrale: ossia un bene che – come nel caso, ad es., del Duomo di Milano - molto spesso "esprime simbolicamente e materialmente il segno più riconoscibile d'una determinata comunità"[94]. In questi casi, infatti, non è insolito riscontrare l'insorgenza (addirittura) d'un ulteriore possibile fronte conflittuale, posto che tra le

---

18 novembre 1863 con cui Pio IX, come rileva N. DEL RE (*La Curia Romana*, cit., p. 367), le sottrae "ogni potere in materia contenziosa, che [viene] devoluto alla Congregazione del Concilio". Con la riforma generale della Curia Romana voluta da Pio X, poi, sopraggiungono nuove e più gravi limitazioni per il dicastero, che ne riducono lo spettro di competenze a quello individuato nella cost. *Sapienti Consilio* del 29 giugno 1908 (ossia l'amministrazione dei beni e dei redditi della Basilica vaticana; la conservazione e manutenzione della Fabbrica): «*Congregatio, quae dicitur reverendae fabricae S. Petri, in posterum unam sibi curandam habebit rem familiarem Basilicae Principis Apostolorum, servatis ad unguem in hac parte normis a Benedicto XIV statutis Const. Quanta curarum*». La Congregazione negli anni a venire, ad ogni modo, seguita ad essere compresa nel novero delle Congregazioni romane (venendo infatti sempre riportata nell'*Annuario Pontificio* appresso a tutte le altre): venendone estromessa solo sul finire degli anni '60, a seguito della riforma generale della Curia Romana voluta da Paolo VI, con la costituzione *Regimini Ecclesiae Universae* del 15 agosto 1967, che la colloca tra le Amministrazioni Palatine (qualificate oggi, come già riferito, giusta la predetta successiva riforma del 1988 'Istituzioni collegate con la Santa Sede'). Per un ampio e articolato studio della Fabbrica di San Pietro, v. da ultimo il saggio monografico di R. SABENE, *La Fabbrica di San Pietro in Vaticano. Dinamiche internazionali e dimensione locale*, Gangemi Editore, Roma, 2012.

[90] V. P. MONETA, op. ult. cit., p. 41 e ss., dove rileva come la Chiesa generalmente si sia adattata a queste (non facili) contingenze storiche, "facendo sapiente ricorso a concessioni, deroghe, compromessi ed alla tolleranza. Ossia ad un tipico atteggiamento che essa pone in essere per salvaguardare in linea di principio determinate sue prerogative, pur in presenza di alterazioni o compromissioni che essa non è in grado di evitare".

[91] G. STOCCHIERO, *Per l'applicazione del Concordato. L'amministrazione delle chiese e le fabbricerie*, in *Rivista del Clero italiano*, 1930, XII, p. 728.

[92] Così, l'Avvocato Generale presso la Corte d'Appello di Torino (22 dicembre 1855), che richiama una precedente sentenza della stessa Corte (3 settembre 1855) che approda a quest'esito ermeneutico (v. A. CAUCINO, *Le fabbricerie e le leggi 7 luglio 1866, n. 3036 e 15 agosto 1867, n. 3848*, Torino, 1868, p. 18). Sul punto, cfr. P. RIVAROLO, *Il governo della parrocchia considerato ne' suoi rapporti colle leggi dello Stato*, III ed., Vercelli, 1875, p. 227.

[93] A. CAUCINO, *Le fabbricerie e le leggi 7 luglio 1866, n. 3036 e 15 agosto 1867, n. 3848*, cit., p. 29.

[94] S. BORDONALI, *Le fabbricerie*, in *Gli edifici di culto*, cit., p. 175. Quanto alla Cattedrale richiamata nell'esempio, e alla fabbriceria preposta alla sua cura (la Veneranda Fabbrica del Duomo di Milano), v. la nota precedente, n. 89.

rivendicazioni contrapposte tra la componente statuale e quella ecclesiale, possono profilarsi eventuali aspettative (d'influenza sulla "*governance*") da parte del Comune, che in quella chiesa trova identificazione, allegando anche (la memoria di) usi invalsi in passato: come accade, ad es., a Siena all'indomani dell'Unità d'Italia, dove nell'arco di quarant'anni, tra posizioni diametralmente opposte assunte sull'indole dell'Opera della Metropolitana, ora inquadrata come integralmente laicale e del tutto "dipendente" dallo Stato (così il "rettore" della stessa, in una memoria inviata al prefetto nel 1865), ora "essenzialmente religiosa", alla stregua di un ente di culto (come riporta il parere steso dall'arcivescovo nel 1901 sulla bozza statutaria), fa capolino nel 1890 la decisione della giunta municipale di nominare un'apposita commissione per lo «*studio della questione se l'Opera Metropolitana dipenda e per quali atti dal Comune di Siena*»[95].

Guardando le cose da una prospettiva più ampia, va detto che il tendenziale irrigidimento che anima la descritta visione (nella difesa "dogmatica" delle prerogative statali), che informa (politicamente) un approccio riottoso all'ascolto della controparte ecclesiastica, e (giuridicamente) una generica propensione a prescindere dalla tradizione canonistica, nel caso specifico delle fabbricerie, proprio perché ideologicamente informato, (mostra tutti i suoi limiti e) s'infiacchisce quando si tratta di procedere in sede legislativa: emergendo l'evidenza dei fatti – segnalata da una dottrina d'inizio '900 – che "lo scopo che serve a qualificare l'ente è [comunque, indubitabilmente] d'indole ecclesiastica"[96]. Un "fiato corto" che si appalesa pienamente con l'altalenante e contraddittorio trattamento che le fabbricerie stesse conoscono sotto le leggi eversive: le quali, da una parte, infatti, a differenza di altri enti ecclesiastici secolari, non incontrano il triste destino della soppressione[97], in nome –anzitutto- delle esigenze cultuali a cui esse sono mediatamente serventi, e dunque di un'unilaterale valutazione *ex parte Status* della loro utilità sociale;

[95] Dà conto di quest'iniziativa della giunta municipale senese (come pure dell'evocata memoria indirizzata dal rettore dell'Opera al prefetto, e del parere dell'arcivescovo sulla redigenda bozza statutaria) S. MOSCADELLI, nell'*Introduzione* al volume "*L'Archivio dell'Opera della Metropolitana di Siena.Inventario*, curato dallo stesso A., Bruckmann, München, 1995, p. 19 e ss..

[96] D. SCHIAPPOLI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Pierro, Napoli, 1913, p. 460.

[97] V. l'art. 1, alinea 6, della l. 15 agosto 1867, n. 3848.

d'altronde soggiacciono alla conversione forzosa dei beni in rendita pubblica[98] ed al pagamento della "quota di concorso"[99], come accade per tutti gli enti ecclesiastici: per paradosso, sempre per via della considerazione della predetta finalità (mediatamente) svolta, che – nell'inquadrarle adese alla Chiesa[100] - le fa ricadere comunque in quel novero. Contraddittori e singolari risultati, questi del legislatore liberale, che mostrano tutti i limiti del sentiero "unilateralista" che ha imbracciato, volgendo le spalle alla soluzione concordataria (che pure un filone di pensiero cattolico-liberale invece approva[101]), specie appresso al 1870-1871 (i.e. con la *debellatio* dello Stato pontificio e con la Legge delle Guarentigie, unilaterale snodo della Questione Romana mai accettato dalla S.Sede in quanto tale, cioè unilaterale, e in quanto privo d'un qualsiasi riconoscimento della sua sovranità[102]). Una soluzione pattizia, quella respinta anche solo in prospettazione, che - seppure in quel momento storico ancora priva dell'ampia portata dei *pacta cooperationis* a venire –, nel suddividere i rispettivi campi d'interesse (nelle c.d. materie miste), avrebbe giovato perlomeno, per mutuare le parole di Pio XII, a "sottrarre nel campo degli accordi presi le materie in esso regolate all'interpretazione *unilaterale e legislativa* dell'una e dell'altra parte"[103].

---

[98] Con una legge apposita, la l. 11 agosto 1870, n. 5784, all. P "*Legge sulla conversione dei beni immobili delle fabbricerie*"; ma si noti al riguardo quanto rileva G.D. TIEPOLO, *Leggi ecclesiastiche annotate*, Torino, 1881, p. 106 - commentando una sentenza della Corte di Cassazione di Firenze che solo un anno prima, cioè nel 1869, abbracciava la tesi che le fabbricerie fossero state escluse dalla conversione (sent. 25 febbraio 1869) - e cioè "come nei progetti presentati al Parlamento negli anni 1864 e 1865, le fabbricerie [fossero state] nominativamente comprese fra gli enti assoggettati alla conversione"; e come tuttavia poi "quella parte…che risguardava le fabbricerie fu poscia, con altre, per intero staccata dal progetto e rimandata ad altro provvedimento".

[99] Ossia, come sintetizza V. DEL GIUDICE, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1951, p. 37, "un'imposta progressiva speciale a…favore [del Fondo per il Culto], gravante gli enti ecclesiastici «conservati», meglio provvisti" (cfr. l'art. 31, n.2, della l. 7 luglio 1866, n. 3036).

[100] Parla di una "aderenza alla chiesa per servire all'edifizio di culto o per il culto" G.D. TIEPOLO, op. ult. cit., p. 334.

[101] Consentendo, come s'evince dalle pagine di Antonio Rosmini, ai due poteri d'operare liberamente "dentro la propria giurisdizione", "riconosc[endo] ed osserv[ando le] relazioni tra loro che escono dalla loro natura" (così l'A., nel suo *Questioni politico-religiose della giornata* (questione quarta), edito nel 1897; ma v. anche, a tal proposito, (come suggerisce O. FUMAGALLI CARULLI, *Società civile e società religiosa di fronte al Concordato*, Vita e Pensiero, Milano, 1980, p. 115) il quarto capitolo (nt. 130) d'un suo celebre testo del 1863, i.e. quello intitolato "*Delle cinque piaghe della Santa Chiesa*").

[102] Cfr. sul punto G. DALLA TORRE, *Il paradigma della continuità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (statoechiese.it), febbraio 2012, p. 8, dove nota come questa rivendicazione della sovranità torni "puntigliosamente" – più tardi – "nel Premesso al Trattato Lateranense, dove si lega la costituzione dello Stato della Città del Vaticano al doversi "assicurare allaSanta Sede l'assoluta e visibile indipendenza" ed alla necessità di "garantirLe una sovranità indiscutibile pur nel campo internazionale".

[103] Riporta la citazione G. CATALANO, *I concordati*, cit., p. 75.

2.2. b) la Conciliazione e i perduranti fraintendimenti insiti nelle nuove soluzioni 'di compromesso' (la stagione della 'collaborazione non effettivamente ricercata')

Alla luce di quanto appena rilevato, sarebbe stato lecito attendersi dall'adozione d'una soluzione finalmente bilaterale lo scioglimento dei nodi che attengono alla materia in commento. Ma, com'è intuibile, la Conciliazione fa – per molti versi – storia a sé.

Quel che è singolare, è che non mancherebbero – a una prima, fuggevole vista – le premesse per un esito completamente diverso, alla luce di due grandi novità che nel decennio precedente sommuovono il quadro di partenza. La prima concerne l'attitudine mutata dell'Ordine civile, che s'apre progressivamente all'interlocuzione: con un primo – infruttuoso - tentativo di conciliazione negli ultimi anni dell'esperienza liberale[104]; e con la politica legislativa adottata (unilateralmente) dal Regime fascista a pro della Chiesa[105], che culmina con l'insediamento da parte del Guardasigilli Rocco d'una Commissione governativa (1925) in vista d'una riforma della "legislazione ecclesiastica", che principia i lavori sottolineando (per bocca dello stesso Guardasigilli) il danno derivante all'Italia dal perdurare del conflitto Chiesa-Stato. La seconda novità riguarda l'ordinamento canonico, dotatosi nel 1917 d'un Codice sul modello di quelli più recenti statuali[106], che (già) in generale promuove – anche in ambiti profani – una più agevole presa di coscienza della normativa della Chiesa; e che, in particolare – per quel che interessa

[104] Il riferimento va ai "segreti colloqui" intervenuti a Parigi, nel giugno del 1919, tra il segretario della Sacra Congregazione per gli affari ecclesiastici straordinari, Monsignor Bonaventura Cerreti (creato di lì a poco Cardinale) e il capo del Governo, Vittorio Emanuele Orlando, durante la Conferenza di pace svolgentesi presso Versailles, aventi di mira la formulazione d'una soluzione alla Questione romana: il tentativo non riesce, per un verso, perché le vicende parlamentari italiane, all'insegna dell'instabilità, conducono alla crisi del governo Orlando; per un altro, come rileva F. MARGIOTTA BROGLIO, *Italia e Santa Sede dalla grande guerra alla conciliazione,* Laterza, Bari, 1966, p. 57, pesa ancora la "dura e intransigente opposizione di Vittorio Emanuele III", "contrario ad ogni ipotesi di modifica pattizia del regime delle guarentigie, con la minaccia di abdicare piuttosto che «sobbarcarsi ad un concordato simigliante»".

[105] Le riassume così O. FUMAGALLI CARULLI, op. ult. cit., p. 194: "sono ripristinate le feste religiose, sono emanati provvedimenti economici, sono emanati provvedimenti economici a favore del clero. Si riconosce giuridicamente l'Università Cattolica del Sacro Cuore (1924) per particolare merito del ministro Alessandro Casati, importante pensatore politico liberale, che si rifaceva all'insegnamento della Destra Storica. Inoltre si punisce penalmente la bestemmia."

[106] G. FELICIANI, *Il cardinal Gasparri e la codificazione del diritto canonico*, in *Studi in onore di Gaetano Catalano*, Soveria Mannelli, 2008, p. 568.

in questa sede – contempla espressamente le fabbricerie, destinandovi un'agile regolamentazione, diretta sopratutto a garantire la loro dipendenza dall'autorità vescovile - anche alla luce del suo esplicitato diritto di visita e controllo - e a circoscrivere il loro ambito di operatività[107], escludendo segnatamente ogni ingerenza "*in ea omnia quae ad spirituale munus pertinent*" (can. 1184). Due novità, quelle indicate, che sortiscono effetti – rispettivamente - tangibili, con la prima che fa da pedina di lancio verso le trattative concordatarie (giusta l'implicita indicazione di Pio XI, riportata negli *Acta Apostolicae Sedis*[108], nel senso della irricevibilità del predetto progetto *unilaterale* di riforma, in difetto di «*convenienti trattative e legittimi accordi*», anzitutto sul tema della "questione romana"); e la seconda che mostra quanto l'"arduo compito"[109] della codificazione canonica sortisca effetti giovevoli, di riflesso, in queste medesime trattative, nella specifica tematica qui in esame: segnatamente, nell'agevolare la parte ecclesiastica a presentare uno schema generale ove far pesare, rispetto alla tematica delle "chiese aperte al pubblico", la normativa codiciale sulle fabbricerie; e addirittura a ipotizzare, in coerenza con l'indole "ordinatoria" che ispira ogni attività codificatoria, un "tipo unico" (ossia *standardizzato*) di statuto delle fabbricerie, "concordato tra le due Alte Parti", da annettere al Concordato[110]. E il giovamento ultimo, per il vero, è percepibile anche

---

[107] Come rileva P. MONETA, op. ult. cit., p. 43, si prevedeva segnatamente che il *Consilium fabricae*, "composto da chierici e laici, fosse, in ogni caso, presieduto dal vescovo o da un suo delegato; che fosse questo, almeno di regola, a nominarne i componenti; che l'amministrazione dei beni avvenisse sempre *nomine Ecclesiae*, fermo restando il diritto di controllo e di indirizzo dell'amministrazione stessa da parte del vescovo" (can. 1521, par. 2). Quanto poi all'ingerenza nelle funzioni di carattere spirituale, soggiunge l'A. "era espressamente escluso che il *Consilium fabricae* potesse occuparsi dell'esercizio del culto nella chiesa; della regolamentazione del suono delle campane; della disciplina delle collette o altri atti attinenti al culto; della disposizione materiale degli altari, del pulpito, dell'organo, dei banchi e di ogni altra cosa attinente al servizio religioso; della collocazione o rinnovo delle suppellettili sacre; della redazione disposizione e custodia dei libri e documenti riguardanti il beneficio parrocchiale (can. 1184)".

[108] V. il *Chirografo di Sua Santità Pio XI al Cardinale Gasparri, Segretario di Stato, sulle proposte formulate dalla Commissione ministeriale circa la legislazione ecclesiastica in Italia* (18 febbraio 1926), pubblicato, per l'appunto, negli *Acta Apostolicae Sedis. w2.vatican.va/content/pius-xi/it/letters/documents/hf_p-xi_lett_19260218_legislaz-ecclesiastica.html.*

[109] Così individuato dal Pontefice (Pio X) che "già prima di cingere la tiara era convinto della «necessità» della codificazione", atteso il *Motu Proprio* «*Arduum sane munus*» che annuncia il 19 marzo 1904 la decisione dello stesso "*de Ecclesiae legibus in unum redigendis*" (il primo virgolettato – riportato da G. FELICIANI, op. ult. cit., p. 564 - rimanda alla relazione a stampa al progetto di tale *motu proprio*, sottoposta all'attenzione dei cardinali della Congregazione degli Affari ecclesiastici straordinari).

[110] Lo schema, "sostanzialmente proposto dalla Santa Sede e preparato dall'Avv. Pacelli" nel febbraio del 1927, "rappresentava", come ricorda C. A. BIGGINI, *Storia inedita della Conciliazione*, Garzanti, Milano, 1942, p. 110, "il massimo delle richieste Vaticane". Rileva come la discussione, tuttavia, si sia poi incentrata sull'altro schema, i.e. quello stilato nello stesso mese dal Cons. di Stato D. Barone (impegnato nelle

appresso alla Conciliazione, con la cancellazione, per un verso, delle (surriferite) leggi eversive[111]; e, per altro verso, per la definitiva previsione concordataria sulle fabbricerie (art. 29, lett.a, cpv., Conc.), che pur se "meno ambiziosa" rispetto a quella "prefigurata" nell'anzidetto schema generale, mostra di tener conto del *Codex*: direttamente, nel riaffermare la regola della "non ingerenza" nei «*servizi di culto*»; e indirettamente, cogliendo lo sfavore ivi "sotteso" per gli interventi esterni nell'amministrazione dei templi, che, bilanciato col "differenziato retaggio delle tradizioni preunitarie"[112] (ossia delle riferite deroghe al principio della dipendenza dalla *sola* autorità ecclesiastica "tollerate" *obtorto collo* dalla Chiesa[113]), conduce al "compromesso" della nomina dei componenti "d'intesa con l'autorità ecclesiastica".

Eppure, com'è già chiaro ai commentatori dell'epoca, l'assetto definitivo della materia che deriva dal descritto riordino non vale a sgombrare il campo da taluni equivoci di fondo. Ed il problema a monte è un "vizio di fondo" che grava in generale sul Concordato lateranense: quello cioè d'essere una normativa figlia d'un approccio *ex parte Status* che in realtà, a dispetto dell'intendimento declamato, del sorpasso della stagione pregressa, resta parimenti adeso al mito dell'esclusivismo statale, solo diversamente declinato nel senso "fideistico" – tracciato da Gentile - della statolatria[114]. Da qui, un approccio che (dunque) solo a parole professa la

---

trattative fin da principio - sotto forma di informali "conversazioni" con lo stesso Avv. F. Pacelli), sulla traccia di quello appena indicato. I due schemi sono riportati per esteso nel volume appena mentovato di C.A. BIGGINI, alle pagine 110 e ss.: in particolare, la previsione summenzionata contemplante le fabbricerie, contenuta nel primo schema, è contenuta nell'art. 23 dello stesso (p. 118).

[111] S. BORDONALI, *Le fabbricerie*, cit., pp. 174-175.

[112] M. RIVELLA, *Le fabbricerie nella legislazione concordataria*, in *Le fabbricerie. Diritto, cultura, religione*, a cura di J.I. Alonso Perez, Bononia University Press, Bologna, 2007, p. 39.

[113] Osserva P. MONETA, op. ult. cit., p. 43, come l'occorrenza di tali deroghe, anche estese, al detto principio, dovute a vicende storiche attinenti alle "singole situazioni locali" (che vedono interventi più o meno "invasivi" dell'autorità civile), non significa che la Chiesa abbia escluso gli enti in parola "dal suo ambito di giurisdizione", ma che – come già riferito *supra* – come accaduto in tante altre materie, la Chiesa s'è andata adattando alle diverse contingenze storiche, col riferito "sapiente ricorso" fatto a deroghe, concessioni e compromessi: secondando, in particolare, un "tipico atteggiamento" di tolleranza utilissimo a difendere in linea di principio le sue prerogative, pure a fronte di alterazioni/compromissioni che non appaiono evitabili/scongiurabili.

[114] Per averne saggio, ad es., basta rammentare le opinioni espresse dallo stesso Gentile, "massimo teorico del fascismo" (così O. FUMAGALLI CARULLI, op. ult. cit., p. 152), nel '29 al VII Congresso di filosofia, allorchè chiarisce che "l'individuo non può accampare alcuna propria finalità che superi la sfera dello Stato…non può, al di sopra dello Stato, riconoscere una Chiesa, perché lo Stato è già, esso, l'unica vera Chiesa possibile" (v. M. MISSIROLI, p. 339).

rinuncia «a qualsiasi gara di preminenza»[115], e la volontà d'instaurare un "regime di concordia e di collaborazione»[116], teso a una «feconda cooperazione»[117], verso il «fine comune [del] bene della popolazione»[118]. Quando il vero è, invece, che per chi tira (davvero) le fila della politica ecclesiastica fascista[119], i.e. il nazionalista Rocco, in quanto alfiere della statolatria[120] non v'è gara (sì, ma solo) *nel senso che non può esservi, per la mancanza (ideologica) d'un vero competitore dello Stato*, giacché seguita a scorgere nell'interlocutore, più che altro, un'organizzazione che si viene a sottoporre alla sovranità politica dello Stato; e dunque l'elettivo *autentico* fine del regime pattizio appare concentrarsi, per assurdo, nella sua stessa adozione, e non nel suo dispiegamento: (solo) come tappa necessaria ed inevitabile, cioè, del (duplice) baldanzoso disegno, che Rocco coltiva, d'una progressiva dominazione statale "su tutte le forze esistenti nel Paese"[121], e d'un esponenziale incremento (della forza e) del prestigio dell'Italia sulla scena internazionale[122]. Una strumentalizzazione/politicizzazione del Concordato, come in fondo dell'intera materia religiosa, che Mussolini condivide vieppiù (agognando di accreditarsi presso gli Italiani come amico della cattolicità[123]), e che traspare in sede di discussione dei

---

[115] Cfr. la Relazione del Ministro della Giustizia e degli Affari di culto (Rocco), presentata alla Camera dei Deputati (30 aprile 1929) e al Senato del Regno (16 maggio 1929) sul Disegno di legge contenente le «*Disposizioni sugli enti ecclesiastici e sulle amministrazioni civili dei patrimoni destinati a fini di culto*»

[116] Cfr. la Relazione del Capo del Governo (Mussolini) e del Ministro della Giustizia e degli Affari di culto (Rocco), presentata alla Camera dei Deputati (30 aprile 1929) e al Senato del Regno (16 maggio 1929), sul Disegno di legge per la «*Esecuzione del Trattato, dei quattro allegati annessi, e del Concordato, sottoscritti in Roma, fra la Santa Sede e l'Italia, I'11 febbraio1929*».

[117] Cfr. la Relazione della Commissione speciale della Camera dei Deputati (relatore Solmi) sul Disegno di legge per la «*Esecuzione del Trattato, dei quattro allegati annessi, e del Concordato, sottoscritti in Roma, fra la Santa Sede e l'Italia, I'11 febbraio 1929*» (4 maggio 1929).

[118] Cfr. la Relazione del Ministro della Giustizia e degli Affari di culto (Rocco), presentata alla Camera dei Deputati (30 aprile 1929) e al Senato del Regno (16 maggio 1929), cit., nota n. 107.

[119] M. TEDESCHI, *La posizione del fascismo nei confronti della Chiesa*, in *Iglesia católica y regímenes autoritarios y democráticos: (experiencia española e italiana)*, *(Jerez, 4 al 8 de octubre de 1985)*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1987, p. 28.

[120] Di cui dà conto, tra gli altri, F. LANCHESTER, in *Panunzio*, *Sergio*, voce, in *Dizionario bibliografico degli italiani*, vol. 81, 2014.

[121] Così A. ROCCO, nel suo *La trasformazione dello Stato. Dallo Stato liberale allo Stato fascista,* («La Voce» Anonima Editrice, Roma, 1927), p. 18 (v. anche la recensione dello stesso volume curata da S. ROMANO, in *Archivio giuridico*, Serie IV, VIII, 1928, p. 226).

[122] Cfr. l'articolo del medesimo A. Rocco, pubblicato sul *Resto del Carlino* del 4 aprile del 1922, riportato da M. TEDESCHI, *La posizione*, cit., p. 27.

[123] G. SALE S.I., *Popolari, chierici e camerati*, II vol., Jaca Book, Milano, 2007, p. 31 e ss.; O. FUMAGALLI CARULLI, *Il Concordato lateranense: libertà della Chiesa e dei cattolici,* in *Stato, Chiese e Pluralismo confessionale* (statoechiese.it*)*, 2009, p. 9 e ss.; v. altresì A.C. JEMOLO, *Chiesa e Stato in Italia negli ultimi cento anni*, Einaudi, Torino, 1972, p. 594, dove rileva la circostanza che Mussolini "fin dagli anni '20 si [era] reso conto che nel

d.d.l. per l'esecuzione degli accordi quando da una parte afferma che lo Stato italiano "deve essere e non può che essere cattolico"[124]; salvo poi, in un acceso discorso alla Camera (13 maggio 1929), esplicitare (il suo vero pensiero e cioè) che questo stesso Stato "è cattolico ma è fascista, anzi è soprattutto, esclusivamente, essenzialmente fascista"; soggiungendo – in perfetta linea col pensiero del Guardasigilli – che "nello Stato la Chiesa non è sovrana e non è nemmeno libera"[125].

Orbene, come anticipato, questo "vizio di fondo" del regime lateranense intacca anche – in particolare – la materia "degli istituti e della proprietà ecclesiastica", nel senso che – com'è esplicitato chiaramente in sede parlamentare - le modifiche introdotte in senso parzialmente favorevole alla Chiesa costituiscono solo "*un modo meno rigoroso di riguardare la Chiesa e gli istituti ecclesiastici*"[126] (rispetto all'epoca liberale), senza che le stesse implichino il riconoscimento – a monte - d'un potere paritetico, o che individuino perlomeno, quanto agli "istituti", un'autonoma categoria sottratta per davvero al diritto comune[127] (talché l'unica rilevante novità – quale tollerabile strappo alla nozione della dominanza statuale – è data dalla possibilità che entità non "direttamente dipendenti dallo Stato"[128]acquistino la personalità giuridica[129]).

Quest'indirizzo, determinando – a valle – un'assenza di compenetrazione

---

novero delle cose che era possibile umiliare, abbattere, infrangere, non poteva entrare anche la Chiesa"; e che, pertanto, "gli sorrise l'idea della Chiesa insensibilmente convertita ad essere *instrumentum regni*".

[124] Relazione del Capo del Governo (Mussolini), cit., nota n.111.

[125] Cfr. *Atti parlamentari*, Camera, Discussioni, pp. 129 ss. Nel discorso al Senato tenuto nella tornata del 25 maggio 1929, come rileva N. PICARDI, *Alle origini della giurisdizione vaticana*, in *Historia et ius*, 2012, I, p. 18, Mussolini moderò (nuovamente) i toni.

[126] Relazione della Commissione speciale della Camera dei Deputati (relatore Solmi), cit., nota n. 112.

[127] Sul punto all'epoca non mancarono opinioni dissenzienti (a volte anche perché soffermantisi sul duplice dato dell'abolizione di taluni privilegi odiosi e dell'introduzione di altri invece favorevoli): v. esemplificativamente, G. FERROGLIO, *Gli enti ecclesiastici e il libro primo del nuovo codice civile*, in *Il Dir. eccl.*, 1940, p. 287; *contra*, ad es., L. M. DE BERNARDIS, *Contributo alla dottrina generale degli enti ecclesiastici nel diritto italiano*, Giuffrè, Milano, 1936, pp. 23 e ss.

[128] Così P. CAVANA, *Enti ecclesiastici*, cit., p. 114. È interessante notare, al riguardo, la precisazione di R. JACUZIO (all'epoca, peraltro, Direttore Generale del Fondo per il Culto) in un volume del '32 che s'apre con la prefazione di A. Rocco (*Commento della nuova legislazione in materia ecclesiastica*, Torino, 1932, p. 219), lì dove scrive – tra l'altro - che a suo modo di vedere gli enti ecclesiastici solo "dal punto di vista sociale non sono creati dallo Stato; ma dal punto di vista giuridico sì. Come enti sociali sono un prodotto dell'attività della Chiesa; come enti giuridici, soggetti di diritto, persone giuridiche, sono un *prodotto della volontà dello Stato*" (corsivo aggiunto).

[129] Possibilità offerta a tutti gli enti ecclesiastici riconosciuti come tali dalla Chiesa: in quest'ottica, v. l'art. 4 della l. 848/1929 ove disponeva che «*gli istituti ecclesiastici di qualsiasi natura e gli enti di culto possono essere riconosciuti agli effetti civili con regio decreto, udito il parere del Consiglio di Stato*». V. sul punto, ad es., T. MAURO, *Enti ecclesiastici (dir.eccl.)*, in *Enc. dir.*, XIV, 1965, p. 1001; A. ROCCELLA, *Gli enti ecclesiastici a vent'anni dall'accordo di modificazione del Concordato, in Olir.it*, novembre 2005, p. 5 e ss..

delle istanze (connesse alle peculiarità) dell'ordinamento canonico, allorché traslato nello specifico della nuova previsione dianzi esaminata sulle fabbricerie (ossia l'art. 29, lett.a, cpv. Conc.), significa – in sostanza - che i vecchi convincimenti *ex parte Status* su tali istituzioni, a dispetto delle apparenze, non sono in effetti mutati: e che pertanto le innovazioni (presenti nella previsione) conformi al *Codex* del '17 non intendono – in sostanza – rispecchiare davvero la *ratio* protettiva delle *specifiche* istanze ecclesiali che detto *Codex* ovviamente presuppone; quanto piuttosto – più blandamente, in chiave politica - stendere una normativa "conciliante", temperando le asprezze della legislazione eversiva, perpetuandone, però, le idee (di fondo) sulla centralità esclusiva dell'orbita statale, e l'annessa propensione ad indulgere agli antichi schemi giurisdizionalisti[130]. Tant'è che quando si riunisce per la prima volta la Commissione mista chiamata a predisporre l'esecuzione del Concordato (11 aprile 1929), l'unico dibattito che si apre (in quella seduta) è – ancora una volta – (quello) sulla natura delle fabbricerie, ove riemergono –talvolta "aggiornati"[131] - i medesimi argomenti confliggenti riscontrati in epoca liberale, sulla loro indole ecclesiastica. Manco a dirlo, in questa come nelle successive sedute, spicca la ferma opinione di Rocco (che presiede la Commissione) il quale, ovviamente (alla luce di quanto detto prima), nega quell'indole, ritenendo – con dogmatica auto-convinzione – che le stesse "traggano origine *unicamente* dalle leggi civili", e che addirittura latiti un pertinente "riferimento" alle leggi della Chiesa"[132]. Con l'inevitabile esito finale rispecchiato dagli artt. 15 e 16 della l. 848/1929: e cioè un'altra soluzione di compromesso, per cui si ribadisce il concetto cardine dell'art. 29 lett. a, cpv, estendendo – in più - la soluzione della "collaborazione bilaterale" tra le competenti autorità dei due ordini (oltre che alle nomine, altresì) al profilo delicatissimo della vigilanza e della tutela sull'amministrazione delle «*chiese aventi una fabbriceria*». E

[130] Sulla tendenza dello Stato a operare nel 1929, in materia di enti ecclesiastici "certe concessioni concordatarie", "senza troppo tradire lo spirito e gli indirizzi del passato", e dunque realizzando in questa stessa materia – in sostanza - il "massimo della continuità", v. C. CARDIA, *Manuale di Diritto ecclesiastico*, Il Mulino, Bologna, 1999, p. 320.

[131] Ad es., l'Avv. F. Pacelli (nel corso della seduta indicata) fa notare "che le leggi dello Stato e particolarmente il R.D. 3 giugno 1924, n. 985 considerano e chiamano le *fabbricerie Istituti ecclesiastici*", in *Atti della Commissione Mista dei Delegati della Santa Sede e del Governo Italiano per predisporre l'esecuzione del Concordato (11 aprile – 25 novembre 1929)*, a cura di P. Ciprotti, Giuffrè, Milano, 1968, p. 7.

[132] *Atti della Commissione Mista*, cit., p. 43.

dell'incidenza delle valutazioni "perentorie" di Rocco (e del loro carico ideologico) se ne ha una probabile ulteriore conferma con quanto accade appresso, rispetto alla pertinente normativa d'esecuzione dell'anzidetta legge n. 848/1929: visto che la prima, esitata 'a strettissimo giro' (R.D. n. 2262/1929, artt. 33-49) - per l'"*uniforme e organica*" regolamentazione della "*natura giuridica,* [de]*i compiti, e* [del]*l'ordinamento*" delle fabbricerie – viene radicalmente riveduta nel giro d'appena un lustro, nel dicembre 1935, quando – si noti – son trascorsi solo quattro mesi dalla dipartita dell'ex Guardasigilli (già comunque da prima uscito di scena). Dove il fatto notevole sta nel motivo essenziale di questa revisione (di cui al R.D. 2032/1935), ossia, come rimarca una severa Circolare ministeriale[133], il problema dato dall'imprecisa formulazione e il contenuto ambiguo della precedente, fonte di "*dubbi e incertezze*" (ingenerati) in *dottrina* e in *giurisprudenza* tali da richiedere – per l'appunto – l'adozione di un nuovo regolamento. E la mitigazione che quest'ultimo riflette, delle ideologiche allegazioni "a senso unico" di Rocco, in ispecie a negare l'apporto canonistico, sta tutta nella precisazione del redattore della stessa Circolare, per cui il novellato articolo d'apertura (art.33), reca ora non solo una "netta" precisazione dei compiti degli enti in parola, ma soprattutto una riconduzione degli stessi "*nei limiti fissati dalla tradizione millenaria e confermati dal Concordato*".

2.3. c) la "consacrazione" nel 1984 del principio di collaborazione (già "emergente" dalla Costituzione repubblicana), il suo consolidamento nel tempo e il conseguente diradamento dei fraintendimenti (e delle remore) del passato

Gli spunti sintetici appena forniti sul sostrato ideologico che muove la parte statale all'adozione del regime lateranense (nel segno d'una collaborazione "dichiarata" ma non ricercata; e d'un monismo che tollera autolimitazioni solo in chiave strumentale/politica), riflesso paradigmaticamente nell'approccio seguito in materia di enti, e, segnatamente, di fabbricerie (con una propensione agli schemi giurisdizionalistici, temperati per compromesso), confermano la già accennata

[133] Circ. Min. Interno, 13 dicembre 1935. (Dir. Gen. Culti, Div. A., Sez. I. N. 6955/78 F. G.) – "*Circa il R. D. 26 settembre 1935, n. 2032, concernente la riforma del Reg. 2 dicembre 1929. n. 2262, sugli enti ecclesiastici*".

distanza abissale che separa la "filosofia" di quelle norme pattizie dallo "spirito" vitale che anima mezzo secolo più tardi, le "nuove" (corrispondenti) direttrici. Uno spirito corroborato, come visto, da una prospettiva radicalmente innovata della dialettica Chiesa-Stato, che l'Accordo riflette nell'assumere quali principi ispiratori – nel Preambolo - quelli del Vaticano II, da un lato, e della Carta costituzionale, dall'altro: con l'ulteriore corroborazione data dalla singolare "convergenza" di detti principi[134], nel figurare i primi l'*optimum* d'una collaborazione tra due autorità autonome e indipendenti impegnate – a titolo diverso - a pro della persona umana e del bene comune, in una cornice atta a garantire pienamente la *libertas Ecclesiae*; e i secondi un'*attitudine statale* confacente a(d accedere a) questa giovevole dinamica e a fornire l'indicata piena garanzia, a cominciare da quelli che compongono, sintetizzati, il supremo principio di laicità, letti alla luce dell'art. 4 Cost., che segna l'obiettivo auspicabile del "progresso spirituale e materiale". Si può aggiungere, adesso, che quest'armonica convergenza (tra i principi costituzionali e gli insegnamenti conciliari) che sostiene la nuova dialettica Chiesa/Stato è favorita anche – in una prima, sommaria sintesi - dalle scelte a monte, compiute dal Costituente, sulla concezione stessa dello Stato, praticamente opposte a quelle che animano l'ideologia fascista: e cioè attribuendo alla Repubblica un'ispirazione a un tempo *pluralista* (che non auspica d'inglobare in sé "tutta la realtà", ma di favorire il pluralismo delle istituzioni) e *personalista* (che non mira al primato statale, ma a quello della persona), insieme ad una propensione di base ad accettare limitazioni della sovranità, "in forza di vincoli internazionali liberamente accettati"[135].

Queste convergenti piattaforme assiologiche favoriscono l'adozione d'un testo concordatario infine avulso dalle scorie pregresse, i correlati "tatticismi" e le conseguenti ingiustificate limitazioni di libertà. In particolare, la consapevolezza dell'esplicito riconoscimento di cui all'art. 7, I Cost (della sovranità e dell'indipendenza della Chiesa in relazione all'ordine statuale), unitamente a quello di diritto internazional-concordatario del II comma (della "personalità della Chiesa sul piano esterno, con la prospettiva di mantenere e proseguire i percorsi comuni e

[134] Cfr. G. DALLA TORRE, *Introduzione*, in *La revisione del Concordato*, cit., p. 14.
[135] O. FUMAGALLI CARULLI, 'A Cesare ciò che è di Cesare, a Dio ciò che è di Dio', cit., p. 65.

concordati"[136]), nel garantire da future inclinazioni separatiste dello Stato e- al contrario – evidenziare (assieme all'art.8, III co., Cost.) la nuova "regola aurea" ordinamentale della disciplina *bilaterale*, agevolano l'attenuazione al livello minimo delle vecchie trepidazioni (a difesa delle proprie prerogative, e per le mire di controparte). Così che l'Accordo, al pari di altri concordati dell'era post-conciliare, dismette la funzionalità di *actio finium regundorum*[137] atta ad "arginare inammissibili intromissioni" nei rispettivi ordini; per essere proiettato invece, grazie all'art.1 Conc., in direzione d'un inedito "bene comune" da raggiungere attraverso un'effettiva collaborazione dei due Ordini, che passa (anche) per l'approntamento d'una piena garanzia d'esplicazione della *libertas Ecclesiae*, di cui all'art. 2 Conc.. Con la notazione che, se la parte statale non esita ad acconsentire all'inclusione nell'Accordo d'un principio tanto impegnativo come quello dell'art.1 (proclamato nel '29 solo a parole), e di una formula garantista ampia come quella del precetto successivo, è perché essa si fa interprete d'una inedita attitudine dello Stato – *supra* richiamata – a (aprirsi a potenziali giovevoli contributi "esterni" e) ritenere rilevante ai *propri* fini l'impegno della Chiesa a dar seguito, in piena libertà alla propria missione elettiva, verso la promozione della persona e quello stesso bene comune. Un passaggio chiave, questo, perché l'Accordo si profili – insomma - quale vero e proprio patto "operativo"[138], votato alla cooperazione, ossia come strumento atto – come rileva il Cardinale Segretario di Stato che lo sigla - a "*favorire l'armonioso esercizio*" – in chiave collaborativa – *"di questa duplice sovranità che ha per comune territorio quello italiano e riguarda fedeli …che sono insieme cittadini dello Stato, evitando, il più possibile, occasioni di urti o di intralci*"[139].

Come accade nel '29, lo spirito con cui la parte statale accede al Concordato, si rispecchia, paradigmaticamente, in quello che l'assiste – in particolare – nella regolazione bilaterale del complesso e delicato settore degli "enti e dei beni

---

[136] Così S. BORDONALI, *Problemi di dinamica concordataria*, in *Il riformismo legislativo in diritto ecclesiastico e canonico*, a cura di M. Tedeschi, Pellegrini, Napoli, 2011, p. 270.

[137] Cfr. O. FUMAGALLI CARULLI, *Lo Stato italiano*, cit., p. 9.

[138] *Ibidem.*

[139] Si tratta, com'è ben noto, del Segretario di Stato di Sua Santità, Card. A. Casaroli (v. il *Discorso del Segretario di Stato, Agostino Casaroli al Presidente del Consiglio dei Ministri italiano, l'on. Bettino Craxi, in occasione della firma dell'Accordo di revisione del Concordato*, Villa Madama, 18 febbraio 1984, in *vatican.va/roman_curia/secretariat_state/card-casaroli/1984/documents/rc_seg-st_19840218_presid-cons-ministri_it.html*).

ecclesiastici"[140]: non è sorprendente, dunque, che a fronte del descritto radicale mutamento d'"indole" dello Stato, si profilino (stavolta) nella materia *de qua* esiti parallelamente mutati, e soprattutto *davvero* innovativi. In particolare, questo è dovuto al contegno necessitato che la Repubblica è chiamata a tenere per secondare, in questo campo, la cifra "amichevole" e di rispetto verso il fenomeno religioso/confessionale che connota i pertinenti cardini costituzionali, e in particolare: a) l'art. 20 Cost., argine appositamente posto contro la legislazione restrittiva speciale, dovuta al «carattere ecclesiastico» e/o al «fine di religione o di culto» d'un ente; b) l'art. 3, l'argine 'di sistema' contro le irragionevoli discriminazioni per ragioni religiose; c) l'appena evocato art. 7, I co., col suo ammonimento implicito a tener presente la (sovrana) autonomia della Chiesa nel determinarsi, organizzarsi, e "regolare la vita delle persone *fisiche e giuridiche*" gravitanti nel proprio ordinamento[141]; d) il combinato disposto degli artt. 19 e 8, I co., quale presidio generale della libertà religiosa, applicabile agli enti che si fanno tramite per la fruizione di tale diritto; e) infine, l'art. 7, II co., che assieme all'art 8, III co., individua la tensione ordinamentale a proteggere/promuovere, mediante l'incontro bilaterale con le Confessioni, il "diritto alla differenza" identitaria che nell'attivismo degli enti trova spesso (evidente) espressione. Da qui, le direttrici 'generalissime' dettate nell'Accordo (art. 7) e le norme, formulate da un'apposita Commissione paritetica, di cui alla successiva legge n. 222/85: che segnano – per citare la Relazione al relativo d.d.l.[142] - una "*riforma profonda e organica del sistema lateranense*" in materia (di beni e) di enti ecclesiastici, in coerenza con l'indicata trama di cardini costituzionali, e soprattutto – come rileva la *Relazione sui principi* stesa dalla predetta Commissione - con "*le indicazioni degli articoli 7, 8 e 20*"[143] (quest'ultimo

[140]*Commissione Paritetica per gli enti ecclesiastici*, Relazione sui principi, 6 luglio 1984, in *La revisione del Concordato. Un Accordo di libertà*, cit., p. 524

[141] In questo senso, v. G. DALLA TORRE, *Le caratteristiche proprie dell'ente ecclesiastico civilmente riconosciuto accolte dalla legge n. 222 del 20 maggio 1985 e la loro "ratio" nell'orizzonte della libertà religiosa*, in *ExLege*, 2010, III-IV, p. 89.

[142] *Relazione al disegno di legge* "*Disposizioni sugli enti e i beni ecclesiastici in Italia e per il sostentamento del clero cattolico in servizio nelle diocesi*", 3 dicembre 1984.

[143] *Commissione Paritetica per gli enti ecclesiastici*, Relazione sui principi, 6 luglio 1984, in *La revisione del* Concordato, cit., p. 525. Com'è noto, detta Commissione venne istituita in forza della previsione contenuta nell'art.7, VI co., dell'Accordo di Villa Madama, e, come rileva G. Dalla Torre, op. ult. cit., p. 85, "venne ad

richiamato in apertura delle direttrici in parola): con profili di specialità che passano – segnatamente – per il riconoscimento d'una accentuata autonomia di detti enti (attribuendo particolare rilievo alla genesi e strutturazione confessionale)[144] e per la focalizzazione, ignota sino ad allora nell'ordinamento, del fine di religione o di culto quale parametro essenziale della "'ecclesiasticità"[145].

A fronte di quest'impronta (davvero) innovativa e attenta alle specificità in gioco, che emerge palese nell'anzidetta l. 222/1985[146] quale "risultante" (dell'opera) di due "realtà istituzionali e ordinamentali" distinte ma «intrecciate»[147], colpisce il fatto che, ad un primo sguardo, la novità "in senso promozionale" (della normativa in commento) paia non concernere la specifica tipologia di enti *supra* considerata, ossia le fabbricerie. O almeno questa è l'impressione che dà la lettura della succinta previsione ad esse dedicata, i.e. l'art. 72 della l. n. 222, che dice (solo) in sostanza della perpetuazione della vigenza della disciplina pregressa (gli artt. 15 e 16 della l.848/1929 e "le altre disposizioni che… riguardano" gli enti in parola), salva la previsione d'un emanando nuovo regolamento d'attuazione, venuto in essere due anni dopo (d.P.R. 33/1987), atto a porre fine all'applicabilità delle pertinenti norme dei summenzionati RR.DD. (n. 2262/1929; n. 2032/1935). Né una (fuggevole) scorsa alla surriferita *Relazione sui principi* parrebbe suggerire diversamente, visto l'inquadramento che la stessa fa delle fabbricerie, ricompresa in un novero di enti "*di lunga tradizione*" ritenuti meno rispondenti alle "*moderne dinamiche ecclesiali e civili*", che alla Commissione "*sembrano destinati*" – si badi - "*con le dovute eccezioni*", ad una progressiva estinzione. Orbene, anticipando che, sotto un profilo giuridico, le cose non stanno proprio come sembrano, e che quest'ultimo rilievo trova una conferma

---

elaborare una normativa dettagliata ed assai innovativa, tradotta poi nella legge 20 maggio 1985, n. 2221, recante *Disposizioni sugli enti e beni ecclesiastici in Italia e per il sostentamento del clero cattolico in servizio nelle diocesi*".

[144] P. CONSORTI, *La remunerazione del clero. Dal sistema beneficiale agli Istituti per il sostentamento*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 74. V. anche P. FLORIS, *Autonomia confessionale: principi-limite fondamentali e ordine pubblico*, Jovene, Napoli, 1992, p. 178.

[145] C. CARDIA, *Riconoscimento degli enti ecclesiastici e Consiglio di Stato*, in *Dir. amm.*, 1996, I, p. 114 e ss..

[146] F. MARGIOTTA BROGLIO, *Gli Accordi del 1984 e la legislazione ecclesiastica successiva. Riflessioni su un ventennio di sperimentazione*, in *Enti di culto e finanziamento delle confessioni religiose,* a cura di I. Bolgiani, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 371.

[147] Così S. BERLINGÒ, *Costituzione e riconoscimento*, in *Enti di culto e finanziamento delle confessioni religiose*, cit., 2007, p. 53.

nel dato fattuale della persistente vitalità, a tutt'oggi, delle istituzioni in commento[148], occorre previamente comprendere le ragioni che conducono la Commissione paritetica in parola a risolversi nei termini indicati. Le quali (ragioni), per il vero, appaiono in ottima evidenza, alla luce della riferita "convergenza" del quadro assiologico che fonda (ed anima) la svolta del 1984/1985, e del fatto che il legislatore pattizio si propone di stendere una normativa *anzitutto* in linea con detto quadro, e dunque con gli insegnamenti conciliari e i dettami della Carta.

La prima deriva dal fatto che (a fronte di tale motivazione) la componente statale, nel redigere dette norme, viene mossa da un riguardo e un'attenzione (finalmente) *autentici* per la specificità confessionale dovendo aver cura che sia *effettivamente* garantito il presidio dell'autonomia ecclesiale, e dei connessi profili di libertà religiosa. Per fare ciò, pertanto, non potrà più limitarsi a guardare al modo e ai termini con cui la Chiesa tratta volta per volta le diverse fattispecie nel suo ordinamento, e a tenerne genericamente conto; ma dovrà vieppiù considerare le istanze peculiari che sottendono queste scelte di sistema: apprestandosi insomma a compiere un salto di qualità del tutto assente – come visto – nel '29, ove il Regime, nel caso paradigmatico delle fabbricerie, considera sì la pertinente disciplina canonica, ma solamente per scorgerne gli spunti che possono essere "riproposti" in sede concordataria, in strumentale "concessione" a pro dell'interlocutore, senza mai tradire troppo – anzi ribadendo - la propria (iper)statualistica linea. Talché quando nell'84 s'affronta nuovamente il tema della regolazione (pattizia) di queste istituzioni, il fatto che il *Codex* del 1983 (a differenza del precedente) non vi faccia riferimento esplicito, viene assunto nella nuova riguardosa ottica come un dato che sottende una specifica *ratio ordinamentale*: in ispecie, quella immediatamente correlabile (a siffatto silenzio), cioè l'espressione d'un certo sfavore allora tendenzialmente avvertito in ambito ecclesiale per questi enti. Pervenendo così il Legislatore del 1985, nell'urgenza di rispecchiare in sede convenzionale detta *ratio*, ma anche d'evitare di turbare gli equilibri raggiunti (nel tempo) in Italia con le norme vigenti, alla

[148] Sul sito del Ministero dell'Interno (Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione), è possibile consultare un elenco delle fabbricerie "attualmente operanti" (v. *libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/fabbricerie_0.pdf*).

"prudenziale" (riferita) soluzione di cui all'art.72: ritenendo che il lasciare – in pratica - le cose come stanno, offra un segnale idoneo nel primo senso, fornendo all'osservatore il dato tecnico-giuridico d'una residualità normativa che nella "intonazione complessiva del sistema" si fa indice d'una categoria (di enti) "ad esaurimento"[149].

L'altra ragione di questa scelta "prudenziale" e di (apparente) basso profilo, poi, riposa nella precisazione espressa dalla Commissione in calce alla predetta *Relazione*, là dove, ribadendo la necessità d'operare scelte consone ai principi fondamentali dell'ordinamento canonico e di quello statuale, si sottolinea come essi nel settore di studio reclamino – a un tempo - "*l'autonomia della società religiosa e la libertà di essa di organizzarsi attraverso strutture operative*", come pure il corrispondente azzeramento nell'altro Ordine di tutte le residue "*ombre di…giurisdizionalismo*": un proposito, quest'ultimo, ovviamente impossibile da raggiungere nella persistenza di soggettività pubbliche che valutino come "proprie" attività e finalità di organizzazioni religiose, ancorché in sintonia con attività statali. Ora, poiché – per singolare coincidenza - solo appresso alla conclusione dei lavori di codesta Commissione sopraggiunge l'importante pronuncia delle Sezioni Unite[150] che esclude – con drastico *revirement* rispetto al passato - la natura pubblicistica delle fabbricerie, non è improbabile pensare che dietro l'adozione di una norma come l'art. 72 stia anche la volontà di tenere cautelativamente circoscritta la "portata" del rilievo giuridico d'una istituzione che in quel momento esprime (ancora, residuando l'antica nozione d'una peculiarissima "pubblica amministrazione" votata a preservare un "demanio pubblico speciale"[151]) l'attitudine a creare un'anomalia del sistema, perseguendo essa uno scopo d'indubbia rilevanza statale (la conservazione e il presidio del patrimonio culturale) ma restando al contempo specificatamente

[149] S. BERLINGÒ, *Enti e beni religiosi in Italia*, Il Mulino, Bologna, p. 113. Ciò, anche per via del secondo comma della norma in commento, che come osserva l'A. "già dettava una norma significativa in tal senso, secondo cui entro «il 31 dicembre 1989 previa intesa tra la Conferenza episcopale italiana e il Ministro dell'Interno, con decreto del Presidente della Repubblica, udito il parere del Consiglio di Stato, può essere disposta la soppressione di fabbricerie anche fuori dei casi previsti dalle disposizioni vigenti», ferma restando la destinazione dei beni alla *fabrica ecclesiae*".

[150] Cass., SS. UU., 26 ottobre 1984, n. 5485.

[151] Esemplificativamente, Cass., SS.UU., 22 giugno 1948, n. 969.

collegata a una confessione religiosa[152].

Infine, a proposito delle finalità svolte dalle fabbricerie (e del conseguente profilo "singolare" di queste ultime) emerge un ulteriore profilo di problematicità che sorveglia – presumibilmente – la *mens* della Commissione a ora d'assumere la scelta 'prudente' in parola, i.e. di dedicare ad esse una norma dall'evidente "tono" residuale. Posto infatti che le finalità da esse svolte non possono dirsi immediatamente e/o "strettamente di culto e di religione"[153], affiora il problema non irrilevante dell'inquadrabilità di tali istituzioni in un settore connotato– tra l'altro, come s'è anticipato – da una nuova direttrice apicale, che eleva il fine di religione di culto a parametro *essenziale* dell'ecclesiasticità: e che conduce – si precisa qui - ad un'inedita 'perimetrazione' (significativamente, in apertura della l. 222/1985) della categoria degli enti ecclesiastici, delineando la figura dell'*ente ecclesiastico civilmente riconosciuto*, caratterizzato, oltre che dal collegamento con la Chiesa – per l'appunto – dalla predetta finalità, individuata come «*costitutiva ed essenziale*» (art. 2, l. 222/1985)[154].

In verità, alla luce degli sviluppi conosciuti appresso sui punti testé riferiti, sia nell'ordinamento canonico, sia nell'ordinamento italiano, emergono una serie di 'contro-argomenti' (alle tre ragioni appena esposte) che consentono ora di guardare con occhi diversi alla norma di cui in commento, i.e. l'art. 72 della l. 222/1985, anche e soprattutto alla luce del principio di collaborazione di cui all'art.1 Conc., nel frattempo "consolidatosi" nell'ordinamento; e pertanto, di valutare la scelta fatta a suo tempo dalla Commissione paritetica nella figurazione di quest'ultima, ancor prima che come "prudenziale", in effetti anche lungimirante.

Procedendo con ordine, ciò vale anzitutto per la prima motivazione riferita alla base di detta scelta, e cioè la volontà di declinare anche in tema di fabbricerie l'attenzione (dovuta in rispetto alle urgenze fissate dai cardini dei due ordinamenti)

---

[152] P. MONETA, p. 41 e ss.

[153] Così S. BORDONALI, *Le fabbricerie*, in *Gli edifici di culto*, cit., p. 176.

[154] Osservava - vent'anni prima della svolta "neo-concordataria" in materia - T. MAURO, *Enti ecclesiastici*, cit., p. 1004, come pur non potendosi negare del tutto "la rilevanza dell'elemento finalistico in ordine alla qualificazione giuridica degli enti collegati con la Chiesa cattolica", si dava il rilievo che quest'ultimo elemento costituiva "prevalentemente…un elemento sussidiario o aggiuntivo, che, mentre da un lato non viene preso specificamente in considerazione nei confronti delle categorie più importanti e più caratteristiche degli enti appartenenti all'ordinamento canonico, d'altro lato, viceversa, serve a caratterizzare talune categorie di minor importanza o addirittura di carattere marginale".

alle specifiche istanze sottese alle scelte operate dal legislatore canonico. Infatti, pur restando indubbio che, come detto, dietro la decisione dei redattori del nuovo *Codex* di (scostarsi dal precedente e) non fare riferimento espresso a detti enti, stia *anche* un certo sfavore ecclesiale; non di meno, tuttavia, sembra *altresì* profilarsi, nella circostanza, l'esito d'una combinazione di fattori legati ad un aspetto proprio d'ogni opera codificatoria, e, in più, d'un tratto tipico della tradizione bimillenaria del diritto canonico. E cioè, da una parte, il risvolto d'una classica ed onerosa 'scelta di campo' che incombe su *ogni* Codificatore, al quale spetta – per ragioni sistematiche – soppesare plurime ragioni, pro o contro, che stanno alla base della scelta se dedicare o meno ad un istituto una norma generale e di principio; tenendo presente, ad es., l'evenienza che si creino 'frizioni', incongruenze, o 'sovrapposizioni' interne al sistema con altre norme generali già stese e "irrinunciabili": e non è di poco momento, al riguardo, l'osservazione che l'attuale disciplina codiciale canonica, preveda una norma siffatta – cioè generale e di principio – in materia, che dispone l'istituzione obbligatoria "per ciascuna persona giuridica pubblica d'un *consiglio per gli affari economici* o almeno di due consiglieri, chiamati a coadiuvare l'amministratore dell'ente (cfr. can. 1280)"[155]. Dall'altra, sta poi la peculiarità d'un ordinamento, quello canonico, che vive attraverso secoli di "continuità profonde", percorrendo "senza fratture apparenti le diverse esperienze giuridiche"[156], e che con l'elastico dinamismo suo proprio, ricerca soluzioni atte a porsi come "sintesi di conservazione e progresso"[157]: e che proprio per via di questa indole non sorprendentemente ha lasciato nel caso specifico in commento che intervenisse una (tipologia di) regolamentazione a "livello locale", eminentemente ad opera delle Conferenze

[155] Così, M. RIVELLA, *Rapporto odierno tra fabbricerie e realtà ecclesiali*, in *La natura giuridica delle fabbricerie*, cit., p. 59-62. Lo stesso A., in un altro lavoro (intitolato *Le fabbricerie nella legislazione concordataria*, in *Le fabbricerie. Diritto, cultura, religione*, cit., p. 38), nota come la disciplina in parola affidi "la cura della chiesa parrocchiale e l'amministrazione dei beni relativi al parroco (cf. can. 532), assistito dal consiglio parrocchiale per gli affari economici (cf. can. 537); nel caso di chiesa capitolare o annessa a una casa religiosa, al capitolo o al superiore religioso competente; nel caso di chiesa rettoriale, al rettore, nominato, confermato o istituito dal vescovo diocesano (cf. cann. 556-557)": precisando, altresì, in ordine al riferito can.1280, che "se la chiesa ha personalità giuridica, si applica" questo stesso canone "che dispone che ogni persona giuridica abbia il proprio consiglio per gli affari economici o almeno due consiglieri, che coadiuvino l'amministratore a norma degli statuti".

[156] B. SORDI, *I difficili sentieri del diritto amministrativo nell'ordinamento canonico*, in *Quaderni fiorentini*, n. 45 (2016), p. 78.

[157] C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, I, Giuffrè, Milano, 2008, p. 1089.

episcopali, e delle sue determinazioni. Da qui, le disposizioni appositamente dettate sulle fabbricerie (art. 95) dalla C.E.I. in una prima *Istruzione in materia amministrativa* (1 aprile 1992), la compilazione della quale è prospettata dall'Assemblea generale (della stessa C.E.I.) già all'indomani della promulgazione del *Codex*, venendo a favorire l'applicazione (in ambito patrimoniale/amministrativo) di quest'ultimo, come pure della legislazione pattizia in commento. Dal 2005, poi, l'attenzione va alle disposizioni – sempre in tema di fabbricerie - di cui all'art. 131 della nuova *Istruzione* in materia della C.E.I. (adottata appresso all'intervenuta necessità di revisione e di aggiornamento della prima)[158], che, evidenziando la perdurante importanza di questi enti anche per l'orbita ecclesiale, si cura di precisare il fatto che «*essi rivestono grande rilevanza per l'importanza dei luoghi di culto cui si riferiscono*». E rispetto quanto detto sulla "lungimiranza" della scelta "prudenziale" della Commissione paritetica - che comunque fa salva la vecchia normativa - vale la sottolineatura che la precisazione appena riferita dell'Istruzione del 2005 è assente nel primo testo: a suggerire, cioè, probabilmente l'affiorare d'una lenta ma progressiva mitigazione dello sfavore tendenziale (verso queste istituzioni) presente negli anni della revisione concordataria, forse anche in ragione dei riscontri, intervenuti negli anni anche in tema di fabbricerie, dell'inverarsi d'un clima diverso e migliore in Italia nella dialettica (co-operativa) con l'autorità civile[159], in coerenza col principio di collaborazione fissato nell'art.1 Conc. (che peraltro, per inciso, sta in un testo, l'Accordo del 1984, che è anche fonte di diritto canonico, essendo una delle Parti che lo siglano la Santa Sede, che lo "ha introdotto nel proprio ordinamento con le dovute procedure"[160]).

A tal proposito, la tesi indicata della "preveggenza" della Commissione trova, poi, ulteriore conferma proprio nel giovamento che trae il regime delle fabbricerie - nel segno d'un rafforzamento delle sue basi assiologiche - dal consolidamento di detto cardine (i.e. l'art.1), che – come detto *supra* – passa anche per la delineazione

[158] Conferenza Episcopale Italiana, *Istruzione in materia amministrativa* (1 settembre 2005).

[159] Con i conseguenti "vigorosi" apprezzamenti per il prezioso ruolo che può essere rivestito da tali istituzioni, nella cura del patrimonio culturale ecclesiastico, riscontrabile anche *ex parte Ecclesiae* (v. ad es. il contributo steso da Mons. T. GHIRELLI, *Il ruolo ecclesiale delle fabbricerie*, in *Le fabbricerie. Diritto, cultura, religione*, cit., p. 65).

[160] Così O. FUMAGALLI CARULLI, *Gli enti e i beni ecclesiastici,* in *Olir*, gennaio 2006, p. 8.

nel 1989 del principio supremo di laicità. Per comprendere come, è utile fare un passo indietro. S'è detto prima che a motivare la scelta di "basso profilo" del Legislatore pattizio sul punto delle fabbricerie, v'è anche la difficoltà di collocarle in un sistema rinnovato in coerenza con (gli insegnamenti del Vaticano II e) il nuovo assetto costituzionale italiano, che non può (più) tollerare anacronistiche "invasività" statali di stampo giurisdizionalista; e che questa difficoltà nasce *principalmente* per via del fatto che – sia pure ancora per poco– la giurisprudenza le figura come "pubbliche amministrazioni", con argomentazioni (imperniate sopratutto sul punto della finalità "d'interesse pubblico" perseguita) che non tengono conto, però, della più netta separazione dei compiti propri dello Stato e della Chiesa che esige la Carta repubblicana, giusta l'art. 7, I co.. Ebbene, come s'è anticipato, da lì a poco il problema viene a sopirsi, col pronunciamento delle Sezioni Unite del 1984[161] ove si afferma la natura privatistica delle fabbricerie: svalutando in particolare – come in altri casi per così dire "anomali" - la decisività del criterio teleologico; e dando rilievo al loro esulare dall'ambito dell'organizzazione statale[162]. Può ora aggiungersi che detta soluzione (finalmente in linea con la Costituzione) viene a consolidarsi nel tempo[163], grazie al primo "avallo" 'generico' che giunge dalla Consulta (sent. 396/1988) con la focalizzazione del "pluralismo delle istituzioni e nelle istituzioni" che impronta il sistema repubblicano[164] c il conseguente favore per l'autonomia privata, anche in campi un tempo ritenuti di pertinenza esclusivamente pubblica; e, più tardi, al riscontro 'specifico' del Consiglio di Stato, col parere del 28 settembre 2000 n. 289 in tema di fabbricerie[165], che (richiama detta sentenza della Consulta e)

---

[161] Cass., SS. UU., 26 ottobre 1984, n. 5485.

[162] Cfr. ad es., sul punto, più in generale, le osservazioni di V. CERULLI IRELLI, *Ente pubblico: problemi di identificazione e disciplina applicabile*, in *Ente pubblico ed enti pubblici*, a cura dello stesso A. e di G. Morbidelli, Torino, 1994. Più di recente, sul punto, v. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, (a cura di F. Fracchia) XVIII ed., Giuffrè, Milano, 2016, p. 89 e ss.

[163] Si veda il parere espresso dal Consiglio di Stato nell'adunanza generale del 27 novembre 1986 (relativamente al regolamento di esecuzione della l. 222/1985), ove si rileva (tra l'altro) come se da una parte rimangono "*irrisolte a livello normativo le questioni relative alla natura pubblica o privata delle fabbricerie*", tuttavia non può "*sottacersi che l'attuale evoluzione dell'esperienza giuridica* (…)[e] *la diffusione dei fenomeni di intervento dell'Autorità pubblica in funzione di controllo dell'attività di soggetti privati* (…) *fanno seriamente dubitare del carattere pubblico di tali organismi*".

[164] Messo già a fuoco in una precedente sentenza (n. 173 del 1981) della Consulta.

[165] Parere, questo, le cui argomentazioni conducenti a figurare come possibile, sia pure sotto certe condizioni, l'inquadramento delle fabbricerie tra le ONLUS (d.lgs. 460/1997, sul quale v. oggi l'ampio intervento abrogativo disposto dall'art. 102, II co. del predetto D.lgs. 33/2017 "Codice del Terzo Settore")

conferma la soluzione in parola (i.e. della loro natura privatistica), a pro "*della libertà dei privati di contribuire alla tutela del patrimonio storico artistico*"[166]. A questo sviluppo

---

sono state oggetto di severe critiche dottrinali (v. ad es. F. MARGIOTTA BROGLIO, *Le fabbricerie tra configurazione napoleonica e tentazioni anglosassoni*, in *La natura giuridica*, cit., p. 33 e ss.; P. CONSORTI, op. ult. cit., p. 8 e ss.), anzitutto emergendo l'evidenza dell'assenza nella fabbriceria d'una finalità esclusiva di solidarietà sociale, richiesta dal d.lgs. 460/1997. Ma va notata, altresì, la rimarchevole singolarità che in queste stesse argomentazioni non si fa riferimento alla natura di ente strettamente collegato alla Chiesa cattolica, rinvenibile – come detto - nella fabbriceria. Quanto, poi, alla natura privatistica di quest'ultima, va dato conto d'una sentenza della Corte di Cassazione che sul finire degli anni '90 (sent. 29 gennaio 1997 n. 901) - rispetto a una fattispecie avente ad oggetto una fabbriceria priva di personalità giuridica – sostiene detta tesi; con la peculiarità che anche rispetto a questa sentenza non sono mancate censure dottrinali –parimenti – vibranti, in questo caso in ordine all'inquadramento dell'ente quale "associazione non riconosciuta": v. ad es. S. GHERRO, M. MIELE, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, II, 2009, Cedam, Padova, p. 187, dove si contesta detta pronuncia, rilevando che "in realtà le fabbricerie costituiscono enti di natura fondatizia che, per motivi storici particolari, possono essere dotati, oppure no, di autonoma personalità giuridica…come traspare chiaramente dall'art. 41 del Decreto del Presidente della Repubblica 13 febbraio 1987, n. 33, recante l'approvazione del regolamento di esecuzione della legge 20 maggio 1985, n. 222 recante disposizioni sugli enti e i beni ecclesiastici in Italia[…], per il quale la «*fabbriceria, che sia persona giuridica, continua ad amministrare i beni di sua proprietà e quelli di cui all'art. 37, anche se la chiesa perde la personalità giuridica a norma dell'art. 30 della legge o per altra causa*[…]*2. La fabbriceria, che non sia persona giuridica, cessa di esistere se la chiesa perde la personalità giuridica ovvero se non vi sono più beni da amministrare a norma dell'art. 37*[…]»". Su quest'ultimo tema (i.e. della personalità giuridica), cfr. le osservazioni di S. BORDONALI, *Le fabbricerie*, cit., p. 186 e ss.. Per una disamina della tematica "all'indomani" della sigla del Concordato lateranense, v. C. MAGNI, *La personalità giuridica delle fabbricerie nel diritto vigente*, in *Rivista di diritto pubblico,* 1934, p. 270 e ss..

[166] Ultimamente, poi, è emerso un altro e diverso versante problematico, concernente una più specifica questione, e cioè se sia applicabile o meno alle fabbricerie la normativa in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza, posto che detta normativa investe anche la categoria degli "*enti di diritto privato in controllo pubblico*" (cfr. il d.lgs. 33/2013, alla luce delle modifiche apportate dal d.lgs. 97/2016, recante "*Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*"). Ne dà riscontro, tra l'altro, il parere interlocutorio reso alla fine dell'anno scorso dal Consiglio di Stato (sez. I, Ad. di Sez. del 21 dicembre 2016), ove si riferisce del quesito posto in tal senso dal Ministero dell'Interno, a fronte di quanto occorso per via del richiamo fatto dall'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) ad una fabbriceria, (sollecitata, in quanto ente asseritamente annoverabile in detta categoria) a rispettare gli obblighi previsti dalla normativa *de qua*, secondo le indicazioni della delibera ANAC n. 8/2015: ossia l'invio da parte della stessa fabbriceria al Prefetto di Firenze d'una nota atta a dar conto d'aver dato seguito al detto richiamo, ma altresì a palesare le proprie perplessità al riguardo, dubitando che la qualifica di "enti di diritto privato in controllo pubblico" si attagli ad una tipologia peculiare di istituzioni come quella – per l'appunto – delle fabbricerie (con il conseguente inoltro della nota da parte della medesima autorità prefettizia al Ministero, onde ottenere indicazione sugli indirizzi da adottare anche verso altri enti ricadenti nella stessa tipologia). Colpisce, peraltro, la chiusa del parere in questione dove, in primo luogo si tiene conto – sia pure in una non convincente formula dubitativa – del fatto che il regime giuridico che interessa le fabbricerie non è stato prodotto in via unilaterale statale, bensì in via convenzionale da parte di due soggetti indipendenti e sovrani (avendo la l. n. 222/1985 contenuto identico alla l. 206/1985 di ratifica ed esecuzione del protocollo del novembre 1984, che approva le norme formulate dalla predetta Commissione paritetica in materia di enti e beni ecclesiastici); e – a seguire – si afferma la conseguente urgenza di dovere provvedere alla previa acquisizione – in ossequio alla "*correttezza istituzionale*" e in vista d'un "*ottimale approfondimento della tematica*" - dell'"*apporto dei soggetti sui quali la corretta interpretazione della normativa di riferimento viene ad incidere*": individuando tra questi "*soggetti compartecipi della funzione di utilità sociale demandata alle fabbricerie*", i "*vescovi della Chiesa cattolica in Italia*"(e "*per essi*" la C.E.I.). Si può notare, nelle more, che la soluzione definitiva al quesito passerà per il vaglio della nuova (recentissima) pertinente delibera ANAC dell'8 novembre 2017 recante "«*Nuove linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici*», che introduce direttrici "da intendersi come totalmente sostitutive delle precedenti", adottate con l'indicata delibera n. 8 del 2015, e dove – in particolare - viene posto in luce, tra l'altro, il dettato di cui al "nuovo" art. 2-bis del suddetto d.lgs. 33/2013 (come introdotto dal

ordinamentale, che già dice d'una parziale "scommessa vinta" da parte della Commissione (nel mantenere il vecchio regime), con l'uscita delle fabbricerie da una sorta di 'zona del sospetto' (ove erano 'confinate', per via della vecchia "patina" giurisdizionalista), ne segue un altro – eclatante – che aiuta a far uscire l'istituto e la sua normativa (anche) da un generico cono d'ombra che le accompagna durante la stagione della revisione concordataria. Se come detto, infatti, il 1989 vede "disvelarsi" – per opera della Consulta - il principio supremo di laicità statale, quale sintesi dei cardini costituzionali in materia ecclesiasticistica; e se, come riferito, negli anni a venire se ne focalizza sempre più – ancora grazie alla Consulta - la sua *triplice* indole, cooperativa, rispettosa degli 'ordini distinti' ed "amichevole", con giovamento del principio di collaborazione di cui all'art.1 Conc, che – come rileva Papa Francesco – "esprime" e "promuove" questa medesima indole; allora appare evidente che, alla luce di queste rilevantissime novità di sistema, le norme del '29 (fatte salve dalla Commissione) in materia di fabbricerie, non possano non ricevere una "luce" del tutto nuova, esprimendo esse – sia pure nel lessico del tempo – *esattamente* l'indole che il riferito principio supremo (della Repubblica) impone di tenere presente nella c.d. 'arena pubblica', nei frangenti che vedono le due orbite (quella ecclesiale e quella statale) incontrarsi, in vista – proprio - del bene del Paese evocato dal surriferito art.1 Conc. Per averne riprova, del resto, basta rammentare i tre punti salienti che emergono da dette norme (artt. 15-16 della l.848/29) ove affiorano in effetti proprio questi tre aspetti, e cioè: a) la *cooperazione* 'a valle' tra società civile e società religiosa *in seno* alle istituzioni in parola, nello svolgere un compito d'importante rilievo ecclesiale *e* statale (amministrare i «*beni delle chiese*»; conservare «*i rispettivi edifici*»); b) il divieto d'ingerirsi nei «*servizi di culto*», quale *segno di rispetto* verso un'esigenza specifica dell'*altro Ordine*, asseverandone l'*alterità* dal proprio; e infine c) la vigilanza/tutela esercitata dall'autorità ministeriale «*d'intesa con*

---

d.lgs. 97/2016), al cui II comma "*si dispone che la medesima disciplina dettata dal d.lgs. 33/2013 per le pubbliche amministrazioni si applica, "in quanto compatibile*" ad una serie di enti, tra cui le "*associazioni, fondazioni ed enti di diritto privato comunque denominati, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, la cui attività sia finanziata in modo maggioritario per almeno due esercizi finanziari consecutivi nell'ultimo triennio da pubbliche amministrazioni e in cui la totalità dei titolari o dei componenti dell'organo di amministrazione o di indirizzo sia designata da pubbliche amministrazioni*".

l'autorità ecclesiastica», con un "controllo incrociato"[167] (logicamente) tanto più produttivo, quanto più *esercitato in un'effettiva "sintonia"* tra le due autorità. E che sia questo il nuovo substrato assiologico che illumina di senso la normativa delle fabbricerie, lo dimostra "indirettamente" una recentissima pronuncia del T.A.R. Toscana (n. 793/2017[168]), che – pur non menzionando il principio di laicità (in linea con un ricorrente *trend* giurisprudenziale[169]) – lo avverte presente finanche nella "nuova" regolamentazione delle fabbricerie, quella cioè contenuta nel regolamento attuativo della citata l. 222/1985 (d.P.R. 13 febbraio 1987, artt. 35-41). Nell'interpretare, infatti, la norma (art. 35) che (in ordine alle fabbricerie delle chiese cattedrali e d'interesse storico artistico) riserva al vescovo la nomina di due membri e al Ministro la nomina di altri cinque, "*sentito il vescovo"*, il T.A.R. non esita a prospettare – comunque - il provvedimento di nomina di *tutti* i sette membri in termini rigorosamente unitari (i.e. senza distinguere, rispettivamente, tra 'spettanze' dell'una e dell'altra autorità), a dispetto d'una lettera che parrebbe richiedere per i membri non di nomina vescovile - parlando di un'audizione e non d'una intesa – solo un parere obbligatorio, ma non vincolante del vescovo stesso. E questo perché il Tribunale – per l'appunto – appare ravvisare la presenza d'uno spirito della materia in discussione che orienta in senso 'cooperativo' l'interpretazione delle relative norme, e che – conseguentemente - porta a ignorare il fatto che queste imputino formalmente la decisione finale al Ministro; uno spirito che effonde in quella norma del d.P.R., a proposito dell'intervento vescovile, un "significato più ampio" che valica la sua formulazione letterale, postulando invece una sostanziale *intesa* fra le due autorità nella nomina dei membri della fabbriceria. Ritenendo così contraria a questo stesso spirito, l'occorrenza che si potrebbe dare secondando l'interpretazione 'stretta' e cioè (quella) d'un Ministro che proceda a nominare i suddetti cinque membri (avendo proceduto alla "audizione" ma poi) non curandosi

[167] S. BERLINGÒ, op. ult. cit., p. 113.
[168] T.A.R. Toscana, sez. I, 12 giugno 2017, n. 793.
[169] S'è rilevato in un precedente lavoro (F. DI PRIMA, M. DELL'OGLIO, *Le attività di culto nella scuola pubblica*, cit., p.11) come il principio supremo in parola venga sovente a patire, nel nostro ordinamento, "un'*insufficiente* focalizzazione" da parte della giurisprudenza: circostanza, questa, che in taluni casi "non appare agevolare l'adozione di un'interpretazione delle norme pertinenti effettivamente congruente con quello stesso principio".

in alcuna misura delle prospettazioni del Vescovo o addirittura effettuando scelte in aperto dissenso con queste ultime. E a tale proposito, il rilievo del T.A.R. è oltremodo calzante, a fronte di un'ulteriore grave frizione che si potrebbe dare col principio di laicità (ancora prima che con l'indole "collaborativa" che esso reclama) posto che negli statuti di queste istituzioni ricorrono disposizioni che impongono di scegliere i fabbricieri tra persone "professanti la religione cattolica": e cioè la possibilità - rilevata in dottrina - che sia un "funzionario dello Stato" a valutare un requisito – quello in parola della professione di fede - che invece "non può che essere rimesso alla valutazione di un'autorità religiosa (il vescovo)"[170]. Tale sentenza, può notarsi da ultimo, nel rispecchiare l'"anima" vitale presente nelle norme regolamentari del 1987 e di riflesso in quelle del '29 (dove l'esigenza della cooperazione tra i due Ordini è *già* esplicitata), e nel suggerire della perdurante possibilità che si registrino "fibrillazioni" rispetto al modo (prescelto) d'intendere non già solo le norme stesse, ma la stessa dialettica inter-istituzionale da queste ultime richiesta, dice anche – contemporaneamente - della persistente vitalità e "importanza" delle fabbricerie: un'importanza della quale, come notato in dottrina, esse hanno da tempo preso coscienza, aprendosi "al territorio in cui operano", senza "limitarsi a una gestione meramente conservativa degli edifici a esse affidati", sviluppando, al contrario, al massimo "le potenzialità cult urali" da esse recate (assistendosi così a un crescendo di iniziative - l'organizzazione di mostre/esibizioni; la programmazione di "stagioni di concerti di musica sacra"; la ristrutturazione e il "riallestimento di musei e collezioni d'arte" - che hanno condotto a una promozione/valorizzazione e a una più diffusa fruizione di "edifici e oggetti storico-artistici di inestimabile valore")[171].

---

[170] I virgolettati rimandano a P. MONETA, *Le fabbricerie, esempio di intesa tra autorità civile e autorità religiosa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*(statoechiese.it), n.37/2017, pp. 6-8, ove peraltro sono forniti esempi, tratti dagli statuti di alcune fabbricerie (l'Opera della Primaziale Pisana; l'Opera di Santa Maria del Fiore di Firenze; l'Opera della Metropolitana di Siena), di disposizioni che richiedono il requisito della professione della fede cattolica: rilevando, sul punto, come detto requisito (p.7) sia richiesto "in diversi altri statuti delle fabbricerie".

[171] P. MONETA, op. ult. cit., p. 2, dove peraltro si dà atto dell'iniziativa assunta dalle fabbricerie, anni orsono, in vista dell'obiettivo d'una loro maggiore visibilità, e per dare maggior forza al loro operato, di riunirsi in un'associazione - l'Associazione delle Fabbricerie d'Italia – che consente loro di "instaurare un collegamento stabile tra [detti enti] con un utile scambio di esperienze, progetti, modalità operative di gestione".

Considerazioni analoghe, infine, valgono per il (surriferito) terzo profilo di perplessità che accompagna nel 1984 la redazione delle norme sulle fabbricerie, e cioè la loro non "inquadrabilità" nell'insorgente categoria degli "enti ecclesiastici civilmente riconosciuti". S'è detto prima della delimitazione che la nuova legislazione pattizia opera al riguardo rispetto alla precedente, non bastando più la possibilità di vantare – come nel caso delle fabbricerie – una diretta pertinenza/connessione con la Chiesa cattolica, ma richiedendosi altresì un fine *costitutivo ed essenziale* religioso-cultuale. Ed anche alla luce di quanto appena detto sulla 'plurivalenza' del raggio d'azione delle fabbricerie in campo culturale, si può affermare che in effetti le finalità di queste ultime, per quanto strumentalmente preordinate a quelle di culto e di religione (specie per quanto concerne la cura/conservazione degli ambienti ove hanno luogo le funzioni liturgiche) fanno riferimento ad un'azione mirata in misura consistente alla preservazione di componenti preziosissime del patrimonio culturale nazionale: non integrandosi, così, quella specifica "costitutività ed essenzialità" degli scopi religioso-cultuali che il nuovo sistema richiede. Se questo è vero, tuttavia, è altrettanto vero che la perduranza della loro connessione con la Chiesa rende possibile nel tempo – in concordanza con rilievi dottrinali risalenti ai primi anni '90[172] – inquadrare le fabbricerie in una "nuova categoria", quella cioè degli enti che possono genericamente indicarsi come "religiosi", entro cui si dipana e sviluppa quella degli enti confessionali: sulla scorta dell'idea che quest'ultima raggruppi tutti quelli (come ad es., per l'appunto, le fabbricerie) presentano una connessione con una Confessione religiosa, quale indice d'una "specifica libertà confessionale"[173]. Una categoria, questa, atta a raccogliere persone giuridiche private che, come le antiche istituzioni in parola, appaiono "dotate di una speciale autonomia in ragione del carattere ecclesiastico che lo Stato riconosce e tutela specificamente": prima di tutto a fronte di quell'art. 20 Cost. che fornisce loro la garanzia di non subire speciali limitazioni legislative, né speciali gravami fiscali per via del (loro) carattere ecclesiastico; ma anche in ragione dell'attinenza delle istituzioni in parola alla materia

[172] S. BERLINGÒ, *Enti e beni religiosi in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1992, pp. 63 e ss..
[173] S. BERLINGÒ, *Enti e beni religiosi in Italia*, p. 74.

concordataria, con l'ulteriore garanzia dell'esclusione di interventi unilaterali *ex parte Status* diretti a modificarne la condizione giuridica (e/o il modo d'operare). Una "rubricabilità", questa delle fabbricerie nella predetta categoria, che probabilmente agevola negli ultimi anni la focalizzazione della loro peculiare fisionomia normativa di "ente ecclesiastico *lato sensu*", colta appieno nel 2012 dal Consiglio di Stato[174], allorché in un parere reso a pro del Ministero dell'Interno, evoca la "*tipica connotazione che le fabbricerie assumono nel nostro ordinamento*", quali "*enti che, pur amministrando beni ed edifici ecclesiastici, non sono enti ecclesiastici in senso stretto ed operano "senza alcuna ingerenza nei servizi di culto*", evocando una normativa "*generale*" ormai consolidata nell'ordinamento, congruente con la triplice connotazione appena indicata. Pure se, a proposito di detto consolidamento, appare utile ricordare in chiusura un'avvertenza dottrinale[175] (di probabile perdurante attualità) che qualche anno fa sottolineava la persistenza problematica – anche grazie ad una prima comparazione degli statuti – di possibili "difficoltà interpretative", e segnatamente d'una prassi che ha conosciuto una certa "confusione di ruoli e di competenze", rispetto agli enti compresenti ("il Capitolo, la Parrocchia e la stessa Diocesi"), con le immaginabili potenziali ricadute critiche sul tema delicatissimo della gestione dei cespiti patrimoniali (e l'importanza cruciale assunta dalla pertinente documentazione, soprattutto alla luce delle previsioni regolamentari del 1987, là dove impongono l'obbligo di trasmettere – ogni anno - il bilancio preventivo ed il conto consuntivo al Prefetto[176]; e, vieppiù, dove dicono degli interventi che quest'ultimo è chiamato a compiere, sentito il Vescovo diocesano, in presenza di accertate "*gravi irregolarità nell'amministrazione*"[177]).

3. Una ricapitolazione conclusiva: il 'nuovo modo di guardarsi' tra

[174] Consiglio di Stato, Sez. I. Parere 2 maggio 2012, n. 2064 (consultabile nel volume "*La Cappella del Tesoro di San Gennaro. Identità civile e dimensione religiosa*, a cura di A. Guarino, Jovene, Napoli, 2017, p. 123 e ss.; per una disamina critica del predetto parere, cfr. i saggi ivi contenuti di P. CAVANA, *La Cappella del Tesoro di San Gennaro tra tradizione canonistica e nuove forme statutarie*, p. 53 e ss., e di A. GUARINO, *La singolare natura giuridica della Cappella del Tesoro di San Gennaro*, p. 79 e ss.; per alcuni pertinenti approfondimenti storico-giuridici, si veda, sempre nel volume in parola, il lavoro di M. MIELE, *La formazione storica dei profili di* ius canonicum speciale *della Cappella del Tesoro di San Gennaro*, p. 5 e ss.).

[175] S. BORDONALI, op. ult. cit., p. 176.

[176] Giusta l'art. 39 del D.P.R. n. 33/1987.

[177] Cfr. D.P.R. n. 33/1987, art. 39.

Stato e Chiesa; la cooperazione effettivamente ricercata; il 'nuovo' spirito della disciplina delle fabbricerie

Riprendendo le fila della disamina sin qui svolta, s'è avuto modo di vedere in apertura come i discorsi tenuti il 10 giugno scorso dal Santo Padre e dal Presidente Mattarella presso il Quirinale (in occasione della riferita "visita ufficiale di restituzione") forniscano molti più spunti di quanto non sembri (a una prima e fuggevole lettura), atti a rimarcare – sotto diversi aspetti - la peculiare crescente "forza" giuridica del *principio di collaborazione reciproca* di cui all'art.1 dell'Accordo di Villa Madama. S'è detto, ad es., dell'implicito plauso fatto dal Pontefice all'episcopato italiano, da un lato, per la lungimirante scelta d'incardinare l'Accordo su una formula così ricca di potenzialità, in considerazione degli ottimi risultati ottenuti già ("solo") sul piano dell'incidenza nella realtà concreta; e dall'altro per l'operato svolto (determinante a ottenere questi stessi risultati), nello svolgimento – non sempre facile - dei compiti d'interazione e confronto con le istituzioni civili che l'Accordo stesso da principio ha (pre)figurato. S'è scorto, poi, nell'utile rimando fatto dal Papa al nesso esistente tra l'art.1 Conc. e il principio di laicità - nell'esprimere il primo l'indole cooperativa, "amichevole" e rispettosa degli 'ordini distinti' della seconda - un'ellittica segnalazione dell'importanza 'strategica', anche sul piano tecnico-giuridico, che assume il perdurante ossequio delle istituzioni repubblicane all'impegno di cui all'art.1 Conc.: quale strada maestra, cioè, onde tenere contegni "ecclesiasticisticamente" ideali, rispettosi insieme del cardine (esplicitato nella Costituzione) della bilateralità pattizia, e del principio supremo (di laicità) che detto cardine presuppone, valorizza e "sintetizza" (con gli altri attinenti al fenomeno religioso). Ed al riguardo s'è posta in luce la stringente attualità di questa segnalazione del Papa, a fronte del problema non infrequente d'un agire della P.A. condizionato da posizioni/teoriche basate su modelli di laicità "antagonista" (estranei al nostro), e perciò trepidante, quando non addirittura ostile, all'idea d'una cooperazione effettiva tra i due "Ordini distinti"; con l'aggravante d'ignorare (non solo l'indole "anti-separatista" della laicità italiana, ma anche) la clausola contenuta nell'art. 2 dell'Accordo, che - anche in vista del moltiplicarsi delle occasioni di

confronto – delimita i margini legittimi d'azione concreta della Chiesa nell'ordine "profano", i.e. gli ambiti ove essa ritiene di dover svolgere "*in piena libertà*" la sua missione istituzionale. Quanto, poi, al discorso del Presidente della Repubblica, anche qui – appresso a un più attento vaglio - sono affiorati spunti 'sottotraccia' nel senso predetto, sottesi anzitutto alla rievocazione (fatta dal Presidente) del sostegno fattivo e concreto offerto dalla Chiesa "*in tutte le sue espressioni*" durante e dopo i disastri sismici dell'Italia centrale, onde lenire le sofferenze delle comunità interessate. S'è potuto riscontrare, in particolare, come in quel richiamo stia la *misura* dell'ampiezza della portata del principio di collaborazione (di cui all'art.1 Conc.): che valica, da una parte, gli ambiti di disciplina pattiziamente convenuta (sfociando in altri, come per l'appunto quello dell'assistenza –sociale- prestata ai sofferenti, privi d'una normativa-cornice pattizia), per investire tutti quelli che rientrano nell'orbita d'esplicazione della predetta missione della Chiesa (giusta il riferito art.2 Conc.); e che, d'altra parte, conosce un'estensione anche *orizzontale*, implicando l'attivarsi di una cooperazione aggiuntiva 'dal basso', tra società civile e società religiosa, coerente (con l'assetto post-conciliare dei rapporti Chiesa-Stato e) con le ricadute che in tutt'e due gli ordinamenti, fatti i debiti distinguo, ha avuto e ancora ha il principio di sussidiarietà orizzontale: specie, in quello italiano, alla luce dell'innovato art.118, IV co., Cost. e dei recentissimi sviluppi della normativa del *non profit*, con un "Codice del Terzo Settore" (d.lgs. 117/2017) votato a sostenere (art.1) l'autonoma iniziativa dei cittadini impegnati a perseguire – per l'appunto – il "bene comune". S'è poi avuto modo di riscontrare un terzo e (ancor) più sottile rimando (nell'evocazione fatta appresso delle "macerie" lasciate dal sisma *anche* nello spirito delle popolazioni, e delle "comuni responsabilità" gravanti sulle istituzioni dei due Ordini rispetto alle emergenti "*esigenze spirituali e materiali*") allo specifico rilievo cruciale che riveste il principio di collaborazione nel settore dei beni culturali (già in generale, e qui) a fronte dei danni di gravità anche elevata arrecati dal sisma alla relativa componente chiesastica, della conseguente impossibilità per molti consociati di esercitare il culto, e dell'urgenza (per l'appunto) che le istituzioni pubbliche avvertono di ripristinare quanto prima – se e dove possibile – lo *status quo ante*, *cooperando con le autorità*

ecclesiastiche: e questo (per molti versi) grazie ad una altra scelta lungimirante delle Alte Parti, ossia quella d'aver dedicato a tale settore l'unica direttrice del "nuovo" Accordo, i.e. l'art.12, I co. ove trovi puntuale applicazione l'impegno alla collaborazione (verso il "bene del Paese") di cui all'art.1 Conc., qui declinato – congruamente – verso il presidio di *tutto* il patrimonio culturale nazionale. E a tale riguardo s'è notata una singolare (quasi integrale) 'specularità', rispetto a quanto rilevato da Papa Francesco, per cui l'art.12 letto nella sua interezza, risulta per molti versi - come l'art.1 Conc. - espressivo del principio supremo di laicità, ritrovandosi anche qui un analogo confronto "continuo" scevro da commistioni di ordini/competenze, propedeutico ad adottare soluzioni concertate a tutela di specifiche esigenze religiose (quelle – giusta l'art.12, II co. - connesse ai beni di pertinenza ecclesiastica): con la controprova, di cui s'è detto, della descritta sequela di azioni/decisioni assunte (rispetto al fronte del dopo-sisma in parola), in sedi diverse, dalle istituzioni dei due Ordini, in un'ottica cooperativa e di difesa d'un patrimonio insieme "ecclesiastico" e "nazionale", nonché delle sottese istanze collettive basilari.

S'è avuto modo, appresso, di rilevare come questo dinamismo "politico-giuridico", nell'esemplificare plasticamente una delle tante "traduzioni in fatti" dell'impegno assunto dalle Parti con l'art.1 costituisca un eloquente esempio, a monte, della nuova ottica assunta con la sigla dell'Accordo del 1984, coerente col nuovo quadro assiologico che lo regge (il Concilio Vaticano II; la Carta repubblicana), di rispetto dell'autonomia confessionale, di propensione *effettiva* alla collaborazione a pro delle istanze religiose, e di proiezione verso un "bene comune" sempre tenuto presente. E s'è soggiunto che il pregio di quest'approccio è quello, logico prima che giuridico, di respingere le tendenze che, in chiave unilateralista/monista, tendono a riproporre la "vecchia" ottica del '29, di concordia solo apparente, (ed invece) di effettiva diffidenza reciproca, priva – non a caso - d'un comune orizzonte di sviluppo, anche perché condizionata da un approccio *ex parte Status* volto in effetti (pressoché esclusivamente) a politicizzare/strumentalizzare il 'religioso': ottica che in materia di beni culturali

ecclesiastici, incrociando quella alla politicizzazione in senso "statualista" della cultura (ripudiata dall'art.9 Cost.) *ignora* (*ideologicamente*) *l'apporto cattolico*, approdando (così) ad un Concordato che, a differenza dell'attuale, non reca una normativa apposita.

Sulla scorta di questi ultimi rilievi, e tenendo da conto la riferita *particolare* urgenza avvertita nell'ordinamento italiano per la conservazione degli edifici ecclesiastici di pregio storico-artistico, la seconda parte del lavoro è stata dedicata ad analizzare per sommi capi le vicende giuridiche salienti - dall'Unificazione ad oggi – d'una peculiare ed antica istituzione connessa con la Chiesa - ma gravitante *anche* nell'ordine statale - che da secoli si dedica, in vista delle pertinenti esigenze religioso-cultuali, a detto delicatissimo fine conservativo: i.e. la fabbriceria. Avendo assunto l'ipotesi di ricerca che dette vicende, assai più di quanto non si direbbe *prima facie*, vengano a mostrare, con singolare forza paradigmatica, la sorprendente (descritta) attitudine del principio di collaborazione di cui all'art.1 Conc. a dare una luce nuova e diversa, a monte, alla dialettica Stato-Chiesa, e –a valle – ai campi dell'esperienza giuridica che da esso vengono in ogni modo investiti. E ciò sulla base dell'idea di partenza che possa essere individuabile un nesso tra i crescenti gradi dell'inveramento – anche *in nuce* –in Italia d'un generico principio di collaborazione Stato/Chiesa anteriormente alla sigla dell'Accordo (praticamente assente nella stagione liberale; dichiarato ma non effettivamente ricercato, in quella fascista; presente, in quella repubblicana, ma non ancora "formalizzato" e "consacrato" al perseguimento del bene comune), e i corrispondenti esiti sempre meno incerti ma ancora mai del tutto chiari riscontrabili sino a gli anni '80 rispetto al trattamento giuridico di questa tipologia di enti (con le conseguenti diatribe dottrinali e giurisprudenziali sui caratteri essenziali loro propri). Con l'assunto a seguire, formulato nel lavoro, che, persistendo ancora in quegli anni taluni 'strascichi' del passato (pregiudizi in ambito ecclesiale; configurazioni giurisprudenziali in senso giurisdizionalista, ecc.), nemmeno la stessa "consacrazione" di questo principio (nel testo dell'Accordo) bensì la sua affermazione nel tempo abbia in effetti giovato in tempi recenti a figurare una visione differente della fabbriceria, quale istituzione

(non pubblica) inquadrabile alla stregua d'un ente ecclesiastico "in senso lato" implicante per definizione una duplice (paradigmatica) cooperazione tra le due sfere investite, a livello orizzontale (i.e. in seno al *consilium fabricae*) e verticale (con l'intreccio dell'azione condotta rispetto all'ente da parte dell'autorità ecclesiastica e di quella civile).

Onde comprovare la fondatezza dell'ipotesi proposta, s'è messa a fuoco da subito quella tendenza, presente nella stagione liberale (quella della "*non collaborazione*") a ignorare ideologicamente i dati storico-giuridici che dicono dell'origine e dello sviluppo delle fabbricerie in ambito ecclesiale, e della perdurante (conseguente) stretta dipendenza delle stesse dall'autorità ecclesiastica, e ad abbracciare l'altrettanto ideologica tesi che il ricorrente intervento governativo "in deroga" a questa dipendenza, divenuto pervasivo e predominante nella stagione napoleonica, abbia tracciato un nuovo modello di fabbriceria, "strutturalmente" lontano dall'ente ecclesiastico, divenuto – senza riscontro col vero – l'unico da prendere in considerazione. Con la risultante, rilevata, d'una schizofrenica legislazione in materia che a seconda se abbia la meglio o no questa visione 'esclusivista', le sottopone o meno ai trattamenti "odiosi" tipici di quella stagione, laddove vengano o meno reputate enti ecclesiastici.

A seguire, s'è rimarcato l'oggettivo passo in avanti fatto con la Conciliazione (la stagione della "*collaborazione non effettivamente ricercata*"), con la cancellazione delle leggi eversive; l'affermazione della regola della "non ingerenza" nei «*servizi di culto*» (*ex parte Ecclesiae* già enunciata nel *Codex* del '17); e il duplice espediente, frutto del "compromesso" tra le istanze in gioco, della nomina dei componenti, e della vigilanza/tutela sull'amministrazione effettuate entrambe "d'intesa con l'autorità ecclesiastica". Ma s'è detto, al contempo, che dette direttrici, a dispetto delle apparenze, non postulano *davvero* un'effettiva attenzione alle istanze ecclesiali, né (meno che mai) una ricerca di collaborazione: occupando la scena, in verità, la visione "statolatrica" di Rocco (e di Mussolini) per cui la Chiesa è in effetti inquadrata come un'organizzazione soggetta alla sovranità dello Stato, alla quale, per esclusivo calcolo politico, si "concedono" regole meno severe come quelle, per

l'appunto, dettate sulla fabbriceria, ma ignorando – in effetti – le istanze specifiche sottese; ferma restando, in pratica, in ambito statale l'ottocentesca (fallace) visione della fabbriceria stessa quale 'amministrazione laicale' (essenzialmente) dipendente dall'autorità statale.

S'è poi passati a focalizzare il drastico cambiamento d'indole dello Stato, che produce la Carta repubblicana (la stagione della collaborazione '*presente ma non consacrata al bene comune*') col suo aprirsi alla "pluralità", la proiezione verso il primato della persona (e non dello Stato); il riconoscimento dell'autonomia confessionale; ma soprattutto la previsione della collaborazione (pattizia) con le Confessioni religiose, a tutela delle loro peculiari istanze (identitarie). Sottolineando, in particolare, come queste e altre novità ecclesiasticisticamente rilevanti, a partire dall'introduzione di un apposito "argine di sistema" (art. 20) contro il ripetersi di discriminazioni in *peius* legate al carattere ecclesiastico (e al fine di religione e di culto) di "associazioni ed istituzioni", indicano che la Carta esige –tra l'altro - uno *specifico* mutamento d'indole nei riguardi della materia degli enti. S'è posto in luce come più tardi il legislatore pattizio tenga conto di questo mutato quadro di base, ed esiti una normativa profondamente rivisitata in materia; ma non riguardo allo specifico caso delle fabbricerie, cui viene destinata una norma dal tenore "residuale" nella l. 222/1985 (di derivazione concordataria) che in sostanza conferma la legislazione pregressa (solo prospettando l'emanazione d'un nuovo regolamento, poi emanato nel 1987).

Riguardo a questa opzione di *apparente* "basso profilo" s'è prospettato l'avviso che ad ispirarne l'adozione – paradossalmente – sia stato *proprio* l'indicato intento del legislatore pattizio di stendere una normativa *prima di tutto* congruente col detto mutato quadro assiologico: con la triplice controprova offerta – a seguire - di altrettanti possibili motivi di trepidazione (per il rischio di adottare scelte al contrario incongruenti) che ben potrebbero avere condotto la Commissione paritetica (che stende le norme della l.222/1985) ad assumere una scelta 'conservativa' ma prudente (e comunque atta a non perturbare gli equilibri in gioco). Quanto al primo motivo, s'è posto in luce il potenziale rischio, nell'adottare una scelta "innovativa", di non

mostrarsi effettivamente attenti alle specifiche istanze che sottendono le scelte compiute dal legislatore canonico, dal momento che il nuovo *Codex* del 1983 non contiene più un riferimento esplicito alle fabbricerie, e che in questa novità riposa senz'altro un certo tendenziale sfavore ecclesiale per questa tipologia di enti. Quanto al secondo motivo, s'è evidenziato il rischio di suffragare – con una normazione innovativa - realtà che ancora in quegli anni possono apparire come "ammantate" da una obsoleta patina giurisdizionalista, essendo in connessione con una confessione religiosa ma seguitando ancora (sia pure per poco) a essere viste in giurisprudenza come amministrazioni pubbliche. Riguardo al terzo, infine, s'è rilevato il problema di una difficile inquadrabilità di enti come le fabbricerie (che non hanno finalità strettamente cultuali) nel nuovo sistema, che esige per gli *enti ecclesiastici civilmente riconosciuti* un fine di religione o di culto "costitutivo ed essenziale".

In chiusura di lavoro, s'è avuto modo, tuttavia, di riscontrare la fondatezza dell'assunto prima formulato, per cui la norma del 1985 sulle fabbricerie (art. 72, l. 222) ha tratto giovamento per molti versi dal consolidamento conosciuto in seguito dal principio della reciproca collaborazione di cui all'art.1 Conc.: riscontrando come sulle tre problematiche appena illustrate si sono registrati sviluppi considerevoli (nell'ordinamento canonico e in quello civile) che permettono oggi di guardare a quella stessa norma del 1985, e dunque alla normativa sulle fabbricerie, con occhi diversi; potendo così valutare non solo come prudente, ma anche lungimirante, la scelta fatta dalla Commissione paritetica di conservare la vecchia disciplina (richiamata - per l'appunto dall'art. 72 stesso), che appare adesso "illuminata di senso" da quello stesso principio.

Ed in effetti, quanto al primo profilo problematico, ossia il 'silenzio' del *Codex* del 1983 sul tema (interpretato come segno d'uno scarso *favor* ecclesiale per le fabbricerie), s'è rilevato – tra l'altro – come l'ordinamento della Chiesa abbia semplicemente scelto una strada diversa, lasciando intervenire una regolamentazione 'a livello locale' eminentemente ad opera della C.E.I; con l'aspetto oltremodo interessante, peraltro, che nell'esemplificativa *Istruzione in materia amministrativa* (2005) – per l'appunto della C.E.I. - ricorre una norma sulle fabbricerie (art. 131)

contenente una formulazione non presente nella precedente (i.e. l'*Istruzione* del 1992) ove si ha cura di precisare che questi enti «*rivestono grande rilevanza per l'importanza dei luoghi di culto cui si riferiscono*»: suggerendo, così, una probabile progressiva mitigazione del risalente sfavore (verso queste istituzioni), forse anche in ragione dei riscontri d'un differente clima nella dialettica (co-operativa) con l'autorità civile, in coerenza col predetto principio cui all'art.1 Conc. (per inciso, parte d'un testo che è anche fonte di diritto canonico, avendolo la Santa Sede introdotto nel proprio ordinamento).

Quanto poi al secondo profilo problematico, quello attinente alle remore verso la vecchia "patina" giurisdizionalista delle fabbricerie, legata alla loro natura 'asseritamente pubblica', s'è avuto modo di rilevare – in prima battuta - come queste remore siano andate dissipandosi già a partire dal 1984, quando ha preso l'abbrivo un trend giurisprudenziale di segno radicalmente opposto, culminante nel parere 289/2000 reso dal Consiglio di Stato, che ha confermato la loro natura privatistica, a pro "*della libertà dei privati di contribuire alla tutela del patrimonio storico artistico*"; ma soprattutto – in seconda battuta – a proposito della riferita "patina" antica/residuale, s'è avuto modo di riscontrare dalla lettura d'una recentissima sentenza del T.A.R. Toscana (793/2017) la conferma – sia pure indiretta – del fatto che la normativa sulle fabbricerie, là dove prevede momenti d'interazione tra l'autorità ecclesiastica e l'autorità civile, che presuppongono una cooperazione effettivamente "sintonica" tra le stesse, contiene uno spirito affine – il T.A.R. non lo dice, ma è come se lo suggerisse - a quello segnato dalla triplice indole (cooperativa, amichevole e rispettosa degli ordini) rinvenibile tanto nel principio di laicità quanto per l'appunto dal principio di cui all'art.1 Conc., che come dice Papa Francesco, lo esprime e lo promuove (ricevendo dunque questa normativa – come conferma il T.A.R. - un carico di significati che trascende la mera formulazione letterale). Da ultimo s'è rilevato, altresì, come la "fibrillazione" in seno alla dialettica inter-istituzionale richiesta dalla normativa in parola che fa scaturire la vertenza, dice (anche, in un certo senso) della persistente vitalità e "importanza" delle fabbricerie anche dal punto di vista "politico": un'importanza della quale, come notato in

dottrina, esse hanno da tempo preso coscienza, aprendosi "al territorio in cui operano", senza "limitarsi a una gestione meramente conservativa degli edifici a esse affidati", sviluppando, al contrario, al massimo "le potenzialità culturali" da esse recate.

Infine, quanto al terzo profilo di perplessità (i.e. la non "inquadrabilità" delle fabbricerie nell'insorgente categoria degli "enti ecclesiastici civilmente riconosciuti"), s'è dato atto di una loro diversa configurabilità, prospettata in dottrina già negli anni '90, che ha individuato la categoria di enti "religiosi", entro cui si dipana e sviluppa quella degli enti confessionali (sulla base dell'idea che quest'ultima raggruppi tutti quelli che presentano una connessione affine a quella vantata – ad es. proprio dalle fabbricerie, con una confessione religiosa, quale indice d'una "specifica libertà confessionale"): una "rubricabilità" peculiare, questa delle fabbricerie, che peraltro probabilmente agevola negli ultimi anni la focalizzazione d'una loro particolare "fisionomia" normativa di "ente ecclesiastico *lato sensu*", colta nel 2012 dal Consiglio di Stato, allorché in un parere reso a pro del Ministero dell'Interno, evoca la "*tipica connotazione che le fabbricerie assumono nel nostro ordinamento*", quali "*enti che, pur amministrando beni ed edifici ecclesiastici, non sono enti ecclesiastici in senso stretto ed operano "senza alcuna ingerenza nei servizi di culto*", riferendosi ad una normativa "*generale*" ormai *consolidata* nell'ordinamento.

Abstract
The climate of peculiar "harmony" which marked the official visit of the Holy Father to the President of the Italian Republic Sergio Mattarella, on 10 June 2017, did not go unnoticed to the political press. In order to have notice of it, after all, it would have been enough (even only) to glance through the transcripts of the speeches given by the two Authorities, where it is easily traceable a singular convergence of "tone", register and - in some passages, even of - contents: and in particular, with regard to the latter, this is true of the "consonant" highlighting of a "factual" data, such as the fruitfulness of the mutual support that State and Church continue to give themselves in the country. Few, however, have grasped the further consonance, of the need, felt by both of them, to highlight the main legal reason for this fruitful mutual support, namely the Agreement of Villa Madama: thus missing the opportunity to note, first of all, the particular fact that only Pope Francis sees the need to specify that the Art.1 of the Agreement expressly requires this mutual attitude, in compliance with the "distinction of orders" referred to in Art. 7, par. 1, of the Constitution, for the «promotion of man» and the «good of the country»; and secondly, the circumstance that, behind this and others clarifications made by the Pontiff, as well as behind President Mattarella's references to the cruciality of the Church/State cooperation (in general, and in particular in 2016 on the occasion of the central Italy earthquake emergency), there are a few emerging key topics (not explained but nevertheless perceptible) remarking the peculiar juridical "strength" of the principle (of collaboration) of Art. 1 Conc, its consolidation and its fruitful

impacts on the common good. By focusing on these key topics from an ecclesiastical law perspective, and in particular the one on the mutually reinforcing "specularity" between the same Art. 1 and the aforesaid provision of the Concordat (Art. 12) on cultural heritage (as the only one where the mutual commitment enshrined in Art. 1 is punctually implemented), after a nimble examination aimed at finding the effectiveness of this "specular" strength with respect to the Italian post-earthquake front of 2016, and to the (consequent) intervention choices adopted by the two Orders, this work carries out a more detailed study of the historical-legal and current events of a paradigmatic case of dialogue and cooperation between the State and the Church in Italy in the sector in question, namely that which can be found in the action of the *fabbricerie*: with the ultimate objective of bringing out, from the analysis of these events, down to our days - in the particular field taken care of by these entities - the fruitfulness of the adoption in 1984 of a "new way of looking at each other" (recalled in 2014 by the Secretary of State, Cardinal Pietro Parolin), preparatory and consonant to the aforesaid commitment to mutual collaboration, established in Art. 1 of the Agreement of Villa Madama, between State and Church.

Keywords
Art. 1 of the Agreement of Villa Madama; Church-State collaboration; ecclesiastical cultural heritage; *fabbricerie*

Alessandro Perego

Assegnista di ricerca in diritto canonico ed ecclesiastico, Università degli Studi di Padova

I beni temporali della Chiesa nel Codice dei canoni delle Chiese orientali*

SOMMARIO: 1. Introduzione: storia, sistematica e principi dei canoni in materia patrimoniale; 2. Il diritto della Chiesa ad utilizzare i beni temporali; 3. (segue) il diritto ai beni come «ius nativum»; 4. (segue) il diritto ai beni come diritto relativo; 5. Modalità di esercizio del diritto ai beni; 6. (segue) nozione di «bene ecclesiastico»; 7. (segue) il Romano Pontefice; 8. (segue) il rapporto con gli ordinamenti civili; 9. L'acquisto; 10. L'amministrazione: i soggetti; 11. (segue) lo statuto dell'amministratore; 12. (segue) gli atti di amministrazione; 13. (segue) la responsabilità dell'amministratore e della persona giuridica; 14. L'alienazione.

1. Introduzione: storia, sistematica e principi dei canoni in materia patrimoniale

La disciplina dei beni temporali ha conosciuto una codificazione per le Chiese orientali antecedente a quella vigente, essendo stata ricompresa in una delle parti del progetto del primo *Codex Iuris Canonici Orientalis* giunte fino alla promulgazione pontificia. Vi aveva provveduto Pio XII con il *motu proprio* «Postquam Apostolicis Litteris» del 9 febbraio 1952 (di seguito anche PA)[1], che conteneva i canoni sul diritto dei religiosi e, per l'appunto, quelli sui beni temporali, ai quali era dedicato un articolato *corpus* di ben settanta norme[2].

Questo materiale normativo ha costituito il naturale punto di partenza per il lavoro di revisione che, «alla luce soprattutto dei decreti del Concilio Vaticano II»[3] e con uno sguardo privilegiato ai lavori del nuovo Codice per la Chiesa latina, ha

---

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

[1] In *AAS*, XLIV(1952), pp. 126-150.

[2] Le altre parti del primo Codice, promulgate da Pio XII *motu proprio*, contenevano i canoni dedicati al diritto matrimoniale (*Crebrae allatae* del 1949), al diritto processuale (*Sollicitudinem nostram* del 1950) e ai riti orientali ed al diritto delle persone (*Cleri sanctitati* del 1957). Per una sintesi sul percorso storico della prima codificazione, v. M. Brogi, *Codificazione del diritto comune delle chiese cattoliche orientali,* Salamanca 1988, pp. 10-15; D. Salachas, *Istituzioni di diritto canonico delle Chiese cattoliche orientali*, Bologna 1993, pp. 45-48; G. Mori - D. Salachas, *Ordinamenti giuridici delle Chiese cattoliche orientali*, Bologna 2000, p. 22-26.

[3] Paolo VI, nella lettera di *Istituzione e composizione della Commissione* per la revisione del Codice di diritto canonico orientale, datata 10 giugno 1972, afferma: «[e]ssa avrà il compito di preparare, alla luce soprattutto dei decreti del Concilio Ecumenico Vaticano II, la riforma del 'Codex Juris Canonici Orientalis' sia nelle parti già pubblicate…sia nelle restanti parti, già ultimate, ma non ancora pubblicate» (in *Nuntia*, 1 [1975], p. 13).

portato alla stesura dei canoni del Titolo XXIII (cann. 1007-1054) del vigente *Codex Canonum Ecclesiarum Orintalium*, rubricato «De bonis Ecclesiae temporalibus»[4].

Rispetto alla precedente codificazione, nel CCEO si avuta una significativa riduzione dei canoni dedicati alla materia patrimoniale, che sono passati da settanta a quarantasette[5], mentre, per ciò che concerne la distribuzione delle norme all'interno del Titolo XXIII, si è confermata l'impostazione sistematica di PA, impostazione che quest'ultimo aveva a sua volta mutuato dal Codice latino del 1917[6] (di seguito anche CIC17) e che è stata riproposta anche dal legislatore del 1983[7]. Troviamo, così, tre norme preliminari a carattere generale (cann. 1007-1009), seguite da quattro capi dedicati a: «L'acquisto dei beni temporali»[8] (capo I: cann. 110-1021); «L'amministrazione dei beni temporali» (capo II: cann. 1022-1033); «I contratti, in particolare all'alienazione» (capo III: cann. 1034-1042); «Le pie volontà e le pie fondazioni» (capo IV: cann. 1043-1054).

Accanto alle norme di questo Titolo, che costituisce il cuore sistematico del diritto patrimoniale canonico orientale, occorre richiamare, per la loro rilevanza rispetto alla disciplina di questa materia, i canoni dedicati a «Le persone giuridiche» in generale (cann. 920-930), alcune norme che riguardano la capacità patrimoniale e l'amministrazione dei beni degli istituti religiosi (cann. 423-425, 447, 468)[9], ed altre che trattano dei beni delle associazioni di fedeli (can. 582)[10].

Quanto invece ai «Principi direttivi» che hanno guidato la Commissione per la revisione nella stesura dei canoni del CCEO, un particolare accento deve essere

---

[4] Sulla revisione postconciliare della legislazione orientale, v. J. Faris, *La storia della codificazione orientale*, in K. Bharanikulangara (a cura di), *Il diritto canonico Orientale nell'ordinamento ecclesiale*, Città del Vaticano 1995, pp. 63-64 e ivi la bibliografia indicata in nota.

[5] Sulla scelta di ridurre il numero dei canoni rispetto a quelli di PA, ed in generale sulle iniziali scelte sistematiche della Commissione per la revisione, cfr. *Nuntia*, 5 (1977), pp. 49-51; in dottrina v. J. Abbass, *Subsidiary and Eastern Code*, in *Le Chiese sui iuris. Criteri di individuazione e delimitazione*, Venezia 2005, pp. 54-56.

[6] Lib. III, *De rebus*, pars VI, *De bonis Ecclesiae temporalibus* (cann. 1495-1551).

[7] Lib. V, *De bonis Ecclesiae temporalibus* (cann. 1254-1310).

[8] La traduzione in lingua italiana dei canoni del CCEO è quella proposta da P.V. Pinto (a cura di) *Commento al Codice dei canoni della Chiese Orientali*, Città del Vaticano 2001.

[9] Per un inquadramento generale della disciplina codiciale sulla vita consacrata, v. G. Mori - D. Salachas, *Ordinamenti giuridici delle Chiese cattoliche orientali*, cit., pp. 128-135.

[10] Sulle associazioni di fedeli, v. *Ibidem*, pp. 117-121.

posto, per ciò che concerne la materia dei beni temporali della Chiesa, sul «principio di sussidiarietà»[11].

Il rispetto di tale principio, da un lato, esigeva di limitare il contenuto del nuovo Codice «alla codificazione della disciplina comune a tutte le Chiese orientali, lasciando ai loro vari organismi la facoltà di regolare con un diritto particolare le altre materie, non riservate alla Santa Sede»[12]; dall'altro, con riferimento alla dimensione interna delle stesse Chiese, richiedeva di creare le condizioni giuridiche affinché il vescovo «ordinariamente» non facesse «ciò che altri nella sua diocesi [avrebbero potuto] espletare», valutando «diligentemente le legittime competenze degli altri», dando «le necessarie facoltà ai suoi cooperatori», e favorendo «le giuste iniziative sia dei singoli che dei gruppi»[13]; si raccomandava, «in particolare», di sviluppare «le norme circa il consiglio presbiterale richiesto anche dalla speciale comunione gerarchica dei presbiteri con l'ordine dei vescovi» e di considerare «la grande convenienza dei consigli pastorali in cui possano avere parte chierici, religiosi e laici idonei, in modo che la comunità diocesana possa predisporre organicamente il lavoro pastorale ed assolverlo in maniera efficace»[14].

Questi auspici fatti alla luce dell'adesione al principio di sussidiarietà sembrano tuttavia aver trovato solo un parziale accoglimento nel testo definitivo delle norme codiciali dedicate alla materia patrimoniale[15]. Se infatti, come vedremo, non manca il riconoscimento di un certo spazio normativo al legislatore particolare[16] e di una maggiore autonomia ai vescovi nell'esercizio del loro potere di governo sui beni, sarebbe invece occorso un maggior coraggio nel valorizzare il ruolo, le

---

[11] Sui «Principi direttivi per la revisione del Codice di Diritto Canonico Orientale», v. *Nuntia*, 3(1976), pp. 3-10; con specifico riguardo al «Principio di sussidiarietà nel CICO», pp. 6-7; in dottrina, D. Salachas, *Istituzioni di diritto canonico delle Chiese cattoliche orientali*, cit., pp. 50-53.

[12] *Nuntia*, 3(1976), p. 6.

[13] *Ibidem*, p. 7.

[14] *Loc. cit.*

[15] Tratta compiutamente dell'influsso del principio di sussidiarietà sulla formulazione delle norme in materia patrimoniale del CCEO: J. Abbass, *Subsidiary and Eastern Code*, cit., pp. 41-65.

[16] In generale, sullo spazio lasciato dal CCEO al diritto particolare in ossequio al principio di sussidiarietà, v. I. Žužek, *Qualche nota circa lo «ius particulare» nel « Codex canonum Ecclesiarum orientalium»*, in *Il diritto canonico Orientale nell'ordinamento ecclesiale*, cit., pp. 34-48; P. Gafaell, *La capacità legislativa delle Chiese orientali in attuazione al CCEO*, in *Il Codice delle Chiese orientali*, Città del Vaticano 2011, pp. 135-155. Per un'analisi del diritto particolare emanato da una specifica Chiesa orientale, anche con riferimento alla materia patrimoniale, v.: J. Abbass, *A Codex Particularis for the Maronite Church*, in *Iura Orientalia*, III (2007), pp. 14-36; Id., *Updating the Particular Law of the Maronite Church*, in *Il Codice delle Chiese orientali,* cit., pp. 173-193.

competenze e le facoltà dei fedeli, chierici e laici, in questa materia, e nello strutturare forme giuridiche compiute di gestione condivisa dei beni della Chiesa, anche riconoscendo maggiori poteri agli organi collegiali di partecipazione. Infatti, se si eccettua l'obbligatorio coinvolgimento del consiglio affari economici e del collegio dei consultori dell'eparchia[17] nelle fasi decisionali che riguardano l'imposizione dei tributi (can. 1012 § 1) ed alcuni atti di disposizione patrimoniale economicamente rilevanti (can. 1036 § 1), e un generico dovere dell'amministratore di «rend[ere] conto pubblicamente» (can. 1031 § 2) della propria gestione, l'impostazione normativa del Titolo XXIII appare per il resto connotata in senso marcatamente verticistico, riservando poteri e responsabilità alle sole autorità ecclesiastiche (patriarca, vescovo eparchiale, gerarca, etc.) e a coloro che governano le singole persone giuridiche. In questa prospettiva, pare anche significativo il fatto che nel CCEO, il legislatore abbia trascurato di prevedere un obbligo, comune ed inderogabile, per «ogni persona giuridica» di avere «il proprio consiglio per gli affari economici o almeno due consiglieri, che coadiuvino l'amministratore nell'adempimento del suo compito», obbligo che invece troviamo esplicitato nel CIC (can. 1280)[18].

2. Il diritto della Chiesa ad utilizzare i beni temporali

Nel canone 1007 CCEO può individuarsi la norma fondante la dimensione patrimoniale della Chiesa, poiché in essa viene riconosciuto il diritto della medesima di utilizzare i «beni temporali» - ossia quei beni che sono «traducibili in categorie di tipo economico»[19] o che comunque possono essere «oggetto di un diritto di proprietà»[20] - per la propria missione spirituale nel mondo.

Si tratta della medesima norma che, con una formulazione testuale parzialmente differente, è stata posta dal legislatore del 1983 in apertura del libro V

[17] Per un inquadramento di questi due organismi v. D. Salachas, *Istituzioni di diritto canonico delle Chiese cattoliche orientali*, cit., pp. 240-243.

[18] Nel CCEO, la carenza di un principio generale in proposito, è tuttavia parzialmente sopperita da altre norme che prevedono l'obbligo per specifiche persone giuridiche, come l'eparchia (can. 263) o la parrocchia (can. 295), di istituire consigli con competenze in materia economica.

[19] J. Miñambres, *I beni ecclesiastici: nozione, regime giuridico e potere episcopale (cann. 1257-1258)*, in AA.VV., *I beni temporali della Chiesa*, Città del Vaticano 1999, p. 9.

[20] C. Begus, *Diritto patrimoniale canonico*, Roma 2007, p. 10.

del Codice latino, dedicato a «I beni temporali della Chiesa». Nei due codici non leggiamo dunque - ed è bene che non vi siano fraintendimenti sul punto - due norme dal contenuto analogo e riferite, in un caso, alla dimensione patrimoniale della Chiesa latina e, nell'altro, a quella delle Chiese orientali, bensì la riproposizione di una *stessa norma* riferita in entrambi i casi ad *un medesimo ed unico soggetto*: la Chiesa cattolica. Per questa ragione, il canone in questione può ritenersi "norma di comunione", norma cioè che esprime nella materia patrimoniale quell'unità giuridica dell'unica Chiesa universale, a partire dalla quale si sviluppa la varietà di disciplina che distingue «i due polmoni dell'Oriente e dell'Occidente»[21] e le Chiese orientali tra loro.

L'espressione "diritto ad utilizzare i (o a servirsi dei) beni temporali" è, in realtà, una formula dottrinale di sintesi, che riassume in sé - come ha cura di esplicitare lo stesso legislatore - quattro distinti «diritti», espressioni delle quattro relazioni giuridiche che possono intercorre tra la Chiesa e i beni temporali: il diritto ad acquistarli, cioè il diritto della Chiesa ad ottenere la disponibilità e il godimento di tali beni; il diritto a possederli, conservando ed esercitando su di essi un potere di fatto; il diritto ad amministrarli, ossia a compiere gli atti idonei a curare e a migliorare i beni, a percepirne i frutti e le rendite; il diritto ad alienarli, cioè a disporre di essi trasferendone ad altri la proprietà.

Questo diritto composito (*rectius* questo nucleo di diritti) presenta due caratteri che lo qualificano essenzialmente e che vengono esplicitati dallo stesso canone 1007: si tratta di un diritto nativo e relativo.

3. (segue) il diritto ai beni come «ius nativum»

Con il termine «nativo» si vuole indicare che il diritto in questione è connaturale alla Chiesa, si pone cioè quale originaria implicazione o attinenza della sua stessa esistenza, essendo "nato con Essa". Poiché Cristo ha fondato la Chiesa come "organismo visibile" e le ha affidato una missione nel mondo e nel tempo, con ciò le ha anche riconosciuto *ab origine* la capacità e la libertà di servirsi di tutti i

[21] Secondo la celebre immagine cui ricorre Giovanni Paolo II nella cost. ap. *Sacri Canones* con cui, il 18 ottobre 1990, promulga il CCEO (in *AAS,* LXXXII[1990], p. 1037).

mezzi, anche temporali, che le sono necessari per perseguirla[22]. La fonte del diritto in questione dev'essere, dunque, individuata nel diritto divino positivo.

Ne consegue, sul piano logico-giuridico, che la titolarità di tale diritto in capo alla Chiesa prescinde, «è indipendente»[23], da qualsiasi riconoscimento da parte di un ordinamento umano. Tale indipendenza vale in una duplice prospettiva: vale ad *intra*, poiché il legislatore canonico, con il canone 1007, nulla attribuisce ma solo riconosce ciò che è già proprio della natura della Chiesa; e vale, altresì, *ad extra,* poiché anche quando una comunità politica o un «potere civile»[24] ne negasse l'esistenza o ne ostacolasse nell'esercizio, siffatto diritto continuerebbe a sussistere e a poter essere legittimamente esercitato dalla Chiesa nei medesimi termini[25].

Questa seconda dimensione dell'indipendenza nei confronti degli ordinamenti secolari, viene esplicitata nel testo del canone 1254 § 1 CIC, mentre è del tutto assente nella norma del CCEO che stiamo considerando. La difformità tra i due codici su questo punto non ha però risvolti sostanziali, ma si deve imputare esclusivamente ai timori dei revisori del Codice latino, che preferirono conservare un'espressione del Codice del 1917[26] legata ad una visione ius-pubblicistica della Chiesa come *societas iuridicae perfecta*, pur di evitare un'esegesi del silenzio nel senso di un implicito riconoscimento dalla sovranità degli stati sulla dimensione patrimoniale della Chiesa[27]. Evidentemente, questi stessi timori non hanno, invece, influenzato la Commissione per la revisione del CCEO che, fin da principio, ha scelto di omettere ogni riferimento ai rapporti con i poteri civili[28], e ciò nonostante muovesse nella sua opera riformatrice da un *corpus* normativo - i canoni in materia patrimoniale di PA -

[22] «[Q]uando il Signore Gesù fonda la Chiesa come vivo organo di salvezza attraverso cui il suo ministero pasquale possa raggiungere gli uomini di ogni epoca e di ogni luogo, la costituisce nel contempo comunione spirituale e comunità visibile, dotata quindi per diritto nativo anche della capacità di possedere tutti i mezzi necessari per realizzare i propri fini» L. Mistò, *I Beni temporali della Chiesa*, in *Il diritto nel mistero della Chiesa*, vol. III, Roma 2004, p. 365.

[23] Secondo l'espressione cui ricorre il testo del can. 1254 § 1 CIC.

[24] *Ibidem.*

[25] P. Lombardia, *La proprietad en el ordinamenti canònico*, in *Ius canonicum*, 1962, 2, pp. 416 ss.

[26] Can. 1495 § 1 CIC17.

[27] Sulle ragioni di questa scelta, cfr. *Communicationes*, 12 (1980), p. 396.

[28] Cfr. *Nuntia*, 13 (1981), p. 32.

che aveva tra le proprie ragion d'essere anche il fatto che «in alcune regioni si cerca di togliere alla Chiesa o di attenuare il sacro e originario diritto al possesso»[29].

È bene, tuttavia, precisare che l'indipendenza dai poteri civili di cui si è detto non deve intendersi nel senso di una netta separazione in materia patrimoniale tra gli ordinamenti statuali e quello canonico; infatti, in una prospettiva di *sana cooperatio* con le comunità politiche[30], quest'ultimo ricorre, nella materia patrimoniale più che in altre, a strumenti di raccordo con gli ordinamenti civili. Anzitutto riconosce la piena validità ad alcune norme civili che regolano il traffico giuridico dei beni temporali, mediante una tecnica di rinvio che prende il nome di *canonizatio* (canonizzazione), sulla quale avremo modo di soffermarci[31]; ove è possibile, poi, ricorre a concordati o convenzioni[32], per regolare di comune accordo con le autorità civili, alcuni significativi aspetti della dimensione patrimoniale della Chiesa nei diversi territori; tollera, infine, che siano gli ordinamenti secolari a disciplinare unilateralmente, e anche in maniera difforme rispetto a quanto previsto dal legislatore canonico, il rapporto tra la Chiesa e i beni temporali, purché da tale disciplina non discenda una compressione della libertà della medesima di «predicare la fede, insegnare la propria dottrina sociale e esercitare la sua missione»[33].

4. (segue) il diritto ai beni come diritto relativo

Oltre che «nativo», il diritto della Chiesa ad utilizzare i beni temporali può anche qualificarsi come relativo, poiché sussiste esclusivamente in ragione ed in relazione alle necessità missionarie della Chiesa, e pertanto quest'ultima lo esercita legittimamente solo «nella misura in cui lo richied[a] la sua missione».

Sul punto la formulazione testuale del canone 1007 risulta decisamente più efficace di quella del canone 1254 § 1 CIC, poiché pone questo connotato di

---

[29] *Proemio* a PA, cit., p. 66.

[30] GS, n. 76.

[31] Cfr. § 8.

[32] Ad esempio, quelle stipulate dai patriarchi con le autorità civili a norma del canone 98: «Il Patriarca col consenso del Sinodo dei Vescovi della Chiesa patriarcale e col previo assenso del Romano Pontefice può stipulare con l'autorità civile delle convenzioni non contrarie al diritto stabilito dalla Sede Apostolica, il Patriarca però non può rendere esecutive le stesse convenzioni, se non ottenuta l'approvazione del Romano Pontefice».

[33] GS, n. 76.

relatività in apertura della norma, a modi di premessa all'affermazione del diritto, e sottolinea lessicalmente, mediante il ricorso al verbo «eget», quella dimensione di necessità che nel testo del Codice latino risulta invece assente. In relazione alla portata effettiva di questo passaggio normativo, è anche interessante ricordare che in sede di redazione del testo del canone 1007 furono fermamente rifiutate le osservazioni di due organi di consultazione che avevano suggerito di rendere meno esplicito il fatto che la «'propria missio'…della Chiesa non solo reclama… lo 'ius nativum' in materia di beni temporali, ma anche lo circoscrive in linea di principio»[34].

La legittimità dell'acquisto, del possesso, dell'amministrazione e dell'alienazione di beni temporali è, dunque, subordinata all'effettiva strumentalità ed utilità di tali beni rispetto alla missione della Chiesa: non sarebbe per quest'ultima legittimo acquistare un bene inutile alla sua missione; l'amministrazione dei beni ecclesiastici deve sempre essere ispirata a perseguire la massima utilità missionaria e, solo in subordine a questa, quella economica; non le è concesso alienare beni necessari alla sua missione.

Giuridicamente tale "relatività" del diritto si esprime in quattro aspetti: essa, anzitutto, assurge a parametro di valutazione della *rationabilitas* delle norme dettate dal legislatore ecclesiastico in materia di beni temporali: sarebbe certamente irrazionale la norma che, ad esempio, disponesse o favorisse un uso dei beni temporali non conforme alla missione della Chiesa; in secondo luogo, funge da canone di interpretazione delle medesime: quando il significato proprio delle parole di una norma in materia patrimoniale, considerato nel testo e nel contesto, non risulta certo, l'interprete deve guardare al carattere strumentale dei beni rispetto alla missione della Chiesa ed interpretare la disposizione nel senso che meglio garantisce il perseguimento di tale fine[35]; a questo stesso carattere di strumentalità è poi possibile ricorrere quale «principio generale» per risolvere, «con equità», quei casi che coinvolgono beni ecclesiastici e per i quali «manca un'espressa prescrizione di

[34] *Nuntia*, 18 (1984), pp. 47-48.
[35] Secondo le regole generali sull'interpretazione della legge previste dal canone 1499.

legge»[36]; infine, integra l'elemento della «giusta causa» negli atti amministrativi che dispongono, o autorizzano la disposizione, dei beni temporali: intende richiamarsi esplicitamente a quest'ultimo aspetto, ad esempio, il canone 1035 § 1 1°, quando richiede per l'alienazione di beni ecclesiastici «una giusta causa, come una urgente necessità, l'utilità evidente, la pietà, la carità o un motivo pastorale».

Probabilmente, le affermazioni fin qui fatte potrebbero apparire eccessivamente radicali se confrontate con la realtà patrimoniale della Chiesa, tanto nella sua evoluzione storica quanto nel suo assetto attuale; non bisogna tuttavia dimenticare che il rapporto tra i beni temporali e la missione della Chiesa è di due tipi: un rapporto di "utilità diretta", quando i beni "finali" servono direttamente alla missione della Chiesa (ad es., un edificio di culto); un rapporto di "strumentalità indiretta", quando i beni sono indirettamente utili alla missione della Chiesa, ad esempio producendo un reddito che viene utilizzato per far fronte alle sue necessità o impiegato nel suo sviluppo (es. ristrutturazione dell'edificio di culto)[37]. Anche su questi ultimi la Chiesa può legittimamente rivendicare il suo pieno diritto, in ragione della loro utilità economica all'interno di un più ampio disegno di gestione patrimoniale orientato al sostegno economico della sua azione.

Il canone 1007 dapprima identifica in generale la missione della Chiesa, quale elemento che «circoscrive» il legittimo utilizzo dei beni temporali, con il «procurare il bene spirituale degli uomini», per poi specificarla ed articolarla in tre finalità particolari: il «culto divino»; le «opere di apostolato e di carità»; il «congruo sostentamento dei ministri».

Rispetto al corrispondente canone del CIC, il 1254 § 2[38], è possibile rilevare alcuni elementi di difformità testuale: in seguito ad un emendamento successivo allo *Schema Codicis* del 1986[39], il «congruo sostentamento dei ministri» viene posto dopo le «opere di apostolato e di carità», con lo scopo di sottolineare, anche per via testuale, la priorità delle seconde rispetto al primo; sempre con riferimento alla

[36] È l'ipotesi della *lacuna legis* disciplinata dal canone 1501.

[37] Su questa distinzione, cfr. E. Nicolini, *L'amministrazione dei beni ecclesiastici*, Torino 2007, p. 44.

[38] Can. 1254 § 2 CIC: «I fini propri sono principalmente: ordinare il culto divino, provvedere ad un onesto sostentamento del clero e degli altri ministri, esercitare opere di apostolato sacro e di carità, specialmente a servizio dei poveri».

[39] *Nuntia*, 27 (1988), p. 84.

sustentatio dei ministri, ad un certo punto dei lavori di redazione del Codice si preferì all'aggettivazione *honesta*, adottata sia dal CIC che da PA (cann. 232 e 233), quella di *congrua*[40] - cioè modesta ma dignitosa - probabilmente perché la si ritenne maggiormente aderente ai testi conciliari[41]. La definizione delle modalità concrete con cui assicurare il congruo sostentamento dei ministri è rimessa dal canone 1021 § 1 al diritto particolare di ciascuna Chiesa *sui iuris*, limitandosi ad esigere, come principio organizzativo comune, la costituzione in ciascuna eparchia di un ente centrale con questa specifica funzione, ed il rispetto del principio di uguaglianza tra i chierici che prestano servizio in favore della medesima[42]; quest'ultima istanza di uguaglianza, che è possibile riscontrare anche nei documenti conciliari, si è invece persa del tutto nella revisione del Codice latino[43].

La comune scelta dei codici di esplicitare queste tre finalità in relazione all'impego del patrimonio ecclesiastico rispecchia una costante tradizione patrimoniale della Chiesa, che ha conosciuto una consacrazione giuridica sin dalla seconda metà del V secolo[44]. Tuttavia, a tale elencazione non deve attribuirsi un valore esaustivo delle "possibilità patrimoniali" della Chiesa, quanto piuttosto uno esemplificativo, come chiaramente ci testimonia l'avverbio «praesertim» che la introduce: ad esempio, i beni della Chiesa possono certamente essere impiegati per iniziative di evangelizzazione attraverso la predicazione o di catechesi, non

---

[40] *Ibidem*, p. 62.

[41] «Benché non sia facile spiegare il cambio della terminologia....[n]on è tuttavia improbabile che la sostituzione di *congruus* per *honestus* si debba al fatto che il termine *congruus* riflette più da vicino lo spirito dei documenti del Concilio Vaticano II relativi alla questione del sostentamento del clero. In effetti nella PO, una volta è menzionata la *honestam sustentationem* (n. 17), mentre per due volte si parla di *aequam remunerationem* e di *congrua remuneratio* (n. 20). R. Coppola, *Titolo XXIII. I Beni temporali della Chiesa*, in *Commento al Codice dei canoni della Chiese Orientali*, cit., can. 1007, p. 846.

[42] Can. 1021 § 1 CIC: «Nelle singole eparchie vi sia, a norma del diritto particolare della propria Chiesa sui iuris, uno speciale istituto che raccolga i beni e le offerte al fine di provvedere nel modo adatto all'adeguato sostentamento, fondamentalmente uguale, di tutti i chierici che prestano servizio in favore dell'eparchia, a meno che non si sia provveduto per essi altrimenti». L'affermazione del principio di uguaglianza nella retribuzione dei chierici ha la propria fonte diretta in un passaggio di PO, ove si afferma che «è bene che tale retribuzione sia essenzialmente la stessa per tutti coloro che si trovano nelle stesse condizioni» (n. 20).

[43] Il can. 1274 § 1 si limita a parlare di «sustentationi clericorum».

[44] Risale infatti a questo periodo storico la cosiddetta "quadripartizione gelasiana": i pontefici Simplicio (475) e Gelasio (494), per far fronte al crescente degrado della proprietà ecclesiastica, prescrissero, con norme particolari divenute poi leggi universali, che i redditi derivanti dalla massa patrimoniale di ciascuna diocesi non fossero impiegati ad arbitrio del singolo vescovo, ma divisi in quattro parti, destinandone una al vescovo, una al clero della comunità, una ai poveri ed una per la costruzione e la manutenzione degli edifici di culto.

immediatamente collocabili nell'ambito di nessuna delle tre finalità citate dalla norma.

5. Modalità di esercizio del diritto ai beni

L'ordinamento canonico positivo, per quanto qui interessa il Codice dei canonici delle Chiese orientali, regola l'esercizio del diritto della Chiesa ad utilizzare i beni temporali, stabilendone le modalità e precisandone i limiti.

Il cardine della disciplina codiciale in questa materia è rappresentato del riconoscimento a ciascuna persona giuridica canonica, singolarmente considerata come soggetto, della capacità di acquistare, possedere, amministrare ed alienare i beni temporali: con il canone 1009 § 1, il legislatore ecclesiastico attribuisce a tutte le persone giuridiche canoniche quella medesima capacità che alla Chiesa cattolica, nella sua unità giuridica, spetta per disposizione del diritto divino. Ne consegue - e lo afferma esplicitamente il canone 1008 § 2 - che quando una persona giuridica esercita legittimamente la propria capacità di acquistare beni temporali, essa diviene titolare del diritto di proprietà su di essi, cioè, a «a norma del diritto canonico», può disporne e goderne in maniera piena ed esclusiva.

Con il combinato disposto di questi due canoni si consacra, dunque, il principio della "frammentazione" patrimoniale, per il quale non esiste più un solo patrimonio ecclesiastico, in senso tecnico-giuridico, ma tanti patrimoni ecclesiastici quante sono le persone giuridiche canoniche[45]. La Chiesa sceglie di esercitare il proprio *domininum* sui beni temporali non direttamente e unitariamente, ma attraverso le singole persone giuridiche; queste ultime, dal canto loro, dispongono dei beni ecclesiastici in nome proprio e sotto la propria responsabilità ma esprimendo, allo stesso tempo, la dimensione istituzionale della Chiesa[46].

Si tratta di una scelta tutt'altro che scontata che si deve far risalire ad una volontà chiarificatrice del legislatore rispetto ad una precedente situazione

[45] J. P. Schouppe, *Elementi di diritto patrimoniale canonico*, Milano 2008, pp. 25-26.

[46] In proposito è da segnalare la mancanza nel CCEO di un'esplicita affermazione del principio secondo cui le persone giuridiche agiscono «nomine Ecclesiae», principio che, invece, troviamo nel CIC con riferimento alle persone giuridiche pubbliche (can. 116 § 1). Sul significato di questa espressione normativa, v. A. Perlasca, *Il concetto di bene ecclesiastico*, Roma 1997, p. 199-205.

d'incertezza[47]: in particolare anteriormente alla prima codificazione latina, alcuni orientamenti dottrinali avevano infatti sostenuto, anche con una certa fortuna, posizioni alternative che, ad esempio, riconoscevano nel Romano Pontefice il proprietario eminente di tutti i beni della Chiesa[48], ovvero vedevano in essi un unitario «patrimonium pauperum».

6. (segue) nozione di «bene ecclesiastico»

La proprietà di un bene da parte di una persona giuridica canonica assolve anche ad un'importante funzione di qualificazione del bene medesimo come «bene ecclesiastico». Infatti, il paragrafo secondo del canone 1009 individua proprio nell'appartenenza ad una persona giuridica il criterio identificativo della categoria dei «beni ecclesiastici» ed, insieme, traccia il perimetro applicativo del Titolo XXIII CCEO. Sul punto sussiste una significativa differenza rispetto al CIC ove si definiscono «beni ecclesiastici» solo i beni appartenenti a «persone giuridiche *pubbliche*»[49], escludendo da tale categoria, e dalla relativa disciplina, i beni in proprietà di persone giuridiche private. La ragione di una tanto significativa difformità tra i due codici non deve però ricercarsi nell'ambito strettamente patrimoniale, poiché essa dipende dalla scelta, sulla quale non è possibile soffermarsi in questa sede[50], di non recepire nel CCEO la distinzione tra personalità giuridica pubblica e privata, per riferirsi in generale alle «persone giuridiche» come ad una categoria di soggetti unitaria e sostanzialmente uniforme per ciò che riguarda il rapporto con la dimensione pubblico-istituzionale della Chiesa[51].

Ai sensi del CCEO sono, dunque, «beni ecclesiastici» tutti i beni che appartengono alle Chiese *sui iuris*, alle province, alle eparchie, agli esarcati, nonché

---

[47] Nella normativa per le Chiese orientali, questa scelta deve essere fatta risalire al can. 236 § 2 PA; per le battute iniziali dei lavori di revisione, v. *Nuntia*, 5 (1977), p. 49.

[48] Sulla dottrina del dominio diviso e sulla sua fortuna in dottrina, anche in tempi più recenti, v. J.P. Schouppe, *Elementi di diritto patrimoniale canonico*, cit., pp. 31-32.

[49] Can. 1257 § 1 CIC: «Tutti i beni temporali appartenenti alla Chiesa universale, alla Sede Apostolica e alle altre persone giuridiche pubbliche nella Chiesa sono beni ecclesiastici e sono retti dai canoni seguenti, nonché dai propri statuti».

[50] A tal fine si rinvia a A. Perlasca, *Il concetto di bene ecclesiastico*, cit., pp. 183-188, ed ai riferimenti ai lavori preparatori ivi indicati.

[51] Can. 920: «Nella Chiesa oltre alle persone fisiche ci sono anche le persone giuridiche, siano totalità di persone siano totalità di cose, cioè soggetti nel diritto canonico di diritti e di doveri che corrispondono alla loro indole».

quelli di proprietà di *universitates personarum* o costituenti *universitates reurm* che siano persone giuridiche per diritto o per speciale concessione dell'autorità ecclesiastica competente (can. 921). A tutti questi beni si applicano le norme del Titolo XXIII.

Per completezza, occorre tuttavia precisare che il CCEO non ignora in assoluto la distinzione pubblico-privato in riferimento ai soggetti giuridici complessi, ma anzi il canone 573 la recepisce esplicitamente, distinguendo le associazioni di fedeli nella duplice fattispecie delle associazioni «pubbliche» (§ 1) e di quelle «private» (§ 2)[52]. Dal punto di vista patrimoniale, che è ciò che qui strettamente interessa, tale distinzione risulta tuttavia sostanzialmente irrilevante: le associazioni pubbliche sono per diritto «persone giuridiche nella Chiesa» e, come tali - e non in quanto «pubbliche» -, i loro beni sono «beni ecclesiastici», soggetti alla disciplina del Titolo XXIII e a quanto stabilito dai loro statuti[53]. Viceversa, le associazioni «private» di fedeli sono per definizione sprovviste di personalità giuridica canonica[54], sebbene possano ottenere una diversa forma di riconoscimento mediante l'approvazione degli statuti da parte dell'autorità ecclesiastica e possano persino essere da questa «lodate o raccomandate». I beni di queste ultime sono, dunque, soggetti al solo regime giuridico definito dalle leggi civili e dai consociati nell'ambito dell'autonomia statuaria, fatti salvi: il potere di vigilanza dell'autorità ecclesiastica che ha, eventualmente, approvato gli statuti di un'associazione e quello del vescovo eparchiale su tutte le associazioni che operano nel suo territorio (can. 577); gli obblighi di legge derivanti dalla particolare natura di taluni beni a prescindere da chi

[52] Can 573 § 1: «Le associazioni erette dalla competente autorità ecclesiastica o da essa approvate con decreto sono persone giuridiche nella Chiesa e sono chiamate associazioni pubbliche». § 2. «Tutte le altre associazioni, anche se sono lodate o raccomandate dall'autorità ecclesiastica, sono chiamate associazioni private; queste associazioni non sono riconosciute nella Chiesa se i loro statuti non sono esaminati dalla competente autorità; per il resto poi sono regolate soltanto dal diritto particolare, fermo restando il can. 577».

[53] Il can. 582 rinvia esplicitamente ai cann. 1007-1054 per ciò che concerne l'amministrazione dei nei temporali delle associazioni pubbliche di fedeli.

[54] A tale scelta non sembra possano derogare le singole Chiese che, qualora «vogliano introdurre nel loro diritto particolare norme riguardanti le associazioni *private*, queste… non potranno essere 'erectae' o 'adprobatae', ma solo 'laudatae' o 'commendatae', non saranno persone giuridiche nella Chiesa, ed i loro beni temporali non saranno beni 'ecclesiastici', e quindi non saranno soggetti ai canoni del CICO [ora CCEO]». *Nuntia*, 21 (1985), p. 27.

ne sia il proprietario (ad es., le *res sacrae*[55]); quanto eventualmente stabilito in proposito dal diritto particolare della singola Chiesa *sui iuris* (can. 573 § 2).

Nessuna precisazione sembra invece necessaria per quanto riguarda le «pie fondazioni»[56] che, a prescindere dalla loro natura di fondazioni «autonome» o «non autonome», si presentano in ogni caso come *universitates rerum* composte da «beni ecclesiastici». Nel primo caso, infatti, è la stessa massa patrimoniale ad essere eretta in persona giuridica dalla competente autorità ecclesiastica; nel secondo, invece, si ha una massa di beni che rientra a pieno titolo nel patrimonio di una persona giuridica canonica, anche se gravata da un particolare «onere per un lungo tempo» che ne limita la disposizione ed il libero godimento[57].

7. (segue) il Romano Pontefice

La relazione di proprietà tra le persone giuridiche canoniche e i beni oggetto del loro diritto è modellata in maniera peculiare nell'ordinamento canonico da due elementi: l'autorità del Romano Pontefice ed il rapporto con gli ordinamenti civili.

Quanto al primo, il canone 1008 § 2 afferma che la proprietà dei beni temporali della Chiesa spetta alla persona giuridica che li ha legittimamente acquistati, «sub suprema auctoritate Romani Pontificis». La norma in questione riconosce l'esistenza di un soggetto, altro e distinto rispetto alla persona giuridica proprietaria ed ai suoi organi, dotato di un potere di intervento nella struttura giuridica della relazione di proprietà tra la persona stessa e il bene oggetto del suo diritto[58]: il Pontefice ha la facoltà di condizionare e limitare il godimento o la disposizione dei beni da parte di quei soggetti giuridici cui spetterebbero pienamente ed esclusivamente in forza del loro diritto; tale facoltà, ed il relativo potere,

---

[55] Il can. 1018 definisce «res sacrae» «quelle destinate al culto divino con la dedicazione o la benedizione» («consacrazione» nel can. 871). La perdita di tale carattere si determina con la distruzione, anche solo parziale, della cosa o con la sua permanente destinazione ad uso profano.

[56] Come è stato già ricordato, alla disciplina delle «Pie volontà e pie fondazioni» sono dedicati i dodici canoni del Capo IV del Titolo XXIII (cann. 1043 -1054).

[57] Can. 1047 § 1: «Nel diritto sono pie fondazioni: 1° le pie fondazioni autonome, cioè totalità di cose destinate a opere di pietà, di apostolato oppure di carità spirituale o temporale ed erette dalla competente autorità in persona giuridica; 2° le pie fondazioni non autonome, cioè i beni temporali dati in qualsiasi modo a qualche persona giuridica con l'onere per un lungo tempo, da determinare dal diritto particolare, per raggiungere con le rendite annue i fini di cui nel n. 1».

[58] F. Salerno, *I beni temporali della Chiesa ed il potere primaziale del Romano Pontefice*, in AA.VV. *I beni temporali della Chiesa*, cit., p. 120.

potrebbero spingersi fino al punto di privare autoritativamente di un bene il legittimo proprietario, al fine di trasferirlo ad altri con la «giusta causa», ad esempio, di salvaguardarne l'utilità specifica rispetto alla missione della Chiesa[59].

Questa "clausola di riserva" nei confronti dell'autorità del Pontefice appare, d'altro canto, la logica conseguenza dell'attribuzione ad esso delle funzioni e dell'ufficio di supremo «administrator et dispensator» di tutti i beni temporali della Chiesa, ad opera del primo paragrafo dello stesso canone 1008[60]. Un'attribuzione che, a sua volta, si pone in strettissima e necessaria connessione con il primato di governo che il Pontefice esercita su tutte le persone giuridiche e su tutti i beni della Chiesa, anche di quelli delle Chiese orientali che, nella loro varietà di riti, sono «tutte allo stesso modo affidate al suo pastorale governo»[61]. Pertanto, come ha cura di esplicitare il canone 1273 CIC ricorrendo all'inciso «vi primatus regiminis»[62], il potere di intervento del Pontefice sul patrimonio ecclesiastico e gli atti che derivano dal suo esercizio, hanno sempre natura giurisdizionale e mai dominicale, egli cioè in nessun caso dispone dei beni delle persone giuridiche canoniche in qualità di proprietario o di amministratore in senso tecnico[63].

8. (segue) il rapporto con gli ordinamenti civili

Un secondo elemento che incide in modo del tutto peculiare nella relazione tra le persone giuridiche e i beni temporali di cui sono proprietarie è il rinvio formale alle norme del diritto civile operato dal canone 1034: quando una persona giuridica acquista, aliena o dispone in altro modo dei propri beni, è tenuta al rispetto delle disposizioni civili sui contratti, in genere ed in specie, e sui pagamenti, che

---

[59] Pontificio Consiglio per i testi legislativi, *Nota esplicativa. La funzione dell'autorità ecclesiastica sui beni ecclesiastici*, in *Communicationes*, 36 (2004), 1, p. 31.

[60] Poiché il testo del § 1 e la clausola del § 2 costituiscono un vero e proprio "sistema unitario" nel definire la posizione del Pontefice rispetto al patrimonio ecclesiastico, risulta molto opportuna la scelta dei revisori del CCEO di porre entrambi nella medesima norma (cfr. *Nuntia*, 5 [1977], p. 50), cosa che non è avvenuta invece per il CIC, nonostante non fossero mancate proposte in tal senso in sede di revisione (cfr. *Communicationes*, 12[1980], pp. 397-398).

[61] OE, n. 3.

[62] Can. 1273 CIC: «Romanus Pontifex, vi primatus regiminis, est omnium bonorum ecclesiasticorum supremus administrator et dispensator».

[63] Lo ribadisce esplicitamente il Pontificio Consiglio per i testi legislativi, *Nota esplicativa*, cit., p. 31.

regolano il traffico giuridico sul territorio «dove si stipula il contratto»[64]. In forza di tale rinvio, generalmente indicato con il termine "canonizzazione", le norme civili in materia contrattuale divengono vigenti anche nell'ordinamento canonico, ove producono quegli stessi effetti che producono nell'ordinamento d'origine. Così, ad esempio, ove un ordinamento statale prescriva a pena di nullità una particolare forma per il contratto di compravendita di beni immobili, l'omissione di questa in un contratto stipulato da una parrocchia ne determina la nullità anche per l'ordinamento canonico.

Sono evidenti le ragioni di opportunità e di realismo alla base di una tale scelta normativa: una globale e compiuta legislazione canonica in questa materia avrebbe inevitabilmente portato a continui contrasti con gli ordinamenti statali, stante l'eterogeneità di questi ultimi in raffronto all'unicità e all'universalità dell'ordinamento canonico. Il legislatore orientale del 1990, al pari di quello latino del 1983 (can. 1290 CIC), si è limitato allora a disciplinare alcuni aspetti patrimoniali più rilevanti e utili a garantire l'efficace perseguimento della missione della Chiesa, mentre per gli altri ha preferito rinviare alle leggi degli Stati[65] .

La canonizzazione delle leggi civili in materia di contratti e pagamenti non implica, tuttavia, la necessaria e perfetta coincidenza tra l'ordinamento canonico e quelli secolari per ciò che concerne il regime giuridico degli atti di disposizione dei beni della Chiesa. Vi sono infatti almeno due ordini di ragioni per i quali possono determinarsi concrete ipotesi di difformità tra ordinamenti.

Anzitutto, per il principio generale del canone 1504, che pone quale limite inderogabile all'efficacia delle norme civili nell'ordinamento canonico la non contrarietà al diritto divino e a quanto stabilito dalla legge canonica[66].

Con riferimento a questo principio, il canone 1020 § 2, ad esempio, contempla e risolve - con una previsione che non ha corrispondenza alcuna nel CIC

[64] Il CCEO rispetto al CIC risulta più preciso nell'indicare il criterio per l'individuazione della legge civile applicabile alle singole ipotesi contrattuali che è quella del luogo ove «si stipula il contratto»; ovviamente quest'ultima, nell'ambito della propria autonomia, può comunque prevedere criteri differenti rispetto a quello territoriale.

[65] C. Begus, *Diritto patrimoniale canonico*, cit., pp. 209-210.

[66] In sede di revisione, si scelse di non riprodurre nel testo del can. 1034 la clausola «nisi iuri divino contraria sint aliud iure canonico caveatur», presente invece nel can. 278 PA e nel can. 1290 CIC, poiché si ritenne sufficiente l'enunciazione del principio generale ad opera del can. 1504. Cfr. *Nuntia*, 18(1984), p. 60.

- una particolare e "radicale" ipotesi di contrasto in materia patrimoniale tra l'ordinamento canonico e quanto stabilito dagli ordinamenti secolari, su cui vale la pena di soffermarsi brevemente.

È infatti un dovere dell'amministratore della persona giuridica (1028 § 2, 2°) intestare i beni ecclesiastici a nome della persona giuridica che ne è proprietaria nel rispetto delle formalità civili; sull'autorità ecclesiastica cui è soggetta la persona giuridica grava altresì l'obbligo di curare che ciò avvenga, dando istruzioni agli amministratori, vigilando e sanzionando eventuali negligenze (can. 1020 § 1). Può tuttavia accadere che ciò non sia concretamente possibile perché il diritto civile non consente alle persone giuridiche canoniche di essere riconosciute formalmente proprietarie di quei beni temporali che invece appartengono loro per l'ordinamento canonico: è un'ipotesi realistica, che non ha mancato di concretizzarsi nell'esperienza storica ed attuale della Chiesa in quei paesi che, per la loro connotazione ideologica o confessionistica, hanno negato, o negano, la capacità patrimoniale agli enti esponenziali della Chiesa cattolica. Allora, dinnanzi a tale limitazione normativa - indubbiamente inefficace nell'ordinamento canonico per manifesta contrarietà a quanto disposto dal canone 1009 § 1 - il canone 1020 § 2 indica e legittima una via alternativa: l'autorità ecclesiastica, con l'aiuto di esperti di diritto civile e consiglieri competenti, deve ricorrere a soluzioni giuridiche alternative valide per il diritto civile, al fine di garantire il diritto della Chiesa di disporre e godere dei beni necessari alla propria missione; ciò potrebbe avvenire, ad esempio, mediante la costituzione di entità giuridiche parallele e controllate dall'autorità ecclesiastica (ad es. società commerciali) o mediante l'intestazione dei beni a determinate persone fisiche vincolate da specifici impegni contrattuali. È fin troppo evidente come il punto nodale che giustifica questa previsione, sia quello di salvaguardare l'effettiva possibilità della Chiesa di utilizzare i beni temporali per la propria missione, anche in deroga, ove sia imposto da una causa di forza maggiore, a quanto previsto dal legislatore canonico.

Un'ipotesi di difformità tra gli ordinamenti civili e quello canonico in materia di contratti e pagamenti può anche determinarsi in relazione al fatto che il rinvio

generale ai primi operato dal canone 1034 è integrato da specifiche norme canoniche, che si giustificano sulla base dell'interesse pubblico della Chiesa a tutelare il proprio patrimonio. Tali norme incidono sulla validità canonica degli atti di disposizione dei beni e non, necessariamente, anche su quella civile. Così ad esempio, l'alienazione di un bene in assenza del consenso del vescovo eparchiale, ove questo venga prescritto in relazione alla natura o al valore del bene, è invalida per l'ordinamento canonico ma non, necessariamente, anche per quello civile vigente sul territorio dove si è perfezionato il contratto di compravendita. Quest'ultimo aspetto dipenderà, com'è ovvio, dalla rilevanza che ciascun ordinamento civile attribuisce, nell'ambito della propria autonomia, alle norme canoniche sui cosiddetti "controlli".

Dinnanzi al realizzarsi di una tale ipotesi, cioè se i beni ecclesiastici fossero alienati contro le prescrizioni del diritto canonico ma l'alienazione fosse valida per il diritto civile, il Codice raccomanda all'«autorità superiore»[67] di colui che ha alienato, di stabilire, dopo matura riflessione, «se e quale azione, da chi e contro chi deve essere proposta per rivendicare i diritti della Chiesa» (can. 1040)[68].

9. L'acquisto

L'«acquisto di un bene temporale» da parte della Chiesa si realizza quando il diritto di proprietà su un bene entra a far parte della complessiva situazione giuridica facente capo ad una persona giuridica canonica; per il realizzarsi di tale evento, la persona acquirente può godere e disporre del bene acquistato e quest'ultimo viene qualificato come «ecclesiastico» ed assoggettato all'ordinamento canonico, in genere, ed alle norme del Titolo XXIII CCEO, in specie.

I modi di acquisto della proprietà sono individuati dal canone 1010 in tutti quelli «giusti, che sono leciti agli altri», intendendo rinviare con il termine «leciti»

---

[67] Intendendo indicare, con tale espressione, tanto il gerarca quanto i dicasteri della Santa Sede. Cfr. *Nuntia*, 18 (1984), p. 65.

[68] Il can. 284 PA era più articolato sul punto: § 1. «Ecclesiae competit actio personalis contra eum qui sine debitis sollemnitatibus bona ecclesiastica alienaverit et contra eius heredes; realis vero, si alienatio nulla fuerit, contra quemlibet possessorem, salvo iure emptoris contra male alienantem». § 2. «Contra invalidam rerum ecclesiasticarum alienationem agere possunt qui rem alienavit, eius Superior, utriusque successor in officio, tandem quilibet clericus illi ecclesiae adscriptus, quae damnum passa sit».

anzitutto ai modi di acquisto previsti dalle legislazioni civili, siano essi di diritto positivo o naturale (l'occupazione, l'accessione, etc.) formalizzati e regolati dalle medesime leggi civili. Non tutti questi modi sono però nella disponibilità legale delle persone giuridiche canoniche, poiché la norma ora considerata esige che essi siano anche «giusti», ossia non contrari al diritto divino, né proibiti dal legislatore canonico[69]. Si pensi ad esempio all'ipotesi, non così fantasiosa, in cui la legge vigente in un determinato territorio legittimasse forme di appropriazione di beni appartenenti ai componenti di classi o etnie private dei loro diritti per ragioni raziali o sociali: a tale *ingiusto* modo di acquisto non potrebbero certamente ricorrere le persone giuridiche canoniche per reperire le risorse necessarie alla loro missione. D'altro canto, come abbiamo già avuto modo di ricordare[70], questo stesso principio del rinvio alle legislazioni secolari e del relativo limite, qui enunciato in termini generali, è ribadito dal canone 1034 in riferimento al principale modo di acquisto a titolo derivativo, il contratto.

Certamente «giusti» e «leciti», anche a prescindere da quanto eventualmente statuito delle leggi civili, sono i modi di acquisto espressamente previsti e disciplinati dallo stesso legislatore canonico. Nel CCEO troviamo i seguenti: i tributi (can. 1012); le tasse (can. 1013 § 1); le offerte in occasione della celebrazione della Divina Liturgia, dei sacramenti, dei sacramentali e di altre celebrazioni liturgiche (can. 1013 § 1); le offerte dei fedeli, siano esse spontanee o richieste mediante questue o collette (cann. 1014-1015); la prescrizione acquisitiva o usucapione (cann. 1017-1019); la divisione (can. 929) e l'estinzione (can. 930) delle persone giuridiche[71]. Soffermiamoci brevemente su alcuni di essi.

---

[69] Con riferimento al can. 1059 CIC, si è osservato in dottrina che la scelta del legislatore latino di ricorre al termine «leciti» in luogo di quello di «legittimi» potrebbe richiamare proprio la necessità che i modi di acquisto cui la Chiesa siano anche *secundum iustitiam*. V. De Paolis, *I beni temporali della Chiesa*, Bologna 2011, p. 135.

[70] V. § 8.

[71] Il CCEO non disciplina l'ipotesi di unione di persone giuridiche che, invece, si può trovare nel can. 121 CIC. Per alcune considerazioni sull'estinzione e la modificazione delle persone giuridiche nel CCEO v. B. Serra, *Sull'estinzione e modificazione della persona giuridica nel diritto canonico moderno. Spunti ricostruttivi per una teoria dei soggetti di diritto*, in *Ius Ecclesiae*, XXII (2010), pp. 413-416.

a) L'imposizione tributaria è un modo di acquisto di diritto pubblico, espressione della potestà di giurisdizione[72] del vescovo eparchiale, che ha la facoltà di esigere autoritativamente dalle persone giuridiche e dai fedeli a lui soggetti, quanto ordinariamente o straordinariamente[73] necessario alla missione della Chiesa (can. 1011)[74]. La scelta di imporre dei tributi è rimessa ad una valutazione discrezionale del vescovo sulla situazione e sulle esigenze economiche della eparchia, ma necessita, come cautela rispetto a possibili abusi o eccessi da parte dell'autorità in questa delicata materia, anche del consenso del consiglio affari economici dell'eparchia medesima[75].

Soggetti passivi di un'eventuale imposizione possono *sempre* essere le persone giuridiche sottoposte alla giurisdizione episcopale (tutte o alcune), mentre è possibile imporre tributi alle persone fisiche solo quando ciò sia espressamente consentito al vescovo dal diritto particolare di ciascuna Chiesa.

La definizione quantitativa dei tributi deve, poi, rispondere ad un criterio di proporzionalità rispetto ai redditi della persona, giuridica o fisica, e, in nessun caso, possono essere oggetto di imposizione, né diretta né indiretta, i redditi delle persone giuridiche derivanti dalle offerte «in occasione della celebrazione della Divina Liturgia»[76]; quest'ultima "zona di esenzione assoluta", cioè non derogabile dal diritto particolare, è stata prevista dal legislatore[77] probabilmente con l'intento di evitare, nel rispetto del principio generale del canone 1016, che le offerte destinate dai fedeli

---

[72] Can. 178: «Il Vescovo eparchiale, cioè colui al quale è stata affidata da pascere a nome proprio l'eparchia, la governa come vicario e legato di Cristo; la potestà, che egli esercita personalmente a nome di Cristo, è propria, ordinaria, immediata, anche se in ultima istanza l'esercizio della stessa potestà è governato dalla suprema autorità della Chiesa e può essere circoscritto entro certi limiti in vista dell'utilità della Chiesa o dei fedeli cristiani».

[73] Il CCEO non recepisce la distinzione, presente invece nel can. 1263 CIC, tra tributi ordinari e straordinari; questi ultimi possono essere imposti dal vescovo diocesano alle persone fisiche e alle persone giuridiche private soggette alla sua autorità «in caso di grave necessità» della diocesi, cui non è possibile far fronte con le sole entrate ordinarie.

[74] Per un'introduzione al diritto tributario canonico orientale, v. G. Agosti, *Brevi cenni circa il diritto tributario canonico nel* Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium, in *Iura Orientalia*, VII (2011), pp. 1-13.

[75] Il corrispondente can. 1263 CIC richiede invece solo di *udire* il consiglio per gli affari economici ed esige, però, che venga sentito anche il consiglio presbiterale della diocesi.

[76] Il canone 1012 § 1 limita l'esenzione alla sola ipotesi di offerte ricevute in occasione della Divina Liturgia, ma, per ragioni di ordine razionale e sistematico, sembra logico interpretarla estensivamente, includendo in essa anche quelle ricevute in occasione dei sacramenti, dei sacramentali e di qualsiasi altra celebrazione liturgica.

[77] Tale esenzione non era presente nella prima formulazione della norma ma è stata aggiunta solo in un momento successivo dei lavori di revisione, cfr. *Nuntia*, 18 (1984), p. 49.

alla Divina Liturgia vengano impiegate, anche solo parzialmente, per scopi differenti.

Un esempio di tributo disciplinato dallo stesso legislatore comune orientale, è quello che il vescovo può imporre sulle persone giuridiche a lui soggette, ma anche alle «case dei religiosi, a meno che non si sostengano con le sole elemosine», al fine di provvedere alle spese del seminario (can. 341).

b) Rientra tra le facoltà del vescovo eparchiale[78], anche determinare le tasse sugli atti della potestà di governo e sui i servizi dell'amministrazione ecclesiastica - quali, ad esempio, la concessione di dispense ed autorizzazioni, il rilascio di certificati, etc. -, salvo che il diritto comune non stabilisca espressamente altro, come avviene per le somme dovute dai fedeli a titolo di spese giudiziarie[79]. Anche in questo caso, è rimessa al diritto particolare di ciascuna Chiesa la definizione dei limiti quantitativi entro i quali i vescovi possono determinare le tasse ecclesiastiche, con l'aggiunta però una particolare cautela: stante l'autonomia e la varietà che connota le Chiese orientali, «i patriarchi e i vescovi eparchiali di diverse chiese che esercitano la loro potestà sul medesimo territorio» sono tenuti al rispetto di un principio di uniformità nella definizione della tassazione, cioè a stabilire d'intesa le relative disposizioni per quel territorio[80].

c) I fedeli, dal canto loro, sono tenuti all'obbligo giuridico[81] di sovvenire con offerte, proporzionate alle proprie risorse, alle necessità della Chiesa, per spontaneo impulso o rispondendo a specifiche sollecitazioni che provengono dall'autorità o da altri fedeli[82]. Rientrano in questa seconda ipotesi, anzitutto, le offerte in occasione

---

[78] Nella legislazione precedente la determinazione di tasse e offerte era invece facoltà «episcoporum in Synodis particularibus vel in collationibus coadunatorum» (can. 245 § 1 PA).

[79] Cfr. Cann. 1334-1336.

[80] Nel CIC non troviamo, invece, una norma corrispondente a questa previsione poiché il problema di uniformità territoriale della tassazione è risolto alla radice, attribuendo all'assemblea dei vescovi della provincia ecclesiastica, e non al singolo vescovo, il diritto di stabilire le tasse (can. 1261, n°1).

[81] Cfr. D. Salachas, *Titolo I. I fedeli e i loro diritti e doveri*, in *Commento al Codice dei canoni della Chiese Orientali*, cit., can. 25, p. 35.

[82] Can. 25 § 1: «I fedeli cristiani hanno l'obbligo di sovvenire alle necessità della Chiesa, affinché essa possa disporre di quanto è necessario per i propri fini, specialmente per il culto divino, per le opere di apostolato e per un adeguato sostentamento dei ministri». Alcune considerazioni su questa norma in G. Agosti, *Brevi cenni circa il diritto tributario canonico nel Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, cit., pp. 5-8.

della celebrazione della Divina Liturgia[83], dei sacramenti, dei sacramentali e di altre celebrazioni liturgiche, che sono soggette alla medesima disciplina già considerata per le tasse. È bene sottolineare che, in riferimento alle offerte in tali occasioni, deve fermamente escludersi la sussistenza di un rapporto sinallagmatico tra la dazione del fedele e la "prestazione liturgica", che è, e rimane, gratuita, poiché la prima si giustifica esclusivamente in ragione di una libera adesione del fedele alla richiesta di sovvenire la Chiesa nelle esigenze connesse all'esercizio del *munus santificanti*. In tal senso, il legislatore si dimostra assai esplicito per ciò che specificamente concerne la Divina Liturgia, che i sacerdoti devono celebrare «volentieri anche senza alcuna offerta secondo le intenzioni dei fedeli cristiani, specialmente dei poveri» (can. 716), e le esequie ecclesiastiche, per le quali raccomanda di ricevere solamente le «offerte che i fedeli cristiani spontaneamente offrono» (can. 878 § 2).

Per procurarsi, invece, le risorse economiche necessarie ad altre e «determinate» iniziative, il vescovo può ordinare egli stesso o approvare se proposte da altri, raccolte pubbliche di offerte in tutte le chiese presenti sul territorio dell'eparchia, anche non soggette alla sua giurisdizione[84], e abitualmente aperte ai fedeli (can. 1014). Nel medesimo tempo, le persone giuridiche, direttamente o i fedeli in favore di queste, possono raccogliere elemosine (ad es., mediante pubbliche sottoscrizioni), purché abbiamo ottenuto il consenso dal gerarca del luogo dove sono raccolte le elemosine e, se differente, anche quello dell'autorità cui sono soggette (can. 1015) [85].

A tutte le ipotesi di offerte a persone giuridiche fin qui considerate, trovano applicazione alcuni principi generali dettati dal canone 1016: anzitutto, quello del

[83] Disciplinate dal can. 715 § 1: «É lecito ai sacerdoti ricevere le offerte che i fedeli cristiani loro offrono, conforme all'uso approvato dalla Chiesa, per la celebrazione della Divina Liturgia secondo le proprie intenzioni». § 2: «É lecito anche, se lo permette una legittima consuetudine, ricevere offerte per la Liturgia dei Presantificati e per le commemorazioni nella Divina Liturgia»; e dal can. 716: «Fermo restando il can. 1013, si raccomanda vivamente ai Vescovi eparchiali di introdurre, per quanto è possibile, la prassi per cui si ricevano solo le offerte che i fedeli cristiani danno spontaneamente in occasione della Divina Liturgia; i singoli sacerdoti poi celebrino volentieri la Divina Liturgia anche senza alcuna offerta secondo le intenzioni dei fedeli cristiani, specialmente dei poveri».

[84] Comprese quelle dei religiosi (cfr. *Nuntia*, 18 [1984], p. 51).

[85] Nel CIC, la necessità di una tale autorizzazione è invece limitata alla cosiddetta questua personale, ossia alla raccolta di elemosine da parte di persone private, sia fisiche che giuridiche, mentre le persone giuridiche pubbliche, come le parrocchie, possono raccogliere liberamente elemosine per le proprie necessità. Cfr. can. 1265 § 1 CIC.

vincolo di destinazione patrimoniale, per il quale quando le offerte sono state raccolte o devolute per uno scopo specifico o un'attività determinata, non possono in nessun caso essere destinate a scopi o attività differenti; in secondo luogo, la presunzione legale che, ove non risulti o si provi con certezza il contrario, le offerte consegnate agli amministratori si intendono date alla persona giuridica amministrata; infine, la necessità di una giusta causa, come potrebbe essere l'illecita provenienza del denaro, per rifiutare le offerte, e della licenza del gerarca per rifiutare quelle «di maggior importanza», cioè di maggior valore economico; questa stessa licenza è richiesta dalla norma, anche per accettare le offerte gravate da onere o da condizione, con l'avvertenza che, ove queste siano di tale natura da pregiudicare il patrimonio della persona giuridica, saranno disciplinate dalle norme sull'alienazione (can. 1042).

d) Un ultimo modo di acquisto direttamente regolamentato dal CCEO è quello, a titolo originario, determinato dalla situazione di fatto del possesso di un bene: la prescrizione acquisitiva o usucapione. Con riferimento ad esso, il Codice da un lato ribadisce il principio generale della ricezione mediante canonizzazione delle norme di diritto civile[86], dall'altro, detta alcune ampie deroghe a tale principio, che tengono conto sia della particolare natura di alcuni beni, sia del soggetto che ne è il titolare.

Le «cose sacre», cioè quelle destinate al culto divino con la dedicazione o benedizione, di proprietà di una persona giuridica canonica, possono essere usucapite solo da altre persone giuridiche canoniche e mai da privati; se, invece, sono di proprietà privata, possono essere usucapite da chiunque, fermo restando il divieto di adibirle ad usi profani, che opera su di esse come un vincolo reale (can. 1018); tutti i beni immobili e i beni mobili preziosi, cioè quelli «che hanno grande

[86] Rinvio che opera nelle modalità e con i limiti previsti dai canoni in materia di prescrizione in generale. Can. 1541: «Nessuna prescrizione ha valore se non è fondata sulla buona fede non solo all'inizio, ma per tutto il decorso del tempo fissato per la prescrizione, salvo restando il can. 1152». Can. 1542: « Non sono soggetti a prescrizione: 1° i diritti e i doveri che sono di legge divina; 2° i diritti che si possono ottenere solo per privilegio apostolico; 3° i diritti e i doveri che riguardano direttamente la vita spirituale dei fedeli; 4° i confini certi e sicuri delle circoscrizioni ecclesiastiche; 5° gli obblighi e gli oneri concernenti la celebrazione della Divina Liturgia; 6° la provvisione canonica di un ufficio che, a norma del diritto, richiede l'esercizio dell'ordine sacro; 7° il diritto di visita e l'obbligo di obbedienza così che le persone nella Chiesa non possano essere visitate da nessuna autorità ecclesiastica e non siano già soggette a nessuna autorità».

importanza a motivo dell'arte, della storia o della materia», i diritti e le azioni, possono essere oggetto di usucapione in trenta anni; tuttavia, se appartengono ad una Chiesa *sui iuris* o ad un'eparchia ne occorrono cinquanta; se appartengono alla Santa Sede, cento (can. 1019).

10. L'amministrazione: i soggetti

Nell'ambito del diritto comune orientale in materia di amministrazione ed alienazione dei beni ecclesiastici, è possibile riscontrare norme riferite indistintamente a tutte le persone giuridiche canoniche, e prescrizioni dettate per specifiche tipologie soggettive: le eparchie, le persone giuridiche soggette alla giurisdizione del vescovo eparchiale e quelle che vi sono legittimamente sottratte, gli istituti religiosi, etc. Per tale ragione, non è possibile in questa sede illustrare in maniera esaustiva tutte le variabili normative in relazione ai diversi soggetti proprietari dei beni, ma occorre - e risulta anche più proficuo - trattare le norme sull'amministrazione e sull'alienazione avendo a riferimento esemplificativo una specifica tipologia di persona giuridica canonica: una parrocchia di una eparchia di una Chiesa patriarcale che si trova sul territorio della medesima[87].

Fatta questa precisazione di metodo, i soggetti che partecipano all'amministrazione dei beni della parrocchia in questione sono molteplici e con funzioni differenti in relazione alla loro posizione rispetto ad essa:

a) il «Patriarca», che, a norma del canone 97, è tenuto a vigilare diligentemente sulla retta amministrazione di tutti i beni ecclesiastici che si trovano sul territorio della Chiesa patriarcale e che non sono legittimamente sottratti alla sua potestà. Tale dovere di vigilanza ha ad oggetto immediato non tanto l'operato dei singoli amministratori di beni ecclesiastici, ad esempio dei parroci, quanto piuttosto la diligenza e la sollecitudine dei vescovi nel vigilare sull'amministrazione dei beni

[87] Sulla parrocchia nel CCEO v. D. Salachas, *Istituzioni di diritto canonico delle Chiese cattoliche orientali*, cit., pp. 244-248; G. Mori - D. Salachas, *Ordinamenti giuridici delle Chiese cattoliche orientali*, cit., pp. 95-97.

ecclesiastici presenti sul territorio delle loro eparchie, vescovi che rispetto a tale compito restano i "primi obbligati"[88].

b) Il «vescovo eparchiale», al quale il can. 1022 § 1 affida il compito di vigilare sull'amministrazione di tutti quei beni ecclesiastici che si trovano sul territorio dell'eparchia, salvo che per qualche ragione tali beni siano sottratti alla sua giurisdizione[89]. Il diritto particolare o altri titoli legittimi possono comunque concedere a questo più ampi ed incisivi poteri rispetto all'amministrazione dei beni.

c) Il vescovo adempie al suo compito con l'aiuto dell'«economo eparchiale», a cui parimenti il Codice impone il dovere di «vigilare sull'amministrazione dei beni ecclesiastici in tutta l'eparchia» (can. 262 § 3)[90]. L'economo sembrerebbe, anzi, disporre in tale ambito di facoltà addirittura più ampie rispetto a quelle del vescovo, potendo egli anche intervenire direttamente nell'amministrazione dei beni ecclesiastici presenti sul territorio dell'eparchia, sostituendosi all'amministratore ordinario, quando lo esigano esigenze di «conservazione, tutela o incremento» dei medesimi e quando quest'ultimo si dimostri negligente o manchi del tutto[91]. Tuttavia, nel valutare la portata effettiva di tali ampie facoltà, non bisogna trascurare che l'economo agisce sempre «sotto la potestà del vescovo eparchiale», che lo nomina, lo revoca e al quale deve rendere conto del suo operato ogni volta che sia richiesto.

d) Con il termine «gerarca», in riferimento ad una eparchia, si indicano unitamente il vescovo, il protosincello e il sincello[92]. Le funzioni e i poteri che il Codice attribuisce al gerarca in materia di amministrazione dei beni ecclesiastici

---

[88] Sul rapporto tra il Patriarca e i Vescovi in tema di vigilanza sull'amministrazione dei beni temporali e sulla limitazione territoriale del dovere di vigilanza del Patriarca, v. *Nuntia*, 22(1986), pp. 73-74.

[89] In un primo tempo, riprendendo il testo del can. 261 PA, tale compito di vigilanza era stato affidato al gerarca del luogo (cfr. *Nuntia*, 13 [1981], p. 35 e 18 [1984], p. 56) mentre, in una fase più avanzata della revisione del Codice, si è preferito riservarlo al solo vescovo eparchiale, con l'esclusione del sincello e del protosincello (cfr. *Nuntia*, 24-25[1987], p. 185). Per un inquadramento generale de «I diritti e i doveri dei vescovi eparchiali» v. D. Salachas, *Istituzioni di diritto canonico delle Chiese cattoliche orientali*, cit., pp. 231-235; G. Mori - D. Salachas, *Ordinamenti giuridici delle Chiese cattoliche orientali*, cit., pp. 88-94.

[90] Sulla figura dell'economo eparchiale v. D. Salachas, *Istituzioni di diritto canonico delle Chiese cattoliche orientali*, cit., pp. 240-242.

[91] Il testo del can. 262 § 3, che, in riferimento all'ipotesi di negligenza dell'amministratore, ricorre al verbo «supplere» richiama, attribuendolo all'economo eparchiale, quello stesso potere di sostituzione che dal CIC è conferito all'Ordinario dal can. 1279 § 1.

[92] Su questi due uffici, v. D. Salachas, *Istituzioni di diritto canonico delle Chiese cattoliche orientali*, cit., pp. 239-240.

sono, dunque, ancora funzioni e poteri del vescovo eparchiale, che tuttavia può scegliere di adempiervi ed esercitarli personalmente o per mezzo del protosincello e del sincello, nel rispetto del principio generale sull'esercizio della potestà esecutiva[93]. Quanto al merito di tali funzioni, il gerarca deve, prima di tutto, preoccuparsi di ordinare l'amministrazione dei beni ecclesiastici, dando agli amministratori le opportune istruzioni, sia a carattere generale (regolamenti, circolari, etc.), sia in riferimento a situazioni particolari e a circostanze concrete[94]; egli è, poi, chiamato a dare il proprio consenso al parroco e agli altri amministratori per il compimento di taluni atti di disposizione dei beni della parrocchia e delle altre persone giuridiche, a pena di invalidità degli atti medesimi[95]. Rientrano, infine, tra i compiti del gerarca: ricevere la promessa di fedeltà dell'amministratore; approvare l'inventario dei beni ecclesiastici a lui affidato, quando questi inizi ad esercitare il suo ufficio (can. 1025); approvare il rendiconto annuale della gestione (can. 131 § 1).

e) Il canone 1023 individua l'amministratore dei beni ecclesiastici di una persona giuridica in colui che «governa immediatamente» la persona medesima[96]. Come regola generale, dunque, il soggetto titolare del potere di governo su di un ente canonico, è anche investito dell'ufficio di amministratore del suo patrimonio, cioè del potere-dovere di porre in essere sui beni che gli appartengono quegli atti utili a conservarli, raccoglierne i frutti, migliorarli e impiegarli per i suoi scopi. Si esprime in questa previsione la chiara volontà del legislatore di garantire a ciascuna

---

[93] Can. 191 § 2: «Il Vescovo eparchiale esercita la potestà legislativa personalmente; esercita la potestà esecutiva sia personalmente, sia per mezzo del Protosincello o dei Sincelli; la potestà giudiziaria sia personalmente sia per mezzo del Vicario giudiziale e dei giudici».

[94] Com'è ovvio, nell'esercitare questa sua facoltà, tra le più significate emersioni del principio di sussidiarietà nelle norme del Titolo XXIII (J. ABBASS, *Subsidiary and Eastern Code*, cit., p.51), il gerarca è comunque soggetto al principio di legalità e, pertanto, deve sempre pronunciarsi nei limiti del diritto comune o di quello particolare della Chiesa *sui iuris* cui appartiene (1022 § 2).

[95] Per l'identificazione degli atti per i quali si richiede *ad validitatem* il consenso del gerarca, cfr. §§ 12 e 14.

[96] Tale inequivocabile e sintetica enunciazione, che troviamo pressoché identica nel can. 1079 § 1 CIC, ha inteso chiarire lo stato d'incertezza che connotava il regime antecedente ai due codici del 1983 e 1990 riguardo all'amministrazione dei beni delle persone giuridiche (can. 264 PA), così da evitare ogni possibile confusione nella materia. La dottrina (cfr. V. De Paolis, *Alcune osservazioni sulla nozione di amministrazione dei beni temporali della Chiesa*, in *Periodica de re canonica*, 88[1999], p. 122, n. 47) imputa la connessione tra governo e amministrazione a tre ragioni: 1) i beni sono messi per il servizio delle persone e pertanto chi ha la responsabilità delle persone è bene che sia responsabile anche dei mezzi al servizio delle persone; 2) esiste una stretta e concreta relazione tra la guida religiosa di una comunità e quella tecnica economica; 3) non moltiplicare inutilmente gli uffici e la possibilità di conflitto. La medesima dottrina avverte, tuttavia, come tali ragioni siano così poco consistenti da consentire facilmente delle eccezioni.

persona giuridica un certo grado di autonomia nella gestione del proprio patrimonio e, nello stesso tempo, essa si presenta come il logico e necessario corollario del canone 1008 § 2, che attribuisce il diritto di proprietà sui beni alla persona giuridica che li ha legittimamente acquistati.

In genere, coincide con l'unitaria figura di chi governa la persona e ne amministra i beni, anche quella, concettualmente distinta, del legale rappresentante, cioè di colui che manifesta dinnanzi alla legge e nei confronti dei terzi la volontà della persona, senza tuttavia necessariamente concorrere a determinarla. Così, il parroco è colui che governa la parrocchia, ne amministra i beni e la rappresenta nei negozi con i terzi.

Il diritto comune, in riferimento a specifiche persone giuridiche, quello particolare delle Chiese *sui iuris*, e gli statuti possono comunque derogare al principio consacrato nel canone 1023, prevedendo forme di distinzione delle tre figure. Esempi in tal senso sono dati dal canone 262 § 3, che attribuisce all'economo, e non al vescovo, l'ufficio di amministratore dei beni dell'eparchia, e dal canone 447, ove si richiede che il superiore di un monastero *sui iuris* «non eserciti insieme» al proprio anche l'ufficio di economo, cioè di amministratore dei beni temporali del monastero.

11. (segue) lo statuto dell'amministratore

I doveri connessi all'ufficio di amministratore di beni ecclesiastici sono definiti da alcuni canoni del Titolo XXIII, con cui il legislatore orientale ha inteso tracciare un vero e proprio statuto di questa figura. Tali doveri possono essere raggruppati in tre categorie: i doveri previ all'assunzione dell'incarico, i doveri nell'adempimento dell'ufficio e i doveri di rendicontazione.

Tra i primi, abbiamo già avuto modo di citare l'obbligo di promettere[97] al gerarca (o ad un suo delegato) di adempiere fedelmente all'ufficio di amministratore e la redazione e sottoscrizione di un «accurato inventario» dei beni ecclesiastici

[97] Nella precedente legislazione, can. 267 §§ 1-3 PA, si richiedeva all'amministratore un giuramento e non una semplice promessa, richiesta che, peraltro, ritroviamo anche nel can. 1522 CIC17 e nel can. 1283 § 1 CIC.

affidati alla sua amministrazione[98]. Con una norma che non ha corrispettivo nel CIC, si richiede inoltre che, al momento dell'assunzione dell'incarico, l'amministratore dia le «opportune garanzie, valide per il diritto civile, affinché la Chiesa non abbia a subire alcun danno quando gli stessi amministratori muoiano o cessano dall'ufficio» (can. 1027). Questa generica previsione potrebbe fare riferimento, ad esempio, a quel particolare caso, già considerato, in cui il diritto civile non consenta di intestare i beni alla persona giuridica che ne è proprietaria per il diritto canonico (can. 1020 § 2)[99]: l'amministratore che per questa ragione ne abbia la disponibilità a titolo personale dovrà garantire, ricorrendo a strumenti civilmente validi, che i beni passino ai suoi successori, una volta che egli sarà cessato dall'incarico o in caso di sua morte[100].

Quanto ai doveri dell'amministratore nell'adempimento del proprio ufficio, essi possono essere efficacemente riassunti nella formula normativa del canone 1028 § 1, che esige che egli operi con «la diligenza del buon padre di famiglia». Questo parametro, tratto dalla tradizione romanistica, impone all'amministratore di adottare in ogni circostanza un comportamento, un impegno, una cura, una prudenza, e di dimostrare una perizia, di livello «medio», da un lato evitando la trascuratezza e, dall'altro, senza dover ricorrere a competenze professionali o azioni di carattere straordinario. Risulta fin troppo evidente che il legislatore abbia scelto di riferirsi ad un modello di diligenza media, avendo in mente quella situazione "tipica" nella quale il soggetto investito dell'ufficio di amministratore è anche un pastore, che ha nella cura delle anime la propria occupazione primaria: sarebbe stato irrealistico esigere da un amministratore con questo particolare profilo, una diligenza professionale, che assurgesse cioè ad un livello superiore sotto il profilo della perizia.

Dall'enunciazione di questo canone generale, viene fatto discendere un lungo elenco di doveri che troviamo enunciato nel paragrafo secondo dello stesso canone

[98] L'inventario deve essere conservato e aggiornato a norma del can. 1026: «Una copia dell'inventario dei beni ecclesiastici sia conservata nell'archivio della persona giuridica alla quale essi appartengono, un'altra nell'archivio della curia eparchiale; qualsiasi mutamento subìto eventualmente dal patrimonio stabile della stessa persona giuridica venga annotato in entrambe le copie».

[99] Cfr. §8.

[100] Con riferimento a quest'ultima ipotesi, occorrerà in particolare evitare che gli eredi dell'amministratore possano avanzare diritti sui beni ecclesiastici dopo la sua morte; è una possibilità che per le Chiese orientali diviene ancor più concreta anche in considerazione della presenza di clero uxorato.

1028 e che si può ritenere al pari di una logica e vincolante, ma non esaustiva, esemplificazione del *modus operandi* dell'amministratore diligente. Ci limitiamo in questa sede a riprodurlo evidenziando soltanto la quasi perfetta consonanza con l'elenco di doveri proposto dal canone 1284 § 2 CIC[101]:

> «1° vigilare perché i beni ecclesiastici affidati alla sua cura non siano distrutti in alcun modo e non subiscano danneggiamenti, stipulando allo scopo, se è necessario, dei contratti di assicurazione;
>
> 2° osservare le norme del diritto canonico e civile e anche ciò che è stato imposto dal fondatore o dal donatore oppure dall'autorità competente, e soprattutto guardarsi che dall'inosservanza del diritto civile non derivi del danno alla Chiesa;
>
> 3° esigere accuratamente e a tempo debito i redditi e i proventi dei beni, conservandoli poi in modo sicuro dopo la riscossione e impiegandoli secondo l'intenzione del fondatore o le legittime norme;
>
> 4° aver cura di pagare nel tempo determinato gli interessi dovuti per mutuo o ipoteca e procurare che sia restituito opportunamente il capitale;
>
> 5° utilizzare, col consenso del Gerarca, il denaro che eventualmente è avanzato dalle spese e che può utilmente essere investito, per i fini della Chiesa o della persona giuridica;
>
> 6° tenere bene ordinati i libri delle entrate e delle uscite;
>
> 7° disporre alla fine di ogni anno il resoconto amministrativo;
>
> 8° ordinare e conservare nell'archivio i documenti sui quali si fondano i diritti della persona giuridica sui beni ecclesiastici, depositare una copia autentica di essi nell'archivio della curia eparchiale, quando ciò può essere fatto senza difficoltà».

L'ultima categoria di doveri dell'amministratore che propone il CCEO è quella dei doveri di rendicontazione.

Senza che vi sia possibilità di deroga da parte del diritto particolare o delle consuetudini, ogni amministratore di beni ecclesiastici deve annualmente predisporre e presentare al gerarca, il rendiconto della propria gestione (cann. 1028 § 2, 7° e 1031 § 1); è comunque rimessa al diritto particolare, e nei limiti di questo agli statuti delle singole persone giuridiche, la definizione dei criteri di compilazione e delle modalità formali di presentazione del rendiconto, che può ritenersi lo

[101] Nell'elenco dei doveri dell'amministratore del CCEO manca solo il dovere di «curare che sia messa al sicuro la proprietà dei beni ecclesiastici in modi validi civilmente» (can. 1284 § 2, 2° CIC), che, per una differente scelta sistematica, è stato collocato al can. 1020 § 1.

strumento ordinario mediante il quale l'autorità ecclesiastica conosce i fatti economici che hanno caratterizzato la gestione dei beni ecclesiastici soggetti alla sua giurisdizione.

Al dovere di rendicontazione al gerarca, viene accostato dal legislatore canonico, orientale come latino[102], quello di rendere «conto pubblicamente dei beni temporali che sono offerti alla Chiesa» (can. 1031 § 2), dovere che, tuttavia, non è da interpretarsi nel senso di un obbligo per l'amministratore di divulgare un formale documento, magari redatto sulla falsa riga di quello che deve essere presentato al gerarca; questa previsione, sembra piuttosto fare riferimento ad un generico onere dell'amministratore di informare i fedeli in rapporti con la persona giuridica (ad es. i fedeli di una parrocchia), circa i beni devoluti alla medesima ed al loro utilizzo, secondo le modalità stabilite dal diritto particolare, che potrà anche disporre che ciò avvenga in forma orale. A differenza di quanto previsto dal CIC che non ammette deroghe, il canone 1031 § 2 concede al «gerarca del luogo», e non al gerarca proprio[103], la facoltà di dispensare gli amministratori da questo specifico onere di pubblicità relativo al loro operato, quando lo renda opportuno una grave ed eccezionale causa, come la sussistenza di condizioni ambientali tali da mettere a rischio gli stessi beni ecclesiastici.

Infine, può essere incluso tra gli obblighi di rendicontazione anche il paragrafo terzo del canone 1028, ove si prevede la possibilità, «enixe commendatur», che gli amministratori redigano un preventivo dell'entrate e delle uscite della persona giuridica: anche in questo caso, il diritto particolare può imporre questo documento che il diritto comune si limita a raccomandare, e ne deve stabilire le modalità formali di presentazione.

12. (segue) gli atti di amministrazione

Nell'ambito della gestione dei beni ecclesiastici, l'amministratore può compiere atti di ordinaria amministrazione o atti che «eccedono i limiti e il modo

[102] Can. 1287 § 2 CIC.

[103] V. *Nuntia*, 18 (1984), p. 60: si fece questa scelta osservando anche «di tener presente che gli amministratori di rito orientale che vivono nell'Occidente dovranno conformarsi, per quanto riguarda il n. 2 del canone, al giudizio dei vescovi latini [*rectius*, degli ordinari latini]».

dell'ordinaria amministrazione»; questi ultimi, detti anche di "straordinaria amministrazione", sono individuati dagli statuti delle singole persone giuridiche e, qualora questi tacciano, dall'autorità ecclesiastica a cui la persona è immediatamente soggetta, sentito il consiglio competente (1024 § 2). Nel caso della parrocchia, che non è dotata di un proprio statuto in quanto ente strutturalmente definito dallo stesso legislatore, l'autorità competente ad individuare gli atti di straordinaria amministrazione è il vescovo eparchiale, che vi provvede con proprio decreto dopo aver consultato il consiglio affari economici dell'eparchia.

L'amministratore per compiere validamente gli atti che sono stati inclusi in questa categoria, necessita del previo consenso scritto dell'autorità competente (1024 § 1); la parrocchia, ad esempio, di quello del gerarca.

Vi sono poi particolari atti di amministrazione per i quali il Codice detta una specifica disciplina, che si può così riassumere:

a) l'amministratore necessita del consenso scritto del gerarca per impiegare in investimenti «per i fini della Chiesa o della persona giuridica» il denaro che eventualmente sia avanzato dalle spese (can. 1028 § 2, n. 5);

b) con l'intento di evitare una dispersione del patrimonio, il CCEO permette all'amministratore di fare donazioni dai beni mobili della persona giuridica, solo quando siano di modico valore, i beni donati non rientrino nel «patrimonio stabile» della persona[104] e siano dovute per legittima consuetudine[105] ovvero motivate da una giusta causa di pietà o carità (can. 1029). Tutte le altre donazioni, di beni immobili, di beni mobili non di modico valore o di beni che rientrano nel patrimonio stabile della persona giuridica, sono invece atti di straordinaria amministrazione che necessitano il consenso dell'autorità, quando non addirittura atti equiparati alle alienazioni, sulla disciplina dei quali avremo modo di soffermarci a breve;

c) per quanto concerne la stipula di contratti con prestatori d'opera, il Codice ribadisce la necessità che l'amministratore rispetti scrupolosamente le norme civili in materia di lavoro, lette e, ove occorre, integrate, alla luce dei dettami della dottrina

[104] Per un approfondimento sul concetto di «patrimonio stabile» si rinvia al successivo § 14.

[105] Il riferimento alle «legittime consuetudini», che il canone in questione mutua dal can. 285 PA, manca nel corrispondente canone 1285 CIC.

sociale della Chiesa; in questa prospettiva, l'amministratore, anche prescindendo da quanto stabiliscono le leggi degli Stati, deve preoccuparsi anzitutto di garantire al lavoratore una retribuzione giusta, cioè proporzionata alle sue necessità di vita e a quelle della sua famiglia (can. 1030) [106];

d) la costituzione in giudizio della persona giuridica per il tramite dell'amministratore-legale rappresentante avanti ai tribunali civili, sia in qualità di attore che di convenuto, necessita della licenza scritta[107] del proprio gerarca (can. 1032). Così, per esempio, la costituzione in un giudizio civile della parrocchia nella persona del parroco che non abbia ottenuto il consenso dal gerarca sarà probabilmente valida per il diritto processuale civile, ma certamente illecita per l'ordinamento canonico, e, pertanto, il parroco dovrà rispondere dell'eventuale danno e potrà essere sanzionato disciplinarmente. Nessuna licenza è invece richiesta per la costituzione della persona avanti ai tribunali ecclesiastici, pur essendo comunque opportuno che il gerarca venga informato dall'amministratore del giudizio canonico in corso.

e) infine, tocca rilevare come manchi nel CCEO, una disciplina della locazione dei beni ecclesiastici, presente invece in PA (can. 291) e nel CIC, che attribuisce alle Conferenze Episcopali una specifica competenza a dettare le norme in questa materia (can. 1297); per le Chiese orientali il legislatore ha preferito limitarsi ad esplicitare il divieto di locare i beni ecclesiastici, che non siano di «valore minimo», ai loro amministratori e ai congiunti di questi fino al quarto grado di consanguineità o affinità, quando manchi una licenza dell'autorità ecclesiastica che lo consenta. In generale, può comunque ritenersi applicabile anche alle ipotesi di locazione di beni, in particolare di quelli immobili, la disciplina dettata del legislatore per le alienazioni, in forza del rinvio generale di cui al canone 1042[108].

13. (segue) la responsabilità dell'amministratore e della persona giuridica

[106] Oltre al can. 272 § 1 PA, si segnalano tra le più significative fonti conciliari di questo canone, alcuni passi di GS, n. 67.

[107] Cfr. *Nuntia*, 18 (1984), p. 60.

[108] V. *Nuntia* 5 (1977), p. 51; 13 (1981), p. 9-10, 40; 18(1985), p. 65.

Il canone 935 del CCEO, stabilisce il principio generale, che trova il proprio fondamento nel diritto naturale, per cui «chiunque danneggia illegittimamente un altro con un atto giuridico, anzi con qualsiasi altro atto posto per dolo o colpa, ha l'obbligo di riparare il danno causato».

La definizione dei criteri di ripartizione della responsabilità per gli atti di amministrazione, tra la persona fisica dell'amministratore e la persona giuridica proprietaria dei beni, e la conseguente individuazione del soggetto su cui grava l'obbligo di riparare gli eventuali danni da essi cagionati, devono tener conto anzitutto della natura dell'atto.

È infatti necessario distinguere tre differenti fattispecie: a) gli atti di ordinaria amministrazione sono, in ogni caso, atti della persona giuridica, la quale pertanto è sempre direttamente responsabile delle conseguenze che da essi derivano; b) gli atti che eccedono l'ordinaria amministrazione compiuti dall'amministratore avendo ottenuto le prescritte licenze sono anch'essi atti imputabili alla persona giuridica e attribuibili a questa anche per quanto riguarda la responsabilità; c) infine, gli atti che eccedono l'ordinaria amministrazione posti in essere dall'amministratore senza licenza sono «atti invalidi» e, a norma del canone 1024 § 3, «la persona giuridica non è tenuta a rispondere» di essi, se non, e nella misura in cui, ne abbia ottenuto un'utilità: i terzi che risultassero danneggiati da tali atti dovranno essere ristorati personalmente dall'amministratore, mentre la persona giuridica potrà essere chiamata a risponderne nel limite del cosiddetto «ingiusto arricchimento», sarà cioè tenuta esclusivamente a riequilibrare quello spostamento patrimoniale, dal patrimonio del terzo al proprio, che si è ingiustamente prodotto.

È inoltre sempre ammissibile l'azione di responsabilità interna, cioè della persona giuridica nei confronti del proprio amministratore, per i danni cagionati al patrimonio amministrato da un atto valido ma illecito, di cui la persona ha dovuto rispondere nei confronti dei terzi[109]; più in generale, l'amministratore può essere chiamato a ristorare l'ente per ogni danno prodottosi per una sua negligenza o abuso

[109] Questa ipotesi è espressamente contemplata dal can. 1081 §3 CIC, ove si afferma che: «la persona giuridica stessa risponderà invece degli atti posti validamente ma illegittimamente dagli amministratori, salva l'azione o il ricorso contro gli amministratori che le abbiano arrecato danno».

nell'adempimento dell'ufficio di cui è stato investito, così come di quello eventualmente derivato dall'abbandono arbitrario dell'ufficio medesimo[110].

La responsabilità della persona giuridica, o eventualmente dell'amministratore, nei confronti di terzi danneggiati, può avere natura extracontrattuale, come nel caso di danni cagionati nell'ambito di attività materiali o di gestione (ad es. lavori di ristrutturazione, organizzazione dei luoghi, etc.), ovvero contrattuale, per i danni derivanti dal non esatto adempimento delle prestazioni dovute dalla persona giuridica; in questo secondo caso, anche nell'ordinamento canonico varranno, per il principio del canone 1034, i criteri della responsabilità contrattuale previsti dal diritto civile vigente sui differenti territori, sempre salvi i limiti del diritto divino e del diritto canonico positivo.

14. L'alienazione

Per comprendere la disciplina del capo III del Libro XXIII CCEO in tema di alienazione dei beni ecclesiastici è indispensabile preliminarmente chiarire l'esatto significato che alcuni termini assumono nella prospettiva del diritto patrimoniale canonico.

Occorre anzitutto considerare che l'«alienazione» di un bene ecclesiastico, oltre a produrre l'effetto tipico del trasferimento ad un altro soggetto il diritto di proprietà, può anche determinare l'ulteriore effetto, di carattere pubblicistico, di privare il medesimo della qualifica di «ecclesiastico», generalmente sottraendolo alla disciplina del Libro XXIII e facendolo fuoriuscire dalla sfera di interesse dell'ordinamento canonico[111]: ciò accade in tutti quei casi in cui l'acquirente del bene non è una persona giuridica canonica.

Proprio la volontà di contrastare quest'ultimo indesiderato effetto, e con esso l'impoverimento del patrimonio ecclesiastico, ha portato il legislatore canonico, storico ed attuale, a dettare una disciplina dell'alienazione marcatamente connotata

[110] Nei canoni 1033 e 967 si richiede una «giusta causa» per la rinuncia a qualsiasi ufficio ecclesiastico.

[111] Fanno eccezione solo quei beni, come le *res sacrae*, che sono fatte oggetto dall'ordinamento canonico di una speciale disciplina in ragione della loro peculiare natura e non del soggetto che ne è proprietario.

in senso conservativo, prevedendo cioè condizioni, controlli e cautele che ne ostacolassero il compimento e favorissero il mantenimento dell'integrità del patrimonio ecclesiastico.

Il medesimo intento di tutela patrimoniale ha anche suggerito l'opportunità di una dilatazione concettuale della categoria dell'alienazione e ha spinto il legislatore ad estendere la particolare disciplina dettata con riferimento ad essa, alla generalità degli atti o negozi potenzialmente lesivi della condizione patrimoniale delle persone giuridiche canoniche (can. 1042)[112]. Per definire questa impostazione normativa, la dottrina ricorre tradizionalmente all'espressione alienazione "in senso canonistico", volendo con essa riferirsi ad un'ampia e variegata categoria di atti soggetti ad una disciplina omogenea e nella quale si collocano: gli atti con cui si trasmette un diritto reale su un bene (servitù, usufrutto, etc.); quelli con cui lo si da in garanzia (pegno, ipoteca) o se ne lascia ad altri il godimento (enfiteusi, comodato, prestito, locazione, affitto, etc.); gli atti con cui si rinuncia ad un diritto o ad un'azione giudiziale; ogni altro atto che possa esporre ad un rischio la consistenza patrimoniale di una persona giuridica.

Con il termine «patrimonio stabile» di una persona giuridica, il legislatore intende, infine, riferirsi a quella massa patrimoniale, di beni mobili ed immobili, che costituisce la dotazione stabile di un ente e che svolge una funzione economicamente essenziale rispetto alla sua sussistenza e allo svolgimento della sua attività istituzionale. Il criterio formale e certo, per discernere se un bene rientri o meno in detto patrimonio stabile è quello della «legittima assegnazione», cioè dell'esistenza di una positiva determinazione da parte dell'amministratore che lo assegni ad esso in ragione della sua natura e delle esigenze della persona giuridica[113].

---

[112] È una impostazione metodologica che si riscontrava già nel Codice latino del 1917 (can.1533) e che aveva tra le proprie fonti anche un'*Istruzione* della S. Congr. de Propaganda Fide al Patriarca Armeno (in *Codicis iuris canonici fontes*, VII, p. 403-404, n. 4867); essa fu confermata in PA (can. 283, 287, 288, 291, 292) e, sostanzialmente, anche nel Codice latino del 1983 (can. 1295). Sul passaggio dall'articolata disciplina di PA alla sintetica formulazione dell'attuale can. 1042, cfr., in particolare, *Nuntia* 13 (1981) pp. 9-10 e *Nuntia* 18(1984) p. 65.

[113] La scelta dell'amministratore di assegnare un bene al patrimonio stabile di una persona giuridica necessita del consenso del gerarca, qualora tale determinazione sia stata inserita dal vescovo tra gli atti che eccedono l'ordinaria amministrazione; alla decisione di sottrarre un bene dal patrimonio stabile, trova invece applicazione la disciplina prevista per le alienazioni, a norma del can. 1042, poiché con tale atto si

Fatte queste indispensabili premesse concettuali, veniamo al merito della disciplina considerando anzitutto quanto il Codice prescrive specificatamente per l'ipotesi di alienazione di beni assegnati al patrimonio stabile di una persona giuridica. Per questi atti, oltre al consenso dell'amministratore (can. 1039), il canone 1035 richiede[114]:

a) una «giusta causa», che viene esemplificata nelle ipotesi di «una urgente necessità, l'utilità evidente, la pietà, la carità o una ragione pastorale»[115];

b) la stima scritta del bene da alienare redatta da un perito;

c) il consenso scritto dell'autorità o degli organi competenti, quando sia richiesto, dai canoni 1024 § 1 o 1036, da altre norme di diritto comune o particolare, o dagli statuti;

d) altre garanzie, eventualmente prescritte dall'autorità ecclesiastica - anzitutto dal gerarca cui spetta dare istruzioni in questa materia[116] - per evitare danno alla Chiesa. Ad esempio, l'autorità potrebbe reintrodurre per questa via quelle garanzie che riguardano il giusto prezzo, la pubblicità del procedimento e il corretto impiego del ricavato dell'alienazione, che un tempo erano richieste dal diritto comune (can. 280 PA), ma che non vengono più menzionate dal CCEO[117]

Il mancato rispetto dei requisiti della stima e delle «altre garanzie» determina, secondo la regola generale e salvo che il diritto particolare non disponga altro, l'illeceità canonica dell'alienazione, non essendo esplicitamente sancita dal canone

---

diminuiscono le tutele sul bene e si espone la condizione patrimoniale della persona ad un potenziale peggioramento.

[114] Il corrispondente canone 1293 § 1 CIC limita invece la necessità di una «giusta causa», della «stima» e dell'osservanza delle «cautele prescritte dall'autorità legittima» alle sole ipotesi di alienazione di beni del patrimonio stabile il cui valore ecceda la somma minima stabilita dalla Conferenza Episcopale.

[115] Intendendo con tale espressione il «salvificum ministerium Ecclesiae» (cfr. *Nuntia*, 18 [1984], p. 61).

[116] V. § 10.

[117] «Although these norms have been omitted from CCEO, they can be adopted in particular law as additional requirements to those already listed in CCEO canon 1035 § 1 for a legitimate alienation. Indeed...an implicit reference to such particular norms is already contained in CCEO canon 1035 § 2, which refers to 'other precautions prescribed by legitimate authority' for the lawful alienation of ecclesiastical goods» J. Abbass, *Subsidiary and Eastern Code*, cit., p. 63.Tali garanzie sono, invece. parzialmente richieste dal canone 1294 CIC.

1035 l'invalidità dell'atto[118]; l'assenza di una giusta causa e, come si dirà, l'omissione di eventuali consensi prescritti, ne cagiona invece l'invalidità[119].

Le alienazioni di «beni ecclesiastici» in genere, a prescindere cioè dall'appartenenza di questi ultimi al patrimonio stabile di una persona giuridica[120], sono invece fatte oggetto di una disciplina piuttosto articolata, che tiene conto sia del valore dei beni da alienare che della loro natura e collocazione territoriale (cann. 1036 e 1037). Come vedremo, l'impostazione delle norme che regolano queste ipotesi ha inteso dare massima attuazione al principio di sussidiarietà[121], rimettendo al sinodo episcopale[122] di ciascuna Chiesa molte determinazioni valoriali, così da poter tener conto anche delle differenti realtà economiche; la medesima impostazione risulta, d'altro canto, significativamente più articolata rispetto a quella dei corrispondenti canoni del CIC (can. 1292 e 1293) per la differente struttura e la maggiore autonomia che connota le Chiese orientali: oltre al coinvolgimento del vescovo e della Santa Sede, il CCEO prevede, infatti, anche l'intervento del patriarca

---

[118] Can. 1495: «Si devono considerare irritanti oppure inabilitanti soltanto quelle leggi con le quali si prevede espressamente che un atto è nullo oppure che una persona è inabile».

[119] Con riferimento alla carenza di una giusta causa per le alienazioni nel CIC, v. V. PALESTRO, *La disciplina canonica in materia di alienazioni e di locazioni (can. 1291-1298)*, in AA.VV., *I beni temporali della Chiesa*, cit., pp. 151-152.

[120] Rispetto all'ambito di applicazione dei canoni 1036 e 1037, può sorgere un dubbio interpretativo: le due norme intendono disciplinare solo le alienazioni dei beni che costituiscono per legittima assegnazione il patrimonio stabile di una persona giuridica ovvero tutte le alienazioni di beni di proprietà della medesima? Stando al tenore letterale delle norme che parlano genericamente di «beni ecclesiastici», senza cioè alcun esplicito riferimento al patrimonio stabile, come invece avviene nel can. 1035, sembrerebbe doversi concludere per la seconda, e più ampia, soluzione. D'altro canto, se così non fosse, i vincoli che tali norme prescrivono potrebbero essere agevolmente aggirati dall'amministratore evitando di assegnare taluni beni al patrimonio stabile o smobilizzandoli da esso. Sembrerebbe confermare questa lettura anche il canone 1042 che estende la disciplina dei cann. 1036 e 1037 a tutti i negozi e che possono peggiorare la condizione patrimoniale - e non la consistenza del patrimonio stabile - della persona giuridica: infatti, quand'anche si volesse limitare l'applicazione dei canoni 1036 e 1037 ai soli beni rientranti nel patrimonio stabile, essa dovrebbe comunque essere estesa all'alienazione di tutti i beni delle persone giuridiche in forza del can. 1042. La soluzione opposta potrebbe invece trovare qualche conferma guardando alle fonti immediate degli attuali canoni 1035 e 1036, rispettivamente i cann. 279 e 281 PA, che erano concepite come un sistema unitario, in cui la seconda norma si limitava a specificare quale autorità fosse competente, nelle differenti ipotesi, a dare la licenza per l'alienazione prevista dalla prima; bisogna però riconoscere che il riferimento alla legislazione precedente non può costituire un sicuro canone interpretativo, poiché nel can. 279 PA non compare ancora il concetto tecnico di «patrimonio stabile», introdotto solo con il nuovo Codice, ma si rinviene solo un generico riferimento alle «res ecclesiasticas immobiles aut mobiles, quae servandi servari possunt». Quanto ai lavori preparatori del can. 1036, cfr. in particolare *Nuntia*, 18 (1984), pp. 61-63 e 28(1989) pp. 130-131.

[121] Così si è esplicitamente riconosciuto anche al momento della loro revisione, cfr. *Nuntia*, 5 (1977), p. 51.

[122] Sull'istituzione sinodale nelle Chiese patriarcali v., *ex multis*, D. Salachas, *Istituzioni di diritto canonico delle Chiese cattoliche orientali*, cit., pp. 157-184.

nel procedimento di valida formazione della volontà di alienare alcuni beni che superino un determinato valore.

Con riferimento alla consueta ipotesi esemplificativa, possiamo così riassumere la disciplina relativa all'alienazione di beni di proprietà di una parrocchia che si trova sul territorio di una Chiesa patriarcale:

a) se il bene da alienare è di valore inferiore alla somma minima determinata dal sinodo episcopale della Chiesa patriarcale, occorre verificare se l'alienazione di tali beni sia stata o no inclusa del vescovo eparchiale tra gli atti di straordinaria amministrazione, e, in caso di risposta affermativa, si rende necessario il consenso scritto del gerarca (can. 1024 § 1); occorre in ogni caso la licenza del gerarca, anche a prescindere da quanto statuito dal vescovo, quando si intendano alienare beni ecclesiastici, che non siano di minimo valore, agli stessi amministratori o ai congiunti di questi fino al quarto grado di consanguineità o affinità (can. 1041)[123].

b) se il valore del bene da alienare è superiore alla somma minima, ma inferiore alla somma massima determinate dal sinodo episcopale, il parroco deve ottenere il consenso scritto del vescovo eparchiale (e non del gerarca in genere), che, a sua volta, necessita di quello del consiglio per gli affari economici e del collegio dei consultori eparchiali[124];

c) se il valore del bene da alienare è superiore alla somma massima determinata dal sinodo episcopale ma inferiore al doppio della somma medesima, occorre il consenso del vescovo eparchiale, del Patriarca e del sinodo permanente[125];

d) se il valore del bene da alienare è superiore al doppio della somma massima determinata dal sinodo episcopale ovvero si tratta di una cosa preziosa o di

---

[123] La *ratio* di questa previsione, alla quale non è possibile derogare nemmeno con il consenso dell'autorità, è chiaramente quella di porre gli amministratori nell'impossibilità di perseguire un interesse privato nell'adempimento del proprio ufficio.

[124] Salvo che il diritto stabilisca altro, questi organismi consultivi si esprimono a norma del canone 934 § 1: «Se è determinato dal diritto che, per porre un atto giuridico, l'autorità ha bisogno del consenso oppure del consiglio di qualche gruppo di persone, il gruppo deve essere convocato a norma del can. 948, a meno che non sia prescritto diversamente dal diritto particolare per i casi stabiliti dallo stesso diritto nei quali si tratta solamente di chiedere un parere; ma affinché l'atto giuridico abbia valore, si richiede che sia ottenuto il consenso della maggioranza assoluta di coloro che sono presenti, oppure che si chieda il consiglio di tutti, fermo restando il § 2, n. 3». Sull'evoluzione testuale di questa norma v. J. Abbass, *Le «ultime modifiche» al Codice di Diritto Canonico Orientale*, in *Il diritto canonico Orientale nell'ordinamento ecclesiale*, cit., pp. 240-244.

[125] Sul sinodo permanente, ed in generale per alcuni cenni sulla struttura giuridica delle chiese patriarcali v. I. Žužek, *Un codice per una* "varietas Ecclesiarum", in S. Gherro (a cura di), *Studi sul Codex canonum Ecclesiarum orientalium*, Padova 1994, pp. 14-25.

un *ex voto*, il parroco deve ottenere il consenso del vescovo eparchiale, del Patriarca e del sinodo episcopale, non essendo più sufficiente quello del sinodo permanente come nel precedente;

e) se, infine, il valore del bene da alienare è superiore alla somma «stabilita o approvata»[126] dalla Santa Sede, per alienare il medesimo occorre anche il consenso di quest'ultima[127].

Sebbene il legislatore anche in questo caso non lo preveda espressamente, l'omissione di uno o più tra i consensi prescritti dal CCEO in materia di alienazione, determina certamente l'invalidità dell'atto, per le esplicite previsioni di canoni 1024 e 934 § 2, 1°, che in tal senso sanzionano gli atti compiuti in assenza del consenso dell'autorità o di un gruppo di persone che sia richiesto dal diritto[128].

Abstract
The paper proposes an analysis of the title XXIII of «Code of canons of the eastern Churches» (CCEO) and the ecclesiastical laws on the temporal goods. The A., first, illustrates the history of eastern law in this field, the innate right of the Church to use the goods for its mission, authority of the Roman Pontiff on temporal goods, and the relationship between canon and civil law.
Consequently, the paper investigates the chapters of the eastern Code about acquisition (including taxes), administration (ordinary and straordinary; diligence and responsibility of the administrator), contracts and alienations of temporal goods by parishes and others «juridic persons».

Keywords
Code of canons of the eastern Churches; ecclesiastical laws about the temporal goods; ecclesiastical goods; administration of temporal goods by parishes

[126] Il riferimento all'ipotesi di approvazione si deve alla volontà esplicita di ammettere che siano le stesse chiese a proporre la somma massima oltre la quale è necessaria la licenza della Santa Sede. Cfr. *Nuntia*, 18 (1984), p. 62.

[127] La competenza a stabilire o approvare le somme massime e a rilasciare la relativa licenza per l'alienazione dei beni ecclesiastici è riconosciuta alla Congregazione per le Chiese orientali (PB, artt. 56, 58).

[128] 934 § 2, 1°: «se si esige il consenso, è invalido l'atto giuridico dell'autorità che non richiede il consenso di quelle persone, oppure che agisce contro il loro voto o il voto di qualcuno».

Tommaso Gazzolo

Dottore di ricerca in Storia della cultura giuridica europea, Università degli Studi di Genova

Balzac e la "realtà" del diritto*

SOMMARIO: 1. Un realismo per perdita di realtà - 2. Reale e realtà del diritto - 3. Logica del debito - 4. "Descrivere" la realtà; 5. Diritto(e)letteratura.

1. Un realismo per perdita di realtà

«Balzac incalza tanto più da presso il mondo quanto più se ne allontana, creandolo. L'aneddoto secondo il quale nei giorni della rivoluzione di marzo volse le spalle alle vicende politiche e andò al suo scrittoio dicendo "Torniamo alla realtà" (*Kehren wir zur Wirklichkeit zurück*), lo descrive con fedeltà, anche se è inventato»[1]. Questa osservazione di Adorno delinea, forse meglio di ogni altra, il senso del "realismo" balzachiano, di quello che ancora il testo citato definisce come un «realismo per perdita della realtà»[2], *Realismus aus Realitätsverlust*.

E' proprio perché la realtà – intesa come referenza esterna al testo, come ciò che è già dato, che sussiste già, indipendente, prima del testo – è radicalmente messa in questione dalla scrittura balzachiana, che quest'ultima non avrà altro compito che il "ritrovarla", inventarla, produrla: non si tratta, cioè, di *dire qualcosa*, ma di *fare* qualcosa, ossia di portare il linguaggio a creare una nuova realtà, un senso che prima non esisteva. Per questa ragione, il linguaggio letterario non è regolato dalle norme di nessuna conformità esterna. Esso non è, cioè, né vero né falso, non può essere verificato, controllato, perché non si *riferisce*, propriamente, ad alcunché che stia al di fuori di esso. Esso non presuppone, in definitiva, un "ordine", una "misura" indipendente da esso, alla quale dovrebbe conformarsi. Secondo una bella espressione di Macherey: «la Parigi della *Comédie Humaine* è un oggetto letterario solo

---

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

[1] Th.W. Adorno, *Balzac-Lektüre*, in Id., *Noten zur Literatur*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1974, p. 144; trad. it. di E. De Angelis, *Lettura di Balzac*, in Th.W. Adorno., *Note per la letteratura*, Torino, Einaudi, 2012, p. 70.

[2] Th. W. Adorno, *Balzac-Lektüre*, p. 148; trad. it. cit., p. 74.

in quanto è il prodotto del lavoro di uno scrittore, e non lo precede […]. La Parigi di Balzac non è una espressione della Parigi reale»[3].

Come definire, allora, il "realismo" balzachiano? E come rileggere l'insistenza con la quale – come più volte è stato sottolineato – Balzac torna a più riprese sul mondo del diritto, sul nuovo ordine dei rapporti sociali e giuridici proprio del *code civil*? E' evidente che non potremo accontentarci di leggere il testo balzachiano cercando in esso una "rappresentazione" o una "descrizione" dei rapporti giuridici del tempo (come ha ricordato Merleau-Ponty, «non basta dire che Balzac si sia proposto di capire la società del suo tempo. Descrivere il tipo del commesso viaggiatore, fare un "anatomia dei corpi insegnanti", magari fondare una sociologia, non era un compito sovrumano»[4]). E ciò, se non altro, perché quel realismo in cui la realtà è persa, vale anche per il diritto, per il modo in cui Balzac "attacca" e incalza il *code civil*.

Ciò, certamente, non significa che, in Balzac, tutto non passi per l'analisi dei rapporti sociali, economici, giuridici che caratterizzano la società borghese, per i «tormenti che il passaggio al sistema produttivo capitalistico» significarono «per tutte le categorie del popolo»[5], per le trasformazioni, inevitabili ma progressive dalla società feudale a quella borghese. Non si scrive che in condizioni date e determinate (condizioni letterarie, sociali, economiche, giuridiche, etc.). Ma se una certa "rappresentazione" del diritto, della realtà del diritto in un determinato contesto storico e sociale, condiziona l'andamento del testo, la sua leggibilità, la scrittura non si farà che sovvertendo proprio quella realtà, secondo una strategia che cercheremo, nelle pagine seguenti, di mostrare.

2. Reale e realtà del diritto

A "sorvolare" un romanzo, il suo intrigo, la sua progressione, non si va mai da nessuna parte. Sono i particolari, sempre, che contano. Inutile sarebbe, del resto,

---

[3] P. Macherey, *Per una teoria della produzione letteraria*, trad. it. di P. Musarra e L.M. Cesaretti, Bari, Laterza, 1969, p. 61.

[4] M. Merleau-Ponty, *Il dubbio di Cézanne*, in Id., *Senso e non senso*, trad. it. di P. Caruso, Milano, Il Saggiatore, 2016, p. 37.

[5] G. Lukács, *Introduzione*, in Id., *Saggi sul realismo*, trad. it. di M. e A. Brelich, Torino, Einaudi, 1976, p. 23.

ogni tentativo di "introdurre" questo o quel testo di Balzac o, a maggior ragione, il "carattere" di uno o più dei suoi protagonisti. L' invenzione del «principio del ritorno dei personaggi», il quale fa funzionare i romanzi della *Commedia Umana* sempre attraverso meccanismi di rinvio, effetti di ritorno, *serie di trasformazioni*, rende impossibile dar conto di uno di essi: il testo che leggiamo, infatti, si trasforma a seconda del numero degli altri che dovremo ancora leggere[6]. Non è mai possibile dire di aver letto "un romanzo" di Balzac, perché esso continua a cambiare con le letture degli altri suoi romanzi, ed a seconda dell'ordine della nostra lettura cambiano le storie stesse, la successione temporale, i "caratteri" ed i "tipi", etc. Lukács scrive benissimo, da questo punto di vista, che la *Commedia umana* è come il *circolo di circoli* hegeliano[7].

Per cominciare a spiegare come il "realismo" di Balzac opera sulla "realtà" del diritto, inizieremo dall'analisi di un passo tratto da *La donna di trent'anni*:

> Noi donne siamo più maltrattate dalla civiltà che dalla natura. La natura ci impone pene fisiche che voi non avete mitigate, e la civiltà ha sviluppato in noi i sentimenti che voi tradite di continuo. La natura sopprime gli esseri deboli, e voi li condannate a vivere, li condannate all'infelicità. il matrimonio, istituzione sulla quale poggia, oggi, la società fa sentire a noi sole il suo peso: all'uomo la libertà, alla donna i doveri. Noi dobbiamo dedicarvi tutta la nostra vita, e voi soltanto rari momenti della vostra. L'uomo fa la sua scelta, mentre noi dobbiamo sottometterci ciecamente. Oh, signore, a voi posso dir tutto. Ebbene, il matrimonio, com'è inteso oggi, mi sembra una prostituzione legale.

Sarà sempre possibile, e necessario, individuare – come si è accennato – le condizioni di produzione del testo, ma sempre allo scopo di distinguerle dalla produzione stessa. Condizioni, si aggiunga, che saranno sempre *plurali* e cristallizzate in una serie di «codici» che organizzano la leggibilità del passo in esame. Potrà allora essere ritrovato un codice «retorico» che riguarda le regole sociali che disciplinano i modi e lo stile dei discorsi che le donne possono tenere in società: il linguaggio della

---

[6] M. Butor, *Balzac e la realtà*, in Id., *Repertorio. Studi e conferenze 1948-1959*, trad.it. a cura di P. Caruso, Milano, Il Saggiatore, 1961, p. 94.

[7] Così osserva, in un passo splendido, G. Lukács, *La polemica tra Balzac e Stendhal*, in Id., *Saggi sul realismo*, cit., p. 99: «Ricordiamo: Vautrin, Rastignac, Nucingen, Maxim de Truilles e altri, figurano in *Papà Goriot* come personaggi drammatici, ma la loro vera realizzazione costituirà l'argomento di altri romanzi. Il mondo di Balzac è in realtà simile a quello di Hegel circolo che di soli circoli consiste».

donna sposata sarà, in questo senso, reso possibile da una *retorica* che lo disciplina, che regola ciò che può/deve/non può dire e *come* lo può o non può dire, diverso dal linguaggio retorico che sarebbe proprio del marito, o di una ragazza in età da matrimonio, e così via. Nell'esempio, poiché l'interlocutore è un anziano prete, un curato, un «confidente», la disciplina retorica cambia rispetto a come la donna potrebbe parlare al proprio marito o al proprio amante: «Oh, signore, a voi posso dire tutto» (*à vous je puis tout dire*). Siamo nell'ordine del discorso della *confessione*, dunque, che avrà anch'esso una sua disciplina propria.

Questa «confessione» sarà, a sua volta, organizzata attraverso un codice «ideologico», che organizza tutta una serie di opposizioni su cui è costruito il discorso: civiltà / natura, uomo / donna, fisico/sentimento (ossia: corpo/anima); vita / morte; libertà / dovere. E' il discorso ideologico del tempo che viene assunto, come tale, da Balzac. E' il discorso dell'oggi, di quell'*oggi* che la protagonista pronuncia. Il quale, più che una funzione *deittica* – più che codificare informazioni relative al tempo – assolve anch'esso ad una funzione "ideologica": quella di *giudicare* il presente, di creare una opposizione "ieri / oggi", e quindi svolgendo implicitamente il tema – reazionario e presente in tutta l'opera di Balzac – della nostalgia per il passato (sono i temi ricorrenti di Balzac: cattolicesimo romantico, idealizzazione della società aristocratica dell'antico regime, etc.).

Dal momento, però, che ciò che qui interessa è il rapporto con il diritto, occorre soffermarsi sul codice propriamente «giuridico» che è individuabile nel passo. Il testo, diremmo, funziona, produce il proprio senso, soltanto facendo circolare al suo interno un certo discorso giuridico, che è il discorso del *code civil* sul *matrimonio*, "come è inteso oggi" (*tel qu'il se pratique aujourd'hui*). E' questo discorso che *costituisce* tutta una serie di posizioni, di rapporti, di *status* sociali e di "ruoli" nel romanzo di Balzac: le relazioni, ad esempio, tra moglie e marito, in questo romanzo, sono *determinate*, nel loro sviluppo all'interno della storia, anche a partire dalla nuova regolamentazione del matrimonio che è presente nel codice civile[8].

[8] Cfr. H. Faillie, *La femme et le code civil dans la comédie humaine d'Honoré de Balzac*, Didier, 1968; A. Courteix, *Balzac et la Révolution française. Aspects idéologiques et politiques*, Paris, PUF, 1997; A. Peytel, *Balzac juriste romantique*, Ponsot, Paris 1950; T.J. Farrant, *Le rôle des modèles judiciaires dans l'élaboration du discours balzacien*, in

Naturalmente, il discorso giuridico non smette di corrispondere con altri discorsi interni al testo: quello morale, quello politico, quello retorico, e così via. Si potrebbe notare, ad esempio, il suo combinarsi con quello retorico, nel passo che abbiamo letto: nell'opposizione uomo/donna, civiltà/natura, ciò che è dalla parte dell'uomo e della civiltà parla sempre un linguaggio giuridico. Sono tutti *termini di diritto* quelli della serie: l'uomo tradisce (*vous trompez. Tromper*, non *trahir*, ossia tradire la fiducia, ma "tradire" nel suo senso propriamente giuridico, che traduce immediatamente l'espressione *consilium fraudis*, l'intenzione fraudolenta), condanna (*vous condamnez*), l'uomo stabilisce doveri (*devoirs*). Ma tutti questi codici – ivi compreso quello giuridico – consentono al testo di produrre un nuovo discorso, di produrre un nuovo senso che, in essi, non è presente, non è disponibile, non è in alcun modo presentabile.

Leggiamo: «il matrimonio mi sembra essere una prostituzione legale (*me semble être une prostituion légal*)». C'è una *rottura*, improvvisa, rispetto alle significazioni rese possibili dal codice giuridico: questa affermazione, questo "senso", non può *essere-detto*, non può essere pensato all'interno di quel tipo di discorso, di quelle regole per formare e concatenare frasi che sono codificate nel discorso del diritto. E' come se il discorso del diritto venisse innestato, attivato, fatto circolare nel testo, fino ad un *punto-limite*, fino al punto in cui si produce uno *scarto*, in cui si crea un nuovo senso, quella "nuova" realtà che definiremo, da qui in avanti, il «reale» - ma su ciò, torneremo più avanti. Il discorso giuridico viene dunque sì *rappresentato*, ma spinto fino al punto in cui si *buca*, in cui viene preso in un concatenamento nuovo, trascinato verso un discorso del tutto incomprensibile per il diritto stesso, quello dell'equivalenza tra matrimonio e prostituzione.

Sposarsi *è* prostituirsi. Occorre fare molta attenzione. Non è una frase che Balzac inventa, a rigore. Il «senso» è "nuovo" non perché lo scrittore inventi necessariamente parole nuove o sia il primo a servirsi di una certa espressione.

«Cahiers de l'Association internationale des études francaises», 1992, 44, pp. 177-189; G. Rebuffa, *Il trionfo del codice civile nella testimonianza di Honoré de Balzac*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1, 1992, pp. 65-88; S. Desan, *The Family on Trial in Revolutionary France*, Berkeley, University of California Press, 2006; N. Dissaux (a cura di), *Balzac, romancier du droit*, Lexis Nexis/Litec, Paris, 2012; M. Lichtlé, *Balzac, le texte et la loi*, Presses de l'Université Paris-Sorbonne, Paris, 2012.

L'idea che il matrimonio sia una prostituzione legale è già presente sia nel discorso femminile rivoluzionario (ricorre già in Mary Wollstonecraft, *Défense des droits de la femme*, del 1792) sia in quello *anarchico* che si forma proprio nello stesso periodo in cui Balzac scrive il romanzo[9]. Ma in Balzac essa ha un senso del tutto nuovo, egli la inventa davvero, perché lascia che venga *prodotta* dal testo stesso, dalle sue "leggi" interne, dal suo funzionamento. E' una *strategia* che consiste nel sapere provocare corrispondenze, rotture, contraddizioni tra differenti discorsi e codici che attraversano la trama del testo, per far sì che, *ad un dato punto* – e nell'incontro con altri codici (ideologico, retorico, morale, etc.) – il discorso giuridico (il discorso del diritto, tutta la disciplina legale del matrimonio che circola nel testo) si rompa, si spezzi, si "rovesci".

Se rileggiamo il passo, vediamo che è proprio quell' "oggi", pronunciato due volte in poche righe, che attiva tutte quelle opposizioni di cui abbiamo parlato (civiltà-natura, uomo-donna, libertà-dovere). E' così che il discorso del diritto, in qualche modo, viene spinto *troppo avanti*, diremmo, fino ad una nuova definizione legale – una vera e propria definizione codicistica, giuridica, se ci pensiamo, ma totalmente fuori dalla logica del diritto, del *code civil*: «il matrimonio è una prostituzione legale» (questa definizione non smetterà, poi, di *circolare* in tutti i testi della *Commedia umana*, la si trova continuamente, perché è come un nuovo senso trovato, scoperto, creato, che solo attraverso l'opera può continuare a vivere ed essere riprodotto e che permette di *costruire il senso* di tutta una serie di altri testi di Balzac).

E' necessario capire a fondo questo punto. Non è, qui, Balzac che dà un giudizio sul matrimonio, che esprime la propria opinione personale, intervenendo dall'esterno sul romanzo, sul testo che sta scrivendo. E', piuttosto, il testo stesso che si costruisce, lungo una strategia, solo per spingersi verso un limite estremo del linguaggio (in questo caso: del linguaggio giuridico), a partire dal quale quel linguaggio si trova del tutto rovesciato, aggredito, contestato, preso al suo interno da

[9] Cfr. F. Dupuis-Déri, *Les anarchistes et la prostitution: perspectives historiques*, in «Genre, sexualité & société» 9, 2013.

un fuori che ne inverte il senso, che lo fa ondeggiare, fino a divenire un altro linguaggio.

E' questo il punto: portare il linguaggio del diritto, il linguaggio (giuridico) del matrimonio, fino ad un punto, ad una soglia, in cui esso finisce per negarsi, perché produce l'improducibile, perché è costretto ad una definizione che lo contraddice, in cui il matrimonio si identifica con il suo opposto, ossia la prostituzione (qui, certo, occorrerebbe riaprire un discorso su come, giuridicamente, si assista proprio nell'età napoleonica ad un nuovo disciplinamento della prostituzione. E si dovrebbe vedere proprio come il *code civil* insista sulla *specularità* tra moglie e prostituta, modello e devianza).

Cominciamo allora a capire meglio cosa può significare "realismo", e cosa significhi la produzione del «reale». Nel passo che abbiamo letto, Balzac fa esattamente questo: produrre il reale della realtà, ossia far sì che la *realtà del diritto* finisca per mostrare il *diritto reale*. Il diritto, nella sua realtà, *separa* matrimonio e prostituzione, produce e riproduce continuamente questa separazione, la codifica, la regola, la disciplina. Ma il "reale" di questa realtà, ossia ciò che permette a questa realtà di essere così come è, come si presenta, è l'*identità* tra matrimonio e prostituzione, ed è questa identità che quella stessa separazione produce e riproduce nella realtà. Soltanto nella scrittura letteraria il discorso giuridico produce ciò che lo rende reale. Al di fuori della letteratura, infatti, il discorso giuridico non potrebbe mettere in frasi – non ha il linguaggio per farlo, gli "mancano le parole" – l'identità tra matrimonio e prostituzione, che pure è il *reale* delle norme che oppongono la moglie alla prostituta, che regolano il diritto di famiglia, la disciplina dei rapporti tra coniugi.

Cerchiamo di precisare ancora meglio, un'ultima volta. Il diritto può *separare* la moglie dalla prostituta, può costituire un regime giuridico del matrimonio – della famiglia, delle relazioni tra coniugi – interamente costruito attraverso la distinzione tra due *tipi* di donna (la sposa e la prostituta), soltanto producendo l' *identificazione* tra la moglie e la prostituta. Si tratta di un doppio movimento:

(a) da una parte, è soltanto il discorso giuridico che permette di *separare* la sposa dalla prostituta: è soltanto attraverso il diritto, il suo discorso, che la "femmina" può divenire una «donna coniugata», e quindi sposa *fedele*, angelo del focolare, madre affettuosa, etc. – solo il diritto le permette, in qualche modo, di non rimanere sempre nel rischio di non potersi distinguere da una donna "facile", da una libertina – da una prostituta, in definitiva;

(b) dall'altra parte (ma è la *stessa* parte), si può divenire «donna coniugata» soltanto attraverso una logica dello *scambio*: il diritto non conosce altra logica che quella della ripartizione, della distribuzione (non solo di beni, ma, anche e soprattutto, di "posizioni"). Bisogna assicurare la possibilità di una serie di scambi – e Arnaud ha detto benissimo: il matrimonio, per il *code civil*, è una «dazione simultanea in vista di una prestazione a beneficio di un gruppo sociale, la famiglia». In questo modo, diremmo, l'unico modo che la "femmina" ha di divenire una «donna coniugata» è lo *scambio*: ma in questo modo non compie altro, che un atto di prostituzione.

E' come se il discorso giuridico non riuscisse mai ad assicurare realmente la separazione tra matrimonio e prostituzione, perché producendo e riproducendo tale separazione non fa che continuamente presupporla ed affermarla. Non si tratta – questo è un punto essenziale – di denunciare il diritto come realtà ideologica, come se vi fosse, dietro di esso, un'altra realtà. Il discorso del diritto è reale, proprio perché è ideologico, e viceversa. Non c'è *un'altra* "realtà" del diritto, nascosta ed occultata dalla prima. Si tratta di un'operazione diversa: spingere il discorso del diritto fino al punto in cui *esso stesso produce* ciò che lo *rende reale*: la realtà della separazione tra matrimonio e prostituzione – ossia: ciò che la rende possibile come discorso e come norma giuridica e sociale – è che il matrimonio è una prostituzione, che sposandosi una donna non fa altro che prostituirsi. Balzac non intende semplicemente "denunciare" un'ingiustizia sociale. Fa molto di più. E' un *visionario*, Balzac, come diceva Baudelaire, nel senso che costringe quella che chiamiamo "realtà" a divenire davvero reale soltanto attraverso il testo, la scrittura.

3. Logica del debito

Possiamo allora tentare di approfondire il problema di come la letteratura possa essere pensata come il reale di quella realtà che è il diritto. Ciò tenendo conto, però, che la *differenza* tra realtà e reale è sempre senza-differenza, perché il *reale* non consiste in una realtà altra e diversa, non indica *un'altra* realtà rispetto a quella che chiamiamo "realtà"- la sola realtà *esiste*. Nessun "mondo dietro al mondo", diremo. Nell'esempio che si è già visto, è solo l'*identità* tra la moglie e la prostituta a rendere possibile al diritto di costituirsi come la realtà della loro *differenza*. Solo la realtà esiste, dunque, ma solo il reale si effettua, ossia costituisce, con il suo movimento, la realtà stessa.

Al fine di precisare ed approfondire la nostra tesi fondamentale, tenteremo, qui di seguito, l'analisi di una pagina di *Papà Goriot*, nella quale Rastignac, il giovane di provincia che vuole "arrivare", *parvenir*, fare ingresso nei salotti dell'aristocrazia parigina, è costretto ad indebitarsi di continuo. Il rapporto creditore-debitore costituisce una *struttura attanziale* essenziale del racconto balzachiano, nella misura in cui le relazioni tra i personaggi vengono definite attraverso le *posizioni* che di volta in volta essi occupano come creditori o debitori[10]. Cerchiamo di restare su un punto particolare. Veniamo al passo, cominciamone la lettura:

> I giovani sono tutti sottoposti quasi tutti ad una legge in apparenza inesplicabile, ma la cui ragione proviene dalla loro stessa giovinezza e da quella specie di furia con la quale si lanciano al *piacere* (*plaisir*). Ricchi o poveri, non hanno mai denaro per le *necessità* della vita, mentre ne trovano sempre per i loro *capricci* (*caprices*).

Di che tipo di *legge* si tratta? Legge *en apparance inexplicable*, che dipende, scrive Balzac, dalla giovinezza, dalla sua furia per il *piacere*. Qui si apre tutta una analisi possibile. Questa non è, si dirà, una legge giuridica, quanto piuttosto una legge sociale, o meglio ancora, è una legge in quanto definisce il piano simbolico che struttura il piacere nella società parigina (il piacere, da questo punto di vista, è al contempo ciò che attiva il ricorso al credito e ciò che è necessariamente mediato dal

[10] Sul tema del "credito" in Balzac, si vedano i testi di A. Péraud, *Le Crédit dans la poétique balzacienne*, Paris, Garnier, 2012; Id. (a cura di), *La comédie (in)humaine de l'argent*, Le Bord de l'eau, 2013 ; M. Crouzet, *L'argent romanesque*, in «Romantisme», 40, 1983, pp. 115-118; A. Kremer-Marietti, *Philosophies de l'argent au XIXe siècle*, in «Romantisme», 40, 1983, pp. 7-18; P. Pellini, *Il denaro. Appunti per la storia di un tema nelle letterature europee*, in «Nuova Antologia», 2012, pp. 271-292.

credito stesso). Ma noi cerchiamo di spostarci, di vedere in che modo questa "legge" funzioni, in realtà, proprio sul piano giuridico. In forza di essa, si realizza una certa distribuzione del denaro: indipendentemente dalla ricchezza o dalla povertà di partenza, diremo, questa legge rende sempre poveri per far fronte alle necessità, sempre ricchi per far fronte ai capricci.

Vediamo come essa ridetermina, pertanto, le relazioni ricchezza/povertà, necessità/capricci, secondo una struttura particolare, in corrispondenza con le strutture espresse dal *code civil*, con il codice giuridico. Dal punto di vista del discorso giuridico, non vi è distinzione tra ricchi e poveri. Giuridicamente, infatti, ricchezza e povertà non danno luogo a status differenti: la posizione "iniziale" dei due soggetti è sempre di parità, ed i loro scambi sono sempre pensati a partire da una perfetta simmetria. Pure, quella stessa disciplina giuridica, poi, nel momento in cui regola gli scambi, i rapporti tra creditore e debitore, il sistema delle garanzie (pegno, ipoteca, etc.), non fa che assicurare la ri-produzione e la stabilizzazione di quella differenza iniziale che negava, che rimuoveva.

Tutto ciò si può, semplicemente, leggere secondo la nota contrapposizione tra eguaglianza formale / sostanziale (come scriveva Anatole France, la legge tratta i ricchi e i poveri allo stesso modo, perché proibisce al ricco come al povero di dormire sotto i ponti, di chiedere la carità per la strada e di rubare del pane). A noi, però, interessa, il movimento inverso, che imprime la "legge inesplicabile" di cui parla Balzac. Qui si parte dalla rigida opposizione tra ricchi e poveri – non si negano le differenze: *riches ou pauvres*, non c'è alternativa, non c'è che questa linea di distinzione. Eppure questa non è semplicemente una lettura dei rapporti reali, oggettivi, che sarebbero "occultati" dal discorso giuridico. Balzac parte da qui, ma spinge questa distinzione lungo un movimento – che egli ci dice dettato dalla ricerca del *piacere* – tale per cui ricchezza e povertà si confondono, si annullano. *Tutti sono poveri*, non hanno denaro, per le necessità della vita. *Tutti sono ricchi*, trovano continuamente risorse e denaro, per i capricci.

E' una nuova opposizione (*necessità / capricci*) che ora definisce quella tra ricchezza e povertà. Non: "se sei ricco, allora potrai permetterti di soddisfare anche i

tuoi capricci". Ma: "se soddisfi i tuoi capricci, allora sei ricco; e quando vorrai invece soddisfare le tue necessità, allora ti ritroverai povero". Andiamo avanti nella lettura:

Prodighi in tutto ciò che si ottiene a credito, sono avari in tutto quello che si paga in contanti (*à l'instant même*), e sembrano vendicarsi di ciò che non hanno, dissipando tutto quanto possono avere. Così, per porre nettamente la questione, uno studente tiene più (*prend bien plus de soin*) al cappello che al vestito. L'enormità del guadagno fa del sarto essenzialmente un creditore, mentre la modicità del prezzo fa del cappellaio uno degli esseri più intrattabili fra coloro coi quali egli è costretto a contrattare.

Iniziamo a vedere gli effetti che la nuova opposizione necessità/capriccio determina per quanto riguarda il *credito*. Si è avari con chi si deve pagare in contanti – ma qui vuol dire: immediatamente, sul momento, *statim quidem debetur* (altri traducono: «tutto ciò che dev'essere pagato subito») –, ed a cui si deve una modica cifra. Il debito nei confronti del cappellaio potrebbe essere saldato con poco – è un pagamento facile –, ma non lo si soddisfa mai. Ma proprio perché vuole essere pagato *immediatamente*, il cappellaio *non è un creditore*, non viene considerato come qualcuno a cui si devono dei soldi. Il sarto è invece *essentiellement créditeur*, e proprio perché non viene pagato, perché ci si indebita con lui fino al punto di non *poterlo* pagare, ma sempre senza *doverlo* pagare, perché egli dà *credito*, rinvia al futuro il proprio saldo.

Vediamo come il credito fa funzionare il *tempo*, ridetermina i rapporti temporali. Ciò che richiede di essere pagato *immediatamente*, è semplicemente *dovuto*, è cioè un debito già *passato*, e dunque incapace di produrre nuovi rapporti, nuove relazioni, di strutturare l'*azione*. Per questo il cappellaio è soltanto "intrattabile", non è neppure, in senso stretto, un creditore. Lo è invece il sarto, e lo è proprio perché il credito che può vantare – e che fa di lui appunto "*essenzialmente* un creditore" – è tale solo perché è in rapporto con l'*avvenire*, con il *futuro*. C'è un primato dell'avvenire sul presente, nella misura in cui è il futuro – il *debito non ancora dovuto* – a determinare il presente, a consentire a Rastignac di dissipare tutto ciò che può avere. Ma questo

vuol dire anche: il credito, il creditore, è colui che permette a Rastignac di *progettare il proprio avvenire*[11].

C'è, qui, un movimento tipico di Balzac: *indebitarsi per non avere più debiti*, fare talmente tanti debiti da rendere impossibile soddisfarli e, dunque, fino al punto da non "avere" realmente neppure un debito. Soltanto un indebitamento infinito consente di avere creditori, ma di non avere debiti. E' questo rinvio continuo, questa separazione temporale tra avere-a-credito e restituzione-del-debito, che consente a Rastignac di *agire* (e dunque al romanzo di scriversi)[12]. Quanto più ci si indebita, dunque, tanto meno si è debitori, si direbbe. Ciò che, invece, impedisce l'azione, che blocca l' "ispirazione" – dirà più avanti Balzac – è il debito di poco valore, contratto per una necessità, per un bisogno, e non per capriccio. E' cioè il debito per come pensato dall'ordine borghese, dal *code civil*. Il debito come *debitum*, come ciò che è *dovuto*, come ciò che si pensa pertanto al *passato*, come abbiamo visto. Leggiamo ancora un passo:

> Una necessità banale (*vulgaire*), debiti contratti per *bisogni soddisfatti* (*besoins satisfaits*), non gli ispiravano più alcuna idea geniale. Come la maggior parte di coloro che hanno conosciuto questa vita rischiosa, aspettava sempre l'ultimo momento per saldare crediti considerati sacri secondo i borghesi (*créances sacrées aus yeux des*

[11] Si veda anche il seguente passo: «Il mondo gli apparteneva! Il sarto era già stato da lui chiamato, saggiato, conquistato. Vedendo il signor de Trailles, Rastignac aveva capito l'importanza dei sarti nella vita dei giovani. Aihmé!, non ci sono mezzi termini: un sarto o è un nemico mortale, o un amico procuratoci dal conto (*donné par la facture*). Quello di Eugenio era un uomo consapevole della paternità del proprio mestiere (*la paternité de son commerce*), e si considerava un anello intermedio (*trait d'union*) tra il presente e l'avvenire dei giovani. Perciò Rastignac, riconoscente, fece la fortuna di quest'uomo con una di quelle battute per le quali più tardi divenne celebre: «Un suo paio di pantaloni ha fatto concludere matrimoni da ventimila lire di rendita!».

[12] Si potrebbe dire che la letteratura – e ciò vale soprattutto per la scrittura di Balzac, anche dal punto di vista biografico – è possibile soltanto in un *indebitamento infinito*, in uno strano *debito-senza-debito* che lo scrittore continuamente contrae per poter *continuare* a scrivere. Non posso scrivere, non c'è scrittura senza indebitamento, senza un debito da sempre contratto, senza qualcosa da *rendere*, da *restituire* (dovremmo, qui, recuperare le analisi di Derrida,, ma anche l'idea di Barthes di una scrittura libera proprio dal debito borghese: «La scrittura non è stata forse, nei secoli, il riconoscimento di un debito, la garanzia di uno scambio, il sigillo d'una rappresentazione? Ma oggi la scrittura va dolcemente verso l'abbandono dei debiti borghesi, verso la perversione, l'estremità del senso, il testo…»). Ma, dobbiamo aggiungere, lo scrittore continua a scrivere solo *per poter smettere di scrivere*. Denaro per poter scrivere, scrivere per fare del denaro. Questo vale veramente per Balzac, come ricorda Zweig: «Lavora per redimersi dalla costrizione del lavoro, serve per liberarsi dalla servitù, e questo tragico paradosso diverrà d'ora innanzi la forma e la formula della sua esistenza. Continuerà il medesimo circolo vizioso: scrivere per non dover più scrivere; arraffar denaro, molto denaro, sempre più denaro, per non essere più costretto a pensare al denaro» (qui poi c'è anche tutto il tema della *mercificazione* del romanzo, *dell'arte come merce*, che non possiamo però affrontare). Per il rapporto scrittura-debito, si vedano perlomeno J. Derrida, *Donare il tempo: la moneta falsa*, Milano, R. Cortina, 1996; H. Bloom, *L'ansietà dell'influenza*, Milano, Feltrinelli, 1982; C. Sini, *La scrittura e il debito. Conflitto tra culture e antropologia*, Milano, Jaca Book, 2002.

bourgeois), come faceva Mirabeau, il quale pagava il conto del fornaio soltanto quando gli veniva presentato sotto la forma draconiana di una cambiale.

Ancora si noti notare la differenza temporale. Il *debitum*, cioè che è dovuto, è tutto rivolto al passato: debito contratto per bisogni *già soddisfatti*. Il credito, invece, l'ottenere-a-credito, è rivolto non a bisogni, ma a capricci, e a capricci che non sono soddisfatti, ma sempre ancora da soddisfare. Il capriccio – poiché è dell'ordine del piacere, e non della necessità (come invece il bisogno) – non ha un oggetto determinato, non è qualcosa che possa essere soddisfatto, ma si dà soltanto in un rinvio continuo, è qualcosa che è continuamente rinviato. Esempio: vincere al tavolo da gioco per procurarsi denaro per comprare un gioiello per impegnarlo in cambio di denaro per il tavolo da gioco[13]. Il capriccio non ha alcun *oggetto*. Esso, diversamente, è *produttivo*: produce le possibilità dell' azione romanzesca (Rastignac che si reca al Monte di Pietà, Rastignac al tavolo da gioco, e così i suoi incontri, le sue avventure, etc.).

Rastignac non ha soldi per pagarsi il vitto e l'alloggio, ma ne ha sempre per acquistare a caro prezzo orologi e catene d'oro da impegnare successivamente. Cominciamo dunque a vedere come questi rapporti di debito / credito che vengono a strutturare tutta le serie di azioni che Rastignac compirà nel corso del romanzo funzionino secondo una logica che ridetermina quella del discorso giuridico che pure la rende possibile (non ci sono debiti o crediti se non per il diritto). Portalis aveva distinto le obbligazioni assunte «per il bizzarro desiderio di abbandonarsi ai capricci della fortuna» (come quelle contratte al tavolo da gioco) da quelle meritevoli di protezione da parte della legge, quelle fondate su «causes sérieuses», assunte per motivi utili e ragionevoli. L'obbligazione dev'essere seria, assunta per far fronte ad interessi razionali ed a necessità della vita quotidiana. C'è dunque una morale (borghese) del debito che attraversa il discorso giuridico sul debitore, ed è questo primo discorso che permette alle norme, ai singoli precetti (che si presentano come "neutrali" dal punto di vista ideologico) di funzionare ri-producendo nella sua fissità le relazioni ricchi / poveri, creditori / debitori.

[13] «Se, per procurarsi il denaro necessario al giuoco, Rastignac ben sapeva acquistare dal gioielliere orologi e catene d'oro pagati a caro prezzo con le vincite, e che poi portava al Monte d Pietà…».

Rastignac, in questo senso, è un personaggio difficile, sfuggente. L'avventuriero, colui che vuole "arrivare", e che sfida Parigi: *A noi due*, dirà proprio alla fine di Papà Goriot, rivolto alla città. Egli tuttavia non contesta le regole giuridiche ma, diversamente, le "spinge" fino al punto in cui esse producono ciò che le rende reali. Cerchiamo di rivedere, allora, questa operazione, mediante la quale si sovverte la distinzione tra ricchezza e povertà, ossia quella distinzione che il discorso giuridico nega come punto di partenza (soggetto di diritto) per poi però produrla ed affermarla come effetto del funzionamento delle regole giuridiche (come dire: "se sei povero, è perché ti sei indebitato", e non: "ti sei indebitato perché sei povero"). Le relazioni debito/credito, in Rastignac, hanno invece come punto di partenza la distinzione, già data, ricchi/poveri (*ricchi o poveri*), ma la spingono subito lungo una nuova distinzione, quella tra necessità e capricci, che la redistribuisce e produce questa "legge inesplicabile": più ci si indebita, più si è ricchi; meno si deve pagare, minore è il debito, più si è poveri. La ricchezza consiste nell'indebitarsi, la povertà nel non farlo o nel tentare di non farlo.

Ma che senso ha questa legge? Non è un apparentemente assurda? Lo è solo se non riusciamo a leggere ciò che essa implica, e che è la stessa logica del discorso giuridico, che tuttavia Rastignac pensa "all'inverso". Si tratta della logica dell'indebitamento[14] che permette al discorso giuridico di funzionare come ciò che assicura, nella società, la ri-produzione delle gerarchie e delle relazioni fisse e rigide secondo lo schema creditore: debitore = ricco: povero. Questa logica serve dunque a perpetuare l'indebitamento in funzione della riproduzione del controllo e del dominio del debitore, del "povero" (usiamo qui ancora i termini di Balzac).

E' necessario capire questo punto essenziale. La "morale" di Rastignac e la morale giuridica, condividono questo principio, questa logica: il debitore non deve poter pagare i propri debiti. Egli è tale se si indebita sempre di più, e l'interesse dello stesso creditore (di chi è «essenzialmente creditore», come dice Balzac, e non del semplice "cappellaio") non è quello di essere soddisfatto, ma di rendere il debitore

[14] Sulla logica dell'indebitamento, rimando ai lavori di G. Deleuze-F. Guattari, sia *L'Anti-Edipo* che *Millepiani*, nonché al *Nietzsche e la filosofia* del solo Deleuze. Ma si può anche confrontare con le tesi di G. Agamben, *Il regno e la gloria. Per una genealogia teologica dell'economia e del governo*, Neri Pozza, 2007 ed E. Stimilli, *Il debito del vivente. Ascesi e capitalismo*, Macerata, Quodlibet, 2011.

sempre più debitore, sempre più "colpevole". Per la morale giuridica, questo indebitamento infinito serve ad assicurare la "schiavitù" del debitore, ad assicurare che il debitore rimanga debitore, il povero rimanga povero. Proprio in quanto condivide questa logica, Rastignac tenta di "rovesciarla" per cercare di sfruttarla: più mi indebiterò, meno i miei creditori mi richiederanno la restituzione dei debiti.

Ma questo rovesciamento, in definitiva, non fa che "spingere" il discorso giuridico fino al punto in cui esso deve produrre, attraverso il testo letterario, la propria "realtà" – o, meglio, il reale della sua realtà. Anche in questo caso, come quello che si era già visto commentando il passo tratto da *La Donna di Trent'anni*, il reale del diritto si rivela essere l'antitesi della realtà del diritto:

(a) realtà: "*il debitore deve pagare quanto dovuto al creditore*";

(b) reale: "*il debitore non deve pagare i propri debiti*" (logica dell'indebitamento).

Ancora una volta, troviamo lo stesso *effetto letterario*: il testo letterario produce ciò che rende reale il diritto, e mostrando come ciò che rende il diritto una realtà sia il "rovescio" o l'inverso della sua realtà stessa. Il testo letterario, in altri termini, produce (perché non si dà prima di esso) ciò che rende possibile al diritto di essere ciò che è, la realtà che è (produce il suo "reale" – che non esiste mai, non coincide mai con la realtà). Ma se il reale è l'antitesi della realtà, come fa a renderla possibile? Ma esso è "antitesi" solo se non sappiamo leggere la realtà, comprenderla. In verità, il reale non dice che la stessa cosa della realtà.

Riprendiamo le due "affermazioni": (a) realtà (*code civil* – tutto il sistema delle obbligazioni): il debitore deve pagare i propri debiti; (a') reale: il debitore non deve pagare i propri debiti. Dicono la *stessa* cosa, a saperli leggere. La realtà, il diritto, infatti, dice proprio che il debitore *deve* pagare, ossia costituisce il debitore come *colui che è obbligato*. Ma allora, se paga, non è più obbligato, non è più debitore. Quindi la norma – la realtà, il *code civil* – , allora, dice proprio che il debitore *non deve* pagare per poter *dover-pagare*, per essere colui che *deve-pagare* i propri debitori (e quindi per essere il soggetto a cui la norma si rivolge, il suo destinatario). La condizione, dunque, affinché la norma esista è che il debitore non debba mai pagare i propri debiti. Ciò

che la rende reale, il reale della sua realtà è esattamente questo. Se il debitore pagasse, il diritto – quella norma – cesserebbe di avere una realtà. Non c'è dunque una "antitesi" tra reale e realtà. Dicono la stessa cosa. Ma solo il testo letterario consente di pensare questa stessa cosa, la fa-apparire, insegna a vederla[15].

Non si tratta, dunque, di *contrapporre* realtà e reale (non si tratta di ridurre la realtà ad una "false rappresentazione"). Esiste solo la realtà, ed il diritto *non ha* un'altra realtà rispetto a quella che *appare*. Il discorso è diverso: il diritto può avere quella realtà soltanto perché qualcosa le consente di *essere reale*. Questo "qualcosa" è ciò che il testo letterario produce, mostra, svela, e che si rivela essere l'antitesi di quello che, poi, ci apparirà come realtà. Il diritto deve obbligare il debitore al pagamento proprio perché il creditore non vuole essere pagato, ma vuole che si fissi e si riproduca proprio l'obbligo di pagare, il dovere-di-pagare, il debito, e non la sua soddisfazione. Il diritto prevede l'obbligo, per il debitore, di pagare il creditore proprio perché vuole che il debitore sia appunto obbligato, vuole che ci sia l'obbligo, e non la sua estinzione, la sua "soddisfazione".

La norma che stabilisce l'obbligo per il debitore di pagare proprio al solo fine di porre l'obbligo di non pagare. Ma questo ultimo obbligo non fa parte della realtà della norma (non è infatti mai *posto* dalla norma, non è mai un obbligo esistente). Anzi, è proprio quell'obbligo che la norma, nella sua realtà, non pone, quell'obbligo che essa non prevede, rifiuta, ponendo *al suo posto* un obbligo opposto

[15] Questo è, se vogliamo, un tema costante di Balzac, che in Rastignac viene drammatizzato ma che nasce precisamente come tentativo di una *parodia* del *code civil*. Nel 1827, il giovane Balzac aveva pubblicato, in forma anonima, un *pamphlet* dal titolo *L'arte di onorare i debiti e pagare i propri creditori senza scucire un centesimo*, presentato come un vero e proprio *Manuale di diritto commerciale*, tutto incentrato sulla tesi: "*Più hai debiti, più hai credito*", sull'idea che il credito «si fonda e si determina definitivamente sulla fedeltà alla risoluzione di non pagare mai i propri debiti». Ma, questo vorrei che riuscissimo a vedere, Balzac in realtà non fa che scoprire qui – ovviamente attraverso un "rovesciamento" parodico – la *logica dell'indebitamento* che costituisce il sistema giuridico (basterebbe questo brano: «Fate modo che più di ogni altra persona al mondo [i creditori] si interessino a preservare la vostra esistenza, che si preoccupino se avete l'influenza, fosse anche un banale raffreddore, e che tremino all'idea che vi possa venire una polmonite. Se, per puro caso, vi azzardaste a pagarli, o anche solamente a versar loro un acconto in denaro, perderebbero completamente interesse per voi»). Vediamo cosa qui si scopre: il diritto prevede l'obbligo, per il debitore, di pagare il proprio debito *soltanto in quanto* vuole sempre evitare che quest'obbligo venga mai adempiuto, perché altrimenti il debitore non sarebbe più sotto il controllo del creditore. Questa è la genialità di Balzac, che anticipa tutto ciò che si scoprirà soltanto più tardi (dovremmo pensare come in quel *pamphlet* anonimo, scritto "senza pretese", scritto solo per metter su qualche soldo, si trovino intuizioni come questa: «la figura del creditore è vecchia quanto il mondo e che, dal momento in cui ci sono stati due uomini sulla terra, uno dei due è obbligatoriamente diventato il creditore dell'altro» - sembra di leggere Nietzsche, quando scopre che la relazione creditore/debitore precede, e non segue, *lo scambio*, perché il suo principio è l'asservimento infinito).

(quello di pagare). Ma ciò, lo si ripete, va inteso correttamente. Non si tratta, di dire qualcosa di *diverso* da ciò che il diritto afferma (del tipo: "il diritto dice questo, ma *la realtà* è diversa"). Né di dire che il diritto soltanto in apparenza direbbe questo, ma *in realtà* dice un'altra cosa. Non è questo il punto. Al contrario: ciò che la scrittura letteraria "scopre" – diremmo impropriamente – è che la realtà della norma che prevede l'obbligo di pagare i propri debiti è resa possibile soltanto nella misura in cui quella stessa norma impone al debitore di non pagarli. La letteratura avrebbe dunque questo compito: produrre ciò che è il reale di quella realtà, produrre ciò che rende reale quella stessa norma.

4. "Descrivere" la realtà

Attraverso gli esempi qui analizzati, credo sia possibile cominciare a rimettere in questione l'idea propria di alcuni degli studi di "diritto e letteratura"[16], secondo cui nei testi letterari si ritroverebbero "rappresentazioni" o "descrizioni" della realtà giuridica, del funzionamento di determinati istituti, dell'effettiva "realtà" del diritto, e così via. Si è cercato di mostrare quanto tutto ciò sia distante rispetto ad un autore "realista" come Balzac. Ma, più in generale, occorrerebbe precisare come queste tesi tradiscano una errata ed impropria concezione della "descrizione" letteraria.

Descrivere la realtà, infatti, non è un'operazione *descrittiva*. La descrizione, anzitutto, è sempre dell'ordine della produzione, anche quando essa, funzionando come «cornice ambientale»[17], attiva una certa metafora dello sguardo, della visione, della vista. Parafrasando Blanchot, si dovrà, infatti, dire: scrivere non è vedere[18]. Vedere è, infatti, cogliere *immediatamente* l'oggetto in un'unità spazio-temporale, laddove scrivere è proprio ciò che libera «dall'esigenza ottica», ciò che comincia mettendo "in fila indiana", come osserva Ricardou, le cose: mentre un albero si vede

[16] Per una introduzione alle più recenti ricerche di "diritto e letteratura" ed al filone cd. *Law & Literature*, si rimanda ai lavori – ed alla relativa bibliografia – di M.P. Mittica, *Diritto e letteratura in Italia. Stato dell'arte e riflessione sul metodo*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1, 2009, pp. 3-29; Id., *O che acontece além do Oceano? Direito e Literatura na Europa/ Cosa accade di là dall'Oceano? Diritto e letteratura in Europa*, in «Anamorphosis»,1, n. 1, janeiro-junho 2015, pp. 3-36; A. Sansone, *Diritto e letteratura. Una introduzione generale*, Milano, Giuffré, 2001.

[17] Cfr., sul punto, P. Hamon, *Introduction à l'analyse du descriptif*, Paris, Hachette, 1981; P. Hamon, *Cos'è una descrizione*, in Id., *Semiologia lessico leggibilità del testo narrativo*, trad. it. Parma-Lucca, Pratiche, 1977, pp. 55-83.

[18] Cfr., sul punto, M. Blanchot, *L'Entretien infini*, Paris, Gallimard, 1969; trad. it. di R. Ferrara *L'infinito intrattenimento. Scritti sull'insensato gioco di scrivere*, , Torino, Einaudi, 1977.

sempre *in un sol colpo*, l'albero descritto è tale solo in una successione e in una durata, una frase *dopo* l'altra, un particolare dopo l'altro. Per questo se si volesse, allora, essere «realisti» in senso stretto, se si volesse cioè descrivere davvero un albero per come lo si vede, occorrerebbe, al limite, scrivere unicamente qualcosa del tipo: *laggiù, c'è un albero*. Niente altro[19].

E' esattamente ciò che il realismo, come quello di Balzac, non fa: se deve dire la cosa attraverso una descrizione minuziosa, è proprio perché la "vista" è radicalmente messa in questione. La descrizione comincia proprio quando la realtà è *persa*, quando non si trova più un senso già dato nelle cose che *vediamo*, ed esso deve pertanto essere prodotto dal testo. La descrizione è possibile solo quando diventa necessario «descrivere il mondo con una precisione esagerata, appunto perché il mondo è diventato estraneo e non si lascia più mettere a portata di mano»[20]. La descrizione non ha nulla ha che fare, pertanto, con una riproduzione, rappresentazione di una realtà – o di un senso delle cose – già dato, che preesiste: se *si presenta* sempre come un effetto-dello-sguardo, essa non consiste, però, che nel produrre una certa invisibilità, poiché ciò che essa "descrive" non è mai ciò che si può *vedere*, ma ciò che è sottratto alla "vista" – al regime dello sguardo, ai suoi dispositivi – e che solo la scrittura può tentare di "ritrovare"[21].

---

[19] J. Ricardou, *Un problema chiamato letteratura*, in Id., *L'ordine e la disfatta e altri saggi di teoria del romanzo*, trad. it. di R. Rossi, Cosenza, Lerici, 1976, pp. 19-21.

[20] Th. W. Adorno, *Balzac-Lektüre*, cit., p. 148; trad. it. cit., p. 74.

[21] Questo punto ci consentirebbe di definire meglio il problema dell'*analogia con la pittura*, con l'*immagine*, che Balzac stesso spesso utilizza. Qui vi sarebbero due discorsi, almeno, da impostare: (1) da una parte, questa "analogia" con la pittura implica la tesi secondo cui la parte descrittiva potrebbe essere tranquillamente sostituita con una *rappresentazione visiva* (come osservava Paul Valery), perché, in fondo, si tratterebbe della stessa cosa: *far-vedere* direttamente le cose stesse; (2) dall'altra, però, Balzac stesso è consapevole che si tratta di un discorso "ideologico", che presuppone ciò che abbiamo qui contestato. Presuppone l'idea, cioè, che la descrizione *rappresenti* le cose stesse quali sono facendole-vedere, regolandosi come uno sguardo, una *vista*. Ciò che è interessante – ma che non possiamo qui studiare – è allora il fatto che Balzac percepisca *la realtà come un quadro*. Dovremmo, cioè, rileggere e ridefinire l'analogia con la pittura: essa non significa che lo scrittore "copia" la realtà come fa il pittore dipingendo, ma significa che la realtà non è percepibile se non attraverso la sua *messa-in-immagine*. Ogni descrizione letteraria si illude di essere una *vista* (Barthes), nel senso che, per poter cominciare a parlare, lo scrittore ha bisogno di *trasformare la realtà in un oggetto dipinto*. Egli descrive solo attraverso il codice retorico del "ritratto". Lo scrittore non copia mai la realtà, ma *copia la rappresentazione della realtà*, perché descrive immagini pittoriche. Per questo Barthes osserva: "il realismo consiste non nel copiare il reale, ma nel copiare una copia (dipinta) del reale" (cfr. R. Barthes, *S/Z*, trad. it, Torino, Einaudi, 1973, p. 54). Si veda anche L. Marin, *Des noms et des corps dans la peinture: marginalia au Chef-d'œuvre inconnu*, in *Autour du Chef-d'œuvre inconnu de Balzac*, Paris, École nationale supérieure des arts décoratifs, 1985, pp. 45-60.

Bisogna tuttavia sottolineare un secondo aspetto, riprendendo ciò che Barthes ha definito nei termini di «illusione referenziale». Il ricorso alla descrizione sembra, infatti, sempre funzionale a produrre un *effetto-di-realtà*, a produrre cioè l'illusione che il testo stia "rappresentando" una realtà che gli pre-esiste (quando, invece, la produce). L'attenzione per i "dettagli", in particolare, serve a garantire un ordine del mondo che esiste prima del testo, che lo precede e lo giustifica. Vogliono dirci che la descrizione si sta riferendo immediatamente alle cose, che non siamo più nel racconto, ma nella pura referenza, nella possibilità di far vedere le cose che sono nella realtà. Non possiamo, ora, soffermarci sulle tesi di Barthes, che sono in verità molto complesse. Ma, da questo punto di vista, possiamo afferma che la descrizione produce la realtà come ciò che è esterna ad essa, e per questo può illudersi di ritrovarla al di fuori di essa, al di fuori del testo – per quanto attraverso il testo. La descrizione produce, cioè, la realtà come effetto di realtà.

Occorre infine un'ulteriore precisazione. Questo «eccesso descrittivo», presente spesso nelle opere di Balzac, non funziona, in realtà, se non rendendo impossibile quell'illusione referenziale al quale esso sembrava mirare. Perché Balzac si obbliga a *dire-tutto*, a far proliferare una scrittura in cui tutto deve essere detto, in cui qualsiasi dettaglio, qualsiasi oggetto sembra in qualche modo avere il "diritto" di entrare nel racconto? Da cosa deriva l'esigenza di una descrizione sempre "in eccesso", sempre spinta al di là di se stessa (una descrizione che non mira, in un certo senso, che alla propria impossibilità: è impossibile dire-tutto, bisognerà sempre fingere di averlo detto)? Nasce dall'impossibilità – che segna proprio la fine dell'idea di "rappresentazione" – che la letteratura trovi prima di sé ciò che *deve-essere-detto*. Dall'impossibilità, come Jacques Rancière ha osservato, di un ordine, di una serie di regole, di una gerarchia che preceda il testo e che gli fornisca prima i criteri di ciò di cui è *meritevole* parlare[22].

La "rappresentazione" è, in altri termini, possibile solo se *si sa già*, prima di scrivere, quali cose, azioni, oggetti *meritino* di essere raccontate. C'è un sapere che precede la scrittura e che stabilisce un certo *regime di significatività*: si parlerà o meno di

[22] J. Rancière, *Politica della letteratura*, trad. it. di A. Bissanti, Palermo, Sellerio, 2010, pp. 19-25. Si veda, sul punto, anche P. Lazlo, *Buffon et Balzac : variations d'un modèle descriptif*, in «Romantisme», 58, 1987, pp. 67-80.

un certo oggetto, o di una certa azione, a seconda che essa significhi o meno qualcosa in relazione a ciò che si deve dire. Ora, con Balzac, tutto ciò viene meno. Le cose non significano "prima" – per dirla con Brecht: «nessun realista si accontenta di ripetere continuamente ciò che già si sa»[23]. O, meglio: non c'è più alcuna possibilità di rifarsi ad un ordine, ad una gerarchia, ad un sapere che ci dica di cosa dobbiamo e possiamo parlare. Adesso qualsiasi cosa è sullo stesso piano dell'altra. Tutti gli oggetti – che siano apparentemente banali, nobili, insignificanti – "devono" essere descritti proprio perché non c'è nulla che ci dica che lo "debbano" essere. Non c'è più una «realtà» che precede il testo, se con *realtà* intendiamo un mondo *già ordinato*, del quale sappiamo già cosa merita di essere detto, cosa ha il diritto di essere raccontato, nel quale sono già presenti saperi e discorsi che regolano la futura descrizione.

Le cose, in Balzac, si fanno *segni*, la realtà si fa segno, perché il segno *costituisce* la realtà, perché essa non esiste prima del suo essere-segno e del segno che la indica, che la significa. Si ritorna allora al punto essenziale: la descrizione è possibile solo a partire dalla perdita della realtà[24].

Se, ora, cerchiamo di leggere attraverso questi differenti livelli, possiamo sostenere che la descrizione produce la realtà solo a partire dalla negazione della realtà. Questi sono, a nostro avviso, i tre "principi" alla base dell'idea balzachiana di

---

[23] B. Brecht, *Formalismo e realismo*, in Id., *Scritti sulla letteratura e sull'arte*, trad. it. di B. Zagari, Torino, Einaudi, 1973, p. 175.

[24] Se c'è una politica di Balzac – indipendentemente dalle ideologie che attraversano i suoi testi (cattolicesimo romantico, idealizzazione della società aristocratica dell'antico regime, "socialismo feudale", «utopia anglicizzante», odio per il "capitalismo usurario" in difesa della nobiltà, su cui cfr. G. Lukács *Saggi sul realismo*, Torino, Einaudi, 1950, p. 40) – essa è anzitutto una politica del reale, del reale come ciò impedisce alla realtà sociale, di cui Balzac mette in scena la "descrizione", di coincidere con se stessa, come totalità chiusa. C'è sempre, si direbbe, una «eccedenza ideologica» nella scrittura Balzac, tale da far sì che essa, pur non cessando di riprodurre l'ideologia dominante, sia sempre "spostata", in eccesso, rispetto a quest'ultima. Engels, soprattutto, aveva già mostrato come Balzac non potesse fare a meno «di tracciare e di far scorrere dei flussi che rompono il significante cattolico e dispotico della sua opera, e che alimentano necessariamente all'orizzonte una macchina rivoluzionaria» (G. Deleuze – F. Guattari, *L'anti-Edipo. Capitalismo e schizofrenia*, trad. it. di A. Fontana, Torino, Einaudi, 2002, p. 149). Ma questo avviene non "nonostante", ma proprio in forza del suo "realismo": più descrive, più perde realtà; più le cose diventano segni, più il segno smette di riferirsi ad esse. Più la scrittura insiste nel volerla riprodurre, "rappresentare", più la realtà viene trascinata verso il suo eccesso, verso quel "reale" che è ciò che essa ha da sempre cancellato, per potersi costituire. L'estetica del "realismo" balzachiano non è separabile, dunque, dalla «politica del reale», così come non lo è da una riflessione metafisica sull'essente, sulla singolarità di ciò che è. Da questo punto di vista, quella di Balzac è una scrittura "visionaria", secondo l'indicazione di Baudelaire, proprio nel suo essere realista, nel suo fare del realismo, della ossessione per la descrizione, per il "dire tutto", il mezzo per una messa in questione radicale della realtà, dei suoi regimi di significazione, dei suoi protocolli simbolici e ideologici.

descrizione: (a) la descrizione è dell'ordine della produzione, e non della rappresentazione; (b) la descrizione produce la realtà come "effetto di realtà"; (c) la descrizione presuppone il venir meno della realtà. Diventa pertanto difficile pretendere di leggere nei testi di Balzac una "rappresentazione" del mondo del diritto, dei rapporti giuridici della società borghese. Balzac, piuttosto, produce il diritto nel contestarne e sovvertirne la "realtà", come si è tentato di mostrare e nei termini sopra precisati.

5. Diritto (e) letteratura

Non è possibile, in tale sede, approfondire ulteriormente la relazione tra diritto e scrittura presente in Balzac, nei suoi testi, nel suo "realismo". Appare però utile tentare, a partire da quanto si è visto con riferimento alla scrittura balzachiana, di ritornare a discutere sul rapporto tra diritto e letteratura, a cominciare dalla stessa possibilità di questa relazione, di questo rapporto tra due "ambiti" o "discipline" diverse.

Da una parte, non c'è letteratura, per definizione, se non come *scrittura senza diritto*, come sovversione del linguaggio interna al linguaggio, portarsi della scrittura al di là della sua normatività. Come Balzac mostra, rispetto al diritto la scrittura letteraria si costituisce sempre in una certa opposizione ad esso. Letteratura, dunque, come discorso senza-diritto, perché esiste davvero «un ambito in cui l'indiretto, il *non-diritto*, è in qualche modo di rigore: è, naturalmente, quello della letteratura»[25]. La letteratura sarebbe allora definita proprio come «quel *dis-corso* che per l'appunto è senza diritto, senza segni, illegittimo, non qualificato, di cattivo augurio e quindi osceno, sempre di delusione o di rottura, e al tempo stesso, superando ogni interdetto, è il più trasgressivo»[26]. Dall'altra parte, però, sembra non potervi essere letteratura se non *attraverso* il diritto, se non all'interno dell'attivazione di una serie di protocolli giuridici che giustificano e legittimano il *diritto della letteratura*, il diritto che

[25] M. Blanchot, *Le «discours philosophique»* (1971), in *La Condition critique. Articles, 1945-1998*, Paris, Gallimard, 2010, pp. 333-334; trad. it. *Il «discorso filosofico»*, in «Aut aut», 273-274, 1996, p. 70. Cfr., sul punto, G. Zuccarino, *Blanchot, il neutro, il disastro*, in P.A. Rossi - P. Vignola (a cura di), *Il clamore della filosofia. Sulla filosofia francese contemporanea*, Milano-Udine, Mimesis 2011, pp. 107-121.

[26] M. Blanchot, *Il «discorso filosofico»*, cit., p. 71.

la letteratura rivendica per sé, il suo *diritto* ad essere *senza diritto*. Non vi sarebbe, in altri termini, letteratura possibile se non all'interno di una strategia di rivendicazione (come tale sempre giuridica), di un discorso che legittimi il "diritto" della letteratura ad essere ciò che è. Anche per Balzac, in fondo, si tratta di rivendicare un diritto di dire tutto, diritto di descrivere la realtà nei suoi minimi dettagli.

Come separare, allora, diritto e letteratura? Come tracciare una linea di separazione – la quale sarà *già tolta* non appena tracciata, per il semplice fatto di essere una linea che separa *di diritto* due "discipline", due "saperi", e che dunque assicura a ciascuna una legittimazione, un *titolo* ad essere ciò che pretende di essere? E ancora: come pensare il rapporto tra diritto *e* letteratura se risulta impossibile la loro stessa distinzione – in quanto ogni distinzione sarebbe già *giuridica*, sarebbe propria *del* diritto? Non potremo mai, dunque, parlare di diritto *e* letteratura. Ma come pensare allora il rapporto tra due termini che non si danno *prima* – ed *indipendentemente* – dal loro rapportarsi, che possono essere separati e distinti soltanto in quanto non lo sono, soltanto nel tracciare una separazione senza separazione?

Non soltanto l'uno *non è senza* l'altro, ma, più propriamente: diritto (e) letteratura sono *lo stesso*, e questo stesso si lascia dire solo nella differenza, perché soltanto differendo essi dicono il medesimo. Il nostro compito – il compito a cui dovrà prepararsi ogni studio di diritto/letteratura - sarà, allora, quello di pensare questa *differenza-senza-differenza*, questo essere lo *stesso* di diritto (e) letteratura Dovremo, in ultima istanza, prepararci dunque a pensare che, se non c'è letteratura *senza il diritto*, allo stesso tempo non c'è mai letteratura che non sia *senza-diritto*.

La riflessione dedicata a Balzac, forse, consente di avvicinarci ad una prima, possibile, riformulazione delle questioni sopra accennate. Balzac mostra, in fondo, che non c'è letteratura *senza il diritto*, perché è il diritto stesso che deve essere portato fino al suo limite, al suo "resto", fino al suo essere *senza-diritto*.

In Balzac viene in fondo interrogato il senso della profonda *sovversione* che la scrittura, quella scrittura che diviene letteratura, svolge rispetto al diritto. Sovversione, si è detto, e non "trasgressione", poiché tale ultima prospettiva non farebbe che ri-affermare il primato del diritto, il riferimento ad una norma come

misura, parametro, a partire dal quale pensare la letteratura. Se essa sovverte, se essa spinge cioè il diritto sino al suo punto estremo, punto in cui esso si fa qualcos'altro da ciò che è, si fa forse "straniero" a se stesso, ciò avviene non in forza di una qualche "trasgressione", di una "rivolta", ma di un movimento più radicale. Un movimento che abbiamo tentato di delineare, di seguire, di "afferrare", in qualche modo, attraverso la differenza (che è, si ricordi, senza differenza) tra *realtà e reale* in due "luoghi" del testo balzachiano, in cui la "sovversione" del diritto sembra passare per una scrittura che "dice" *lo stesso* del diritto, che non si pensa *contro* di esso, ma che, *nello* stesso, disfa la "realtà" del diritto medesimo. E', forse, continuando a interrogare questo movimento, a non smettere di domandare dell'inseparabilità di diritto(e)letteratura, che si potrà giungere ad una nuova definizione di questa differenza senza differenza.

Abstract
This paper proposes an explanation concerning relations betwenn law and literature in Balzac's works. As Adorno argues in his essay on Balzac, "realism" reflects a "loss of reality" and it is linked to the "Real", a concept which by its very nature is not susceptible of definition. The papers discusses the meaning of Balzac's concept of law through this opposition between "Reality" and "Real".

Keywords
Law&Humanities – Balzac – Law&Literature – realism

Caterina Fratea

Ricercatore t.d. B in Diritto dell'Unione europea nell'Universita' degli Studi di Verona

I rapporti tra ordinamento dell'Unione europea e organismi sportivi dopo la sentenza *Meca-Medina*[*]

SOMMARIO: 1. Premessa: la specificità dell'attività sportiva. – 2. Lo sport nella giurisprudenza dell'Unione europea precedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona: il parametro della libera circolazione dei lavoratori e della libera prestazione dei servizi. – 3. *Segue*. Lo sport e le politiche di concorrenza: lo spartiacque della sentenza *Meca-Medina*. – 4. Gli sviluppi più recenti: il caso *Pechstein* e le clausole arbitrali obbligatorie. – 5. Gli scenari successivi al caso *Pechstein* tra giurisprudenza nazionale e prese di posizione della Commissione europea. – 6. Conclusioni e prospettive future.

1. Premessa: la specificità dell'attività sportiva

Nell'ambito delle politiche dell'Unione europea, lo sport è stato per lungo tempo destinatario di un regime giuridico speciale a causa di alcuni tratti peculiari, che lo differenziano da qualsiasi altra attività. Questi risiedono nella sua funzione educativa, ricreativa, culturale e di tutela della salute; nell'organizzazione piramidale tipica dello sport europeo[1]; nella reciproca dipendenza sportiva tra le squadre e gli atleti che vi partecipano[2] e, soprattutto, nell'esistenza di poteri regolatori e disciplinari affidati a soggetti privati (le federazioni e gli organismi sportivi). Per salvaguardare tale specificità, pur senza attribuire allo sport un regime generale d'esenzione come per il settore della cultura, si è ritenuto che i principi dei Trattati non potessero essere applicati *mutatis mutandis* al settore sportivo[3]. Ciò in quanto tale

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

[1] Per un confronto con il modello americano, caratterizzato da una netta separazione tra sport professionistico e dilettantistico e dove i *clubs* sono organizzati come vere e proprie società di capitali e le federazioni come associazioni di *franchisees*, K. Pijetlovic, *EU Sports Law and Breakaway Leagues in Football*, The Hague, 2015, p. 36 ss.; I.S. Blackshaw, *International Sports Law: An Introductory Guide*, The Hague, 2017, p. 5 ss.

[2] Sottolinea S. Bastianon, *Sport, antitrust ed equilibrio competitivo nel diritto dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2012, pp. 485-512, a p. 488, come il settore sportivo risponda a logiche differenti rispetto a quelle tradizionali, a causa della necessaria interdipendenza tra concorrenti: al di là della competizione volta al raggiungimento dei migliori risultati agonistici, le società sportive sono chiamate a cooperare in quanto nessuna è interessata all'estromissione dal mercato dei propri *competitors*. Al contrario, un campionato equilibrato, che attira maggiormente i tifosi-consumatori, richiede un certo grado di competitività.

[3] Sul tema v. E. Szyszczak, *Is sport special?*, in B. Bogusz – A. Cygan – E. Szyszczak (edited by), *The Regulation of Sport in the European Union*, Cheltenham, 2008, pp. 3-32; J. Zylberstein, *La specificità dello sport nell'Unione europea*, in *Rivista di diritto ed economia dello sport*, 2008, pp. 59-70; S. Bastianon, *Sport, antitrust*, cit., p. 486.

ambito è connotato dalla coesistenza di due dimensioni: una economica, come tale assoggettata alle regole europee in materia di mercato interno e concorrenza, e una sociale, sottratta all'applicazione delle medesime.

A questo quadro si aggiunge la considerazione che fino al Trattato di Lisbona non vi erano disposizioni di diritto primario dedicate a tale materia. È stato infatti l'ultimo Trattato di riforma, modificando l'art. 149 TCE, a prevedere una competenza espressa, unitamente all'istruzione, alla formazione professionale e alla gioventù, già inserite nella precedente formulazione della norma. In particolare, l'art. 165 TFUE, par. 1, c. 2 stabilisce che l'Unione europea contribuisce alla "promozione dei profili europei dello sport, tenendo conto delle sue specificità, delle sue strutture fondate sul volontariato e della sua funzione sociale ed educativa". Il Trattato di Lisbona, pertanto, oltre ad inserire questa materia tra le competenze c.d. di sostegno ai sensi dell'art. 6, lett. e) TFUE, ne ribadisce la particolarità dell'organizzazione e degli obiettivi, tra i quali emerge quello di contribuire allo sviluppo della dimensione europea dello sport, promuovendo l'equità e l'apertura nelle competizioni sportive e la cooperazione tra gli organismi responsabili e proteggendo l'integrità fisica e morale degli sportivi, in particolare dei più giovani (art. 165, par. 2 TFUE)[4]. Per la realizzazione degli scopi stabiliti dal Trattato è prevista l'adozione di azioni di incentivazione da parte di Parlamento e Consiglio tramite la procedura legislativa ordinaria, previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni, nonché di raccomandazioni da parte del Consiglio, su proposta della Commissione (art. 165, par. 3 TFUE).

[4] Sulla nuova competenza attribuita all'UE, S. Weatherhill, *Principles and Practice in EU Sports Law*, Oxford, 2017, 125 ss. Prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, oltre alla dichiarazione (n. 29) sullo sport allegata al Trattato di Amsterdam, in cui si sottolineava la rilevanza sociale dello sport, i principali interventi a livello UE erano rappresentati dalla relazione della Commissione al Consiglio europeo nell'ottica della salvaguardia delle strutture sportive attuali e del mantenimento della funzione sociale dello sport nel quadro comunitario (relazione di Helsinki sullo sport), 10 dicembre 1999, COM(1999) 644 def., poi adottata dal Consiglio europeo di Nizza del 2000; dalla risoluzione del Parlamento europeo sul futuro del calcio professionistico in Europa, 29 marzo 2007, 2006/2130(INI), doc. n. P6_TA(2007)0100; nonché dal libro bianco sullo sport, 11 luglio 2007, COM(2007) 391 def. Tutti gli atti delle istituzioni UE sono reperibili al sito internet www.eur-lex.europa.eu. *Amplius*, J. Tognon, *Unione europea e sport: evoluzioni e sviluppi di un rapporto "particolare"*, in J. Tognon (a cura di), *Diritto comunitario dello sport*, Torino, 2009, pp. 3-41.

Sebbene l'inserimento di un espresso riferimento allo sport nel TFUE rappresenti, sempre nel rispetto della competenza primaria degli Stati membri, una tappa fondamentale verso l'attrazione di tale materia nell'ambito del diritto UE, già in precedenza le istituzioni europee erano intervenute in tale ambito. L'assenza di una specifica competenza, infatti, non significava che la Corte di giustizia non potesse, com'è avvenuto in più occasioni, essere chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità delle normative adottate da federazioni nazionali o internazionali con il diritto dell'Unione. Ciò in quanto l'evoluzione del fenomeno sportivo e la sua crescente rilevanza economica hanno spinto le autorità e le organizzazioni sportive a dotarsi, sulla scorta dell'autonomia di questo settore, di regolamentazioni non sempre in linea con il diritto dell'Unione.

2. Lo sport nella giurisprudenza dell'Unione europea precedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona: il parametro della libera circolazione dei lavoratori e della libera prestazione dei servizi

Pur nel rispetto della specificità dello sport, la questione di fondo riguarda l'applicazione all'ambito sportivo dei principi relativi al funzionamento del mercato interno, soprattutto in materia di libera circolazione dei lavoratori e di concorrenza. È in quest'ottica che occorre leggere il percorso giurisprudenziale compiuto dalla Corte di giustizia, connotato da diverse fasi[5]. Le prime significative pronunce, vale a dire le sentenze *Walrave*[6] e *Donà*[7], risalgono alla metà degli anni settanta e riguardano rispettivamente la libera circolazione di ciclisti e calciatori. In tali decisioni la Corte

[5] B. Nascimbene – S. Bastianon, *Diritto europeo dello sport*, Torino, 2011, p. 2 ss., ne individuano cinque, partendo dalle sentenze degli anni settanta sino a quelle dei primi anni duemila.

[6] Corte di giustizia, 12 dicembre 1974, causa 36/74, *B.N.O. Walrave, L.J.N. Koch* c. *Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie e Federación Española Ciclismo*, ECLI:EU:C:1974:140, in cui la Corte era stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con gli attuali artt. 45 e 66 TFUE di una clausola, prevista dal regolamento dell'*Union Cycliste Internationale* (UCI), in base alla quale il corridore e l'allenatore che partecipavano alle gare del campionato mondiale di corse dietro battistrada dovessero possedere la medesima nazionalità. Tutte le sentenze della Corte sono reperibili al sito internet http://curia.europa.eu.

[7] Corte di giustizia, 14 luglio 1976, causa 13/76, *Gaetano Donà* c. *Mario Mantero*, ECLI:EU:C:1976:115, relativa al divieto di ingaggiare calciatori stranieri previsto dalla Federazione Italiana Giuoco Calcio (FIGC).

ha ribadito[8] che l'attività sportiva, nella misura in cui sia configurabile come attività economica, rivestendo il carattere di una prestazione di lavoro subordinato o di una prestazione di servizi, rientra nell'ambito di applicazione degli attuali artt. 45-48 o 56-62 TFUE, con conseguente applicazione del principio di non discriminazione in base alla nazionalità in essi contenuto. La natura privata delle federazioni sportive non può infatti costituire un motivo sufficiente per sottrarre queste ultime al diritto comunitario, posto che l'abolizione degli ostacoli alla libera circolazione dei lavoratori e alla libera prestazione dei servizi sarebbe compromessa se, oltre alle limitazioni stabilite da norme statali, non si eliminassero anche quelle poste da organismi non di diritto pubblico nell'esercizio della loro autonomia giuridica[9]. Di contro, tuttavia, l'assoggettabilità dello sport al diritto comunitario è esclusa per le regole inerenti alla composizione delle rappresentative nazionali, la cui formazione, in quanto inscindibilmente legata al requisito della cittadinanza, concerne esclusivamente lo sport e non è configurabile come attività economica[10].

La Corte è tornata a pronunciarsi sulla libera circolazione degli sportivi solo a metà degli anni novanta, nel noto caso *Bosman*[11]. Nonostante la vasta risonanza mediatica di tale pronuncia, essa si pone in linea di continuità con la giurisprudenza precedente. La Corte, infatti, ribadisce che l'attività dello sportivo professionista, perseguendo un fine di lucro, rientra nell'ambito di applicazione della normativa UE, indipendentemente dal contesto in cui essa si svolge (campionati nazionali o serie minori) e dalla qualità di imprenditore della controparte. Viene pertanto esclusa

---

[8] Cfr. S. Bastianon – B. Nascimbene, *Capitolo XII. Lo sport e il diritto dell'Unione europea*, in E. Greppi – M. Vellano (a cura di), *Diritto internazionale dello sport*, 2ª ed., Torino, 2010, p. 313 ss.; Eid., *Diritto europeo dello sport*, cit., p. 11 ss.

[9] Punti 4-6 della sentenza *Walrave* e punti 12-13 della sentenza *Donà*.

[10] Punti 7-10 della sentenza *Walrave* e punto 14 della sentenza *Donà*. In quest'ultima, in particolare, la Corte, tentando di specificare l'eccezione stabilita dalla prima, afferma che non contrasta con il diritto comunitario "una disciplina o prassi che escluda i giocatori stranieri da determinati incontri per motivi non economici, ma inerenti al carattere e alla fisionomia specifica di detti incontri, e che hanno quindi natura prettamente sportiva, come ad esempio nel caso di incontri tra rappresentative nazionali di due paesi". Sulla scarsa chiarezza di tale passaggio, S. Bastianon – B. Nascimbene, *Capitolo XII*, cit., p. 314 s.

[11] Corte di giustizia, 15 dicembre 1995, causa C-415/93, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL e altri* c. *Jean-Marc Bosman e altri*, ECLI:EU:C:1995:463. Per un commento, *ex plurimis*, M. Castellaneta, *La libera circolazione degli sportivi dopo la sentenza Bosman*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 1996, pp. 633-641; M. Di Filippo, *La libera circolazione dei calciatori professionisti alla luce della sentenza Bosman*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1996, II, pp. 232-260; C. Franchini, *La libera circolazione dei calciatori professionisti: il caso «Bosman»*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1996, pp. 535-542. V. anche i contributi apparsi in S. Bastianon (a cura di), *L'Europa e lo sport. Profili giuridici, economici e sociali. Vent'anni dalla sentenza Bosman 1995-2015*, Torino, 2016.

la possibilità di invocare una sorta di eccezione sportiva, vale a dire un generale trattamento differenziato al fine di sottrarre alla sfera di applicazione dei Trattati l'intero settore dello sport. Pur lasciando impregiudicata la possibilità di ricercare soluzioni adatte a far convivere tra loro normativa europea e regole sportive, eventuali restrizioni alle libertà previste dai Trattati devono essere confinate entro limiti specifici. Sulla scorta di questo principio, viene dichiarata l'incompatibilità con il diritto UE della normativa della *Union of European Football Associations* (UEFA) che prevedeva il pagamento di un'indennità alla società di provenienza in occasione del trasferimento di un calciatore in scadenza di contratto, in quanto dissuasiva rispetto all'esercizio del diritto alla libera circolazione degli atleti. Tale restrizione non sembra neppure essere necessaria a garantire l'equilibrio finanziario e competitivo nell'ambito del calcio professionistico, esistendo secondo la Corte strumenti meno restrittivi per ottenere il medesimo risultato[12].

Inoltre, la pronuncia in esame ridimensiona la portata dell'eccezione alla regola della generale assoggettabilità al diritto UE delle norme sulla presenza degli stranieri, stabilita dalle sentenze *Walrave* e *Donà*[13]. A seguito di queste pronunce l'UEFA aveva abolito le limitazioni concernenti il numero dei calciatori di altri Stati membri che potevano essere tesserati da una società, stabilendo però al contempo la c.d. regola del '3+2' , in base alla quale il numero dei giocatori stranieri che potevano essere impiegati in una gara non poteva essere superiore a tre per squadra, oltre a due calciatori che avessero giocato nello stesso paese ininterrottamente per cinque anni (tre dei quali in squadre giovanili). Tale misura viene qualificata dai giudici come contraria alle norme dei Trattati, in quanto costituente un'ipotesi classica di discriminazione fondata sulla nazionalità[14].

Sebbene non così innovativa, la sentenza *Bosman* ha tuttavia avviato un dibattito sui rapporti tra sport e diritto UE che, anche in settori diversi dal calcio, ha

---

[12] Punti 87, 104 e 114 della sentenza *Bosman*. V. anche i casi *Mutu* decisi dal Tribunale arbitrale per lo sport (TAS) in data 21 gennaio 2015, CAS 2013/A/3365 e CAS 2013/A/3366, *Juventus FC v. Chelsea FC* e *A.S. Livorno Calcio S.p.A. v. Chelsea FC*, reperibili al sito internet www.tas-cas.org, sull'esonero dal pagamento delle indennità di trasferimento da parte della società di destinazione qualora il giocatore sia ceduto per aver violato il contratto che lo legava alla società di provenienza (nel caso di specie per risultati antidoping positivi alla cocaina).

[13] V. *supra*, nota 10.

[14] Punti 120 e 137 della sentenza *Bosman*.

continuato a far sentire i suoi effetti negli anni successivi. Dopo tale sentenza, infatti, si assiste al tentativo di scardinare il sistema sportivo, invocando l'incompatibilità con il diritto UE di altre forme di regolamentazione: dalla selezione degli atleti ai limiti temporali per il tesseramento di nuovi professionisti. A tali spinte la Corte di giustizia reagisce tentando di definire i confini dell'eccezione sportiva, evitando al contempo una lettura eccessivamente estensiva della pronuncia *Bosman*. Nel caso *Deliège*[15], relativo al judo[16], la Corte è stata chiamata in causa in relazione alle regole sull'individuazione degli atleti per le competizioni che vedono impegnate le rappresentative nazionali. In particolare, viene riconosciuta l'ammissibilità di procedure di selezione da parte delle federazioni nazionali che non si basino esclusivamente su criteri obiettivi di idoneità e sulla valutazione comparativa dei meriti degli atleti, come avviene nel sistema americano (tramite i c.d. *trials*), ma che invece riconoscano ai tecnici sportivi un margine di discrezionalità[17].

Analogamente, riguardo ai limiti temporali per il tesseramento degli atleti, nel caso *Lehtonen* relativo al gioco della pallacanestro[18], i giudici ammettono che la previsione di un termine decorso il quale non è più possibile trasferire un atleta da una squadra ad un'altra è giustificata dalla necessità di evitare che trasferimenti tardivi possano alterare l'equilibrio competitivo di un campionato. Tuttavia, la presenza di termini di trasferimento diversi per giocatori comunitari ed extracomunitari, più sfavorevoli per i primi, è tale da limitare la libertà di

[15] Corte di giustizia, 11 aprile 2000, cause riunite C-51/96 e C-191/97, *Christelle Deliège* c. *Ligue francophone de judo et disciplines associées ASBL, Ligue belge de judo ASBL, Union européenne de judo e François Pacquée*, ECLI:EU:C:2000:199. Per un commento, G. Adami, *Attività sportiva professionista o amatoriale secondo il diritto comunitario: il "caso Deliége"*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2001, pp. 236-246.

[16] Sull'estensione della giurisprudenza *Bosman* all'attività sportiva qualificata come dilettantistica, rilevando esclusivamente l'oggettiva natura della prestazione quale lavoro subordinato o quale servizio, si rinvia a L.M. Dentici, *Il lavoro tra professionismo e dilettantismo: profili di diritto interno e comunitario*, in *Europa e diritto privato*, 2009, pp. 1059-1082, spec. p. 1078 ss.; L. Fumagalli, *La sentenza* Bosman *al di fuori del contesto calcistico*, in S. Bastianon (a cura di), *L'Europa e lo sport*, cit., pp. 37-46, spec. p. 41 ss. V. anche B. Nascimbene – S. Bastianon, *Diritto europeo dello sport*, cit., p. 22 ss., in relazione all'ordinanza della Corte di giustizia dell'8 luglio 1998, causa C-9/98, *Ermanno Agostini e Emanuele Agostini* c. *Ligue francophone de judo et disciplines associées ASBL e Ligue belge de judo ASBL*, ECLI:EU:C:1998:339, nella quale la Corte, pur dichiarando irricevibile la domanda di pronuncia pregiudiziale, si era posta la questione dell'applicabilità della normativa in materia di libertà di circolazione e di prestazione dei servizi anche ai dilettanti.

[17] Punto 69 della sentenza *Dèliege*. *Amplius*, S. Bastianon – B. Nascimbene, *Capitolo XII*, cit., p. 322 ss.

[18] Corte di giustizia, 13 aprile 2000, causa C-176/96, *Jyri Lehtonen e Castors Canada Dry Namur-Braine ASBL* c. *Fédération royale belge des sociétés de basket-ball ASBL (FRBSB)*, ECLI:EU:C:2000:201.

circolazione, laddove è impedito alla squadra schierare i cestisti tesserati dopo una certa data[19].

Da tali pronunce si evince come l'autonomia dello sport abbia condotto a un'applicazione sfumata del diritto UE: la dimensione economica di tale materia è tenuta a rispettarne i principi, mentre le normative che hanno carattere puramente sportivo, come quelle relative alla selezione degli atleti per le competizioni internazionali, non sono state considerate come rientranti nel campo di applicazione dei Trattati.

3. Segue. Lo sport e le politiche di concorrenza: lo spartiacque della sentenza Meca-Medina

La distinzione appena delineata viene sensibilmente ridimensionata per effetto della sentenza *Meca-Medina*[20], relativa al nuoto di gran fondo. Nel caso in esame, i giudici di Lussemburgo sono stati chiamati a pronunciarsi sulla compatibilità delle regole antidoping, stabilite dalla *Fédération International de Natation* (FINA), con le regole antitrust fissate dagli attuali artt. 101-102 TFUE, dato che, a detta dei ricorrenti, la fissazione di una soglia minima di nandrolone pari 2 ng/ml, oltre che priva di reali fondamenti scientifici, sarebbe il risultato di un accordo restrittivo della concorrenza tra il Comitato internazionale olimpico (CIO) e i laboratori farmaceutici da esso accreditati per i controlli antidoping. La questione così prospettata veniva dunque a incentrarsi sui rapporti tra due ordinamenti giuridici: quello sportivo, che aveva autonomamente dettato norme in materia di doping, e quello dell'Unione europea, che avrebbe dovuto valutare la norma sportiva antidoping sotto il profilo della lesione dei principi comunitari di libera concorrenza. A tale riguardo, la Corte di giustizia, spostando l'analisi dal contenuto delle norme alla natura dei soggetti che le adottano, ha ritenuto che, data la

[19] Punto 60 della sentenza *Lehtonen*.

[20] Corte di giustizia, 18 luglio 2006, causa C-519/04 P, *David Meca-Medina e Igor Majcen* c. *Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:C:2006:492, sulla quale, per tutti, A. Massera, *Lo sport e il principio della parità delle armi, tra politiche antidoping e diritto della concorrenza*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2007, pp. 175-266; J. Zylberstein, *Collision entre idéaux sportifs et contingences économique dans l'arrêt Meca-Medina*, in *Cahiers de droit européen*, 2007, pp. 213-237; Id., *Inquiètant arrêt de la Cour de justice dans l'affaire Meca-Medina - Ou comment deux nanogrames de nandrolone pourraient bouleverser le sport européen*, in *Cahiers de droit du sport*, 2007, pp. 174-192; S. Bastianon – B. Nascimbene, *Capitolo XII*, cit., pp. 339 ss.

qualificazione come associazioni di imprese degli organismi sportivi[21], qualsiasi normativa da essi adottata debba essere vagliata alla luce degli artt. 101-102 TFUE. La sola circostanza che una norma abbia carattere puramente sportivo non sottrae dall'ambito di applicazione del Trattato il soggetto che esercita l'attività disciplinata da tale norma o l'organismo che l'ha emanata. Anche qualora si consideri che le norme antidoping, riguardando questioni che interessano esclusivamente lo sport, non costituiscano restrizioni alla libera circolazione, tale circostanza non implica né che l'attività sportiva interessata esuli necessariamente dall'ambito di applicazione degli artt. 101-102 TFUE, né che dette norme non soddisfino i presupposti per l'applicazione di detti articoli[22].

Nel merito, tuttavia, la Corte, richiamando la giurisprudenza *Wouters*[23], ha ritenuto che la restrizione della concorrenza in cui si sostanziava la normativa contestata fosse necessaria al perseguimento del legittimo obiettivo della lotta al doping al fine di tutelare la salute degli atleti[24] e difendere i valori etici dello sport, quali l'integrità e la lealtà delle competizioni[25]. A tali fini, la Corte ha ritenuto

---

[21] Punto 38 della sentenza *Meca-Medina*, in cui il CIO viene identificato come "associazione di associazioni internazionali e nazionali di imprese". Sulla nozione di impresa nel diritto UE, v. M.T. D'Alessio, *Art. 101 TFUE*, in F. Pocar – M.C. Baruffi (diretto da), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, 2ª ed., Padova, 2014, pp. 748-792, spec. p. 756 ss. e dottrina ivi citata. Sulla qualificazione come associazioni di imprese delle federazioni sportive nazionali e internazionali, v. anche Tribunale di primo grado, 26 gennaio 2005, causa T-193/02 P, *Laurent Piau* c. *Commissione*, ECLI:EU:T:2005:22, punto 69, in relazione alla *Fédération Internationale de Football Association* (FIFA); Corte di giustizia, 1° luglio 2008, causa C-49/07, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE)* c. *Elliniko Dimosio*, ECLI:EU:C:2008:376, punto 53, relativamente ad un'associazione senza scopo di lucro che rappresenta, a livello nazionale, la *Fédération Internationale de Motocyclisme* (FIM) e che è incaricata dell'organizzazione delle gare e della conclusione di contratti di sponsorizzazione, pubblicità e assicurazione (su tale pronuncia, K. Pijetlovic, *op. cit.*, p. 187 ss.). Analogamente le decisioni della Commissione del 27 ottobre 1992, casi n. IV/33.384 e 33.378, in relazione alla FIFA, alla FIGC e al COL (Comitato organizzatore locale della Coppa del mondo di calcio del 1990); 20 luglio 1999, caso n. IV/36.888, punto 65, sul *Comité français d'organisation de la Coupe du monde de football 1998* (CFO); 27 giugno 2002, caso n. COMP/37.806, *ENIC*, in relazione all'UEFA (le decisioni della Commissione sono reperibili al registro presente sul sito internet della DG Concorrenza). In argomento, A. Vermeersch, *All's Fair in Sport and Competition? The Application of EC Competition Rules to Sport*, in *Journal of Contemporary European Research*, 2016, pp. 238-254, a p. 248 s.

[22] Punti 27-28 e 30 della sentenza *Meca-Medina*.

[23] Corte di giustizia, 19 febbraio 2002, causa C-309/99, *J.C.J. Wouters, J.W. Savelbergh e Price Waterhouse Belastingadviseurs BV* c. *Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, ECLI:EU:C:2002:98, relativa alla compatibilità con il diritto UE della concorrenza di un regolamento relativo alla collaborazione tra gli avvocati e altre professioni liberali, quali in particolare i revisori dei conti.

[24] Su tali aspetti, anche in relazione all'art. 32 Cost., T. Pensabene Lionti, *Il diritto allo sport: tra esigenza socialmente rilevante e interesse fondamentale della persona*, in *Diritto amministrativo*, 2012, pp. 415-490, spec. p. 429 ss.

[25] Cfr. M. Coccia, *Capitolo VIII. La lotta internazionale contro il doping*, in E. Greppi – M. Vellano (a cura di), *op. cit.*, pp. 169-218, a p. 207 ss.

giustificata anche l'adozione di sanzioni disciplinari in caso di violazione delle regole antidoping[26].

La sentenza *Meca-Medina* ha prodotto un duplice risultato, andando al di là del singolo caso di specie. Da un lato, ha sancito definitivamente la scomparsa della nozione di regole attinenti a profili tecnico-sportivi quale sinonimo di regole che, in ragione del loro contenuto e delle finalità perseguite, possono ritenersi sottratte *tout court* alla sfera di applicazione del diritto dell'Unione europea[27] (come invece ancora sostenuto nelle sentenze *Dèliege* e *Lehtonen* in relazione a determinati aspetti dell'attività sportiva). Ciò comporta che qualsiasi norma emanata da una federazione sportiva, quale che sia la sua natura, debba rispettare il diritto europeo della concorrenza, ferma restando, in base ad una valutazione caso per caso, la possibilità che le relative regole, ove ritenute restrittive, siano considerate compatibili con il diritto dell'Unione in ragione degli obiettivi perseguiti, nonché della natura e dell'entità delle restrizioni che esse comportano. Dall'altro lato, attraverso il richiamo alla sentenza *Wouters*, di per sé non riguardante l'ambito sportivo, la Corte ha delineato il test che deve essere applicato al fine di verificare la compatibilità di una regola sportiva con il diritto della concorrenza. Secondo un approccio metodologico in più fasi, occorre in primo luogo verificare se la regola contestata sia tale da limitare la concorrenza, esaminando il contesto generale in cui è stata adottata, i suoi obiettivi e la proporzionalità di eventuali effetti restrittivi a tali obiettivi (c.d. *regulatory ancillarity*). In caso di risposta negativa, occorre successivamente valutare se la regola è in grado di determinare un pregiudizio al commercio tra Stati membri. In caso di risposta affermativa a quest'ultimo interrogativo, si dovrà infine verificare la sussistenza delle condizioni di esenzione previste dall'art. 101, par. 3 TFUE[28].

---

[26] Punto 45 della sentenza *Meca-Medina*. V. M. Coccia, *Capitolo VIII*, cit., p. 201 ss.

[27] Cfr. S. Weatherhill, *On overlapping legal orders: what is the 'purely sporting' rule?*, in B. Bogusz – A. Cygan – E. Szyszczak (edited by), *The Regulation of Sport*, cit., pp. 48-73, spec. p. 57 ss.

[28] In relazione allo sport, prima di *Meca-Medina*, la Corte di giustizia aveva valutato la proporzionalità della restrizione anticoncorrenziale rispetto ad un legittimo obiettivo nell'ambito del par. 3 e non direttamente nell'ambito del par. 1 dell'art. 101 TFUE: Tribunale di primo grado, 26 gennaio 2005, *Laurent Piau* c. *Commissione*, cit., che aveva stabilito la compatibilità con il diritto UE delle regole FIFA che richiedono agli agenti il possesso di una licenza, in quanto le restrizioni da esse derivanti, essendo più qualitative che non quantitative, risultano proporzionate allo scopo di tutelare i giocatori e di moralizzare l'attività degli

Si può osservare come, mentre in un primo momento l'Unione, sulla base di una distinzione meramente teorica tra regole sportive e regole economiche, ha tentato di tracciare una linea di demarcazione tra autonomia dell'ordinamento sportivo ed esigenze di tutela del mercato europeo e dei lavoratori che in esso operano, successivamente, data la labilità di tale distinzione, abbia ripiegato su un criterio ispirato al principio di convivenza giuridica tra i due ordinamenti. Ciò ha consentito ai giudici dell'Unione, in base al concetto di proporzionalità tra gli scopi previsti dalle norme dell'ordinamento sportivo e le sanzioni derivanti dalla loro violazione, di sindacare le regole antidoping o, ancora, quelle concernenti i premi volti ad incentivare la promozione dei giovani talenti, come nel caso *Olympique Lyonnais*[29]. Soltanto laddove la sanzione sia sproporzionata rispetto a uno scopo legittimo perseguito dalla norma, essa perderà l'esenzione della 'sportività' che la

---

intermediari (punto 101). In tal modo, la Corte non sembra aver considerato le Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato (in *GUUE* C 101 del 27 aprile 2004, p. 97 ss.), che, al par. 42, stabiliscono che le quattro condizioni di cui al par. 3 devono considerarsi cumulative ed esaustive e che gli obiettivi perseguiti da altre disposizioni del Trattato possono essere presi in considerazione nella misura in cui possano essere considerati in esse rientranti, con apparente esclusione degli scopi di natura sociale insiti in talune regole sportive. La giurisprudenza *Wouters*, che anticipa al par. 1 l'analisi della legittimità dell'obiettivo perseguito e della proporzionalità delle misure adottate è, infatti, anche dovuta all'esigenza di attenuare la rigidità con cui la Commissione ha inteso il par. 3. *Amplius*, sul test *Wouters*, B. Van Rompuy, *The Role of EU Competition Law in Tackling Abuse of Regulatory Power by Sports Associations*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2015, pp. 179-208, spec. p. 195.

[29] Corte di giustizia, 16 marzo 2010, causa C-325/08, *Olympique Lyonnais SASP* c. *Olivier Bernard e Newcastle UFC*, ECLI:EU:C:2010:143, in cui viene stabilita, in via generale, la compatibilità con il diritto UE delle norme che, al fine di incoraggiare l'ingaggio di giovani giocatori, garantiscono alla società che ne ha seguito la formazione un indennizzo nel caso in cui l'atleta, alla scadenza del contratto come dilettante, ne concluda uno come professionista con una società di un altro Stato membro. Diversamente, non è conforme al diritto UE, in quanto non proporzionata, una normativa nazionale che in tali ipotesi preveda per la società di provenienza la possibilità di agire contro l'atleta in via risarcitoria. Cfr. G. Agrifoglio, *Diritto comunitario, diritto interno e classificazione dei contratti: il contratto di lavoro sportivo punto di incontro tra ordinamenti*, in *Europa e diritto privato*, 2011, pp. 257-292, a p. 281 ss. Sulla necessità, anche alla luce delle nuove competenze attribuite all'UE dal Trattato di Lisbona, di incentivare la creazione dei vivai e lo sport dilettantistico avvalendosi di possibili deroghe rispetto alle regole del funzionamento dell'UE altrimenti applicabili alle società sportive, v. S.M. Carbone, *Lo sport e il diritto dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, pp. 597-607, spec. p. 599. Sul punto v. anche F. Carini, *La libertà di circolazione degli sportivi extracomunitari e la tutela dei vivai giovanili*, in *Europa e diritto privato*, 2011, pp. 287-312. Si segnala in merito anche la normativa FIFA che stabilisce il divieto di trasferimento internazionale di giocatori minorenni, salvo alcune eccezioni tassative, tra cui il trasferimento del giocatore ultrasedicenne all'interno dello Spazio economico europeo (*Regulations on the Status and Transfer of Players*, art. 19, www.fifa.com). Tale eccezione rispecchia la necessità, alla luce dell'obiettivo legittimo di protezione dei minori, di evitare misure sproporzionate, dato che il giocatore tra i 16 e i 18 anni può essere qualificato come lavoratore ai sensi del diritto UE e pertanto avvalersi delle norme sulla libera circolazione: *amplius*, K. Mekenkamp, *FIFA's provision on the protection of minors - Part 3: The compatibility of Article 19 with EU law*, 3 gennaio 2017, www.asser.nl/SportsLaw/Blog. Sul regolamento FIFA, A. Duval, *The FIFA Regulations on the Status and Transfer of Players: Transnational Law-Making in the Shadow of Bosman*, in A. Duval – B. Van Rompuy (edited by), *The Legacy of Bosman. Revisiting the Relationship between EU Law and Sport*, The Hague, 2016, pp. 81-116.

sottrae al sindacato dei giudici UE. Per converso, laddove la sanzione rispetti il criterio della ragionevolezza, della proporzionalità o della normale tollerabilità, essa potrà convivere con l'ordinamento europeo.

4. Gli sviluppi più recenti: il caso Pechstein e le clausole arbitrali obbligatorie

La sentenza *Meca-Medina*, per quanto abbia rappresentato un punto di rottura, non costituisce il punto d'arrivo nei delicati rapporti tra diritto sportivo e diritto della concorrenza. Successivi casi, presentatisi davanti alle corti nazionali dei paesi membri, hanno nuovamente messo in luce la difficoltà di conciliare l'autonomia degli ordinamenti sportivi e l'assoggettabilità al diritto UE delle attività sportive in quanto attività economiche.

Uno di questi è il caso *Pechstein*, riguardante una pattinatrice di velocità su ghiaccio, che nel 2009 è stata squalificata per due anni da tutte le competizioni dalla *International Skating Union* (ISU), a causa dell'esito positivo ad un controllo antidoping. A seguito della conferma della squalifica da parte del Tribunale arbitrale per lo sport (TAS), l'atleta decide di agire davanti al Tribunale di Monaco contro l'ISU e la federazione tedesca per il risarcimento del danno derivante da una supposta violazione dell'art. 102 TFUE. L'abuso di posizione dominante lamentato sarebbe legato alla stessa organizzazione del sistema di giustizia sportiva vigente all'interno dell'ISU e, in particolare, alla clausola arbitrale obbligatoria prevista dalle federazioni nazionale e internazionale, che deve essere obbligatoriamente accettata dagli atleti, a pena di sanzioni molto severe che possono giungere alla squalifica a vita dalle grandi competizioni internazionali, tra cui quelle olimpiche. A ciò si aggiunge una supposta assenza di indipendenza del TAS[30] rispetto al CIO a causa dei sistemi con cui gli arbitri sono selezionati. In base alle regole vigenti ai tempi dei fatti in causa, infatti, gli arbitri erano individuati all'interno di una lista chiusa stilata dall'*International Council of Arbitration for Sport* (ICAS), in cui gli organi sportivi erano tenuti a proporre tre quinti dei componenti. Inoltre, nel caso di arbitrato di appello,

[30] Sul ruolo del TAS, v. L. Casini, *Il diritto globale dello sport*, Milano, 2010, p. 189 ss.; L. Fumagalli, *Capitolo VI. La giurisdizione sportiva internazionale*, in E. Greppi – M. Vellano (a cura di), *op. cit.*, pp. 117-141.

il presidente era selezionato, non dai due arbitri scelti dalle parti, ma dalla stessa ICAS. Quest'ultima è una fondazione di diritto svizzero con sede a Losanna che, in seguito alla firma dell'Accordo di Parigi del 1994 tra il CIO e le associazioni delle federazioni dei giochi olimpici estivi e invernali[31], ha assunto lo specifico ruolo di sovraintendere al TAS, assicurandone l'indipendenza e salvaguardando i diritti delle parti. Essa, tuttavia, ha finito per essere il principale oggetto delle critiche, in ragione della sua scarsa indipendenza dalle istituzioni sportive e dell'inadeguata rappresentanza che troverebbe al suo interno la componente degli atleti. Ciò poteva di conseguenza comportare il rischio che, essendo la lista stilata dall'ICAS stessa, gli arbitri selezionati non garantissero piena indipendenza dai c.d *sports governing bodies*. Questa osservazione, condivisa e non nuova[32], viene ricondotta dalle corti tedesche ad un più ampio contesto di violazione della normativa antitrust perpetrata dalle federazioni sportive nella gestione delle principali competizioni internazionali.

Pur escludendo che l'inserimento di una clausola compromissoria nello statuto federale integri di per sé un abuso di posizione dominante, nella misura in cui spoglierebbe l'atleta della possibilità di manifestare la propria volontà sulla scelta arbitrale, costringendolo di fatto a negoziare con la consapevolezza che un diniego lo priverebbe della partecipazione alle gare più importanti[33], la Corte d'Appello di

---

[31] La prima riorganizzazione del TAS, realizzata nel 1994 attraverso l'introduzione del *Code of the Court of Arbitration for Sport* e l'istituzione dell'ICAS, fu intrapresa dal CIO a seguito delle riserve formalmente esplicitate nella sentenza dal Tribunale federale svizzero del 15 marzo 1993 ad esito dell'impugnativa del lodo TAS 92/63, *Gundel vs Fédération Equestre Internationale (FEI)* del 10 settembre 1992, da cui emergeva l'invito ad assicurare l'autonomia e l'indipendenza del TAS. La sentenza è pubblicata, con traduzione in italiano, in *Rivista di diritto sportivo*, 1994, pp. 509-517, con nota di L. Fumagalli.

[32] Sin dalla sua istituzione è stata sottolineata l'influenza che i comitati olimpici e le federazioni internazionali esercitano all'atto della nomina dei membri dell'ICAS e, di conseguenza, sulla sua successiva operatività. In particolare v. M. Baddeley, *Thoughts on Swiss Federal Tribunal decision 129 III 445*, in *Causa Sport*, 2004, p. 91 s.

[33] Si tratterebbe di una sorta di *arbitrage forcé*, destinato a configurarsi tutte le volte in cui la parte concluda una convenzione arbitrale in assenza di una reale opzione alternativa: B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, Paris, 1998, p. 16; A. Mourre – V. Chessa – M. Coccia, *Sezione 2. La clausola compromissoria e il compromesso arbitrale. Validità, efficacia ed autonomia della convenzione arbitrale*, in M.V. Benedettelli – C. Consolo – L.G. Radicati Di Brozolo (diretto da), *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale e internazionale*, 2ª ed., Milano, 2017, pp. 664-714, a p. 676. Il problema è stato indagato in materia commerciale: per tutti, N. Blackaby – C. Partasides, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5th ed., Oxford, 2009, p. 85. Il Tribunale federale svizzero, tuttavia, ha sempre tenuto un atteggiamento piuttosto liberale in ordine alla natura volontaria dell'arbitrato, ritenendo consentita l'adesione alla clausola arbitrale *by reference* nel momento in cui l'atleta abbia accettato tale previsione per iscritto e qualora sia possibile impugnare il lodo: si veda la sentenza del 22 marzo 2007, 4P 172/2006, *Cañas vs International Tennis Federation (ITF)*. Sul tema A. Merone, *Il tribunale arbitrale dello sport*, Milano, 2009, p. 59 ss. Sulla necessità che tali forme di arbitrato siano conformi al diritto UE, prevedendo il rispetto dei diritti della difesa: Corte di giustizia, 4 dicembre 2003, causa C-63/01, *Samuel Sidney*

Monaco, a seguito di alterni esiti delle corti inferiori[34], ha comunque ritenuto non assolta la valutazione sull'indipendenza del TAS rispetto alla federazione internazionale e ai comitati olimpici[35]. Emerge la consapevolezza che in ambito sportivo, in virtù della specificità del settore, il carattere volontario dell'arbitrato possa prevedere un'attenuazione[36], che però non può giungere a giustificare un indebolimento della posizione processuale dell'atleta, dovendosi al contrario sempre assicurare che il procedimento sia conforme ai principi del giusto processo. Le essenziali garanzie di terzietà e del contraddittorio, previste anche dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, devono essere vagliate al fine di verificare se l'atleta, che ha espresso la propria scelta per l'opzione arbitrale, avrebbe in concreto richiesto o accettato il giudizio del TAS[37]. Secondo la Corte, il carattere abusivo della clausola emergerebbe dall'assenza di tali garanzie nell'arbitrato prescelto, atteso che il complessivo meccanismo di nomina degli arbitri del TAS certificherebbe l'egemonia esercitata dalle federazioni internazionali e dai comitati olimpici nella composizione della lista chiusa. Questi aspetti, congiuntamente al monopolio o quasi-monopolio detenuto dall'ISU nell'organizzazione delle principali competizioni, pongono l'arbitrabilità obbligatoria delle controversie sportive in contrasto con la normativa antitrust, l'ordine pubblico e il diritto della parte a non essere privata del giudice naturale. Ne consegue, anche sulla scorta della sentenza

---

Evans c. *The Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions e The Motor Insurers' Bureau*, ECLI:EU:C:2003:650, punto 46.

[34] Per un commento alla sentenza del Landesgericht München del 26 febbraio 2014 si rinvia a V.C. Romano, *Nullità di clausole compromissorie negli arbitrati sportivi per squilibrio strutturale tra i contraenti*, in *Rivista del commercio internazionale*, 2014, pp. 543-548.

[35] Oberlandesgericht München, 15 gennaio 2015, U 1110/14 Kart, https://openjur.de. Per una traduzione, v. A. Duval, *The Pechstein Ruling of the OLG München (English Translation)*, 8 febbraio 2015, https://papers.ssrn.com. Per un commento, A. Duval – B. Van Rompuy, *The compatibility of forced CAS arbitration with EU competition law:* Pechstein *reloaded*, 23 giugno 2015, https://papers.ssrn.com. In generale sulla compatibilità di tali clausole con il diritto UE della concorrenza v. L.G. Radicati Di Brozolo, *Antitrust: a paradigm of the relations between mandatory rules and arbitration – fresh look at the "second look"*, in *International Arbitration Law Review*, 2004, pp. 23-37; C. Heinze, *Los acuerdos atributivos de jurisdicción y la ejecución efectiva del derecho de la competencia de la UE. algunas precisions sobre el alcance de los acuerdos de jurisdicción tras la sentencia del TJUE "CDC"*, in *Anuario español de derecho internacional privado*, 2016, pp. 79-101, spec. p. 99 s.

[36] Così già, L. Fumagalli, *La risoluzione delle controversie sportive: metodi giurisdizionali, arbitrali ed alternativi di composizione*, in *Rivista di diritto sportivo*, 1999, pp. 245-266, a p. 259.

[37] A seguito di un ulteriore ricorso da parte dell'atleta, anche la Corte europea dei diritti dell'uomo sarà chiamata a pronunciarsi sull'applicabilità dell'art. 6 CEDU all'arbitrato TAS: caso n. 67474/10, *Claudia Pechstein* c. *Svizzera*, ancora pendente. Cfr. E. Zucconi Galli Fonseca, *Quel che resta dell'arbitrato sportivo (dopo il nuovo codice della giustizia sportiva 2014)*, par. 7, www.rivistadirittosportivo.coni.it. In generale, C. Consolo, *L'equo processo arbitrale nel quadro dell'art. 6, par. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1993, pp. 295-334.

Eco Swiss[38], che, rappresentando le norme antitrust norme di ordine pubblico economico la cui applicazione deve essere salvaguardata dal giudice nazionale, il lodo TAS non può essere considerato riconoscibile in Germania, in forza dell'art. 1061 del codice di rito tedesco e dell'art. V, par. 2, lett. b) della Convenzione di New York del 1958[39]. L'esito severo della sentenza dei giudici di Monaco pone un tema esplicito, sintetizzabile nell'esigenza di operare un riequilibrio tra la rappresentatività degli enti sportivi e quella della componente atleti, a beneficio di una maggiore equidistanza dei collegi chiamati ad operare presso il TAS[40].

La costruzione della Corte d'appello di Monaco è stata però smentita nel 2016 dalla Corte di Cassazione federale[41] sulla scorta di diverse motivazioni, sintetizzabili nella conclusione che il TAS rappresenta un tribunale arbitrale indipendente, la cui giurisdizione era stata accettata volontariamente dalla ricorrente.

---

[38] Corte di giustizia, 1° giugno 1999, causa C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd* c. *Benetton International NV*, ECLI:EU:C:1999:269.

[39] Cfr. A. Duval, *The Court of Arbitration for Sport and EU Law: Chronicle of an Encounter*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2015, pp. 224-255, spec. p. 232 ss. Sull'eccezione di ordine pubblico prevista dalla Convenzione di New York, v., *ex multis*, N. Blackaby – C. Partasides, *op. cit.*, p. 656 ss.; G.B. Born, *International Commercial Arbitration*, vol. 3, *International Arbitral Awards*, 2nd ed., Alphen aan den Rijn, 2014, p. 3646 ss.; M. Paulsson, *The 1958 New York Convention in Action*, Alphen aan den Rijn, 2016, p. 222 ss.; R. Kreindler – K. Von Der Linden, *Arbitration, recognition of awards*, in J. Basedow – G. Rühl – F. Ferrari – P. De Miguel Asensio (edited by), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, 2017, pp. 108-126, a p. 123 ss. In ambito di contenzioso sportivo il tema della violazione dell'ordine pubblico internazionale (svizzero) era stato indagato nella sentenza del Tribunale federale svizzero del 27 marzo 2012, 4AI 558/2012, su cui P. Garraffa, *Il caso Matuzalem: verso la fine della giustizia sportiva?*, in *Rivista di diritto ed economia dello sport*, 2012, pp. 27-40. Giova ricordare che, per quanto le disposizioni antitrust UE siano qualificabili come norme di applicazione necessaria all'interno degli ordinamenti degli Stati membri (v. A.P. Komninos, *EC Private Antitrust Enforcement. Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, Oxford, 2008, p. 252; G. Carella – M. Coccia – A. Leandro, *Sezione 1. Pluralità e interdipendenza delle fonti dell'arbitrato internazionale (convenzioni internazionali, legislazioni nazionali, regolamenti arbitrali). Rapporto tra le fonti. Norme dispositive e imperative*, in M.V. Benedettelli – C. Consolo – L.G. Radicati Di Brozolo (diretto da), *op. cit.*, pp. 628-661, a p. 655), nell'ambito dell'arbitrato sportivo esse non assumono il medesimo valore. Infatti, pur ammettendo in via generale il carattere vincolante anche per gli arbitri delle norme di applicazione necessaria del paese la cui legge essi sono chiamati ad applicare (M. Coccia – A. Gardella – P. Franzina, *Sezione 6. Determinazione della sede, organi competenti alla determinazione in sostituzione delle parti, criteri di scelta e conseguenze in ordine alla disciplina dell'arbitrato*, *ivi*, pp. 793-814, spec. p. 809), gli arbitrati amministrati dal TAS, avendo in base al relativo codice sede a Losanna, prevedono, salvo una diversa scelta di legge, l'applicazione della legge svizzera (M. Coccia – A. Malatesta – P. Franzina, *Sezione 15. Disposizioni sull'individuazione delle regole di diritto applicabili al merito della controversia. Decisione secondo equità*, *ivi*, pp. 1004-1026, a p. 1025). Ciò non toglie che, come nel caso in esame, i giudici dei paesi UE possano agire in via successiva bloccando il riconoscimento del lodo, se contrastante con l'ordine pubblico del foro.

[40] Anche sulla spinta di questa pronuncia, il 1° gennaio 2016 è entrato in vigore il nuovo testo del *Code of the Court of Arbitration for Sport*, sul quale v. A. Merone, *Le modifiche del 2016 al Code TAS*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2016, pp. 439-456.

[41] Bundesgerichtshof, 7 giugno 2016, n. 97, KZR 6/15, https://juris.bundesgerichtshof.de. Per un commento A. Duval, *The BGH's Pechstein Decision: A surrealist Ruling*, 8 giugno 2016, www.asser.nl/SportsLaw/Blog.

La previsione di una clausola compromissoria non costituisce un abuso di posizione dominante, ma è legata all'esigenza di prevedere in ambito sportivo pratiche uniformi e procedure rapide, nell'interesse tanto delle federazioni sportive, quanto degli atleti, che condividono il medesimo interesse nella lotta al doping. Inoltre, i rischi di una possibile sovrarappresentazione delle federazioni all'interno dell'ICAS viene compensata dalle norme procedurali del TAS, che consentono di contestare l'indipendenza e la neutralità degli arbitri[42], nonché dalla possibilità della parte lesa da una sua decisione di presentare ricorso presso il Tribunale federale svizzero.

L'epilogo del caso *Pechstein* non convince pienamente. Per quanto occorra riconoscere che solo in ipotesi estremamente limitate si possa qualificare un'azione giudiziaria come abusiva[43], nel caso di specie la Corte non sembra aver tenuto in debito conto la struttura del TAS, né aver operato una corretta qualificazione dei fatti, non considerando che il monopolio detenuto dall'ISU nell'organizzazione delle competizioni pone la federazione in una posizione di particolare forza sul mercato. Il caso *Pechstein* rappresenta dunque un'occasione mancata, soprattutto in considerazione della rarità della questione affrontata. Infatti, sebbene altri casi trattati dalle istituzioni europee o dai giudici nazionali fossero sorti dalla contestazione di un lodo arbitrale, essi non avevano riguardato l'ammissibilità dell'arbitrato sportivo obbligatorio, ma erano volti a verificare se le norme stabilite dagli organismi sportivi, soprattutto in materia antidoping, e applicate dagli tribunali arbitrali, fossero di volta in volta conformi al diritto UE[44]. Nella giurisprudenza

---

[42] Sulla ricusazione degli arbitri, F. Bestagno – M. Coccia – D. Russetti, *Sezione 8. La ricusazione e la sostituzione degli arbitri*, in M.V. Benedettelli – C. Consolo – L.G. Radicati Di Brozolo (diretto da), *op. cit.*, pp. 858-885, spec. p. 885.

[43] Tribunale di primo grado, 17 luglio 1998, causa T-111/96, *ITT Promedia NV* c. *Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:T:1998:183, sulla contrarietà all'attuale art. 102 TFUE di procedimenti contenziosi attivati a fini vessatori, in cui il Tribunale qualifica un'azione giudiziaria abusiva in presenza di due criteri cumulativi: che l'azione non possa essere ragionevolmente considerata diretta a far valere i diritti dell'impresa, e pertanto sia meramente defatigatoria, e che sia concepita nell'ambito di un piano avente lo scopo di eliminare la concorrenza.

[44] Si veda la stessa sentenza della Corte di giustizia, 18 luglio 2006, *David Meca-Medina e Igor Majcen* c. *Commissione delle Comunità europee*, cit.; nonché la decisione della Commissione del 12 ottobre 2009, caso n. COMP/39.471, *Cañas* c. *AMA; ATP e CIAS*, sul codice antidoping dell'Associazione Tennisti Professionisti (ATP). A livello nazionale, la questione della non riconoscibilità di un lodo arbitrale era emersa anche nella sentenza *Wilhelmshaven* dell'Oberlandesgericht Bremen relativa alla compatibilità delle indennità di formazione dei calciatori dilettanti con le norme sulla libera circolazione degli sportivi: sentenza del 30 dicembre 2014, 2 U 67/14, https://openjur.de, in cui la Corte si è rifiutata di dare esecuzione al lodo della *FIFA Dispute Resolution Chamber*, confermato dal TAS, per contrarietà all'ordine pubblico in virtù della sulla incompatibilità

Pechstein, invece, si pone per la prima volta la questione generalizzata dell'imposizione della clausola arbitrale in ambito sportivo da parte di soggetti, qualificabili come associazioni di imprese, che detengono sul mercato di riferimento una posizione dominante. Non è da escludere che l'esito della lunga controversia *Pechstein* sia in parte dovuto alla preoccupazione di non esarcerbare il dibattito al fine di evitare una corsa ai tribunali da parte degli sportivi destinatari di lodi arbitrali sfavorevoli[45]. I giudici, tuttavia, pur senza necessariamente giungere all'accoglimento delle doglianze della ricorrente, avrebbero potuto cogliere l'opportunità per sottolineare i limiti che contraddistinguevano, almeno fino all'ultima riforma, il funzionamento del TAS. Anche senza mutuare le nette posizioni della Corte d'appello, la Cassazione avrebbe potuto adottare una formula più possibilista, non dissimile da quella assunta dalla Corte costituzionale federale tedesca nel caso *Solange II* in relazione ai rapporti tra diritto UE e diritto tedesco nella protezione dei diritti fondamentali. In quel frangente si stabilì che, pur nella equivalenza nei due ordinamenti, solo fin tanto che l'allora Comunità avesse garantito un'effettiva protezione di tali diritti, la Corte costituzionale non avrebbe esercitato la sua giurisdizione sulla applicabilità del diritto comunitario derivato[46]. Riecheggiando quella posizione, la Cassazione nel caso *Pechstein*, in luogo di una acritica ammissione del carattere indipendente del TAS, avrebbe potuto riservare una sfera di controllo

---

con il diritto UE. In realtà, la Corte di giustizia riconosce la legittimità degli obiettivi perseguiti dalle normative che prevedano tali indennità, purché siano ad essi proporzionate (v. *supra*, nota 29).

[45] La medesima preoccupazione sembra emergere dalle sentenze tedesche che hanno considerato, in virtù della specificità dello sport, i contratti dei calciatori, per loro natura a tempo determinato (*fixed-term contracts*), compatibili con la direttiva n. 1999/70/CE, del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato: Landesgericht Rheinland-Pfalz, 17 febbraio 2016, 4 Sa 202/15, *Heinz Müller* c. *FSV Mainz*, https://openjur.de.

[46] Bundesverfassungsgericht, 22 ottobre 1986, *ibidem*. Per un commento a tale giurisprudenza, si rinvia, *ex plurimis*, a E. Cannizzaro, *Un nuovo indirizzo della Corte costituzionale tedesca sui rapporti fra ordinamento interno e norme comunitarie derivate*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1988, pp. 24-47; S. Mangiameli, *L'esperienza costituzionale europea*, Roma, 2008, p. 32 ss.; A. Caligiuri, *Modelli costituzionali a confronto: la specificità della tutela dei diritti fondamentali nel processo di adattamento al diritto dell'Unione europea*, in A. Caligiuri – G. Cataldi – N. Napoletano (a cura di), *La tutela dei diritti umani in Europa tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, Padova, 2010, pp. 51-73, spec. p. 57 ss.; S. Gambino, *La giurisdizione costituzionale delle leggi. L'esperienza italiana nell'ottica comparata (con particolare riguardo al giudizio in via incidentale) ed in quella eurounitaria*, in S. Gambino (a cura di), *Diritti fondamentali e giustizia costituzionale. Esperienze europee e nord-americana*, Milano, 2012, pp. 1-109, a p. 86 ss.; J. Ziller, Solange III*, ovvero la* Europarechtsfreundlichkeit *del* Bundesverfassungsgericht. *A proposito della sentenza della Corte Costituzionale Federale Tedesca sulla ratifica del trattato di Lisbona*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2009, pp. 973-996; A. Von Bogdandy – M. Kottmann – C. Antpöhler – J. Dickschen, S. Hentrei – M. Smrkolj, Solange *ribaltata - proteggere l'essenza dei diritti fondamentali nei confronti degli Stati membri dell'UE*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2012, pp. 933-972.

ai giudici nazionali, ritenendo ammissibile l'arbitrato sportivo obbligatorio a favore del TAS solo nella misura in cui l'indipendenza del collegio e i diritti del giusto processo siano garantiti.

5. Gli scenari successivi al caso Pechstein tra giurisprudenza nazionale e prese di posizione della Commissione europea

Le conclusioni della Corte di Cassazione federale tedesca sono state successivamente riprese in altri Stati membri. In particolare, il tema del delicato rapporto tra clausole arbitrali sportive e diritto antitrust viene nuovamente affrontato in una decisione dell'autorità di concorrenza belga, adita per l'adozione di misure provvisorie e urgenti a seguito del rifiuto della lega calcio, inizialmente annullato, ma poi confermato sulla base di altre motivazioni dalla Corte belga di arbitrato sportivo (CBAS), di iscrivere una squadra nel massimo campionato[47]. A seguito della contestazione della clausola arbitrale da parte della squadra esclusa, l'autorità garante, accogliendo le ragioni della CBAS e richiamando la sentenza *Pechstein*, ne ammette la compatibilità sulla base della circostanza che, come ammesso in precedenza anche dalla Commissione europea[48], tali clausole non rappresentano di per sé una violazione, ma possono essere dichiarate incompatibili solo se producono nel singolo caso una restrizione anticoncorrenziale. In base ad un'innovativa costruzione, viene stabilito che, pur non rappresentando la CBAS un'istanza giurisdizionale e non un'associazione di imprese, una volta annullata e sostituita la decisione dell'organo sportivo con il lodo arbitrale, quest'ultimo si può considerare come direttamente applicativo del regolamento della lega calcio belga e, pertanto, attribuibile alla federazione. Anche se nel merito l'autorità garante conferma quanto stabilito dal lodo, la questione più interessante riguarda la possibilità che questa impostazione possa, in concreto, aver creato una via alternativa al ricorso contro i lodi arbitrali esperibile di fronte alle autorità nazionali.

[47] Decisione del 14 luglio 2016, n. ABC-2016-V/M-22, affaire n. CONC-V/M-16/0016, *L'Asbl White Star Woluwe Football Club, Asbl De Droit Belge* c. *l'Asbl Union Royale Belge Des Sociétés De Football Association et l'Asbl Cour belge d'arbitrage pour le Sport*, www.abc-bma.be.

[48] Decisione del 12 ottobre 2009, *Cañas*, cit., p. 41.

L'autorità garante ha sì chiarito di non rappresentare un'istanza di appello[49], ma l'attribuzione indiretta del lodo arbitrale ad una federazione sportiva qualificabile come associazione di imprese sembra azzardata. Tuttavia, per quanto tale decisione sia passata inosservata in dottrina, forse perché ineriva all'adozione di provvedimenti cautelari senza accertare in via definitiva possibili violazioni del diritto antitrust, se altre autorità nazionali dovessero seguirne l'impostazione, la possibilità di contestare i lodi arbitrali sportivi potrebbe, almeno in astratto, aumentare sensibilmente.

Un altro aspetto interessante legato al lungo caso *Pechstein*, al di là della qualificazione delle clausole arbitrali obbligatorie, adottate da tutte le federazioni sportive, è legato al merito di aver portato alla luce le regole adottate dall'ISU, che, grazie alla sua posizione dominante sul mercato delle competizioni di pattinaggio, riesce ad imporre agli atleti che decidano di prendere parte a gare organizzate da altri organismi indipendenti sanzioni molto severe. A causa del carattere discrezionale e sproporzionato di tali sanzioni, nel dicembre 2017 la Commissione europea, su denuncia di due pattinatori di short track, ha accertato la violazione dell'art. 101 TFUE da parte dell'ISU[50]. Sebbene, infatti, la struttura piramidale dello sport europeo, e le federazioni nello specifico, siano volte a garantire la sicurezza e la salute degli atleti e l'integrità della competizioni, le regole ISU, qualificabili come una decisione adottata da un'associazione di imprese e applicabili anche in assenza di rischi per il perseguimento degli obiettivi puramente sportivi, limitano la libertà di prestazione di servizi degli atleti e la possibilità di altri soggetti di entrare nel mercato dell'organizzazione di competizioni di pattinaggio. Pur senza prevedere alcuna sanzione pecuniaria, la decisione della Commissione impone all'ISU di modificare le proprie regole, rischiando diversamente, *ex* art. 24 del regolamento n. 1/2003[51], una penalità di mora pari al 5% del fatturato medio giornaliero realizzato durante

[49] Punto 52 della decisione, p. 172.

[50] Caso n. AT.40208, non ancora pubblicata; v. *press release* IP/17/5184 (tutte le *press releases* sono reperibili al sito internet http://europa.eu/rapid/search.htm). Sulla comunicazione degli addebiti v. R. Molè, *The International Skating Union case (AT.40208): sanctioning sanctions for participation in unsanctioned events?*, 14 ottobre 2016, in *Eurojus.it*.

[51] Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato.

l'esercizio sociale precedente per ogni giorno di ritardo a decorrere dalla data fissata nella decisione.

L'importanza del caso *ISU* è legata all'oggetto dell'investigazione della Commissione, vale a dire le regole dettate dalle federazioni per l'ammissione degli atleti o delle squadre alle diverse manifestazioni (c.d. *eligibility rules*), che rappresentano un elemento comune a molti sport. Il principio per cui il carattere speciale dello sport non può condurre a un'esenzione totale di tale tipologia di regole dalle norme di concorrenza travalica, quindi, il settore del pattinaggio per estendersi a tutte le discipline. Ciò risulta ancor più significativo poiché sono pendenti di fronte all'Esecutivo europeo due procedimenti che, in modo del tutto analogo, portano alla luce un conflitto di interessi in capo alla *International Basketball Federation* (FIBA). La regola controversa in questi casi è inerente all'esclusione delle squadre nazionali dalle competizioni internazionali da parte della FIBA, qualora le federazioni nazionali consentano la partecipazione dei propri *clubs* alle competizioni organizzate dalla *Euroleague Commercial Assets* (ECA), torneo in diretta competizione con la *Champions League*, organizzata dalla stessa FIBA[52]. Se la Commissione dovesse confermare il proprio orientamento, anche posizioni come quella che emerge dalla sentenza della Corte di Cassazione federale tedesca, esaminata nel precedente paragrafo, potrebbero essere riviste, ridimensionando il riconoscimento dei lodi arbitrali sportivi negli ordinamenti interni.

La decisione *ISU* segna un importante cambio di passo da parte della Commissione, che tradizionalmente tendeva a non intervenire nelle questioni relative agli aspetti regolatori ed organizzativi delle competizioni, preferendo lo strumento della negoziazione con gli organismi sportivi o stabilendo, in presenza di normative limitative della concorrenza, che la restrizione era funzionale e proporzionata ad uno scopo legittimo, legato alla specificità dell'attività sportiva[53]. Emblematica a tale riguardo è la decisione che nel 2001 ha coinvolto, tra le altre, la

[52] Ne dà notizia M. Montejo, *FIBA/Euroleague: Basketball's EU Competition Law Champions League - first leg in the Landgericht München*, 15 giugno 2016, www.asser.nl/SportsLaw/Blog.

[53] R. Parrish, *Sports Law and Policy in the European Union*, Manchester, 2003, p. 110.

Fédération Internationale de l'Automobile (FIA) e la *Formula One Administration* (FOA)[54]. Si tratta di un contesto simile a quello del caso *ISU* in quanto si trattava di verificare, in particolare, se la FIA si fosse avvalsa della propria autonomia in materia di regolamentazione sportiva per bloccare l'organizzazione di gare concorrenti alle proprie manifestazioni, ad esempio vietando agli organizzatori di mettere, per lunghi periodi tempo, i circuiti utilizzati per gare di formula uno a disposizione di altre competizioni. In tale caso la procedura di investigazione venne chiusa a seguito della modifica da parte della FIA di tali regole, unitamente ad altre riguardanti i diritti di trasmissione televisiva[55].

Con la decisione *ISU*, invece, anche la Commissione, rifacendosi alla giurisprudenza *Meca-Medina*, ribadisce che non vi sono più categorie di regole interamente sottratte al rispetto del diritto UE[56]. Per di più, nel caso di specie, la violazione dell'art. 101 TFUE viene qualificata come una restrizione per oggetto, sulla base del fatto che, al fine di preservare gli interessi commerciali della federazione internazionale, erano imposti nei rapporti verticali ISU-atleti obblighi qualificabili come di non concorrenza. Questa impostazione suscita perplessità in quanto la giurisprudenza della Corte di giustizia, nei casi *Pronuptia* e *Delimitis*, va in senso contrario, considerando che tali comportamenti possono tutt'al più integrare

[54] Caso n. COMP/36.776; v. *press release* IP/01/1523.

[55] Così come avvenne nel 2002 nel caso *FIFA* (caso n. COMP/36.583; v. *press release* MEMO/02/127), relativo alle norme sul trasferimento dei calciatori in virtù dell'adozione di nuove regole in grado di bilanciare la libertà circolazione e il diritto alla stabilità contrattuale con l'obiettivo legittimo di salvaguardare l'equilibrio dei campionati. Si vedano anche le decisioni di rigetto delle denunce del 3 dicembre 1999, caso n. COMP/E3/36.851, *Lille* c. *UEFA* (c.d. caso *Mouscron*), in cui viene stabilito che le regole inerenti all'organizzazione della Coppa UEFA non rientrano nell'ambito di applicazione del diritto comunitario; 25 giugno 2002, *ENIC*, cit., in cui è stabilito che la c.d. *UEFA integrity* o *multi-ownership rule*, secondo cui una società o una persona fisica non può controllare direttamente o indirettamente due o più squadre impegnate in competizioni organizzate dall'UEFA, è proporzionata allo scopo legittimo di garantire l'integrità delle competizioni (v. B. Nascimbene – S. Bastianon, *Diritto europeo dello sport*, cit., p. 62 s.); 4 agosto 2011, caso n. COMP/39.732, *BRV* c. *FIA, certain Formula One engine manufacturers, FIM, Dorna, Honda*, e 24 ottobre 2014, caso n. COMP/40.105, *UEFA Financial Fair Play Rules*, a causa dell'assenza di un sufficiente grado di interesse europeo per continuare l'indagine.

[56] La Commissione torna però ad un atteggiamento più cauto con il rigetto, nel 2017, della denuncia contro la FIFA per supposta anticoncorrenzialità delle norme che fanno divieto ai fondi di investimento di finanziare società calcistiche tramite contratti con i quali i primi si impegnano a contribuire all'acquisto di giocatori in cambio di una percentuale sulle indennità di trasferimento (c.d. di *third party ownership ban*), considerando che tale regola mira ad evitare l'insorgenza di conflitti di interesse tra squadre, giocatori e investitori. Ne danno notizia A. Oviedo e D. Arribas, *The European Commission upholds the prohibition of tpo contracts by FIFA*, 13 novembre 2017, www.lexology.com.

nei singoli casi una restrizione per effetto[57]. La protezione dei propri interessi commerciali, presente in capo alla figura del *franchisor* anche nel caso *Pronuptia*, non può essere considerata un elemento sufficiente per considerare esistente una violazione per oggetto. Peraltro, la discussione si inserisce in un periodo in cui la Corte di giustizia ha sensibilmente delimitato tale nozione, stabilendo che "il criterio giuridico essenziale per determinare se un coordinamento tra imprese comporti una restrizione siffatta della concorrenza 'per oggetto' risiede nel rilievo che un simile coordinamento presenta, di per sé, un grado sufficiente di dannosità per la concorrenza"[58]. La questione rilevante, pertanto, non avrebbe dovuto essere legata alla protezione di interessi commerciali da parte dell'ISU, bensì all'eventuale perseguimento di un obiettivo legittimo, non necessariamente legato alla specificità dell'ambiente sportivo. Come in *Cartes bancaires*, tale obiettivo legittimo sarebbe potuto essere quello di combattere il parassitismo (c.d. *free-riding*), vale a dire il rischio che, in assenza di regole che pongano determinate salvaguardie, soggetti concorrenti nel mercato si avvantaggino dei risultati ottenuti con le risorse della federazione in termini di organizzazione delle competizioni, di miglioramento tecnico degli atleti e, conseguentemente, di livello delle competizioni. Peraltro, la Commissione sottolinea che la gravità del comportamento dell'ISU era legata alla circostanza che il perseguimento dei propri interessi economici avvenisse a discapito degli atleti, senza considerare che la relazione tra atleti e federazioni è reciprocamente benefica, in quanto, da un lato, gli sportivi professionisti necessitano

---

[57] Corte di giustizia, 28 gennaio 1986, causa 161/84, *Pronuptia de Paris GmbH* c. *Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, ECLI:EU:C:1986:41, punto 27; 28 febbraio 1991, causa C-234/89, *Stergios Delimitis* c. *Henninger Bräu AG*, ECLI:EU:C:1991:91, punto 29. Sulla distinzione tra restrizioni per oggetto e per effetto, v., per tutti, A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law*, 5th ed., Oxford, 2014, pp. 203-249; L. Vogel, *European Competition Law*, Paris, 2015, pp. 84-89. Come sottolinea D. Danieli, *Reverse Payment Settlement Agreements in the Pharmaceutical Industry: State of Play and Possible Developments in the US and the EU*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, pp. 106-140, a p. 135, il processo di modernizzazione del diritto UE della concorrenza, avviato nei primi anni duemila, non ha modificato il modo di intendere tale distinzione. In argomento anche A. Jones, *Left Behind by Modernisation? Restrictions by Object Under Article 101(1)*, in *European Competition Journal*, 2010, pp. 649-676, spec. pp. 650-655; D. Waelbroeck – D. Slater, *The Scope of Object vs Effect Under Article 101 TFEU*, in J. Bourgeois – D. Waelbroeck (eds.), *Ten years of effects-based approach in EU competition law. State of play and perspectives*, Brussels, 2013, pp. 131-157.

[58] Corte di giustizia, 11 settembre 2014, causa C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires (CB)* c. *Commissione europea*, ECLI:EU:C:2014:2204, punto 57. Per un commento, G. Bruzzone – S. Capozzi, *Restrictions by Object in the Case Law of the Court of Justice: in search of a Systematic Approach*, in G. Benacchio – M. Carpagnano (a cura di), *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europe*, Napoli, 2015, pp. 217-236; P. Fattori, *The Impact of* Groupement des Cartes Bancaires *on Competition Law Enforcement*, in *Rivista italiana di antitrust*, 2015, n. 2, pp. 22-28.

di *competitors* e di una federazione che organizzi le competizioni; dall'altro, le organizzazioni sportive hanno bisogno dei partecipanti.

La via della qualificazione delle regole ISU come restrizione per effetto non solo non avrebbe comportato particolari difficoltà, considerando che la presenza di obblighi di esclusiva in una situazione di monopolio o quasi-monopolio rende pressoché inevitabile la produzione di effetti anticompetitivi, ma avrebbe potuto altresì rappresentare un'utile occasione per meglio definire i criteri della qualificazione di un comportamento sul mercato come restrittivo per effetto. Ciononostante, e indipendentemente dall'intento qualificatorio della restrizione, per quanto rileva in questa sede, la decisione della Commissione, stabilendo per la prima volta l'incompatibilità con il diritto dell'Unione delle regole relative all'ammissione alle competizioni, potrebbe aprire una nuova fase nei rapporti tra ordinamento UE e ordinamento sportivo, la cui reciproca autonomia era già stata fortemente intaccata dalla sentenza *Meca-Medina*.

6. Conclusioni e prospettive future

Dalla disamina che precede emerge come, sebbene l'Unione europea detenga una competenza in materia di sport solo a partire dal Trattato di Lisbona, da tempi risalenti la Corte di giustizia sia intervenuta in tale ambito al fine valutare la compatibilità di determinate regolamentazioni sportive con il diritto UE, relativo in particolare alla circolazione dei lavoratori, alla libertà di prestazione dei servizi e alle politiche antitrust[59]. Molti altri profili, avendo costituito oggetto di attenzione da parte delle istituzioni UE e delle corti domestiche, avrebbero potuto entrare nel presente lavoro, soprattutto in relazione all'ambito della concorrenza: tra questi i diritti di trasmissione televisiva[60], le regole FIFA sugli intermediari (agenti e procuratori) che fissano un tetto alla percentuale che questi possono incamerare

[59] Per un più ampio *excursus* della giurisprudenza della Corte, S. Weatherhill, *Principles and Practice*, cit., p. 71 ss.

[60] In argomento v. E. Raffaelli, *I diritti di trasmissione televisiva degli eventi sportivi nella prospettiva* antitrust, in S. Bastianon (a cura di), *L'Europa e lo sport*, Torino, 2013, pp. 69-82; S. Weatherhill, *Principles and Practice*, cit., p. 288 ss.

quando concludono la vendita o il trasferimento di un atleta[61], nonché gli aiuti fiscali alle società sportive[62].

Al contrario, su altre tipologie di regole, la compatibilità delle quali con il diritto UE della concorrenza è stata posta in dubbio, si attende ancora una presa di posizione da parte della Commissione o dei giudici europei e nazionali. Tra queste, le regole UEFA sul *fair play* finanziario approvate nel 2010. Esse sono volte a migliorare le condizioni finanziarie generali del calcio europeo, prevedendo che le squadre che si qualificano per le competizioni UEFA debbano dimostrare di non avere debiti insoluti verso altri *clubs*, giocatori e autorità fiscali per tutta la stagione. Inoltre, dal 2013, le squadre devono rispettare requisiti c.d. di *break-even*, che richiedono di bilanciare le spese con i ricavi, riducendo progressivamente il debito. Pur emerse nel caso *Striani*, sia la Commissione[63], sia il Tribunale di primo grado di Bruxelles[64] in sede risarcitoria, sia la Corte di giustizia[65], adita da quest'ultimo con rinvio pregiudiziale, hanno rigettato la denuncia dell'agente di calcio per motivi non legati al merito ma, rispettivamente, perché il giudice nazionale era considerato più idoneo a trattare il caso, per difetto di giurisdizione e per assenza di elementi sufficienti a pronunciarsi[66].

---

[61] V. Tribunale di primo grado, 26 gennaio 2005, *Laurent Piau* c. *Commissione*, cit. Per un esame circa la loro compatibilità con il diritto UE si veda anche la sentenza dell'Oberlandesgericht Frankfurt del 2 febbraio 2016, 11 U 70/15 Kart, https://openjur.de, su cui A. Duval – K. Mekenkamp, *De- or Re-regulating the middlemen? The DFB's regulation of intermediaries under EU law scrutiny at the OLG Frankfurt*, 6 ottobre 2016, www.asser.nl.

[62] Su questi aspetti si rinvia a P. Nicolaides, *A Critical Analysis of the Application of State Aid Rules to Sport*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2015, pp. 209-223; B. Van Rompuy – O. Van Maren, *EU control of State aid to professional sport: why now?*, in *Asser Institute Research Paper Series*, February 2016, www.asser.nl.

[63] Decisione del 12 febbraio 2014, caso n. COMP/40.105.

[64] Si veda B. Van Rompuy, *The Brussels Court judgment on Financial Fair Play: a futile attempt to pull off a Bosman*, 6 luglio 2015, www.asser.nl/SportsLaw/Blog. Il difetto di giurisdizione è dichiarato *ex* art. 5, par. 3 della Convenzione di Lugano non subendo il ricorrente un pregiudizio diretto a causa delle norme in esame. Sull'analisi delle corrispondenti norme dei regolamenti n. 44/2001, c.d. Bruxelles I, e n. 1215/2012, c.d. Bruxelles I *bis* (sostitutivo del primo), e sulla loro interpretazione, sia consentito rinviare a C. Fratea, *Il* private enforcement *del diritto della concorrenza dell'Unione europea. Profili europei, internazionalprivatistici e interni*, Napoli, 2015, p. 109 ss., e dottrina ivi citata.

[65] Ordinanza della Corte di giustizia del 16 luglio 2015, causa C-299/15, *Daniele Striani e a.* c. *Union européenne des Sociétés de Football Association (UEFA) e Union Royale Belge des Sociétés de Football - Association (URBSFA)*, ECLI:EU:C:2015:519, sulla quale R. Molè, *The curious case of Daniel Striani (C-299/15): a missed opportunity*, 21 settembre 2015, in *Eurojus.it*.

[66] Per la proporzionalità di tali norme rispetto allo scopo perseguito, T. Serby, *The state of EU sports law: lessons from UEFA's 'Financial Fair Play' regulations*, in *International Sports Law Journal*, 2016, pp. 17-51, spec. p. 45.

In ambito antitrust sarà altresì interessante, soprattutto a seguito dell'adozione della direttiva 2014/104[67], monitorare gli sviluppi della tutela risarcitoria qualora la Commissione o le autorità nazionali riscontrassero che determinate regole sportive siano incompatibili con gli artt. 101-102 TFUE. In tale contesto, il caso *Pechstein*, anch'esso originato da un ricorso per il ristoro del pregiudizio asseritamente subìto, si qualifica come azione *stand alone*, non poggiando su un provvedimento amministrativo che accerti la violazione. A causa della sua scarsa fortuna, dovuta anche alla peculiarità della supposta violazione, esso difficilmente rappresenterà un incentivo ad un maggiore ricorso allo strumento risarcitorio. Tuttavia, non è da escludere che maggiore fortuna possano invece incontrare le azioni *follow on* che, potendosi avvalere di un precedente accertamento della condotta illecita, risultano meno onerose per i ricorrenti. Anche un maggior impulso dell'azione di classe contribuirebbe ad aumentare l'efficacia della tutela risarcitoria. Un caso giunto al Tribunale regionale di Dortmund rappresenta un primo esempio utile ad esplorare il potenziale di tale strumento in ambito sportivo. Il caso trae origine dal ricorso di trenta squadre del campionato tedesco di pallamano che ha portato alla condanna delle federazioni nazionale e internazionale per abuso di posizione dominante. Come nel caso *Pechstein*, la violazione derivava dall'adozione da parte degli organismi sportivi di determinate *eligibility rules*, che gli atleti erano costretti ad accettare in forza del potere economico detenuto dalle federazioni nell'organizzazione degli eventi sportivi[68]. In particolare, la regola controversa era rappresentata dall'obbligo per i *clubs* di cedere i migliori giocatori alle nazionali in occasione di diversi impegni annuali senza alcuna compensazione. Ricorrendo al giudice nazionale, le squadre hanno chiesto una tutela puramente inibitoria e non compensatoria e, sebbene la causa non fosse formalmente qualificabile come un'azione di classe, ma come un litisconsorzio attivo tra più

[67] Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 novembre 2014 relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea. *Amplius*, sulla direttiva, C. Fratea, *op. cit.*, p. 47 ss. e dottrina ivi citata. Per un'analisi del d.lgs. n. 3/2017, che ha trasposto la direttiva in Italia, R. Caiazzo, *The Legislative Decree of Implementation of Directive 2014/104/EU on Antitrust Damages Actions*, in *Rivista italiana di antitrust*, 2016, n. 2, pp. 104-124; P. Manzini (a cura di), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza. Commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, 2017.

[68] Landesgericht Dortmund, 14 maggio 2014, Az. 8 O 46/13, https://openjur.de.

squadre di club, essa ne presentava gli elementi caratteristici: un gruppo di soggetti legittimati a causa della violazione di una norma antitrust e un soggetto esterno, il *Forum Club Handball* (FCH), che ha sopportato le spese del giudizio. Se i ricorrenti decidessero di intentare, sotto forma di azione collettiva, anche una causa risarcitoria, il caso potrebbe rappresentare un importante precedente in Europa e aprire nuovi scenari, pur nella consapevolezza che il grado di diffusione di tale forma di tutela è molto lontano da quello acquisito nel sistema statunitense[69].

Si evince come gli scenari futuri in ambito sportivo rimangono molteplici, soprattutto in relazione alle regole che ancora non sono state vagliate dalle istituzioni europee. A quest'ultimo riguardo, l'interesse si rivolge alle posizioni della Commissione e delle corti nazionali, per valutare se esse preferiranno un atteggiamento di deferenza verso gli organismi sportivi privati oppure se, come la Corte d'appello di Monaco nel caso *Pechstein* o la Commissione nel collegato caso *ISU*, continueranno a scalfire l'autonomia regolatoria di tali soggetti, seguendo il percorso tracciato dalla sentenza *Meca-Medina*, la quale, pur rappresentando un precedente ancora isolato nella giurisprudenza dell'UE, è oggetto di sempre maggiore attenzione da parte dei giudici interni. E a fronte del timore che la previsione dell'attuale art. 165 TFUE, in base alla quale l'Unione europea è tenuta a considerare le specificità dello sport, possa ostacolare tale evoluzione, si rammenta che gli aspetti caratterizzanti di questo settore non hanno impedito al diritto UE di imporsi agli organismi sportivi, come la giurisprudenza precedente al Trattato di Lisbona dimostra.

Abstract
This paper focuses on the evolution of the case law of the European Court of Justice and the decisions of the European Commission in the field of sport with the aim to analyse how the approach of the EU institutions towards sport governing bodies has developed over the years. In the Meca-Medina judgment, the Court, called to assess the compatibility of anti-doping measures with EU provisions on competition, established that any rule adopted by these organisms has to be consistent with EU law, unless the actual restriction is intended to pursue a legitimate objective and

[69] Si veda ad es. il caso *O'Bannon* relativo alla *class action* intentata da venti giocatori di pallacanestro contro la *National Collegiate Athletic Association* (NCAA) per il danno subìto a causa delle norme dell'associazione che imponevano agli atleti di accettare l'utilizzo della loro immagine da parte della NCAA (US District Court for the Northern District of California, 8 agosto 2014, rivista nel 2015 dalla Ninth Circuit Court of Appeal, www.nacua.org). Sui diritti di sfruttamento dell'immagine in ambito sportivo, I.S. Blackshaw, *op. cit.*, p. 43 ss.

is proportionate to it. More recently, it appears that the European Commission, alongside some national courts, has gone even further, expressly recognizing for the first time that also some sport eligibility rules, namely forced arbitration clauses, do not comply with EU competition law.

Keywords
Sport and EU law, sport governing bodies, EU competition law, forced arbitration clauses, sport eligibility rules

Alessandro Provera

Assegnista di ricerca in Diritto penale, Università Cattolica di Milano

Infezioni nosocomiali e responsabilità penale del medico*

SOMMARIO: 1. Presupposti della responsabilità penale in ambito sanitario. Cenni - 2. Le infezioni nosocomiali - 3 Alcuni casi giurisprudenziali significativi - 4. Inevitabilità dell'evento e rischio consentito.

1. Presupposti della responsabilità penale in ambito sanitario. Cenni

Al fine di una migliore comprensione delle problematiche sottese alla sussumibilità in una fattispecie di reato della condotta che determini un'infezione c.d. nosocomiale, è necessario, seppur per brevi cenni, individuare i presupposti della responsabilità penale in ambito sanitario[1].

In primo luogo, le fattispecie di reato integrabili sono le lesioni oppure l'omicidio, qualora l'infezione porti alla morte del paziente. Entrambi i delitti sono d'evento e possono essere integrati da una condotta attiva od omissiva (in tale ultima ipotesi il delitto appartiene al *genus* dei reati omissivi impropri)[2]. Nel reato omissivo improprio è necessario, affinché l'omissione sia penalmente rilevante, che il soggetto attivo ricopra la c.d. posizione di garanzia a tutela di un determinato bene giuridico (che nel caso di specie sarà la vita o l'integrità fisica del paziente), avendo un *obbligo giuridico di impedire eventi lesivi a danno di quest'ultimo* (art. 40, comma 2, c.p.)[3].

Sia nel reato attivo, sia in quello omissivo, il fatto tipico, primo elemento sistematico del reato, è composto, oltre che dall'*azione* o dalla *omissione*, anche dal

---

* Il presente contributo, sottoposto a *double blind peer review*, è destinato al volume F.M. Donelli – M. Gabrielli (a cura di), *Responsabilità nelle infezioni ospedaliere*, Maggioli Editore, 2018 e lo si pubblica su questa *Rivista* per gentile concessione dei curatori dell'opera e dell'Editore.

[1] Su questo tema, da ultimo, M. CAPUTO, *Colpa penale e sicurezza delle cure*, Giappichelli, Torino, 2017.

[2] Cfr. G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Giuffrè, Milano, 1979, a cui si rinvia per quanto riguarda il problema dell'individuazione delle fonti degli obblighi giuridici di impedire l'evento, nonché per la precisa delimitazione del loro contenuto (si veda anche E. SBORRA, *La posizione di garanzia del medico*, in S. CANESTRARI - F. GIUNTA - R. GUERRINI - T. PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Ets, Pisa, 2009, pp. 115 ss. e, sul problema del controllo dell'operato altrui da parte del medico, *ex plurimis*, nello stesso volume collettaneo, P. PIRAS - G. P. LUBINU, *L'attività medica plurisoggettiva fra affidamento e controllo reciproco*, pp. 301 ss.). Per la diversa tipologia del reato omissivo proprio si veda, invece, A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, 2 voll., Cedam, Padova, 1988.

[3] Sulle fonti della posizione di garanzia e sul suo contenuto, G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2014, pp. 640 ss.

nesso causale e dall'*evento*. Quest'ultimo requisito appare il meno problematico: l'evento è un accadimento naturalistico, come la lesione (*malattia nel corpo o nella mente*)[4], o la morte.

Ben più problematico è l'accertamento del nesso causale tra condotta ed evento sia per il reato a condotta attiva, sia per quello omissivo improprio. Il codice penale, all'art. 40, comma 1, prevede che «nessuno possa essere punito se l'evento dannoso da cui dipende l'esistenza del reato non è conseguenza della sua azione od omissione». Tale norma fa riferimento alla c.d. teoria condizionalistica dell'accertamento del nesso causale. In accordo con quest'ultima, il giudice dovrebbe *eliminare mentalmente* la condotta e appurare se in questo modo venga meno anche l'evento[5]. Il ragionamento condizionalistico, tuttavia, per funzionare, ha bisogno, nella maggior parte dei casi, di un parametro grazie al quale il giudice possa operare tale giudizio. Si è a tal proposito proposto il ricorso alle *leggi scientifiche di copertura*[6]. Per l'accertamento del nesso, occorrerebbe, pertanto, riferirsi a una legge che spieghi la concatenazione causale che dalla condotta porta all'evento. Questo ragionamento prende il nome di *sussunzione sotto leggi scientifiche*. Tali leggi sono di due tipi, *universali*, in ragione delle quali si può affermare con certezza che, tenuta una condotta,

---

[4] Sul concetto di malattia, come alterazione anatomica o funzionale, così come interpretato dalla giurisprudenza, nonché sulle critiche a tale impostazione da parte di un settore della dottrina, S. STRANO LIGATO, *Commento sub art. 582 c.p.*, in G. FORTI - S. SEMINARA - G. ZUCCALÀ (a cura di), *Commentario breve del codice penale*, Cedam, Padova, 2017, pp. 1846 ss. Occorre precisare che l'infezione può determinare una lesione grave, qualora metta in pericolo la vita, o comporti un'incapacità ad attendere alle proprie occupazioni superiore a quaranta giorni. È possibile che l'infezione sia considerabile una lesione gravissima quando conduce alla perdita dell'uso di un organo o della capacità di procreare, nonché a una malattia probabilmente insanabile. Sui diversi tipi di lesione, STRANO LIGATO, *Commento sub art. 583 c.p.*, in FORTI - SEMINARA - ZUCCALÀ (a cura di), *Commentario breve del codice penale*, cit., pp. 1851 ss.

[5] In dottrina alcuni hanno proposto un correttivo della teoria condizionalistica, facendo riferimento alla c.d. imputazione oggettiva dell'evento. C. LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva dell'evento*, Esi, Napoli, 2011, pp. 264 ss. afferma che sarebbe, in prospettiva politico-criminale, necessario prevedere, in tema di rapporto causale, che nessuno possa essere punito se la sua condotta non sia condizione dell'evento dannoso o pericoloso e che l'imputazione oggettiva dell'evento alla condotta sia esclusa quando l'evento dannoso o pericoloso non sia la realizzazione dello specifico rischio creato dalla condotta. Sul punto, si deve richiamare M. DONINI, *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento. Parte seconda*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, pp. 1145 ss., secondo cui imputazione oggettiva e responsabilità per fatto proprio sono concetti uniti a contrastare la logica del *versari in re illicita*. Viene proposta, pertanto, una nozione di fatto oggettivo giuridicamente rilevante che «porta i contrassegni di una capacità offensiva della condotta qualificata dalla possibilità di una percezione del rischio della lesione, sì da non poter più essere equiparata ad un accadimento naturalistico, come avviene nelle concezioni "classiche" del fatto, tutt'ora diffuse nella nostra dottrina penalistica». È nota, però, la critica a tale impostazione da parte di G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. In morte della "imputazione obiettiva dell'evento" e trasfigurazione nella colpevolezza*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 1991, pp. 3 ss.

[6] F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale* (1975), II ed., Giuffrè, Milano, 2000.

l'evento si verificherà, e *probabilistiche* o *stocastiche*. In quest'ultimo caso, la legge afferma solamente la probabilità di tipo frequentista di verificazione dell'evento qualora sia tenuta una condotta.

Com'è noto, le leggi universali sono pochissime, rendendo così indispensabile il ricorso alle leggi probabilistiche. Il problema evidente è che queste ultime non consentono di affermare con *certezza* che una condotta abbia causato l'evento, ponendosi così rilevanti problemi di compatibilità con lo *standard* probatorio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, che regola la materia penale, il quale è insuscettibile di flessibilizzazione. A fronte di un contrasto dottrinale e giurisprudenziale relativo all'utilizzabilità delle leggi probabilistiche[7], si sono pronunciate le Sezioni Unite Franzese nel 2002[8]. Con tale sentenza, si è sostenuto che il giudice possa far riferimento anche a leggi con coefficiente probabilistico medio-basso, purché escluda *con elevata probabilità logica o credibilità razionale*, basandosi quindi sulle circostanze concrete del fatto, che abbiano operato *decorsi causali alternativi*.

Tale principio vale sia per la causalità attiva, sia per quella omissiva[9]. Occorre, tuttavia, precisare che, per quanto riguarda i reati omissivi impropri, l'*accertamento causale* si articola in *due momenti*. Occorre cioè non solo spiegare la verificazione dell'evento, ma anche accertare che la condotta omessa avrebbe impedito il verificarsi dello stesso. Per entrambi tali giudizi si deve giungere al livello di certezza richiesto dalla sentenza Franzese[10]. Sulla base di quanto sostenuto in dottrina, la causalità omissiva si presenta quindi doppiamente ipotetica, visto che vi è necessità

---

[7] Si veda, su tale contrasto, F. D'ALESSANDRO, sub *art. 40 c.p.*, in G. FORTI - S. SEMINARA - G. ZUCCALÀ (a cura di), *Commentario breve del codice penale*, Cedam, Padova, 2017, pp. 145 ss.

[8] Cass., Sez. Un., 10 luglio 2002, su cui F. STELLA, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 766 ss.

[9] Sulla causalità omissiva, C. E. PALIERO, *Causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med leg.*, 1992, pp. 830 ss.

[10] Su questo punto, M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio". Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 81, secondo il quale non è possibile stabilire un grado di certezza diverso per la causalità omissiva. Sarebbe, invece, la causalità della colpa ad ammettere che il comportamento alternativo lecito possa esser salvifico secondo una probabilità apprezzabile, significativa.

di accertare anche l'efficacia impeditiva della condotta omessa[11]. Recentemente è stato osservato che

> nel reato omissivo-colposo è necessario 'immaginare' – in sede di accertamento della causalità, prima, e della colpa, poi – alcune componenti di struttura che sono chiamate a confrontarsi con l'evento concreto (potendo, anzi, essere ricostruite solo a partire da esso), ma che, per definizione, sono ipotetiche essendo definite in termini normativi e non naturalistici[12].

Per questo, si è sostenuta l'opportunità di un modello condizionalitstico misto

> nomologico-deduttivo per quanto riguarda la descrizione dell'evento, stocastico per la descrizione dell'azione ipotetica che avrebbe avuto *chances* di salvaguardia del bene. Anche per quanto riguarda questo secondo giudizio, è comunque necessario che «la ricostruzione eziologica di volta in volta tracciata nello scenario *contra factum* sia sottoposta alla verifica popperiana della falsificazione[13].

Benché quest'ultimo sia l'orientamento dominante, in letteratura è stata proposta anche un'altra impostazione, che distingue nettamente la causalità attiva, il cui accertamento rimarrebbe di tipo condizionalistico, da quella omissiva. In relazione al reato omissivo occorrerebbe accertare, oltre ogni ragionevole dubbio, che il sanitario, omettendo la condotta impostagli, abbia pregiudicato le *chances* di conseguire un risultato terapeutico[14].

---

[11] Non si può, a tal proposito, ammettere teorie dell'accertamento per cui sarebbe sufficiente il mero aumento del rischio di verificazione dell'evento nel caso di omissione della condotta, secondo G. MARINUCCI, *Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 531. In tal modo, i reati omissivi impropri verrebbero trasformati indebitamente in reati di pericolo. Aderendo a questa impostazione sembrerebbero, pertanto, doversi escludere la sostituzione della causalità con il concetto di influenza della condotta, su cui R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 418, e l'adozione di modelli differenziati fondati sull'aumento del rischio (anche minimo), R. BARTOLI, *Il problema della causalità penale*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 43 ss.

[12] C.E. PALIERO, *Causalità e probabilità tra diritto penale e medicina legale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, p. 1512.

[13] C.E. PALIERO, *La causalità dell'omissione*, cit., p. 845.

[14] F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 1715 ss. L'Autore si confronta con alcune critiche che potrebbero essere mosse alla sua impostazione. Quest'ultima non violerebbe il dettato normativo dell'art. 40 c.p., né si porrebbe in contrasto con il principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio. In primo luogo, l'art. 40, comma 2, c.p. non imporrebbe di accertare l'efficacia impeditiva della condotta omessa. Dovrebbe quindi essere accertato, oltre ogni ragionevole dubbio, non l'efficacia impeditiva, ma che il sanitario abbia sottratto *chances* di esito fausto al paziente. È però l'art. 40, comma 2, c.p. a far riferimento all'«obbligo giuridico» di impedire l'evento. Ciò impone, come per qualsiasi obbligo, al giudice di stabilire se effettivamente lo stesso potesse essere adempiuto. Risulta quindi necessario stabilire l'efficacia impeditiva della condotta omessa, chiaramente secondo il parametro dell'oltre ogni ragionevole dubbio, come per tutti gli elementi essenziali del reato. Una tesi affine a quella di Viganò, è sostenuta da C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, § 31, n. 55, secondo il quale

Una tale imposizione suscita, però, alcune perplessità per via del fatto che sembrerebbe portare all'abbandono del concetto di causa[15], a una flessibilizzazione dello *standard* probatorio della causalità penale[16], nonché a un appiattimento dell'accertamento di quest'ultima su quello della colpa[17].

Per rispondere penalmente delle lesioni o dell'omicidio è necessario che gli stessi siano imputabili al soggetto agente a titolo di dolo o colpa. In tema di infezioni nosocomiali, pur non essendo impossibile una condotta dolosa, è però certamente più frequente quella colposa. Si specifica fin da subito che verranno trattate nell'ultimo paragrafo del presente lavoro (*infra*, n. 4) le peculiarità che caratterizzano l'accertamento del reato omissivo colposo rispetto a quello del reato commissivo colposo e i profili di sovrapposizione tra causalità e colpa nel reato omissivo.

Si ritiene, invece, opportuno iniziare a illustrare di seguito il significato di alcuni concetti essenziali della struttura oggettiva della *colpa penale*, al fine di individuarne i requisiti essenziali, anche per meglio comprendere, nel momento in cui si affronterà l'argomento, le suddette peculiarità che caratterizzano l'accertamento dei reati omissivi colposi.

La colpa[18] è 'definita' all'art. 43 comma 3 c.p., secondo il quale il delitto si intende colposo o contro l'intenzione quando l'evento, anche se eventualmente

---

la causalità omissiva sussisterebbe nel caso in cui l'azione doverosa avrebbe modificato il decorso causale in modo tale da diminuire i rischi per il paziente.

[15] M. DONINI, *Il garantismo della* condicio sine qua non *e il prezzo del suo abbandono. Contributo all'analisi dei rapporti tra causalità e imputazione*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 533 ss., secondo cui un fattore di rischio non può essere scambiato per una causa. Sarebbe, pertanto, opportuno non abbandonare la categoria della *condicio sine qua non*, e al contempo intervenire, in ordine alle materie più problematiche, come quella dell'esposizione a sostanze tossiche, introducendo reati di pericolo o forme differenziate di partecipazione, che garantiscano il rispetto del principio di responsabilità per fatto proprio.

[16] Sull'oltre ogni ragionevole dubbio, C. E. PALIERO, *Il «ragionevole dubbio» diventa criterio*, in *Guida dir.*, n. 10, 2006, pp. 73 ss. F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 160 ss.

[17] È questo, secondo MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., pp. 3-26, il problema dell'imputazione oggettiva dell'evento, che imporrebbe in sede di tipicità il medesimo giudizio necessario per l'imputazione dell'evento a titolo di colpa, ossia che l'evento sia specificamente quello che la regola cautelare mirava a prevenire. Un fatto antigiuridico potrebbe, pertanto, essere commesso con dolo, purché siano presenti, rispetto allo stesso fatto, gli estremi della colpa, ossia che l'evento realizzatosi sia esattamente quello che l'ordinamento mirava a prevenire. Per una critica volta a distinguere i concetti di rischio, pericolosità e adeguatezza, M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 329 ss.

[18] G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi* (1965), in ID., *La colpa. Studi*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 20 ss., G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1990; ID., *Colpa (dir. pen.)*, in A. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, II, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 945 ss., F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*

oggetto di rappresentazione, non è voluto, e viene causato per *imperizia*, *imprudenza*, *negligenza*, o per *violazione di leggi*, *regolamenti*, *ordini, discipline*. Questa è, tuttavia, una 'metadefinizione', nel senso che necessita del chiarimento dei vari concetti che la stessa richiama.

In dottrina è stato proposto un modello in più stadi per l'accertamento della colpa[19]. In tale prospettiva, occorrerebbe innanzitutto stabilire se il soggetto attivo abbia violato una *regola cautelare*[20]. Quest'ultima impone una determinata condotta, attiva o omissiva, volta a impedire l'evento dannoso o pericoloso. La regola cautelare, espressione da preferirsi a regola precauzionale, visto che quest'ultima fa riferimento al concetto di rischio[21], può essere prevista espressamente da norme di legge, regolamenti, o anche da fonti privatistiche come il contratto, o essere di fonte sociale, emergente cioè in un determinato *circolo di rapporti* dell'attività umana. A tal proposito si distingue tra *colpa specifica* e *colpa generica*[22], a seconda che la regola cautelare violata abbia fonte normativa o sociale[23]. La distinzione, pur avendo un'indubbia importanza classificatoria, non deve essere ritenuta assoluta. Esistono, infatti, regole cautelari *flessibili* e *rigide*[24], a seconda che debbano o meno adeguarsi alle caratteristiche della situazione in cui ci si trova ad agire[25].

---

nella responsabilità colposa, Cedam, Padova, 1993, M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 124 ss.; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Giuffrè, Milano, 2009, F. MANTOVANI, *Colpa*, in *Dig. disc. pen.*, II, 1988, pp. 302 ss. M. GALLO, *Colpa penale (diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, VII, Giuffrè, Milano, 1960, pp. 636 ss. più di recente C. PIERGALLINI, *Colpa (diritto penale)*, in *Enc. dir. Ann.*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 222 ss. Si veda anche M. DONINI - R. ORLANDI (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bononia University Press, Bologna, 2013.

[19] FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., pp. 49 ss. e ID., *Il reato come azione critica di un dogma* (1971), in ID., *La colpa*, cit., pp. 219 ss.

[20] FORTI, *Colpa ed evento*, cit., pp. 211 ss. F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 90. Sulla tipicità dell'illecito colposo C. PIERGALLINI, *Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di «diritto penale del rischio»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pp. 1486 ss. F. GIUNTA, *I tormentati rapporti fra colpa e regola cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, pp. 1295 ss.; ID., *Il reato colposo nel sistema delle fonti,* in M. DONINI – R. ORLANDI (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, cit., pp. 75 ss., ID., voce *Medico (responsabilità del)*, in ID. (a cura di), *Dizionario sistematico di diritto penale*, Il Sole24Ore, Milano, 2008, pp. 876 ss., ID., *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in *Giust. pen.*, 2012, cc. 572 ss.

[21] Sul concetto di rischio, V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Giuffrè, Milano, 1988. Per un'analisi in chiave endosistematica ed esosistematica, cfr. C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Giuffrè, Milano, 2010.

[22] G. MARINUCCI, *La responsabilità colposa tra teoria e prassi*, in ID., *La colpa*, cit., pp. 462 ss. (sul problema che non si possa far riferimento agli usi per determinare la diligenza richiesta al soggetto agente), ID., *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, pp. 29 ss. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 294, PIERGALLINI, *Colpa*, cit., pp. 230.

[23] MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., pp. 175 ss.

[24] Sulla distinzione, MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., pp. 192 ss.

[25] Un'altra distinzione è quella di P. VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie"*, Cedam,

L'evento che la regola cautelare mira a prevenire deve essere *prevedibile*. La prevedibilità si accerta sulla base di un giudizio *ex ante* formulato riportandosi mentalmente al momento in cui è stata tenuta la condotta. Tale giudizio tiene in considerazione tutte le conoscenze che deve possedere il soggetto agente che svolge attività in un determinato circolo di rapporti[26]. A tal proposito, si utilizza l'espressione *homo eiusdem condicionis et profesionis* o *Maßfigur* oppure *agente modello*[27] per far riferimento all'insieme delle conoscenze che il soggetto agente deve possedere. Occorre, tra l'altro, avere l'accortezza di ritenere esistenti tanti agenti modello quanti sono i circoli di rapporti e non un solo agente modello 'onnisciente'.

Altro elemento del tratteggiato modello di accertamento è la c.d. *concretizzazione del rischio*. L'evento verificatosi deve essere del tutto corrispondente a quello che la regola cautelare mirava a prevenire[28].

L'accertamento della colpa si conclude stabilendo se l'evento dannoso, qualora fosse stata tenuta la condotta omessa, si sarebbe potuto impedire[29].

Negli ultimi anni, proprio in tema di responsabilità medica, si è avvertita l'esigenza di una limitazione della responsabilità del sanitario. Ciò non dipende chiaramente dalla volontà di creare un'area di impunità, bensì dalla finalità di permettere al medico di scegliere il trattamento terapeutico considerato più corretto e quindi garantire al paziente la migliore terapia possibile. Si è, infatti, appurato che, negli ultimi decenni, i casi di *medicina difensiva* sono aumentati notevolmente[30]. La medicina difensiva è di due tipi: da un lato il medico può sottoporre il paziente a esami o trattamenti superflui, oppure omettere una terapia rischiosa. Entrambe le

---

Padova, 2003, pp. 15 ss. tra regole cautelari proprie, il cui ossequio permette di scongiurare con certezza la verificazione dell'evento dannoso o pericoloso, e improprie, il cui rispetto ne diminuisce solamente il rischio di verificazione.

[26] Sulla misura oggettiva della colpa e sull'agente modello in ambito medico-sanitario, CAPUTO, *Colpa penale*, cit., pp. 58-80 e 119 ss.

[27] FORTI, *Colpa ed evento*, cit., pp. 237 ss.

[28] FORTI, *Colpa ed evento*, cit., pp. 547 ss.

[29] FORTI, *Colpa ed evento*, cit., pp. 659 ss.

[30] Sul problema della medicina difensiva, A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 2012. Vedi anche C. BRUSCO, *Informazioni statistiche sulla giurisprudenza penale di legittimità in tema di responsabilità medica*, in *Dir. pen. cont.*, 2016. Si vedano in argomento L. EUSEBI, *Medicina difensiva e diritto penale «criminogeno»*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, pp. 1085 ss.; A. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa University Press, Pisa, 2014; R. BARTOLI, *I costi «economico-penalistici» della medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, pp. 1107 ss.; A. VALLINI, *Paternalismo medico, rigorismi penali, medicina difensiva: una sintesi problematica e un azzardo* de iure condendo, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, pp. 3 ss.

condotte sono tenute per evitare il rischio di un procedimento giudiziario per l'eventuale errore o evento infausto cagionato. Il procedimento, tra l'altro, il più delle volte è penale, visto che in tale ambito la persona offesa si può giovare dell'attività investigativa del P.M. e dei tempi in media più rapidi di quelli della giustizia civile.

Per questo motivo, nel 2009, il Centro Studi "Federico Stella" sulla Giustizia penale e la Politica criminale (CSGP) dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, ora Alta Scuola "Federico Stella" sulla Giustizia Penale (ASGP) ha elaborato un progetto di riforma della responsabilità penale del medico[31], i cui punti maggiormente caratterizzanti erano due. Si limitava la responsabilità ai soli casi di *colpa grave*[32], la quale veniva opportunamente definita, e si prevedeva la possibilità di percorsi di giustizia riparativa, il cui esito positivo avrebbe portato all'estinzione del reato. Oltre all'efficacia estintiva, la finalità dei percorsi di giustizia riparativa era il raggiungimento di una migliore conoscenza delle cause dell'errore. Nelle organizzazioni complesse, come sono le strutture sanitarie, o nell'attività di *équipe* l'individuazione dell'errore o dei c.d. *near mis* è fondamentale per strutturare attività effettivamente preventive[33].

Il legislatore è intervenuto in questa materia, con due provvedimenti nell'arco di cinque anni. Nel 2012, è stato approvato il c.d. decreto Balduzzi[34], dal nome dell'allora ministro della sanità, con il quale, all'art. 3, si era stabilita l'esclusione della responsabilità per il sanitario che avesse prestato *ossequio alle linee guida*[35]. Tale esclusione della responsabilità era limitata ai soli casi di *colpa lieve*. La normativa suscitava perplessità interpretative, dal momento in cui non si definiva la colpa lieve,

---

[31] G. FORTI - F. D'ALESSANDRO - G. VARRASO - C. MAZZUCATO - M. CATINO (a cura di), *Il problema della medicina difensiva*, Ets, Pisa, 2010. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, cit., pp. 224 ss.

[32] Propendono per una limitazione della responsabilità nei soli casi di colpa grave M. DONINI, *Teoria del reato*, Cedam, Padova, 1993, pp. 78 ss., nonché ID., *L'elemento soggettivo*, cit., pp. 154 ss.; F. GIUNTA, *Il trattamento differenziato dei reati colposi: spunti per una riforma*, in *St. senesi*, 1994, pp. 22 ss. ritiene che sia da percorrere la strada della depenalizzazione delle ipotesi di colpa lievissima nei casi di ridotta evitabilità in concreto dell'evento.

[33] M. CATINO, *Miopia organizzativa. Problemi di razionalità e previsione nelle organizzazioni,* Il Mulino, Bologna, 2009.

[34] D.l. 13 settembre 2012, n. 158, con. in l. 8 novembre 2012, n. 158, su cui G. FORTI, *'Decreto Balduzzi' e responsabilità del medico: un traguardo raggiunto o un quadro in movimento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, pp. 747 ss.

[35] CAPUTO, *Colpa penale*, cit., pp. 261 ss.

problema analogo a quello che si verificava in passato per la definizione di colpa grave, concetto a cui alcune pronunce si riferivano, ritenendo potesse trovare applicazione anche in ambito penale l'art. 2236 c.c.[36]

La sentenza Cantore[37] aveva stabilito che, pur prestandosi ossequio delle linee guida, ci sarebbe potuto essere un *residuo di colpa*, per esempio quando il sanitario non avesse prestato attenzione alle caratteristiche specifiche del singolo caso, laddove le stesse avessero imposto di discostarsi dalle linee guida[38].

Problemi specifici si ponevano altresì per quanto riguarda le linee-guida, relativamente alla loro attendibilità e scientificità. In dottrina, si è, infatti, osservato che, sovente, queste sono frutto anche di preoccupazioni che esulano dalla corretta individuazione della terapia, per esempio quando sono ispirate da ragioni di carattere economicistico.

Infine, è intervenuta la c.d. legge Gelli-Bianco[39] che, abrogando la precedente disposizione del decreto Balduzzi ed eliminando qualsiasi riferimento espresso alla colpa lieve, ha stabilito, con l'introduzione del nuovo art. 590-*sexies* c.p. che, «in caso di imperizia, la responsabilità è esclusa se è stato prestato ossequio alle linee-guida». Sul punto, si è pronunciata la Suprema Corte dapprima con la sentenza Tarabori[40],

---

[36] CAPUTO, *Colpa penale*, cit., pp. 213 ss.

[37] Sezione IV pen., 9 aprile 2013 n. 16237, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 2, pp. 1179 ss., con nota di A. PROVERA, '*Residuo di colpa' nell'ipotesi di condotta del medico tenuta in ossequio alle linee-guida. Il "paradosso" della* culpa in actione perita*,* in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 3, pp. 1419 ss.

[38] Sulla riforma "Balduzzi", si veda il *focus La responsabilità medica dopo il "Decreto Balduzzi": una questione interdisciplinare*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 2, pp. 735 ss., sul tema delle linee guida, specialmente gli interventi di F. GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale secondo il "decreto Balduzzi"*, pp. 819 ss. e di L. NOCCO, *Le linee guida e le "buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nella "legge Balduzzi": un opportuno strumento di soft law o un incentive alla medicina difensiva*, pp. 781 ss.

[39] L. 8 marzo 2017, n. 24, su tale provvedimento normativo, CAPUTO, *Colpa penale*, cit., pp. 344 ss., ID., *I nuovi limiti alla sanzione penale*, in M. LOVO - L. NOCCO (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria. Le novità introdotte dalla legge Gelli*, Milano, 2017, pp. 27 ss., F. CENTONZE - M. CAPUTO, *La riforma penale della* malpractice*: il dedalo di interpretazioni disegnato dalla riforma Gelli-Bianco*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, pp. 1367 ss., F. D'ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma "Gelli-Bianco"*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, pp. 575 ss., A. ROIATI, *La colpa medica dopo la legge "Gelli-Bianco": contraddizioni irrisolte, nuove prospettive ed eterni ritorni*, in *Arch. pen.*, 2017, 2, pp. 1 ss., G. IADECOLA, *Qualche riflessione sulla nuova disciplina della colpa medica per imperizia nella legge 8 marzo 2017 n. 24 (legge cd. Gelli-Bianco)*, in *www.penalecontemporaneo.it.*, O. DI GIOVINE, *Colpa penale, "legge Balduzzi" e "disegno di legge Gelli-Bianco": il matrimonio impossibile tra diritto penale e gestione del rischio clinico*, in *Cass. pen.*, 2017, pp. 389 ss., A. DI LANDRO, *La problematica sorte della colpa grave e lo sviluppo del sistema delle linee guida: la responsabilità dell'operatore sanitario dal decreto "Balduzzi" alla l. "Gelli Bianco"*, in *www.legislazionepenale.it* e A. VALLINI, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, in *www.legislazionepenale.it*.

[40] Cass., sez. IV pen., 7 giugno 2017, n. 28187, su cui M. CAPUTO, '*Promossa con riserva'. La legge Gelli-Bianco passa l'esame della Cassazione e viene 'rimandata a settembre' per i decreti attuativi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 2, pp.

facendo rilevare la non felice formulazione letterale dell'art. 590-*sexies*, il quale prevede una delimitazione della responsabilità per i soli casi di imperizia. L'unica ipotesi di permanente rilevanza penale dell'imperizia sanitaria, secondo la lettura offerta dalla Corte di Cassazione, discenderebbe da condotte mediche che, «sebbene poste in essere nell'ambito di relazione terapeutica governata da linee guida pertinenti ed appropriate, non risultino per nulla disciplinate in quel contesto regolativo».

La recente sentenza Cavazza, dell'ottobre 2017[41], ha interpretato in modo diverso il nuovo art. 590-*sexies*, «individuando nell'imperita applicazione di linee guida adeguate e pertinenti il terreno d'elezione della causa oggettiva di non punibilità dell'art. 590-*sexies* c.p., lasciando residuare il caso di applicazione di linee guida inadeguate alle specificità del caso concreto quale unica ipotesi di permanente rilevanza penale dell'imperizia sanitaria».

Se per la sentenza Tarabori era poi più favorevole la legge Balduzzi[42], la quale dunque sarebbe stata applicabile a tutti i fatti commessi durante la sua vigenza, perché prevedeva una causa di esclusione della responsabilità a prescindere che si trattasse di condotta imperita, imprudente o negligente, la più recente sentenza Cavazza, riteneva invece più favorevole la Gelli-Bianco, poiché l'esclusione della responsabilità non era limitata ai soli casi di colpa lieve.

Rilevato il contrasto interpretativo, la questione è stata rimessa alle Sezioni Unite[43], che si sono pronunciate nel dicembre 2017, affermando i seguenti principi. L'esercente la professione sanitaria risponde, a titolo di colpa, per morte o lesioni personali derivanti dall'esercizio di attività medico-chirurgica *se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da negligenza o imprudenza.* Risponderà altresì *se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da imperizia sia nell'ipotesi di errore rimproverabile nell'esecuzione*

---

724 ss. Sulle problematicità dei recenti interventi normativi, G.A. De Francesco, *In tema di dovere terapeutico, colpa medica e recenti riforme*, in *www.legislazionepenale.it*.

[41] Cass., sez. IV pen., 31 ottobre 2017, n. 50078, Pres. Izzo, Rel. Piccialli, Ric. Cavazza, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di C. CUPELLI, *Quale (non) punibilità per l'imperizia? La Cassazione torna sull'ambito applicativo della legge Gelli-Bianco ed emerge il contrasto: si avvicinano le Sezioni Unite*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2017, 11, pp. 250 ss.

[42] Sulle questioni di diritto intertemporale, CAPUTO, *Colpa penale*, cit., pp. 404 ss., benché anteriore alla sentenza delle Sezioni Unite.

[43] Cass., Sez. un. pen., 21 dicembre 2017, Pres. Canzio, Rel. Vessichelli, Ric. Mariotti, in *www.penalecontemporaneo.it*.

dell'atto medico quando il caso concreto non è regolato dalle raccomandazioni delle linee-guida o, in mancanza, dalle buone pratiche clinico-assistenziale sia nell'ipotesi di errore rimproverabile nella individuazione e nella scelta di linee guida o di buone pratiche che non risultino adeguate alla specificità del caso concreto, fermo restando l'obbligo del medico di disapplicarle quando la specificità del caso renda necessario lo scostamento da esse. Infine, il sanitario sarà considerato responsabile *se l'evento si è verificato per colpa (soltanto "grave") da imperizia nell'ipotesi di errore rimproverabile nell'esecuzione, quando il medico, in detta fase, abbia comunque scelto e rispettato le linee-guida o, in mancanza, le buone pratiche che risultano adeguate o adattate al caso concreto, tenuto conto altresì del grado di rischio da gestire e delle specifiche difficoltà tecniche dell'atto medico*[44].

2. Le infezioni nosocomiali

Le infezioni nosocomiali determinino una serie di problemi notevoli sia sul versante organizzativo delle strutture ospedaliere, sia dal punto di vista giuridico in relazione alla responsabilità penale del sanitario.

Le infezioni ospedaliere costituiscono una sfida importante sia per la comunità scientifica che per il SSN, comportando plurime implicazioni di indole terapeutica, economica ed anche etico-deontologica oltre che di responsabilità, dato che l'insorgenza della patologia infettiva è causa non solo di ulteriori sofferenze per i pazienti, ma anche del prolungamento dei tempi di degenza con conseguenti costi per il SSN e con negative ricadute sulla collettività, con complicazioni economico-sociali sostenute anche dalla invalidità permanente e dall'incremento dell'inabilità al lavoro che può eventualmente conseguire ad essa.

Secondo quanto sostenuto dal NICE, National Institut for Health and Care Excellence, le infezioni nosocomiali, Healthcare-associated infections (HCAIs), sono quelle che

> *"can develop either as a direct result of healthcare interventions such as medical or surgical treatment, or from being in contact with a healthcare setting. The term HCAI covers a wide range of infections. The most well known include those caused by meticillin-resistant Staphylococcus*

[44] Sulla sentenza delle Sezioni Unite, C. CUPELLI, *La legge Gelli-Bianco nell'interpretazione delle Sezioni Unite: torna la gradazione della colpa e si riaffaccia l'art. 2236 c.c.*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, pp. 135 ss.

aureus (MRSA), meticillin-sensitive Staphylococcus aureus (MSSA), Clostridium difficile (C. difficile) and Escherichia coli (E. coli)[45].

Si deve, tuttavia, a fronte del carattere sintetico di tale definizione, tentare di enucleare più precisamente gli elementi maggiormente caratterizzanti le infezioni nosocomiali. Queste ultime sono tutte quelle contratte durante il soggiorno ospedaliero, anche se si manifestano dopo le dimissioni, e si distinguono da quelle contratte in altro ambiente definibili extraospedaliere, extranosocomiali o comunitarie. Le infezioni nosocomiali possono esser causate da batteri, miceti o virus[46] e acquisite per via *endogena* o *esogena*. Nel caso di acquisizione per via endogena si ha la traslocazione di microrganismi dalla flora muco-cutanea del paziente[47]; nell'acquisizione per via esogena, invece, si ha l'origine da fonte esterna all'organismo, ma facente comunque parte dell'ambiente microbico ospedaliero. I principali responsabili delle infezioni nosocomiali di origine esogena sono gli altri pazienti e molto spesso il personale sanitario attraverso la somministrazione di acqua o cibo, o con l'utilizzo di disinfettanti e presidi medici contaminati[48].

Il rischio di contagio è variabile nei diversi ospedali – e addirittura nei diversi reparti dello stesso nosocomio – in funzione di vari fattori: strutturazione e organizzazione degli ambienti, affollamento (numero di pazienti per camera), patologia prevalente, frequenza di pratiche invasive, uso di farmaci come antibiotici-chemioterapici.

I fattori favorenti le infezioni nosocomiali sono diversi, come per esempio l'età (prematuri, neonati, anziani sono i più esposti) oppure il superamento delle barriere difensive anatomo-funzionali superficiali (interventi chirurgici, traumi, ustioni, cateterismo intravascolare, cateterismo urinario, tracheotomia, intubazione tracheale, endoscopie), malattie concomitanti quali diabete, neoplasie, cirrosi epatica, insufficienza renale e collagenopatie.

---

[45] https://www.nice.org.uk/guidance/ph36/chapter/Introduction. Si veda anche il Report 2014 della Commissione Ue sulla "Sicurezza del paziente e infezioni ospedaliere" *Identifying Healthcare-associated Infections (HAI)* in *NHSN. www.cdc.gov/nhsn/PDFs/pscManual/2PSC_IdentifyingHAIs_NHSNcurrent.pdf.*

[46] P. PIRAS, *Impunità dei germi e gemi dell'impunità*, in *Dir. pen. cont.*, 31 gennaio 2013.

[47] Per esempio le infezioni delle vie urinarie da E. coli in paziente portatore di catetere vescicale.

[48] P. COSTIGLIOLA, *Le infezioni correlate all'assistenza e principi di prevenzione*, in F. M. DONELLI - M. GABRIELLI (a cura di), *Responsabilità medica nelle infezioni ospedaliere*, Maggioli, Sant'Arcangelo di Romagna, 2014, pp. 13 ss.

Come si nota, le infezioni nosocomiali si caratterizzano non solo per la *molteplicità* delle vie di trasmissione, ma anche per la pluralità dei microorganismi coinvolti e delle problematiche legate al corretto comportamento negli ambienti ospedalieri dal punto di vista sia medico, sia organizzativo[49].

Sul versante statistico, i dati sono allarmanti, se solo si pensa che, in Europa, all'incirca trentasettemila pazienti contraggono un'infezione nosocomiale e che in Italia l'8 per cento dei degenti ospedalieri rimane vittima di infezione[50].

Concentrandosi sugli aspetti finora emersi che sono maggiormente rilevanti in prospettiva giuridica, occorre sottolineare l'*estrema variabilità dell'incidenza delle infezioni*, a seconda del mutare di alcuni fattori, nonché la loro parziale *inevitabilità*. Solo il trenta per cento delle infezioni può essere, infatti, prevenuto, la restante parte non è impedibile, per esempio, quando una flora microbica è già presente nel paziente (c.d. patogeni opportunisti) e acquista virulenza per il calo o addirittura il crollo delle difese immunitarie (c.d. autoinfezione), o quando vi è la vittoriosa resistenza agli antibiotici di taluni ceppi batterici (c.d. superbatteri), o l'inutilità del trattamento antibiotico, quando l'infezione è retta da un virus.

Non è da trascurare, infine, che la materia delle infezioni nosocomiali sia una di quelle più disciplinate da linee guida[51]. Anche l'azione che potrebbe sembrare più banale e semplice, come lavarsi le mani, ha bisogno di procedure stabilite (*guidelines handwashing*). Una corretta attuazione delle linee guida può, infatti, ridurre notevolmente l'incidenza dell'infezione tra i pazienti, mentre un errore, seppur minimo, nella loro attuazione può determinare l'evento dannoso.

3. Alcuni casi giurisprudenziali significativi

Le pronunce della Cassazione penale nella presente materia, ancorché non numerose, permettono di riflettere attentamente sui presupposti della responsabilità del sanitario in caso di infezioni nosocomiali e sui limiti della stessa.

---

[49] Per aver un quadro delle infezioni più ricorrenti, https://www.cdc.gov/hai/infectiontypes.html.

[50] Sui dati statistici, COSTIGLIOLA, *Le infezioni correlate all'assistenza e principi di prevenzione*, cit., pp. 13 ss.

[51] M. S. VERZURI - M. BIANCHI, *Le linee guida*, in DONELLI - GABRIELLI (a cura di), *Responsabilità medica nelle infezioni ospedaliere*, cit., pp. 117 ss.

Con la sentenza Cass., sez. IV pen., 25 maggio 2005, n. 25233[52], la Suprema Corte annullava con rinvio la pronuncia di condanna per omicidio colposo pronunciata nei confronti del primario di un reparto nel quale si erano verificati plurimi decessi di pazienti per epatite fulminante, sul rilievo che il giudice di merito non aveva individuato con certezza la modalità di trasmissione del virus e di insorgenza della malattia risultata letale.

> Appare evidente che soltanto individuando il veicolo del contagio (o comunque le concrete modalità con le quali il contagio è avvenuto) [sia possibile affermare la responsabilità del sanitario]. Non essendo consentita nel nostro ordinamento un'imputazione a titolo di responsabilità penale oggettiva, solo l'accertamento della condotta in concreto posta in essere da un operatore di un reparto può consentire di stabilire se detta condotta possa essere o meno imputabile al primario del reparto sotto il profilo della violazione dell'obbligo di vigilanza o della erroneità delle direttive impartite. Ciò posto, e ritornando all'esame della concreta fattispecie "de qua", ne deriva che i giudici di merito avrebbero dovuto individuare e specificare l'obbligo di vigilanza in concreto violato.

Il primo passaggio essenziale è quindi individuare con certezza la condotta che ha determinato l'infezione, la quale può essere attiva od omissiva. Per far ciò era necessario, nel caso appena menzionato, che s'individuasse lo strumento o la modalità di contagio, di modo almeno da stabilire quale fosse l'oggetto del controllo da parte del primario.

Quale fu - si chiedono i giudici della suprema Corte - il mezzo o lo strumento di trasmissione del virus? Quale fu la specifica condotta sanitaria che determinò il contagio? A tali interrogativi i giudici di appello non hanno fornito alcuna risposta, né hanno approfondito l'indagine, ritenendo sufficiente, sul piano della ricostruzione del nesso eziologico, l'elemento probatorio costituito dai residui ematici rinvenuti *in loco* (anche in contenitori) in quanto asseritamente rivelatori di una prassi scorretta determinatasi nel reparto di ematologia ed addebitabile all'omessa vigilanza da parte del responsabile del reparto. Nessun rilievo è stato invece attribuito al fatto che il reparto di ematologia in questione fosse il migliore di

[52] In *Cass. pen.* 2006, 10, pp. 3219 ss., con nota di R. BARTOLI, *Causalità omissiva e modello di accertamento*.

Italia dal punto di vista del rischio di infezione da epatite, avendo una percentuale dello 0,9 per cento, quando il rischio considerato ineliminabile nell'attività nosocomiale è tra l'1 e il 2 per cento. Si consideri inoltre che la tesi del sabotaggio, avanzata dalla difesa, non era affatto escludibile, essendo emerso un quadro poco rassicurante, soprattutto circa la responsabilità di un ex inserviente del reparto[53], benché non sufficiente per considerarlo responsabile penalmente della trasmissione dell'infezione. Come emerge dall'argomentazione della Suprema Corte[54], parlare di controllo omesso, come fanno i giudici di merito, pare quindi più che altro attribuire una 'responsabilità da posizione' al primario, senza tuttavia un grado di specificazione sufficiente riguardo alla condotta contestatagli.

A prescindere dal caso concreto, occorre pertanto sempre accertare la modalità del contagio. Si dovrà poi, con ragionamento condizionalistico e grazie alla sussunzione sotto leggi scientifiche, stabilire se la condotta abbia, oltre ogni ragionevole dubbio, causato l'evento.

Qualora il reato fosse contestato in forma omissiva, individuata la *condotta salvifica* che era imposta al sanitario, occorrerebbe poi appurare la sua efficacia impeditiva in relazione all'evento dannoso, come impone il ragionamento doppiamente condizionalistico della causalità omissiva. Una delle sentenze, a tal proposito, più importanti risale al 2012, la quale si pronunciò su un caso di morte di tre neonati prematuri[55]. Secondo la perizia disposta in dibattimento, i germi che avevano causato le infezioni erano ubiquitari e si trovavano persino nei rubinetti, da cui si attingeva l'acqua per sterilizzare. La condizione di prematuro aumentava, tra l'altro, le probabilità di contrarre l'infezione, stante le basse difese immunitarie. Si consideri anche che l'uso di strumenti invasivi, necessari per prevenire altri danni ai neonati, quali gli apparecchi di intubazione e quelli destinati alla ventilazione, cateteri e sondini gastrici, comportava inevitabilmente la trasmissione di agenti patogeni. Sulla base di queste considerazioni, il giudice di primo grado assolveva gli imputati,

[53] Cfr. F. D'ALESSANDRO, *L'oltre ogni ragionevole dubbio nella valutazione del nesso causale e della colpa: passi avanti della più recente giurisprudenza di merito e di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2006, pp. 2406 ss.

[54] Per un approfondimento del modello proposto dalla sentenza, R. BARTOLI, *Causalità omissiva e modello di accertamento* ex ante-ex post, in *Cass. pen.*, 2006, pp. 3219 ss.

[55] Cass., sez. IV pen., 8 giugno 2012, n. 22347, in *De jure*.

rilevando che non vi fosse certezza alcuna che, tenendo la condotta omessa, si sarebbe impedita l'infezione. L'ubiquitarietà dei germi e l'impossibilità di una completa sterilizzazione nelle strutture ospedaliere non ha quindi permesso di accertare il nesso causale, essendo dubbia l'efficacia salvifica della condotta omessa.

Tale sentenza è stata oggetto di critiche da parte di un settore della dottrina, la quale sostiene che fosse possibile l'accertamento del nesso causale[56], avendo la condotta dell'imputato diminuito le *chances* di salvaguardia del bene giuridico. Quest'impostazione sarebbe da privilegiare poiché, non essendo possibile raggiungere, in nessun caso, la certezza della capacità impeditiva della condotta omessa, si tollererebbe un'impunità ingiustificabile per condotte di estrema gravità. In tale critica risuona l'eco di una recente teoria, volta a elaborare un modello di accertamento diverso rispetto a quello condizionalistico per quanto attiene la causalità omissiva, secondo cui basterebbe accertare, oltre ogni ragionevole dubbio, che non sia stata tenuta la condotta imposta avente *chances* di salvaguardia del bene[57]. In tale prospettiva, tuttavia, il profilo della causalità e quello della colpa andrebbero, come già accennato, a sovrapporsi, essendo di fatto sufficiente accertare la violazione della regola cautelare. Inoltre, il rischio di condanna di un individuo senza certezza, nei termini precisati dalla Franzese, dell'efficacia dell'azione impeditiva omessa, è un esito difficilmente compatibile con il nostro ordinamento che impone per ogni elemento della tipicità l'accertamento oltre ogni ragionevole dubbio. Anche riguardo al secondo momento dell'accertamento del rapporto causale per i reati omissivi, devono trovare, infatti, applicazione i principi della sentenza Franzese. Per quanto riguarda la descrizione dell'azione ipotetica che avrebbe avuto *chances* di salvaguardia del bene, è necessario, come si è già ricordato, che «la ricostruzione eziologica di volta in volta tracciata nello scenario *contra factum* sia sottoposta alla verifica popperiana della falsificazione; (…) tale opzione ricostruttiva (deve essere) verificata e testata dal giudice nel raffronto con le ipotesi alternative»[58].

---

[56] PIRAS, *L'impunità dei germi*, cit.

[57] F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, pp. 1688 ss.

[58] C. E. PALIERO, *Causalità e probabilità tra diritto penale e medicina legale*, cit., p. 235.

Ciò non significa che, secondo la giurisprudenza di legittimità, non si possa mai giungere alla certezza sulla sussistenza del nesso causale in tema di infezioni nosocomiali. In alcune vicende, si è, infatti, raggiunta la prova, grazie a un'attenta considerazione delle circostanze concrete, che la condotta omessa sarebbe stata, oltre ogni ragionevole dubbio, salvifica. Per esempio, ciò è avvenuto in un caso in cui i sanitari erano stati chiamati a rispondere del reato di omicidio colposo, in qualità di medici chirurghi in servizio nel reparto dove il paziente era stato sottoposto, in regime di *day surgery*, a intervento chirurgico per ernia inguinale sinistra e testicolo ritenuto. Dopo un periodo di convalescenza, emergevano complicanze post-operatorie che conducevano il paziente al decesso a causa di *shock* settico[59].

La sentenza di Cassazione pronunciatasi su tale caso[60] ricostruisce in primo luogo in modo dettagliato le fasi dell'accertamento del nesso causale che il giudice è tenuto a compiere[61]. Si afferma che non sia affatto corretto ritenere che, a seguito della pronuncia delle Sezioni Unite del 2002, non si possa ricorrere alle leggi statistiche. Le stesse, infatti, potranno suggerire un determinato decorso causale, a livello di causalità generale. Occorrerà poi, sulla base delle circostanze concrete del caso, escludere che si siano verificati altri decorsi causali, grazie a un giudizio operato con il criterio della credibilità razionale. La sentenza giunge a confermare la condanna del sanitario perché, in base al modello di accertamento delineato, si sarebbe raggiunta prova che la condotta omessa, nello specifico una *diagnosi tempestiva* e la *somministrazione di una terapia adeguata*, avrebbe con elevato grado di probabilità (logica) salvato il paziente.

Molto interessante è anche Cass., sez. IV pen., 3 ottobre 2007, n. 36162[62], la quale evita il rischio di considerare l'elevata probabilità logica alla stregua di una formula priva di carattere normativo. Nel caso specifico, un medico-chirurgo in servizio presso la divisione di chirurgia di un ospedale ligure, avrebbe cagionato il

---

[59] Infezione da streptococco B-emolitico di gruppo A, localizzata al di sotto dei piani muscolo aponeurotici e in vicinanza del peritoneo parietale, nella sede in cui era stato inserito il *plug* in polipropilene.

[60] Cass., IV sez. pen., 2 febbraio 2007 n. 4177, in CED *Cass.* n. 235642.

[61] Sulla sentenza, C. BRUSCO, *Applicazioni concrete del criterio della probabilità logica nell'accertamento della causalità*, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 1875 ss.

[62] In *Resp. civ. e prev.* 2008, 5, pp. 1131 ss.

decesso del paziente avvenuto per setticemia da stafilococco aureo. Si addebitava all'imputato, chiamato, durante la convalescenza seguita all'operazione di colecistectomia, a seguire a domicilio il paziente, di non avere tempestivamente diagnosticato la malattia e di non averla adeguatamente curata con idoneo trattamento antibiotico. La Corte d'appello di Genova, sul rilievo che la diagnosi tempestiva avrebbe con probabilità impedito la morte del paziente, condannava l'imputato.

La Corte di Cassazione, sul punto, osserva tuttavia che così si scambierebbe la probabilità statistica con la credibilità razionale. Occorre, infatti, raggiungere la *certezza* dell'efficacia salvifica della condotta omessa, non soltanto che quest'ultima avrebbe avuto *buone possibilità* di evitare l'evento dannoso.

Sul versante dell'elemento soggettivo della colpa, si è pronunciata di recente Cass., sez. IV pen., 11 febbraio 2016, n. 7783, la quale consente alcune riflessioni interessanti sui vari momenti in cui si articola l'accertamento della colpa. Nello specifico, si è ritenuto non responsabile il direttore generale di una struttura ospedaliera per il decesso di un paziente a seguito di un'epidemia di legionellosi sviluppatasi nel nosocomio, non risultando accertata l'esistenza di un sistema chimico o farmacologico in grado di eliminare completamente la presenza del batterio della legionella dal sistema idrico degli ospedali. Sulla base di tale osservazione, la Corte sostiene che, nonostante fosse prevedibile l'evento dannoso, lo stesso non sarebbe stato imputabile a titolo di colpa *non essendo evitabile*.

> Il principio di colpevolezza esclude qualsivoglia automatico addebito di responsabilità, a carico di chi pure ricopre la posizione di garanzia, imponendo la verifica in concreto della violazione da parte di tale soggetto della regola cautelare (generica o specifica) e della prevedibilità ed evitabilità dell'evento dannoso che la regola cautelare mirava a prevenire (la c.d. "concretizzazione" del rischio): infatti, l'individualizzazione della responsabilità penale impone di verificare non soltanto se la condotta abbia concorso a determinare l'evento (ciò che si risolve nell'accertamento della sussistenza del nesso causale) e se la condotta sia stata caratterizzata dalla violazione di una regola cautelare (generica o specifica) (ciò che si risolve nell'accertamento dell'elemento soggettivo della colpa), ma anche se l'autore della stessa (qui, il titolare della posizione di garanzia in ordine al rispetto

della normativa precauzionale) potesse prevedere *ex ante* quello "specifico" sviluppo causale e fosse esigibile il suo attivarsi per evitarlo. Ed occorre altresì chiedersi se una condotta appropriata (il cosiddetto comportamento alternativo corretto) avrebbe o no prevenuto ed evitato l'evento[63].

4. Inevitabilità dell'evento e rischio consentito

Dalle pronunce appena riportate emerge chiaramente che uno dei problemi principali in tema di infezioni nosocomiali sia la loro inevitabilità. Tale concetto, come è noto, rileva sia in ordine all'accertamento del nesso causale, cioè quando si deve accertare l'efficacia impeditiva della condotta omessa, sia sul terreno della colpa, tra i cui presupposti vi è l'effettiva evitabilità dell'evento[64].

Occorre, tuttavia, operare una distinzione tra reato commissivo e omissivo[65], poiché l'infezione, come detto, può, infatti, derivare da condotte sia attive, sia da omissioni (queste ultime sono le più frequenti), come il difettoso controllo su determinate fonti di contagio. La distinzione tra condotta attiva od omissiva, pur essendo difficile, poiché l'atto medico è generalmente complesso e composto di aspetti attivi e omissivi, è essenziale, soprattutto per evitare la contestazione come condotta attiva di quelle che sono invece omissioni, al fine di 'sottrarsi' al giudizio doppiamente controfattuale della causalità omissiva[66].

---

[63] Cass., sez. IV pen., 11 febbraio 2016, n. 7783, cit.

[64] Sul rapporto tra causalità materiale e causalità della colpa e sul c.d. comportamento alternativo lecito, nella vastissima letteratura, si rinvia a M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Giappichelli, Torino, 2006, LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva*, cit. Cfr. anche CAPUTO, *La colpa penale del medico*, cit., pp. 80 ss. Oltre a queste opere monografiche, cfr. G. FIANDACA, *Il comportamento alternativo lecito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, pp. 1598 ss., PALIERO, *La causalità dell'omissione*, cit., pp. 821 ss., ID., *Causalità e probabilità*, cit., pp. 1507 ss., F. STELLA, *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L'attività medico-chirurgica*, in *Cass. pen.*, 2005, pp. 1062 ss., F. MUCCIARELLI, *Omissione e causalità ipotetica: qualche nota*, in *Dir. quest. pubbl.*, 2010, pp. 137 ss., F. PALAZZO, *Causalità e colpa nella responsabilità medica. Categorie dogmatiche ed evoluzione sociale*, pp. 1229 ss., R. BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali della colpa medica. Punti Fermi e tendenze evolutive in tema di causalità e colpa*, Id. (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze University Press, Firenze, 2010, pp. 217 ss., VIGANÒ, *Riflessioni sulla cosiddetta "causalità omissiva"*, cit., P. VENEZIANI, *Causalità della colpa comportamento alternative lecito*, in DONINI - ORALNDI (a cura di), *Reato colposo*, cit., pp. 281 ss.

[65] Sulla struttura dell'accertamento causale per il reato omissivo improprio, si rinvia a C.E. PALIERO, *La causalità dell'omissione*, cit., pp. 821 ss. Più di recente, proprio in tema di responsabilità medica, ID., *Causalità e probabilità tra diritto penale e medicina legale*, in *Riv. it. med. leg.*, IV, pp. 1507 ss.

[66] Sull'aspetto problematico che sarebbe più 'vantaggioso' per il reo omettere anziché agire L. EUSEBI, *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1061. Sulla distinzione tra condotta attiva od omissiva, VENEZIANI, *Regole cautelari proprie e improprie*, cit., pp. 46-47, secondo cui la condotta sarebbe attiva se innescasse una situazione di rischio illecito.

Inoltre, come già accennato, l'accertamento del reato colposo varia a seconda che si tratti di reato omissivo improprio o di reato commissivo. È stato sostenuto, a tal proposito, circa i reati omissivi impropri colposi, che «la condotta doverosa omessa è *condicio sine qua non* se abbiamo la prova di un impedimento del risultato. Provato ciò anche la colpa si sarà materializzata nell'evento in modo certo, senza spazio per un giudizio autonomo o separato sulla causalità della colpa da quello sulla causalità della condotta come viceversa avviene nella causalità attiva. Causalità ipotetico-omissiva della condotta e causalità della colpa si sovrappongono nelle omissioni»[67].

Nel reato omissivo improprio l'accertamento dell'evitabilità dell'evento gioca, quindi, un ruolo essenziale e imprescindibile nell'ambito della causalità, dove si dovrà raggiungere la *certezza* oltre ogni ragionevole dubbio che la condotta lecita omessa avrebbe impedito l'evento[68]. Qualora non vi fosse certezza sull'effetto salvifico della condotta omessa, per esempio per via dell'ineliminabile possibilità di contrarre l'infezione a causa del carattere ubiquitario degli agenti infettivi, non si potrebbe dire accertato il nesso causale.

Premesso ciò, risulta davvero difficile sostenere che, in casi analoghi a quelli della precedente rassegna giurisprudenziale, in cui venisse contestata una condotta omissiva, si potrebbe considerare accertato il nesso di causa. L'esistenza di una probabilità effettiva e ineliminabile di contrarre un'infezione in un determinato reparto potrebbe far sorgere più che un dubbio ragionevole sull'efficacia impeditiva della condotta omessa e quindi impedire l'accertamento del nesso causale.

Passando ai casi di reato commissivo colposo, la dottrina ha da tempo illustrato che occorra accertare il nesso causale e «successivamente, l'esistenza di una connessione di scopo tra la condotta inosservante e l'evento ridescritto *hic et nunc*; infine, [l']evitabilità dell'evento, sostituendo mentalmente alla condotta deviante

[67] DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., p. 689 nota n. 160.
[68] ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, *sub* art. 41 § 39, Giuffrè, Milano, 2004, p. 409.

quella doverosa per pronosticare che cosa sarebbe accaduto (efficacia del comportamento alternativo lecito/causalità della colpa)»[69].

In ordine alla problematica che si sta affrontando delle infezioni nosocomiali, qualora il reato fosse contestato in forma attiva, l'accertamento del nesso causale porrebbe meno problemi, non dovendosi procedere al giudizio sulla capacità impeditiva dell'evento della condotta lecita, come invece accade nella causalità omissiva. Non sembra, inoltre, che l'ubiquitarietà degli agenti infettivi, riscontrata in diversi casi, o le condizioni particolari del paziente rilevino per l'esclusione del nesso causale, ai sensi dell'art. 41 c.p[70]. Ciò potrebbe accadere nel caso in cui tali fattori dessero vita a serie causali del tutto autonome nel causare l'evento rispetto alla condotta del soggetto agente[71], il che è escluso, visto che è necessaria l'operazione o l'utilizzo di determinati strumenti durante la degenza per la trasmissione dell'infezione. Anche se poi, per ipotesi, le cause a cui si riferisce l'art. 41 c.p. fossero, come sostenuto da altra parte della dottrina, quelle *eccezionali*[72], l'ubiquitarietà degli agenti infettivi, per limitarci a un unico esempio, non potrebbe rientrare in tale categoria, essendo del tutto conosciuta e financo stimata in percentuale.

Più complessa, invece, è la questione della rilevanza dell'ineliminabile pericolo di contrarre l'infezione sul versante della colpa. Si tratta perciò di stabilire, con verifica di carattere negativo e successiva a quella della concretizzazione del rischio, se l'evento si sarebbe prodotto ugualmente anche in caso di ossequio alla regola cautelare[73]. È questo il tema concernente la rilevanza del *comportamento alternativo lecito* nell'ambito dei reati commissivi colposi, il cui accertamento è successivo a quello della verifica della corrispondenza tra evento verificatosi e quello che la regola cautelare mirava a prevenire. Si badi a distinguere tale argomento da

---

[69] PIERGALLINI, *Colpa*, cit., p. 242. Così anche DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., pp. 116 ss. Sulla struttura dell'imputazione colposa, vedi anche CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., pp. 26 ss. e 462 ss.

[70] Sulle varie impostazioni relative all'art. 41 c.p. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., sub art. 41, §§ 1 ss., pp. 396 ss.

[71] F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 1265 ss.

[72] Per esempio, F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Cedam, Padova, 1934, pp. 253 ss., con riferimento alla teoria della causalità umana.

[73] FORTI, *Colpa ed evento*, cit., pp. 639 ss. Da ultimo, sull'evitabilità anche PIERGALLINI, *Colpa*, cit., pp. 242 ss.

quello, solo apparentemente analogo, che concerne i casi in cui l'evento si è realizzato a causa di un decorso causale di cui non si è tenuto conto nella costruzione della regola cautelare o la cui probabilità sia stata sottostimata. In entrambe tali ultime ipotesi, si tratta di un 'fallimento *ex ante'* della regola cautelare, cioè di errore nella previsione di un evento la cui probabilità di verificazione doveva essere riconosciuta dal soggetto agente.

Il 'fallimento' di cui si tratta e che determina l'inevitabilità non è dovuto al difetto di previsione, bensì all'inidoneità della regola cautelare a contrastare i pericoli previsti *ex ante* e realizzatisi nell'accadimento concreto. Tale fallimento si può appurare in una dimensione *ex post*[74], dopo che l'evento si è verificato: la regola cautelare risulterebbe, pertanto, inservibile nel caso in cui si verifichino circostanze nuove che la rendano tale.

Altra questione, chiaramente non secondaria, è stabilire il grado di probabilità a cui occorre giungere in tale giudizio probabilistico[75]. Secondo la nota teoria dell'*aumento del rischio*, il giudice dovrebbe considerare raggiunta la prova che l'omissione della condotta diligente abbia aumentato il rischio di verificazione dell'evento. L'aumento del rischio non deve essere probabile, ma provato. Il ragionamento a cui, anche in questo caso, è chiamato il giudice è l'eliminazione mentale[76]. Si dovrebbero così eliminare le condizioni (modalità e sotto-eventi, che l'ossequio alla regola cautelare era finalizzato a rimuovere) tipiche in ragione della regola cautelare violata e stabilire se l'evento dannoso venga meno.

Bisognerebbe altresì accertare se ci si dovesse rifare a generalizzazioni supplementari, in forza delle quali eventi come quello che mirava a prevenire la regola cautelare si verificano ugualmente. È stato, a tal proposito, sostenuto che

> l'inevitabilità in concreto dell'evento dovrà essere esclusa, e dunque l'imputazione per colpa dovrà essere asserita, quando, malgrado il generico riscontro che anche in caso di osservanza della diligenza prescritta il risultato lesivo si sarebbe verificato ugualmente (o con una probabilità non inferiore al rischio consentito) si può stabilire che l'agente avrebbe dovuto tener conto nella propria condotta anche di

[74] FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 665.
[75] FORTI, *Colpa ed evento*, cit., pp. 690 ss.
[76] FORTI, *Colpa ed evento*, cit., pp. 712 ss.

siffatte generalizzazioni ulteriori e dunque comportarsi in modo da far fronte anche a condizioni del decorso causale rilevanti in base ad esse[77].

Stabiliti i requisiti e la struttura del giudizio volto a verificare se l'evento dannoso fosse inevitabile, occorre stabilire quando l'infezione nosocomiale possa dirsi tale. Le situazioni che possono rilevare ai fini del giudizio d'inevitabilità sono solo circostanze conosciute *ex post*. Al contrario, se fossero state conoscibili *ex ante*, sarebbe stato necessario tenerle in considerazione per individuare esattamente la regola cautelare e la condotta da essa imposta.

Nei casi giurisprudenziali in materia di infezioni, sovente è ben presente a ogni sanitario il pericolo che si contraggano infezioni, per l'ubiquitarietà degli agenti patogeni o per le specifiche condizioni di certe categorie di pazienti. Addirittura si stima, in generale o per singolo ospedale/reparto, la percentuale di probabilità di contrarre la patologia. Non si può pertanto sostenere, in tali casi, che la trasmissione dell'infezione o l'infezione stessa sia un dato conosciuto *ex post* e che l'ineliminabile possibilità di contrarre l'infezione possa escludere la responsabilità per assenza di colpa dovuta a inevitabilità. Situazione opposta si verificherebbe, invece, nel caso di inefficacia di un antibiotico o di particolari condizioni del paziente, non conoscibili grazie agli esami e le conoscenze possedute dal sanitario diligente.

Nei casi in cui sia prevedibile la contrazione dell'infezione, occorre riflettere infine sul concetto di rischio consentito[78] in relazione alla verificazione dell'evento dannoso.

Ispirandosi alla c.d. teoria dell'imputazione obiettiva dell'evento[79] si potrebbe

---

[77] FORTI, *Colpa ed evento*, cit., pp. 717-718.

[78] PIERGALLINI, *Colpa*, cit., pp. 239-240 afferma che «dal lato "politico", è evidente che i confini del rischio consentito risentono di un bilanciamento di interessi: per un verso, quello allo svolgimento di un'attività; per altro verso, rileva la misura del rischio connaturato allo svolgimento dell'attività, che annovera tra i suoi elementi costituitivi il grado di verificazione degli eventi avversi, l'intensità/gravità degli stessi, la disponibilità di strategie di contenimento. Nel caso in cui il rischio dovesse risultare socialmente intollerabile, sulla scorta dei predetti parametri, si potrebbe pervenire alla messa al bando dell'attività (si pensi, in proposito, al divieto di utilizzazione dell'amianto)». Su quest'aspetto, anche D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 324. Sul rischio consentito FORTI, *Colpa ed evento*, cit., pp. 250 ss., GIUNTA, *Illiceità*, cit., p. 185, MILITELLO, *Rischio*, cit., pp. 205 ss., MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., pp. 164 ss.

[79] M. DONINI, *Lettura sistematica delle teorie della imputazione oggettiva dell'evento*, pt. I e II, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, rispettivamente 588 ss. e 1114 ss.; ID., *Imputazione oggettiva dell'evento (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali, III, 2010, pp. 635 ss., A. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo di evento*, Jovene, napoli, 1989.

sostenere che un evento possa essere giuridicamente imputato all'agente solo quando la condotta abbia innalzato il livello di rischio socialmente tollerato[80]. Chiaramente tale affermazione dovrebbe essere sostenuta da un accertamento in concreto. Aderendo a tale impostazione e facendo l'esempio in cui esistesse, in un determinato reparto, la probabilità ineliminabile di contrarre un'infezione tra l'1 e il 2 per cento (cioè quella media in ogni nosocomio), occorrerebbe stabilire se il non aver debitamente sterilizzato un determinato strumento, abbia aumentato la probabilità di contrarre l'infezione rispetto a tale coefficiente statistico. In tale ultimo caso, non sarebbe possibile escludere la responsabilità a titolo di colpa. Se tale aumento di probabilità non fosse, invece, riscontrato, la responsabilità dovrebbe essere esclusa per via del mancato superamento del c.d. rischio consentito. Sarebbe intollerabile attribuire la responsabilità penale per un rischio accettato dall'ordinamento.

Pare tuttavia insuperabile il rilievo di parte della dottrina secondo cui «un comportamento non è […] non conforme al tipo perché consentito, ma è al contrario consentito perché e (purché) concretamente diligente»[81]. Pertanto, nel caso di condotta contraria alla regola cautelare, non vi sarebbe alcuna rilevanza del rischio consentito in chiave di esclusione della responsabilità. Si può quindi affermare che solo «il rispetto delle cautele doverose fa sì che la condotta, pure materialisticamente legata ad un evento di danno, non possa essere ritenuta tipica, proprio perché espressione di un rischio lecito, relativo ad un'attività rischiosa, ma socialmente utile»[82]. Il rischio consentito, secondo questa impostazione, avrebbe pertanto la funzione di escludere la responsabilità unicamente nel caso in cui la condotta non violi le regole cautelari[83].

All'esclusione della responsabilità si dovrebbe giungere quando, nonostante la prevedibilità dell'evento dannoso, non occorresse modificare la condotta tenuta[84].

---

[80] Fermamente critico sulla possibilità di adottare la teoria dell'imputazione obiettiva dell'evento MARINUCCI, *La responsabilità colposa tra teoria e prassi*, in ID., *La colpa*, cit., pp. 478 ss., ma soprattutto, in precedenza, ID., *Non c'è dolo senza colpa*, cit., pp. 3 ss.

[81] ROMANO, *Commentario sistematico*, *sub* art. 43, § 80, cit., p. 461.

[82] PIERGALLINI, *Colpa*, cit., p. 239.

[83] Considerazione desumibile da PIERGALLINI, *Colpa*, cit., p. 239.

[84] FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 249.

La presenza, per esempio, di agenti infettivi nelle condutture d'acqua dell'ospedale o la condizione di nato prematuro non impone, come suggeriscono alcuni casi giurisprudenziali esaminati, cautele specifiche. Non si può, infatti, sostenere che la regola di diligenza, attesa la prevedibilità *ex ante* dell'infezione, avrebbe richiesto di astenersi dall'operazione o di modificare le sue modalità. La regola cautelare è sempre frutto di un bilanciamento, che deve tenere in considerazione il rango del bene tutelato, nonché le modalità più opportune (anche rischiose) per tutelarlo[85]. Un rischio limitato di contrarre un'infezione è accettato dall'ordinamento qualora sia indispensabile procedere all'intervento chirurgico.

In questi casi, qualora l'infezione fosse stata contratta a causa dell'operazione, la colpa non sarebbe, però, esclusa per inevitabilità dell'evento, piuttosto mancherebbe la violazione della regola cautelare che, come detto, è il primo presupposto dell'imputazione per colpa.

Operate queste distinzioni, il perimetro della responsabilità penale per la causazione di infezioni potrebbe essere molto limitato[86], soprattutto a fronte del rilievo che assume l'inevitabilità dell'evento dannoso nell'ambito della causalità e della colpa. Qualora, per esempio, venisse contestata una condotta omissiva, come già accennato, difficilmente il nesso causale potrebbe essere accertato. Ciò tuttavia non suggerisce un'indebita flessibilizzazione delle categorie penalistiche. L'elevato pericolo di contrarre infezioni in alcuni contesti stimola piuttosto una breve riflessione sul versante *de lege ferenda*. Sovente, il pericolo, considerato ineliminabile, dipende da errori organizzativi o cattive prassi consolidate[87], che si perpetuano per assenza di procedimenti volti alla prevenzione mediante l'apprendimento dagli errori commessi. Si dovrebbe, pertanto, scegliere, in prospettiva politico-criminale,

---

[85] Sull'individuazione della regola cautelare in caso di attività rischiosa autorizzata, MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., pp. 168 ss.

[86] In queste pagine si è limitato l'oggetto di studio, concentrandosi sulla responsabilità penale del medico in caso di infezione nosocomiale, per via dei suoi numerosi profili problematici. Altro tema, distinto da quello trattato, è se il responsabile della struttura sanitaria, pubblica o privata, possa essere chiamato a rispondere penalmente qualora l'infezione sia stata determinata da errori organizzativi. Anche in questo caso, dovranno comunque sussistere tutti i requisiti dell'imputazione colposa di cui si è discusso, che, analogamente a quanto si è osservato in tema di responsabilità del medico, sembrano di difficile integrazione in caso di infezione nosocomiale. Chiaramente ciò non esclude che i responsabili della struttura sanitaria possano esser chiamati a rispondere sul versante civilistico per l'infezione contratta dal paziente.

[87] CAPUTO, *Colpa penale*, cit., pp. 5-49.

strumenti che consentano di apprendere dagli errori organizzativi, di modo da ridurre il tasso di incidenza delle infezioni[88]. Alla *logica del biasimo* per l'errore commesso, occorrerebbe sostituire la riflessione critica sui difetti organizzativi per individuare strumenti e accorgimenti efficaci in chiave preventiva, anche al fine di implementare le linee guida esistenti che in tale materia svolgono, come detto, un ruolo essenziale.

Abstract
Healthcare-associated infections entail several implications form the point of view of therapy, organisation, as well as of criminal liability. This article analyses this last aspect, by focusing on presuppositions for the assessment of the causal link and of the negligence of the doctor in case of infection contraction from the patient. Especially, the focus is on the possibility to avoid the infection transmission.

Keywords
Healthcare-associated infections – criminal liability – causal link - negligence

[88] Il progetto elaborato da FORTI - D'ALESSANDRO - VARRASO - MAZZUCATO - CATINO (a cura di), *Il problema della medicina difensiva*, cit., era volto, grazie ai sistemi di giustizia riparativa, all'individuazione delle cause dell'errore, nonché a garantire una migliore prevenzione degli eventi dannosi.

JusOnline n. 1/2018
ISSN 1827-7942

Rosanna Ortu

Professore associato di diritto romano, Università degli Studi di Sassari

Note in tema di *societas venaliciaria*[*]

Sommario: 1. Premessa. – 2. *Gai* 3.148: inquadramento tipologico della *societas venaliciaria*. – 3. D. 17.2.60.1 (*Pomp.* 13 *ad Sab.*) e D. 17.2.65.5 (*Paul.* 32 *ad ed.*): due casi di specie in tema di societas venaliciaria. – 4. D. 21.1.44.1 (*Paul.* 2 *ad ed. aed. cur.*): responsabilità per vizi dei *venaliciarii socii* e rilevanza esterna della *societas venaliciaria*. – 5. Considerazioni conclusive.

Premessa

Con il presente contributo vorrei proporre una rinnovata riflessione sulle caratteristiche della *societas*[1] *venaliciaria*[2] (la società dei mercanti di schiavi), e nello

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

1 Il contratto di società è stato oggetto di numerosi studi da parte della dottrina romanistica. Tra le voci di Enciclopedia, rinvio soprattutto a: F. CANCELLI, voce *Società (Diritto romano),* in *Noviss. dig. it.*, vol. XVII, Torino 1970, p. 495 e ss.; M. TALAMANCA, voce *Società (dir. rom.),* in *Enc. dir.,* vol. XXIX, Milano 1990, p. 814 e ss. (ivi ampia bibliografia sul tema). Tra gli altri, vedi in particolare: B.W. LEIST, *Zur Geschichte der römischen Societas*, Jena 1881; E. DEL CHIARO, *Le contrat de société en droit privé romain*, Paris 1928; A. POGGI, *Il contratto di società in diritto romano classico*, vol. II, Torino 1934; S. SOLAZZI, Societas *e* communio *(a proposito di Gai 3. 154.)*, in *Atti Acc. Napoli*, 57 (1935), p. 127 e ss.; F. WIEACKER, *Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft*, Weimar 1936; C. ARNÒ, *Il contratto di società*, Torino 1938; D. DAUBE, *Societas as consensual contract*, in *Cambridge Law Journal*, 6 (1938), p. 381 [ora, in D. COHEN-D. SIMON (a cura di) *Collected Studies in Roman Law. Melanges D. Daube*, vol. I, Frankfurt am Main 1991, p. 37 e ss.]; E. SZLECHTER, *Le contrat de société en Babylonie en Grèce et a Rome*, Paris 1947; F. DE VISSCHER, *La notion du "corpus" et le regime des associations privees a Rome*, in *Scritti in Onore di C. Ferrini*, vol. IV, Milano 1949, p. 43 e ss.; A. WATSON, *Consensual* societas *between romans and the introduction of* formulae, in *RIDA*, 9 (1962), p. 431 e ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, Napoli 1950; U. VON LÜBTOW, *Cato leges venditioni et locationi dictae. Nachtrag*, in *Studia Iuris Antiqui*, vol. I, Warszawa 1958, p. 227 [ora, in *Melanges U. Von Luebtow. Beitraege zur Geschichte des Roemischen Rechts*, 3 (1996), p. 240 e ss.]; M. BIANCHINI, *Studi sulla societas*, Milano 1967; A. GUARINO, *La società in diritto romano*, Napoli 1972 [ora, in *Antiqua*, 18 (1988)]; F. BONA, *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, Milano 1973; M. KASER, *Neue Literatur zur Societas*, in *SDHI*, 41 (1975), p. 278 e ss.; A. D'ORS, Societas *y* consortium, in *Rev. Estud. Hist. Jur.*, 2 (1977), p. 33 e ss.; C. MASI DORIA, *Die Societas Rutiliana und die Urspruenge der Praetorischenerbfolge der Freigelassenen*, in *ZSS*, 106 (1989), p. 358 e ss.; J.H. LERA, *El contrato de sociedad. La casuistica jurisprudencial clasica*, Madrid 1992; L. GUTIÉRREZ-MASSON, *Del "consortium" a la "societas"*, vol. I-II, Madrid 1994; G. SANTUCCI, *Il socio d'opera in diritto romano. Conferimenti e responsabilità*, Padova 1997; G. ARICÒ ANSELMO, Societas inseparabilis. *O dell'indissolubilità dell'antico consorzio fraterno*, in *AUPA*, 46 (2000), p. 77 e ss.; F.S. MEISSEL, Societas. *Struktur und Typenvielfalt des Römischen Gesellschaftsvertrages*, Frankfurt am Main 2004; A. PETRUCCI, *Per una storia della protezione dei contraenti con gli imprenditori*, vol. I, Torino 2007, p. 204 e ss.; ID., *Osservazioni minime in tema di protezione dei contraenti con i* venaliciarii *in etá commerciale (II secolo a.C. - metá III secolo d.C.)*, Napoli 2007, p. 2082 e ss.; ID., *L'impresa dei commercianti di schiavi*, in *Diritto commerciale*, cit., p. 299 e ss.; P. CERAMI, "*Impresa e societas nei primi due secoli dell'impero"*, in *AUPA*, 52 (2007-2008), p. 77 e ss. [on-line: http://www.unipa.it/dipstdir/pub/annali/2007-2008/Cerami2.pdf]; ID., Negotiationes *e* negotiatores. *Tipologia dell'organizzazione imprenditoriale romana*, in P. CERAMI - A. PETRUCCI (a cura di) *Diritto commerciale*[3], cit., p. 81 e ss.; A. BÜRGE, *Die* societas ad emendum *im Lichte der Organisation von* nundinae *- Eine Deutung von Ulp. D. 17.2.69*, in *ZSS*, 125 (2008), p. 425 e ss.; P. ONIDA, *La causa della* societas *fra diritto romano e diritto europeo*, in *Diritto @ Storia. Rivista internazionale di Scienze giuridiche e Tradizione romana*, 5 (2006), p. 1 e ss. [on-line: http://www.dirittoestoria.it/5/memorie/Onida-Causa-societas-diritto-romano-diritto-europeo.htm]; ID.,

specifico focalizzare l'attenzione su una problematica dibattuta in dottrina in merito alla responsabilità oggettiva per vizi occulti dei *venaliciarii*[3] *socii*, prevista nell'editto degli edili curuli *de mancipiis emundis vendundis*, e della conseguente possibilità di riscontrare l'effettiva esistenza di una forma di rilevanza esterna del rapporto societario, nonché di prospettare le concrete modalità di una sua attuazione pratica nell'ambito delle attività commerciali oggetto del rapporto societario, così come emerge dal contenuto di un testo di Paolo riportato in D. 21.1.44.1 (Paul. 2 *ad ed. aed. cur.*).

A tale proposito, prima di soffermarmi sul noto frammento di Paolo D. 21.1.44.1, ricco di spunti interpretativi e di questioni tuttora da sviluppare, in cui il giurista severiano affronta il regime giuridico della società dei venditori di schiavi in rapporto ai precetti generali contenuti nell'editto edilizio e a quelli più specifici enunciati nella rubrica '*adversus venaliciarios*', vorrei esaminare alcuni testi giuridici in cui esplicitamente o implicitamente si fa riferimento al modello organizzativo della

---

Specificità della causa del contratto di societas *e aspetti essenziali della sua rilevanza esterna*, in *Diritto @ Storia. Rivista internazionale di Scienze giuridiche e Tradizione romana*, 10 (2011-2012), p. 1 e ss. [on-line: http://www.dirittoestoria.it/10/contributi/Onida-Specificita-causa-contratto-societas-rilevanza-esterna.htm]; A.M. FLECKNER, *Antike Kapitalvereinigungen. Ein Beitrag zu den konzeptionellen und historischen Grundlagen der Aktiengesellschaft*, Köln 2010 (su cui vedi recensioni di F.S. MEISSEL, in *ZSS*, 130 (2013), p. 543 e ss. e di F. MERCOGLIANO, *Fondamenti 'romanistici' delle società per azioni?*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 3 (2014), p. 1 e ss.). Da ultimo, fondamentale per gli studi in materia societaria, il corso di lezioni cagliaritane tenuto dall'illustre Maestro M. TALAMANCA, *La* Societas. *Corso di lezioni di diritto romano*, Padova 2012.

2 Per quanto riguarda la società *venaliciaria* vedi E. DEL CHIARO, *Le contrat de société en droit privé romain*, cit., p. 232 e ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La società*, cit., p. 142 e ss.; M. BIANCHINI, *Studi sulla societas*, cit., p. 103; F. SERRAO, *Sulla rilevanza esterna*, cit., p. 748 e ss.; ID., *Impresa, mercato*, cit., p. 48 e ss.; A. GUARINO, *La società*, cit., p. 72 e ss.; M. TALAMANCA, voce *Società*, cit., p. 830; L. MANNA, Actio redhibitoria, cit., p. 77 e ss.; G. SANTUCCI, *Il socio d'opera*, cit., p. 129; R. ORTU, *'Qui venaliciariam'*, cit., p. 9 e ss.; EAD., *Schiavi e mercanti di schiavi in Roma antica*, Torino 2012, p. 108 e ss.; EAD., *Brevi note in tema di* societas venaliciaria, in *Archivio storico giuridico sardo di Sassari*, 19 (2014), pp.152-169; A. PETRUCCI, *Per una storia*, cit., p. 224 e ss.; ID., *Osservazioni minime*, cit., p. 2099 e ss.; ID., *L'impresa dei commercianti di schiavi*, in *Diritto commerciale*, cit., p. 316 e ss.; P. CERAMI, Negotiationes *e* negotiatores, cit., p. 86 e ss.; P. ONIDA, *Specificità della causa*, cit., p. 6 e ss.

3 Mentre nella lingua latina i termini di uso più comune per definire il mercante di schiavi erano *venaliciarius* e *mango*, nel linguaggio dei giuristi, invece, colui che esercitava il commercio di schiavi veniva di norma indicato con il sostantivo *venaliciarius*. Per quanto riguarda *venaliciarius*, il termine risulta già utilizzato dal giurista Africano (D. 50.16.207; Afr. 3 *quaest.*); successivamente lo si ritrova nelle opere di Papiniano (D. 17.1.57; Pap. 10 *resp.*) e il suo uso si consolida in età severiana con i giureconsulti Paolo (D. 21.1.44.1; Paul. 2 *ad ed. aed. cur.*) e Ulpiano (D. 21.1.37; Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*) i quali offrono significative testimonianze sugli impieghi del lemma *venaliciarius* e sull'attività svolta da questa categoria di mercanti. Per quanto riguarda l'uso nelle fonti del sostantivo *venaliciarius* vedi: H.E. DIRKSEN, voce *Venaliciarius,* in Manuale *latinitatis fontium iuris civilis Romanorum*, Berolini 1837, p. 987; E. FORCELLINI, voce *Venaliciarius*, in *Lexicon totius Latinitatis*, vol. IV, Patavii 1887, p. 931; ID., voce *Venaliciarius,* in *Vocabolarium Jurisprudentiae Romanae*, vol. V, Berolini 1939, col. 1255; H. HEUMANN - E. SECKEL, voce *Venaliciarius,* in *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*, Graz 1958, p. 616.

societas venaliciaria adoperato dai *venaliciarii* al fine di strutturare al meglio l'attività di commercio degli schiavi, con l'intento di delineare un quadro compiuto su questo particolare tipo di società.

Pertanto, analizzerò brevemente i passi di Gaio (Gai 3.138), Pomponio (D. 17.2.60.1; 13 *ad Sab*) e Paolo (D. 17.2.65.5; 32 *ad ed.*) inerenti ad alcuni elementi di carattere generale della *societas venaliciaria* in età imperiale, per poi dedicarmi all'esegesi di D. 21.1.44.1 (Paul. 2 *ad ed. aed. cur.*) oggetto principale di questo contributo.

Gai 3.148: *inquadramento tipologico della* societas venaliciaria

Constatando l'eccessiva genericità del modello della *societas consensu contracta*, giustamente il Cerami[4], sulla scia del Serrao[5], ha ribadito che «nell'esperienza giuridica romana – analogamente a quanto è dato riscontrare negli ordinamenti giuridici moderni - più che "la società" sono presenti "le società"», e ha inoltre rilevato che «la società consensuale poteva essere utilmente impiegata per una variegata gamma di esigenze, che vennero confluendo nella graduale configurazione di più tipi di *societas*, le cui modalità organizzative appaiono comprensibilmente legate agli specifici assetti economici ed alle correlate forme giuridiche»[6]. I giureconsulti romani, infatti, indentificarono diverse forme organizzative di *societas*, come attestato anche da Gaio nel II sec. d.C., il quale, nel terzo libro delle sue *Institutiones*, trattando del contratto di società scrive:

Gai 3.148: *Societatem coire solemus aut totorum bonorum aut unius alicuius negotii, veluti mancipiorum emendorum aut vendendorum*,

individuando così due modelli societari che coincidevano essenzialmente con le figure della *societas omnium bonorum*, comunemente ritenuta società di godimento o di gestione di beni, e con quella della *societas alicuius negotiationis*, contraddistinta dall'esercizio permanente di una determinata attività economica, industriale o

4 P. CERAMI, *Impresa e* societas, cit., p. 77 e ss.
5 F. SERRAO, *Sulla rilevanza esterna*, cit., p. 748 e ss.
6 P. CERAMI, *Impresa e* societas, cit., p. 77 e ss.

commerciale, esempio specifico della tipologia più generale delle società questuarie[7] o di lucro.

Nel testo appare molto significativo il fatto che il giurista, dopo aver enunciato che si è soliti unirsi in società "*aut totorum bonorum*", oppure "*unius alicuius negotii*", citi come esempio tipico di *societas unius alicuius negotiationis* la società di coloro che si dedicano alla compravendita di schiavi. L'attività di *mancipia emere vendereque* corrispondeva a quella particolare forma di *negotiatio*[8] propria dei *venaliciarii*. Dunque,

---

7 In riferimento a questo tipo di società, rinvio ad alcuni studi fondamentali: V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano,* Napoli 1950, p. 141 e ss.; F. BONA, *Contributi alla storia della "societas universorum quae ex quaestu veniunt" in diritto romano*, in *Studi in onore di G. Grosso*, vol. I, Torino 1968, p. 385 e ss.; ID., *Le "societates publicanorum",* cit., p. 54 e ss.; M. CIMMA, *Ricerche sulle società dei publicani,* Milano 1981, p. 171 e ss.

8 Sul significato di *negotiatio*, vedi E. FORCELLINI, voce *Negotiatio*, in *Lexicon totius latinitatis*, vol. III, Patavii 1771, p. 355. Risulta assai utile, per la nozione di *negotiatio*, un testo di Marciano, in cui si riferisce l'autorevole opinione di Labeone riguardo ad una fattispecie di legato di schiavi da cui venivano esclusi i *servi negotiatores*: D. 32.65 pr. (Marcian. 7 *inst.*): *Legatis servis exceptis negotiatoribus Labeo scripsit eos legato exceptos videri, qui praepositi essent negotii exercendi causa, veluti qui ad emendum locandum conducendum praepositi essent: cubicularios autem vel obsonatores vel eos, qui piscatoribus praepositi sunt, non videri negotiationis appellatione contineri: et puto veram esse Labeonis sententiam.* Dal frammento emerge chiaramente quali attività debbano essere ricomprese nella nozione di *negotiatio* e quali debbano esserne escluse: per Labeone la *negotiatio* riguarda l'attività svolta dai *servi* al fine di acquistare, locare e condurre. Per la nozione di *negotiatio* vedi anche D. 14.3.5 (Ulp. 28 *ad ed.*); D. 14.4.1.1 (Ulp. 29 *ad ed.*) e D. 50.11.2 (Call. 3 *de cogn.*). Sul significato del termine *negotiatio* nel linguaggio dei giuristi romani vedi, anzitutto, C. FADDA, *Istituti commerciali del diritto romano. Lezioni 1902-1903*, vol. I, Napoli 1903, p. 52, il quale riconduce il concetto di *negotiatio* a quello di «speculazione commerciale». Per quanto attiene alla nozione generica di *negotiatio*, come attività continuativa commerciale, vedi: W. W. BUCKLAND, *The Roman law of slavery*, Cambridge 1908, p. 234; A. D. MANFREDINI, *Costantino, la 'tabernaria', il vino*, in *Atti del VII convegno internazionale dell'Accademia Romanistica Costantiniana (Spello-Perugia-Norcia, 16-19 ottobre 1985)*, Napoli 1988, p. 328; A. WACKE, *Alle origini della rappresentanza diretta: le azioni adiettizie*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Prof. Filippo Gallo*, vol. II, Napoli 1997, p. 596. Rinvio, inoltre, agli studi di F. SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa 1989, p. 22, il quale, in riferimento al frammento di Ulpiano D. 50.16.185 (Ulp. 28 *ad ed.*) su *taberna instructa* e *negotiatio*, così afferma: «E se, come parmi sicuro, *negotiatio* si traduce con "impresa", cominciamo pure ad avere il concetto di impresa e in particolare di impresa commerciale»; F. GALLO, Negotiatio *e mutamenti giuridici nel mondo romano*, in M. MARRONE (a cura di) *Imprenditorialità e diritto nell'esperienza storica (Erice 22-25 novembre 1988)*, Palermo 1992, p. 133 e ss., p. 823 n. 4, il quale sottolinea efficacemente lo stretto collegamento tra *negotiatio* e attività imprenditoriale; A. DI PORTO, *Il diritto commerciale romano. Una "zona d'ombra" nella storiografia romanistica e nelle riflessioni storico-comparative dei commercialisti*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Prof. Filippo Gallo*, vol. III, Napoli 1997, p. 440, il quale scrive: «Come studi recenti hanno posto ormai in chiara evidenza, con *negotiatio* i giuristi fanno riferimento all'idea generale di attività imprenditoriale, in una parola al concetto di impresa». Di grande interesse anche lo studio di T.J. CHIUSI, *Contributo allo studio dell'editto "de tributoria actione"*, in *Memorie Acc. Lincei*, serie IX, vol. III, fasc. 4, Roma 1993, p. 283 n. 2: «*Negotiatio*, correlato a *negotiari*, è termine vasto nel quale rientra sia l'attività di rivendita di *merces*, sia quella artigianale, sia quella di prestazione di servizi»; nonché quello più recente di M.A. LIGIOS, *"Taberna", "negotiatio", "taberna cum instrumento" e "taberna instructa" nella riflessione giurisprudenziale classica*, in *«Antecessori oblata». Cinque studi dedicati ad Aldo Dell'Oro (con, in appendice, un inedito di Arnaldo Biscardi)*, Padova 2001, p. 65 e ss., la quale sostiene che: «siano qualificabili alla stregua di *negotiationes* le sole attività economiche consistenti nella conclusione di determinati contratti con la clientela, che siano svolte in maniera stabile e abituale a fine di lucro». Inoltre, la Ligios è dell'avviso che il concetto di '*negotiatio*' non riguardi il settore della produzione (in part. vedi p. 53 e ss.) e mostra di non condividere quanto sostenuto da A. DI PORTO, *Il diritto*, cit., p. 439, a proposito dell'interpretazione di D. 14.4.1.1 (Ulp. 29 *ad ed.*), il quale ritiene che *negotiator* e *negotiari* venissero utilizzati da Sesto Pedio e da Ulpiano «per fare riferimento all'intero ambito imprenditoriale, compresa la produzione». Tra i contributi più recenti in tema di impresa, diritto commerciale romano vedi: M.

con grande probabilità, doveva essere molto frequente per i *venaliciarii* riunirsi in società, se in età degli Antonini la *societas venaliciaria* era citata testualmente come esempio di *societas unius alicuius negotiationis*. Quest'ultima tipologia di *societas* era sicuramente assai utilizzata nell'ambito delle attività commerciali, al punto che si arrivò a presumere la volontà di costituire tale modello di società in assenza di una espressa dichiarazione dei soci, al momento del perfezionamento del contratto, inerente al tipo societario da istituire[9].

A tale presunzione[10] fa esplicito riferimento Ulpiano[11], il quale introduce il principio giurisprudenziale in questione nel XXX libro del suo Commentario *ad Sabinum*:

> D. 17.2.7 (Ulp. 30 *ad Sab.*): *Coire societatem et simpliciter licet: et si non fuerit distinctum, videtur coita esse universorum quae ex quaestu veniunt, hoc est si quod lucrum ex emptione venditione, locatione conductione descendit.*

Secondo Ulpiano, nella costituzione della *societas*, *simpliciter*, senza aver fatto distinzioni, si presupponeva che le parti avessero voluto creare una società avente per oggetto ogni futuro guadagno (*videtur coita esse universorum quae ex quaestu veniunt*)

BIANCHINI, *Attività commerciali fra privato e pubblico in età imperiale*, in Fides, fidelitas *e* ius. *Studi in onore di Luigi Labruna*, vol. I, Napoli 2007, p. 423 e ss.; T. J. CHIUSI, *Diritto commerciale romano? Alcune osservazioni critiche*, in Fides, fidelitas *e* ius. *Studi in onore di Luigi Labruna*, vol. II, cit., p. 1025 e ss.; M. D'ORTA, *Dalla morfogenesi alla struttura del diritto commerciale: imprenditorialità e diritto. L'esperienza di Roma antica*, in Fides, fidelitas *e* ius. *Studi in onore di Luigi Labruna*, vol. III, cit., p. 1593 e ss.; L. SOLIDORO, *Annotazioni sullo studio storico del diritto commerciale*, in *TSDP*, 2 (2009), p. 6 e ss.; A. CAMPANELLA, *Brevi riflessioni su D. 50.16.185 (Ulp., 28 ad ed.). Profili terminologico-concettuali della definizione ulpianea di* taberna instructa *e locuzioni sostanzialmente equivalenti nella riflessione giurisprudenziale romana tra il I sec. a.C. e il III d.C.*, in *Diritto @ Storia. Rivista internazionale di Scienze giuridiche e Tradizione romana*, 8 (2009), p. 1 e ss. [on-line: http://www.dirittoestoria.it//tradizione-romana/Campanella-D-50-16-185-taberna-instructa-Ulpiano.htm]; P. CERAMI, *Negotiationes e negotiatores. Tipologia dell'organizzazione imprenditoriale romana*, in *Il diritto commerciale romano*[3], Torino 2010, p. 36 e ss.; A. PETRUCCI, *Alcune osservazioni sul rapporto contrattuale con imprenditori nel diritto romano classico*, in *RHD*, 90 (2012), p. 1 e ss.; A.M. GIOMARO, *Impresa, commercio, economia nel diritto romano*, Fano 2014.

9 Cfr. P. CERAMI, "*Impresa e societas nei primi due secoli dell'impero*", cit., p. 105 e ss. (ivi ampia lett. sul frammento di Ulpiano), il quale, giustamente, collega il contenuto del testo di Ulpiano con un passo di Paolo (D. 17.2.3.1): «Sono convinto che l'origine ed il senso della presunzione delineata nel brano ulpianeo siano da ascrivere – in coerente sintonia con il processo di mercantilizzazione che investì il contratto di società – al periodo compreso fra Quinto Mucio e Sabino: processo che finì per circoscrivere la *societas omnium bonorum* ai soli casi in cui le parti avessero esplicitamente manifestato la volontà di volerla costituire: '*cum specialiter omnium bonorum societas coita est*' (Paul. D.17.2.3.1)». Invece, M. BIANCHINI, *Studi sulla* societas, Milano 1967, p. 52 e ss., afferma che la frase *'fuerit distinctum'* del brano di Ulpiano sia da collegare ad un altro testo ulpianeo, D. 17.2.73, nel punto in cui si legge: '*si societatem'*.

10 Sul punto vedi C. ARNÒ, *Il contratto di società*, Torino 1936, p. 92. Al riguardo, F. BONA, *Contributi*, cit., p. 385 e ss., ritiene che la presunzione sia contributo della giurisprudenza postclassica; di opinione contraria A. GUARINO, *La società*, cit., p. 26 e ss.

11 Secondo M. TALAMANCA, voce *Società*, cit., p. 827, nt. 136, la presunzione in questione era frutto "un'opinione personale di Ulpiano" e probabilmente nota solamente alla giurisprudenza tardoclassica.

derivante dalle attività di compravendita, e di locazione conduzione, alludendo in sostanza ad una *societas unius alicuius negotiationis*.

Si può quindi ipotizzare che, nel caso in cui i commercianti di schiavi avessero voluto organizzare dal punto di vista imprenditoriale la propria attività mediante il contratto consensuale di società, tipizzato nello schema della *societas unius alicuius negotiationis*, avrebbero potuto costituire la *societas venaliciaria* anche *simpliciter*, senza specificare l'oggetto, secondo il principio giurisprudenziale enunciato da Ulpiano in D. 17.2.7 (Ulp. 30 *ad Sab.*).

D. 17.2.60.1 (Pomp*. 13* ad Sab.) *e D. 17.2.65.5* (Paul*. 32* ad ed.)*: due casi di specie in tema di* societas venaliciaria

Anche in alcuni frammenti[12] del Digesto, riportati nel titolo secondo *Pro socio* del libro XVII, i giuristi, nell'analizzare alcune problematiche di carattere generale inerenti al contratto consensuale di società, riportano come esempi concreti di studio alcune fattispecie ricollegabili al consueto operare della *societas venaliciaria*. Il contenuto di questi testi, D. 17.2.60.1 (Pomp. 13 *ad Sab.*) e D. 17.2.65.5 (Paul. 32 *ad ed.*), può essere sicuramente utile per delineare un quadro indicativo più compiuto a proposito di questo tipo di società.

a) D. 17.2.60.1 (Pomp. 13 *ad Sab.*): a proposito del rimborso delle spese mediche sopportate dal *venaliciarius socius*.

In un frammento di Pomponio leggiamo:

> D. 17.2.60.1 (Pomp. 13 ad Sab.): *Socius cum resisteret communibus servis venalibus ad fugam erumpentibus, vulneratus est: inpensam, quam in curando se fecerit, non consecuturum pro socio actione Labeo ait, quia id non in societatem, quamvis propter societatem inpensum sit, sicuti si propter societatem eum heredem quis instituere desisset aut legatum praetermisisset aut patrimonium suum neglegentius administrasset: nam nec compendium, quod propter societatem ei*

12 D. 17.2.60.1 (Pomp. 13 *ad Sab.*), D. 17.2.65.5 (Paul. 32 *ad ed.*) e D. 21.1.44.1 (Paul. 2 *ad ed. aed. cur.*).

contigisset, veniret in medium, veluti si propter societatem heres fuisset institutus aut quid ei donatum esset[13].

Già da un primo esame del testo emerge chiaramente che il giurista fa riferimento indiretto alla *societas venaliciaria*, in quanto si pone il problema di stabilire a chi imputare le spese mediche del socio ferito durante un tentativo di fuga dei *servi* comuni messi in vendita[14]. Sembra comunque chiaro che il socio in questione era un *venaliciarius* e che quindi Pomponio discute un caso di *societas venaliciaria* riferendo l'autorevole parere di Labeone. L'opinione di quest'ultimo è molto chiara: non si potranno conseguire mediante l'*actio pro socio* le spese per le cure mediche sostenute dal socio ferito dagli schiavi comuni messi in vendita, poiché tali spese, secondo Labeone, non sono state sostenute nell'interesse della società, ma a causa della società. Inoltre, l'accenno di Pomponio alla fuga di schiavi comuni (… *communibus servis venalibus ad fugam erumpentibus*) suggerisce che anche nel caso della *societas venaliciaria*, che si configura sotto il profilo della tipologia societaria come *societas unius negotiationis*[15], i beni apportati dai soci si intendevano normalmente conferiti in comproprietà.

Al frammento di Pomponio, segue, nell'ordine sistematico voluto dai compilatori giustinianei, un testo di Ulpiano, il quale in D. 17.2.61 (Ulp. 31 *ad ed.*), a proposito del risarcimento del danno sopportato da uno dei soci, riporta anche il parere di Giuliano, che appare contrastante con quello espresso da Labeone:

D. 17.2.61 (Ulp. 31 *ad ed.*): *Secundum Iulianum tamen et quod medicis pro se datum est recipere potest, quod verum est*,

poiché ritiene che tuttavia il socio può recuperare anche ciò che è stato dato ai medici per le cure. L'opinione di Giuliano, che sembra pienamente condivisa da Ulpiano, appare in sintonia con il principio generale espresso sempre dal giurista

---

13 O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, vol. II, cit., col. 116, fr. 585. Sul passo si vedano: V. ARANGIO-RUIZ, *La società*, cit., p. 194; G. GANDOLFI, *'Damnum commune'*, in *Studi in onore di E. Volterra*, vol. III, Milano 1971, p. 535; G. SANTUCCI, *Il socio*, cit., p. 128 e ss. Da ultimo, vedi C. PELLOSO, *Il concetto di 'actio' alla luce della struttura primitiva del vincolo obbligatorio*, in *'Actio in rem' e 'actio in personam' - In ricordo di Mario Talamanca*, vol. I, Padova 2011, p. 166, nt. 149 (ivi lett.).

14 In merito ai problemi inerenti al risarcimento del danno sopportato dal socio d'opera vedi G. SANTUCCI, *Il socio*, cit., p. 128 e ss., il quale, nel mettere in correlazione D. 17.2.60.1 (Pomp. 13 *ad Sab.*) con D. 17.2.52.4 (Ulp. 31 *ad ed.*), evidenzia il contrasto tra le opinioni di Labeone e di Giuliano.

15 Rinvio al famoso passo di Gaio 3.148, già citato *supra,* § 1 di questo contributo. Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La società*, cit., p. 141.

adrianeo in un altro frammento (D. 17.2.52.4; Ulp. 31 *ad ed.*), il cui contenuto secondo il Lenel[16] è giustamente da ricollegare sia a D. 17.2.60.1 (Pomp. 13 *ad Sab.*), e sia a D. 17.2.61 (Ulp. 31 *ad ed.*). Al riguardo, lo studioso tedesco, nella *Palingenesia iuris civilis*, propone il seguente ordine sistematico di frammenti originariamente racchiusi nel XIV libro dei *Digesta* di Giuliano (*Iulianus*, *Dig. Lib.* 14), traendoli dal XXXI libro del commentario di Ulpiano all'editto del pretore:

> Lenel, *Palingenesia*, I, par. 234, col 357: [(17.2)52§4] *Quidam sagariam negotiationem coierunt: alter ex his ad merces comparandas profectus in latrones incidit suamque pecuniam perdidit, servi eius vulnerati sunt resque proprias perdidit. Dicit Iulianus damnum esse commune ideoque actione pro socio damni partem dimidiam adgnoscere debere tam pecuniae quam rerum ceterarum, quas secum non tulisset socius nisi ad merces communi nomine comparandas proficisceretur. sed et si quid in medicos inpensum est, pro parte socium agnoscere debere rectissime Iulianus probat.*
>
> *Ulp. ibid.*: [*Socius cum resisteret communibus servis venalibus ad fugam erumpentibus, vulneratus est: inpensam, quam in curando se fecerit, non consecuturum pro socio actione Labeo ait, quia id non in societatem, quamvis propter societatem inpensum sit…*][17] [(17. 2) 61] *secundum Iulianum tamen et quod medicis pro se datum est recipere potest, quod verum est.*

Il principio generale, secondo cui il danno patito da un socio è comune e deve essere assunto per la metà dell'ammontare anche dall'altro socio, comprese le spese mediche, proposto da Giuliano in D.17.2.52.4, come già anticipato *supra*, appare pienamente sintonico con ciò che il giurista afferma in D. 17.2.61, anche se nel primo frammento la fattispecie attiene a spese mediche sostenute da uno dei due soci (di una *societas* costituita per il commercio di mantelli, probabilmente militari), a seguito di un agguato di *latrones*, per le ferite riportate dai suoi schiavi, durante un viaggio intrapreso per l'acquisto delle merci per la società. Le spese mediche citate in D. 17.2.52.4, pertanto, non riguardano direttamente la persona del socio, come prospettato in D.17.2.60.1 e D.17.2.61, ma gli schiavi feriti che si trovavano al seguito del socio caduto nell'imboscata dei *latrones*. Mi pare interessante rilevare che in D. 17.2.52.4 gli schiavi feriti sono di proprietà del socio, e pertanto non fanno parte del patrimonio comune della *societas*, come le altre *res* e i denari sottratti dai *latrones*.

16 O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, vol. I, cit., par. 234, col. 357.
17 D. 17.2.60.1 (Pomp. 13 *ad Sab.*).

La dottrina romanistica ha dibattuto ampiamente sulla divergenza di opinioni di Labeone e Giuliano[18], elaborando al riguardo diverse teorie interpretative, anche se vale la pena di rilevare che solo il Santucci[19] ha giustamente evidenziato la diversità sostanziale attinente al contenuto delle fattispecie oggetto di discussione da parte dei giuristi in D. 17.2.60.1 e D.17.1.52.4. L'A. ritiene che il contrasto di pareri sia da considerarsi solo apparente, in quanto i casi di specie sono sostanzialmente differenti, ma per quanto riguarda il frammento D.17.2.61, sulla scia del Gandolfi[20], manifesta di propendere per la non autenticità del passo considerandolo opera dei compilatori giustinianei[21].

A mio avviso, la divergenza delle opinioni di Labeone e Giuliano attiene solo al contenuto dei frammenti D. 17.2.60.1 e D.17.2.61, se si considera quest'ultimo autentico e non frutto di un intervento compilatorio, poiché entrambe le fonti concernono alla medesima fattispecie.

Pertanto, partendo dal presupposto di autenticità di D.17.2.61, considerando la sequenza di frammenti proposta dal Lenel, si potrebbe ipotizzare che Labeone offra la soluzione in auge in età augustea, strettamente ancorata al rigoroso principio giurisprudenziale per cui il rimborso delle spese mediche del *socius vulneratus* non poteva essere contemplato fra i danni risarcibili al socio che le aveva dovute sostenere, in quanto *id non in societatem, quamvis propter societatem inpensum sit*. Principio giurisprudenziale fondato su una valutazione ben precisa delle spese, rimborsabili solo se sopportate nell'interesse della società e non risarcibili se sostenute a causa della società, che porterà Labeone a collocare le spese mediche fra quelle *propter societatem*. Tale principio evidentemente non teneva conto del rischio e del pericolo inerente allo svolgimento di alcune attività commerciali, e non assicurava alcuna tutela al socio nel caso intraprendesse attività rischiose mentre prestava la propria

18 Per una puntuale ricostruzione del dibattito della dottrina sulla divergenza di opinioni tra Labeone e Giuliano, rinvio tra tutti a G. SANTUCCI, *Il socio*, cit., p. 128 e ss.

19 G. SANTUCCI, *Il socio*, cit., p. 131 e ss.

20 G. GANDOLFI, *'Damnum commune'*, p. 542 e ss., dopo una precisa e puntale indagine sul significato dell'espressione *impendere in* utilizzata da Pomponio in D. 17.2.60.1, a cui rinvio (p. 537 e ss.), arriva alla conclusione che il frammento D. 2. 61 sia stato redatto *ex novo* dai Compilatori.

21 Cfr. G. SANTUCCI, *Il socio*, cit., p. 138 e ss., il quale afferma che si tratta di un "brevissimo sunto di tenore similare" rispetto a D.17.2.52.4, a cui rinvio anche per la ricostruzione delle motivazioni della dottrina romanistica in merito alla non autenticità del frammento D. 17.2.61.

opera (ad es. viaggiando per mare o per terra per l'acquisto e la vendita delle merci; oppure trovandosi ad operare in più mercati con lo scopo di acquistare o vendere gli schiavi comuni, come nel caso della *societas venaliciaria* descritta in D. 17.2.60.1) per la realizzazione dello scopo sociale.

Il superamento di suddetto principio si verificherà nel II sec. d.C., in età adrianea, probabilmente attraverso un lungo percorso di *interpretatio* giurisprudenziale sviluppatosi successivamente all'età augustea, ad opera di Giuliano, il quale propenderà per una tutela forte del *venaliciarius socius vulneratus*, applicando estensivamente la regola già enunciata in D. 17.2.52.4 per gli schiavi feriti di proprietà del socio assalito dai *latrones* nell'esercizio dell'attività della società di commercio di mantelli (considerate spese mediche *in societatem* per usare la terminologia di Labeone), mediante la concessione dell'*actio pro socio* con lo scopo di ottenere il rimborso *pro quota* da parte dell'altro socio.

Si può supporre che incidenti come quello incorso al *venaliciarius socius*, ferito durante il tentativo di fuga degli schiavi comuni messi in vendita fossero assai frequenti nel momento di maggiore sviluppo del commercio degli schiavi e che Pomponio, nei suoi libri a commento all'opera di *Sabinum*, in D. 17.2.60.1, riportando il parere di Labeone, facesse riferimento ad un principio effettivamente valido agli albori del I sec. d.C., però successivamente superato in età adrianea, pienamente condiviso da Ulpiano in età severiana e fatto proprio dalle scuole di età giustinianea come testimoniato gli scolii di Stefano e Cirillo a Bas. 12.1.58[22].

b) D. 17.2.65.5 (Paul. 32 *ad ed.*): a proposito del recesso intempestivo del *socius*.

In D. 17.2.65.5 (Paul. 32 *ad ed.*) Paolo scrive:

Labeo autem posteriorum libris scripsit, si renuntiaverit societati unus ex sociis eo tempore, quo interfuit socii non dirimi societatem, committere eum in pro socio actione: nam si emimus mancipia inita societate, deinde renunties mihi eo tempore, quo vendere mancipia non expedit, hoc casu, quia deteriorem causam meam facis, teneri te pro socio iudicio. Proculus hoc ita verum esse ait, si societatis non intersit dirimi societatem: semper enim non id, quod privatim interest unius ex

22 Sch. 9 e 11 a Bas. 12.1.58 (SCHELTEMA, B II, 498).

sociis, servari solet, sed quod societati expedit. haec ita accipienda sunt, si nihil de hoc in coeunda societate convenit[23].

Anche in questo testo si può notare che il giurista non utilizza l'espressione *societas venaliciaria* per qualificare la *societas* citata a titolo di esempio con l'intento di configurare una fattispecie concreta attinente all'oggetto di discussione: dal contesto generale del passo, però risulta evidente che Paolo fa riferimento ad una *societas* costituita al fine di svolgere attività di compravendita di schiavi, ovvero una *societas venaliciaria*.

Il caso di specie considerato in D. 17.2.65.5 è inserito nell'ambito della tematica più generale del recesso intempestivo del *socius* e della eventuale concessione dell'*actio pro socio* a tutela del socio che non avesse avuto interesse allo scioglimento della *societas*.

Il giurista severiano, al riguardo, cita il parere di Labeone e quello di Proculo, il quale, pur seguendo la linea interpretativa di Labeone, osserva che la soluzione labeoniana è condivisibile solo se supportata da ragioni oggettive che giustifichino il mantenimento in vita della società in questione.

Il dato interessante, però, è senza dubbio la fattispecie concreta delineata nell'esempio di Paolo. Infatti, come risulta chiaramente dal tenore delle parole del giurista, non dovevano essere rari i casi di *societates* di venditori di *mancipia* costituite ad *hoc* in momenti favorevoli per le vendite di schiavi e soprattutto risulta abituale anche la prassi di procedere allo scioglimento delle suddette *societates* in tempi di mercato "sfavorevole".

Altro dato interessante attiene alla tipologia della *societas* descritta dal giurista: una piccola *societas venaliciaria* costituita da due soci, probabilmente operante nell'ambito delle vendite al dettaglio di *homines*.

D. 21.1.44.1 (Paul. 2 ad ed. aed. cur.*): responsabilità per vizi dei* venaliciarii socii *e rilevanza esterna della* societas venaliciaria.

23 Sul testo di Paolo, vedi G. SANTUCCI, *Il socio*, cit., p. 18. Da ultimo, vedi C. PELLOSO, *Il concetto di 'actio'*, cit., p. 166, nt. 149 (ivi lett.).

In un frammento di Paolo si prendono in considerazione i problemi della responsabilità per vizi dei *venaliciarii socii*:

> D. 21.1.44.1 (Paul. 2 *ad ed. aed. cur.*): *Proponitur actio ex hoc edicto in eum cuius maxima pars in venditione fuerit, quia plerumque venaliciarii ita societatem coeunt, ut quidquid agunt in commune videantur agere: aequum enim aedilibus visum est vel in unum eius, cuius maior pars aut nulla parte minor esset, aedilicias actiones competere, ne cogeretur emptor cum multis litigare, quamvis actio ex empto cum singulis sit pro portione, qua socii fuerunt: nam id genus hominum ad lucrum potius vel turpiter faciendum pronius est*[24].

Il testo lascia intendere che i mercanti di schiavi erano soliti costituire delle società per poter organizzare meglio la loro attività. Paolo, discutendo il caso della *societas venaliciaria*, mostra come ormai consolidata la prassi di ricorrere al contratto di società per l'esercizio del commercio degli schiavi. A tal proposito, il giurista dà notizia del fatto che gli edili curuli emanarono l'editto *adversus venaliciarios* per sanzionare la responsabilità dei singoli soci con l'*actio redhibitoria*[25], nel caso in cui fosse stata omessa la dichiarazione dei vizi degli schiavi venduti nei mercati.

---

24 Sul frammento di Paolo, rinvio, nello specifico, a: E. DEL CHIARO, *Le contrat de société en droit privé romain*, cit., p. 232 e ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La società*, cit., p. 91, p. 142 e ss.; M. BIANCHINI, *Studi sulla societas*, cit., p. 103; F. SERRAO, *Sulla rilevanza esterna*, cit., p. 748 e ss.; ID., *Impresa, mercato*, cit., p. 48 e ss.; A. GUARINO, *La società*, cit., p. 72, p. 104 e ss.; G. SACCONI, *Studi sulle obbligazioni solidali da contratto in diritto romano*, Milano 1973, p. 101 e ss.; M. TALAMANCA, voce *Società*, cit., p. 830; L. MANNA, Actio redhibitoria, cit., p. 77 e ss.; G. SANTUCCI, *Il socio*, cit., p. 129; R. ORTU, *'Qui venaliciariam'*, cit., p. 9 e ss.; EAD., *Schiavi e mercanti di schiavi*, cit., p. 110 e ss.; A. PETRUCCI, *Per una storia*, cit., p. 224 e ss.; ID., *Osservazioni minime*, cit., p. 2099 e ss.; ID., *L'impresa dei commercianti di schiavi*, in *Diritto commerciale*, cit., p. 316 e ss.; P. CERAMI, Negotiationes *e* negotiatores, cit., p. 86 e ss.; C. PELLOSO, *Il concetto di 'actio'*, cit., p. 166, nt. 62 (ivi lett.); P. ONIDA, *Specificità della causa*, cit., p. 6 e ss.

25 Sull'*actio redhibitoria* si vedano soprattutto: W.W. BUCKLAND, *The Roman law*, cit., p. 59 e ss.; R. MONIER, *La garantie contre les vices*, Paris 1930, p. 59 e ss.; A. PEZZANA, *D. 21, 1, 45. Contributi alla dottrina romana dell'actio redhibitoria*, in *RISG*, III[3], 5 (1951), p. 275 e ss.; F. PRINGSHEIM, *The decisive moment for Aedilician liability*, in *RIDA*, 5 (1952), p. 545 e ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, Napoli 1954, p. 369 e ss.; G. IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, Padova 1955, p. 137 e ss.; A.M. HONORÉ, *The history of the Aedilitian actions from Roman-Dutch law*, in *Studi De Zulueta*, Oxford 1959, p. 132 e ss.; D. PUGSLEY, *The Aedilician Edict*, in A. WATSON (a cura di) *Daube Noster*, Edinburgh-London 1974, p. 253 e ss.; A. WATSON, *Sellers' Liability for Defects: Aedilician Edict and Pretorian law*, in *Iura*, 38 (1987), p. 167 e ss.; L. MANNA, *"Actio redhibitoria" e responsabilità per vizi nell'editto "de mancipiis vendundis"*, Milano 1994, p. 173 e ss.; EAD., *L'interdipendenza delle obbligazioni nella vendita e la redibizione volontaria*, in L. GAROFALO (a cura di) "*La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*", vol. II, Padova 2007, p. 539 e ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1992 (rist. 1996), p. 317 e ss.; N. DONADIO, *Sull'"actio redhibitoria"*, in *Index*, 25 (1997), p. 649 e ss.; EAD., *La tutela del compratore*, cit., p. 40 e ss.; EAD., *Azioni edilizie e interdipendenza delle obbligazioni nell'emptio venditio'. Il problema di un giusto equilibrio tra le prestazioni delle parti*, in *La compravendita*, vol. II, cit., p. 455 e ss.; L. GAROFALO, *"Redhibitoria actio duplicem habet condemnationem" (a proposito di Gai.* ad ed. aed. cur. *D. 21,1,45)*, in *Atti del Convegno sulla Problematica contrattuale in diritto romano, Milano 11-12 maggio 1995. In onore di Aldo Dell'Oro*, Milano 1998, p. 57 e ss.; ID., *Perimento della cosa e azione redibitoria in un'analisi storico-compararatistica*, in *Europa e diritto privato*, 2 (1999), p. 843 e ss.; ID., *Studi sull'azione redibitoria*, Padova 2000; E. PARLAMENTO, *Labeone e l'estensione della "redhibitio" all'"actio empti"*, in *Rivista di Diritto Romano*, 3 (2003), p. 1 e ss. [on-line: www.ledonline.it/rivistadirittoromano/]; R.

Inoltre, nella parte finale del passo si legge una frase assai significativa, con la quale Paolo delinea chiaramente i fini poco nobili insiti nel mestiere di venditori di schiavi: "*nam id genus hominum ad lucrum potius vel turpiter faciendum pronius est*". Nel pensiero del giurista si coglie una nota di disapprovazione[26] nei confronti dell'operato di coloro che si dedicavano alla compravendita di *homines*. È risaputo che questo ramo dei traffici commerciali era considerato dagli antichi come il peggiore e il più infamante[27], ed è altrettanto noto che i mercanti di schiavi, per ottenere facili guadagni, attuavano numerosi artifici e raggiri ai danni dei compratori ignari[28].

Nel testo di Paolo emergono inoltre ulteriori dati su cui vale la pena soffermarsi. Così come evidenziato in precedenza, a proposito del passo di Pomponio (D. 17.2.60.1; Pomp. 13 *ad Sab.*), in cui il riferimento alla fuga di schiavi comuni (… *communibus servis venalibus ad fugam erumpentibus*) indicava che anche nel caso della *societas venaliciaria* i beni conferiti si intendevano normalmente conferiti in comproprietà, anche nel frammento di Paolo, si legge che i *venaliciarii* nella maggioranza dei casi formulavano l'accordo societario in modo tale che qualunque atto essi compissero, *in commune videantur agere*. Ciò significa che ogni vendita di

---

ORTU, 'Aiunt aediles …', cit., p. 69 e ss.; PH. COCATRE-ZILGIEN, *La redhibition de l'esclave pour cause de maladie en droit romain*, in *Rev. Gen. Droit Med.*, 2008, p. 9 e ss.; J.J. AUBERT, Vitia animi*: tares mentales, psychologiques, caracterielles et intellectuelles des esclaves en droit romain*, in A. MAFFI-L. GAGLIARDI (a cura di) *I diritti degli altri in Grecia e a Roma*, Sankt Augustin 2011, p. 236 e ss.

26 La disapprovazione sociale e la pessima reputazione dei venditori di schiavi emergono fin dal periodo di Plauto, *Capt.* vv. 98-101: *nunc hic occepit quaestum hunc fili gratia/ inhonestum et maxime alienum ingenio suo:/ homines captivos commercatur, si queat/ aliquem invenire, suom qui mutet filium.*

27 Cfr. W.E. BOESE, *A Study*, cit., p. 158 e ss.; H.A. WALLON, *Historie de l'esclavage*, Aalen 1974, p. 48; A.J. TOYNBEE, *L'eredità di Annibale*, vol. II, Torino 1983, p. 425.

28 Nelle fonti vi sono numerose attestazioni degli atti di frode dei venditori di *mancipia*. Sono particolarmente interessanti gli atti fraudolenti perpetrati dai commercianti di schiavi per aggirare le disposizioni dell'editto degli edili curuli. Le frodi dei venditori di *servi* vengono evocate in maniera molto limpida da Cicerone, *De off.* 3.17.71: *Nec vero in praediis solum ius civile ductum a natura malitiam fraudemque vindicat, sed etiam in mancipiorum venditione venditoris fraus omnis excluditur. Qui enim scire debuit de sanitate, de fuga, de furtis, praestat edicto aedilium.* Nel titolo D. 21.1 vi sono alcuni frammenti in cui l'emanazione dell'editto degli edili viene sempre giustificata facendo ricorso alla volontà di porre fine alla *fallacia* dei venditori di schiavi, tra tutti vedi: D. 21.1.1.2 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Causa huius edicti proponendi est, ut occurratur fallaciis vendentium et emptoribus succurratur* ...; D. 21.1.37 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Praecipiunt aediles, ne veterator pro novicio veneat. Et hoc edictum fallaciis venditorum occurrit: ubique enim curant aediles, ne emptores a venditoribus circumveniantur.* Nei due passi citati il giurista Ulpiano descrive chiaramente comportamenti fraudolenti dei venditori di *servi* ai danni degli ignari compratori. Ma vedi anche D. 21.1.44 pr. (Paul. 2 *ad ed. aed. cur.*): *Iustissime aediles noluerunt hominem ei rei quae minoris esset accedere, ne qua fraus aut edicto aut iure civili fieret*, in cui si fa riferimento all'intervento degli edili, i quali emanarono la rubrica "*si alii rei homo accedat*", al fine di evitare che si attuasse la frode all'editto, da parte dei venditori di *mancipia*, mediante la vendita di uno schiavo in qualità di accessorio di una *res*. Sull'argomento vedi da ultimo R. ORTU, *Si alii rei homo accedat*, in *RDR*, 11 (2011), p. 1 e ss. (lett. ivi).

schiavo veniva effettuata come vendita di uno schiavo comune, e quindi che ogni schiavo si intendeva venduto *pro quota* da tutti i soci. Questo espediente costringeva l'acquirente che volesse intentare l'*actio redhibitoria* o la *quanti minoris* ad agire contro ciascuno dei soci, con evidente disagio, un disagio che poteva anche indurre a desistere[29].

Di conseguenza, per salvaguardare i diritti degli acquirenti, gli edili curuli inserirono nel loro editto la rubrica *adversus venaliciarios*[30], con la quale si stabiliva che le azioni edilizie potevano essere intentate per intero nei confronti del venditore cui spettasse una quota maggiore o, in mancanza, uguale a quella degli altri soci.

Con questa disposizione si affermava uno speciale regime di solidarietà[31], al fine di evitare che il compratore dovesse agire *pro quota* contro ogni singolo socio, per ottenere il prezzo pagato durante la vendita dello schiavo. Ancora una volta va sottolineato il tentativo dei *venaliciarii* di ottenere vantaggi ai danni dei compratori attraverso comportamenti non illeciti, ma sicuramente non del tutto limpidi[32], e la puntuale risposta degli organi giusdicenti.

Secondo alcuni Autori dal testo di Paolo si può dedurre che al momento della vendita del *mancipium* non era indispensabile la presenza di tutti i *venaliciarii socii*, dato che questi ultimi sarebbero risultati comunque obbligati, entro i limiti della loro quota, dall'atto compiuto da un solo socio. In particolare, questa tesi viene sostenuta da F. Serrao, secondo il quale nel caso in questione non si può negare l'esistenza di una forma di rappresentanza diretta reciproca tra i soci e una rilevanza esterna del

29 Cfr. G. IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, cit., p. 71.

30 Non tutta la dottrina è concorde nel ritenere che la rubrica *adversus venaliciarios* fosse inclusa nell'editto degli edili curuli. O. LENEL, *L'édit perpétuel*, trad. fr. F. PELTIER (éd.), vol. II, Paris 1903, p. 303 e ss., prospetta la partizione dell'editto *de mancipiis vendundis* in 11 rubriche, collocando al n. 10 la nostra. Di opinione diversa A. F. RUDORFF, *Edicti perpetui quae reliquia sunt*, Lipsiae 1869, che non inserisce le rubriche '*si alii rei homo accedat*' e '*adversus venaliciarios*', mentre F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, vol. XXI, trad. it. S. PEROZZI-P. BONFANTE (a cura di), Milano 1898, p. 12 e ss., pur includendo 11 rubriche nell'editto *de mancipiis vendundis*, propone una diversa sequenza di argomenti rispetto a quella del Lenel; ma il suo ordine sistematico viene criticato da S. PEROZZI, (in F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, cit., p. 12 e ss., n. *b*) il quale preferisce la ricostruzione leneliana.

31 Cfr. E. DEL CHIARO, *Le contrat de société*, cit., p. 233.

32 Per lo stesso motivo venne introdotta, ad esempio, la rubrica '*si alii rei homo accedat*': vedi R. ORTU, *Si alii rei*, cit., p. 1 e ss.

rapporto sociale, qualora i mercanti di schiavi avessero costituito la società in modo da renderne nota l'esistenza ai terzi[33].

Altri Autori hanno ritenuto invece che per configurare la fattispecie prevista da Paolo fosse necessaria la presenza di tutti i soci al momento della vendita dello schiavo: solo in questo modo – essi affermano – in base al regime della comunione, tutti i *venaliciarii socii* si obbligavano e potevano così applicarsi le disposizioni dell'editto degli edili curuli[34].

L'interpretazione del Serrao, alla quale avevo in un primo tempo aderito[35] non mi sembra oggi del tutto convincente. In particolare, mi sembra di poter osservare che la norma introdotta dagli edili – da cui derivava uno speciale regime di solidarietà – era tesa a tutelare non i *venaliciarii*, ma i compratori, mentre invece l'A. sembra giungere alla conclusione che il regime delineato da Paolo risultava essere vantaggioso proprio per gli stessi *venaliciarii*, i quali avevano così la possibilità di agire contemporaneamente su diversi mercati[36]. D'altra parte, il Serrao non dice in che modo, dal punto di vista tecnico-giuridico, si sarebbe raggiunto l'effetto di obbligare tutti pur contraendo uno solo, se non ammettendo, come per altro fa l'A., che il semplice accordo fra i soci *ut quidquid agunt in commune videantur agere* avesse come effetto quello di ammettere la rappresentanza diretta di ciascun socio nei confronti degli altri. Su questo punto in particolare non mi sento oggi di seguire il parere dell'illustre studioso, dato che nella sua ottica l'esservi o non esservi rappresentanza diretta sarebbe dipeso unicamente dalla volontà dei soci, a patto che la particolare natura della società fosse resa nota al terzo contraente. Dal punto di vista pratico, secondo il Serrao, per rendere effettivo il regime particolare della *societas venaliciaria* da lui delineato sarebbe bastato inserire nel contratto di società una clausola in virtù

33 Vedi F. SERRAO, *Impresa, mercato*, cit., p. 48 e ss., il quale afferma: «Con che non solo si ampliava e rafforzava l'ammissione della rappresentanza fra i *socii venaliciarii*, ma si creava una speciale solidarietà infrangendo, anche per le società venaliciarie, il voluto principio della non rilevanza esterna del rapporto sociale». Vedi anche, dello stesso A., *Sulla rilevanza esterna*, cit., p. 743 e ss. ed *Impresa e responsabilità*, cit., p. 72 e ss.

34 Il passo di Paolo viene interpretato in questo modo ad es. da V. ARANGIO-RUIZ, *La società*, cit., p. 91, p. 141 e ss., e da G. IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, cit., p. 71 e ss.; G. SACCONI, *Studi sulle obbligazioni*, cit., p. 101 e ss.

35 R. ORTU, *'Qui venaliciariam'*, cit., p. 9 e ss.

36 F. SERRAO, *Sulla rilevanza esterna*, cit., p. 752.

della quale ogni socio fosse obbligato - al momento della conclusione di ogni singolo atto di vendita di schiavi – a dichiarare al compratore di *agere in commune*, «indicando i nomi degli altri soci e le rispettive quote»[37]. Questa soluzione non sembra essere molto pratica, ma d'altra parte l'osservazione che una società tale per cui i soci fossero costretti tutti ad intervenire nella vendita di ciascun schiavo sarebbe stata assai poco «comoda e funzionale»[38], è indubbiamente vera, anche se la necessità invocata dall'A. per i *socii venaliciarii* di operare in società per poter agire contemporaneamente su più mercati poteva trovare, e trovava, piena soddisfazione anche nello strumento del mandato[39].

A mio avviso, sulla base del testo di Paolo, si possono in realtà ricostruire due modelli di *societas venaliciaria*, due modelli molto divergenti. Possiamo immaginare infatti una società composta di pochi soci, piccoli trafficanti che operavano di persona esclusivamente sul mercato romano[40], intervenendo insieme in ogni contratto sotto l'attenta sorveglianza degli edili curuli, oppure possiamo pensare – come sembra fare il Serrao - ad una società con un numero di soci tutto

37 *Ivi*, p. 749.

38 *Ivi*, p. 752.

39 Vedi D. 17.1.57 (Pap. 10 *resp.*): *Mandatum distrahendorum servorum defuncto qui mandatum suscepit intercidisse constitit. quoniam tamen heredes eius errore lapsi non animo furandi sed exsequendi, quod defunctus suae curae fecerat, servos vendiderant, eos ab emptoribus usucaptos videri placuit. sed venaliciarium ex provincia reversum Publiciana actione non inutiliter acturum, cum exceptio iusti dominii causa cognita detur neque oporteat eum, qui certi hominis fidem elegit, ob errorem aut imperitiam heredum adfici damno.* La lettura del frammento offre particolari riferimenti a forme di esercizio della professione di *venaliciarius*. Il caso discusso dal giurista riguarda una vendita di *servi* effettuata per errore dagli eredi di un mandatario, vendita conclusa dagli eredi non con *animus furandi,* ma al solo fine di portare a compimento l'incarico attribuito da un *venaliciarius* al defunto. Il frammento si presenta ricco di problematiche a proposito della tutela dei compratori e della possibilità del *venaliciarius*, al suo rientro dalla provincia, di intentare vittoriosamente l'*actio Publiciana*. Di questo frammento, però, vorrei evidenziare altri aspetti, che possono risultare utili per delineare la struttura organizzativa dei *venaliciarii*. Il fatto che il giurista descriva una fattispecie in cui il *venaliciarius* aveva conferito mandato per la vendita di *mancipia* ad un uomo libero, in seguito defunto, denota quanto fosse abituale per i venditori di schiavi, nell'epoca di Papiniano, ricorrere al contratto consensuale di mandato per meglio organizzare il proprio tipo di commercio. Inoltre, il riferimento al ritorno del *venaliciarius* dalla provincia attesta che i mercanti di schiavi sovente si spostavano in luoghi lontani per condurre *negotiationes*. Ne consegue, quindi, che il *venaliciarius*, mediante incarico a uno o più mandatari, poteva operare contemporaneamente in più mercati e così ampliare territorialmente il proprio raggio d'azione. Sul frammento di Papiniano vedi A. BURDESE, *Autorizzazione ad alienare in diritto romano*, Torino 1950, p. 85 e ss.; D. DAUBE, *Mistake of Law in Usucapion*, in *The Cambridge Law Journal*, 16 (1958), p. 85 e ss.; F. B. J. WUBBE, Res aliena pignori data. *De verpanding van andermans zaak in het klassieke Romeinse Rehct*, Leiden 1960, p. 54 e ss.; R. MARTINI, *Il problema della 'causae cognitio' pretoria*, Milano 1960, p. 127 e ss.; J.A.C. THOMAS, Animus furandi, in *Iura*, 19 (1968), p. 18, p. 30; O. BEHRENDS, *Die Prokuratur des klassischen römischen Zivilrechts*, in *ZSS*, 101 (1971), p. 235, p. 275; P. APATHY, *Die Actio Publiciana beim Doppelkauf vom Nichteigentuemer*, in *ZSS*, 112 (1982), p. 158 e ss.; O. MILELLA, *Il consenso del "dominus" e l'elemento intenzionale nel furto*, in *BIDR*, 91 (1988), p. 391 e ss.

40 Al riguardo vedi D. 17.2.65.5 (Paul. 32 *ad ed.*), di cui *supra*, § 2 di questo contributo.

sommato indifferente, ma dotata di cospicui capitali e di personale libero e servile che operava sia a Roma, sia oltremare.

Il quadro che emerge dalle fonti letterarie, giuridiche ed epigrafiche[41] corrisponde più al secondo modello, quello cui si ispira il Serrao, che non al primo, per cui si tratta di capire che cosa esattamente intendesse dire Paolo con l'espressione «… *ut quidquid agunt in commune videantur agere*», o meglio, come si potesse tecnicamente raggiungere quel risultato.

Un suggerimento viene dalla Glossa, dove si legge, in nota alle parole *cum singulis* del passo di Paolo:

> Glossa *Singulis* a D. 21.1.44.1: *Hic ergo loquitur cum omnes vendiderunt, vel maior pars vendidit. Alioquin singuli conveniri non possunt, nisi cum magistro omnium contraheretur.*

Secondo l'anonimo glossatore, quindi, affinché i singoli soci potessero essere convenuti occorreva che ciascuno avesse partecipato alla vendita, oppure che il contratto fosse stato concluso con chi era stato preposto da tutti. E proprio questa, a mio avviso potrebbe essere la soluzione: un contratto di società nel contesto del quale venisse stabilito che ogni socio avrebbe agito come *praepositus*[42] da tutti gli altri per la vendita di beni in comunione (gli schiavi). Fra l'altro un simile accordo non poteva rimanere privato, ma doveva essere portato a conoscenza di tutti i possibili acquirenti, come ci informa Ulpiano:

> D. 14.3.11.2-4 (Ulp. 28 *ad ed.*): *De quo palam proscriptum fuerit, ne cum eo contrahatur, is*

41 Vedi R. ORTU, *Schiavi e mercanti di schiavi*, cit., p. 119 e ss.

42 In particolare, rinvio anche alla lettura di D. 14.3.17 pr. (Paul. 30 *ad ed.*): *Si quis mancipiis vel iumentis pecoribusve emendis vendendisque praepositus sit, non solum institoria competit adversus eum qui praeposuit, sed etiam redhibitoria vel ex stipulatu duplae simplaeve in solidum actio danda est*, in cui Paolo descrive l'ambito di una *praepositio institoria* finalizzata allo svolgimento di una specifica tipologia di *negotiatio*: *mancipiis vel iumentis pecoribusve emendis vendendisque*. Nella seconda parte del testo, Paolo discute i problemi relativi alla tutela dei terzi contraenti con il *praepositus*. Il giurista ribadisce la regola generale, introdotta dall'editto *de institoria actione*, della responsabilità illimitata del preponente verso i terzi per i negozi da loro conclusi con l'*institor*. La questione, tuttavia, nel caso di vendite di schiavi, è sempre quella della tutela del compratore nei confronti di venditori disonesti, e quindi della applicazione a questi contratti degli obblighi di dichiarazione dei vizi e di assunzione di garanzie previsti dall'editto degli edili curuli. Al proposito Paolo non dice nulla in modo esplicito, ma l'estensione degli obblighi edilizi all'*institor* deriva dall'affermazione del giurista secondo cui il preponente poteva anche essere convenuto non solo per l'*actio institoria*, ma anche per la *redibitoria*, ed era tenuto per l'intero, ovviamente nei limiti della *praepositio*. Dal passo di Paolo si possono trarre inoltre alcune considerazioni intorno all'organizzazione interna dell'azienda *venaliciaria*. È noto infatti che in qualità di *institor* potevano essere preposti soggetti diversi: schiavi, *filiifamilias*, uomini liberi, ed anche, in presenza di una società, uno dei soci. Il giurista non specifica la qualità del *praepositus*, e ciò lascia intravvedere la possibilità per i *venaliciarii* di avvalersi di un ventaglio di possibilità: la preposizione di uno schiavo appartenente ad un socio, oppure la preposizione di un *servus communis*, ipotesi ampiamente elaborate dalla giurisprudenza romana, ma anche, soprattutto per la cura di affari lontano da Roma, la preposizione di uomini liberi. Sul punto rinvio a R. ORTU, *Schiavi e mercanti di schiavi*, cit., p. 119 e ss.

praepositi loco non habetur: non enim permittendum erit cum institore contrahere, sed si quis nolit contrahi, prohibeat: ceterum qui praeposuit tenebitur ipsa praepositione. Proscribere palam sic accipimus claris litteris, unde de plano recte legi possit, ante tabernam scilicet vel ante eum locum in quo negotiatio exercetur, non in loco remoto, sed in evidenti. litteris utrum Graecis an Latinis? puto secundum loci condicionem, ne quis causari possit ignorantiam litterarum. certe si quis dicat ignorasse se litteras vel non observasse quod propositum erat, cum multi legerent cumque palam esset propositum, non audietur. Proscriptum autem perpetuo esse oportet: ceterum si per id temporis, quo propositum non erat, vel obscurata proscriptione contractum sit, institoria locum habebit. proinde si dominus quidem mercis proscripsisset, alius autem sustulit aut vetustate vel pluvia vel quo simili contingit, ne proscriptum esset vel non pareret, dicendum eum qui praeposuit teneri. sed si ipse institor decipiendi mei causa detraxit, dolus ipsius praeponenti nocere debet, nisi particeps doli fuerit qui contraxit[43].

I terzi, quindi, necessariamente dovevano essere portati a conoscenza dell'esistenza di una *praepositio*, delle sue condizioni e quindi delle sue conseguenze. Da tutto ciò derivava rilevanza esterna[44] della *societas venaliciaria*[45], come giustamente sostenuto dal Serrao sulla base però di differenti soluzioni dal punto di vista pratico attuativo, nel senso che per il terzo contraente non era indifferente l'esistenza o meno della società, dato che dalla sua esistenza derivavano per lui conseguenze sul piano giuridico, come disposto dagli edili curuli a difesa degli acquirenti di schiavi, di fronte ad un ulteriore espediente escogitato dai *venaliciarii* per tentare di eludere, sia pure in modo legittimo, le stesse norme edilizie[46].

Considerazioni conclusive

Dal quadro delle fonti giuridiche esaminate in questo contributo, emerge chiaramente che la *societas* consensuale, nella tipologia della *societas unius alicuius negotiationis*, rappresentava un modello organizzativo ben congeniale per la

43 A proposito del testo di Ulpiano, vedi R. ORTU, *Schiavi e mercanti di schiavi*, cit., p. 130 e ss.

44 Sul tema, tra gli ultimi, vedi A. PETRUCCI, *Per una storia*, cit., p. 224 e ss.; ID., *Osservazioni minime*, cit., p. 2099 e ss.; ID., *L'impresa dei commercianti di schiavi*, in *Diritto commerciale*, cit., p. 316 e ss.; P. CERAMI, Negotiationes *e* negotiatores, cit., p. 86 e ss.; P. ONIDA, *Specificità della causa*, cit., p. 6 e ss.

45 Su questo punto, l'interpretazione del Serrao ha avuto un certo seguito: cfr. A. GUARINO, *La società*, cit., p. 72, p. 104 e ss.; M. TALAMANCA, voce *Società*, cit., p. 830; L. MANNA, Actio redhibitoria, cit., p. 77 e ss.; R. ORTU, *'Qui venaliciariam'*, cit., p. 9 e ss.; A. PETRUCCI, *Per una storia*, cit., p. 224 e ss.; ID., *Osservazioni minime*, cit., p. 2099 e ss.; ID., *L'impresa dei commercianti di schiavi*, in *Diritto commerciale*, cit., p. 316 e ss.; P. CERAMI, Negotiationes *e* negotiatores, cit., p. 86 e ss.; P. ONIDA, *Specificità della causa*, cit., p. 6 e ss.

46 Al riguardo, vedi R. ORTU, *'Aiunt aediles …'*, cit., p. 93 e ss.; EAD., Si alii rei, cit., p. 1 e ss.

realizzazione del commercio degli schiavi intrapreso dai *venaliciarii*. La *societas venaliciaria* riproduceva una struttura organizzativa che sicuramente destava interesse agli occhi dei giuristi, i quali a partire da Labeone mostrano attenzione nei confronti di questo particolare tipo di società, citandola a titolo di esempio per la trattazione di alcune problematiche di carattere generale in tema di *societas* consensuale.

In età imperiale, come attestato da Gaio (3.148), la *societas venaliciaria* è il modello esemplare di *societas unius alicuius negotiationis*: una società le cui caratteristiche saranno peculiari per il tipo di *negotiatio* intrapresa dai soci, e che anche a seguito delle riflessioni della giurisprudenza, che si svilupperanno attraverso un lungo percorso interpretativo, andrà a connotarsi secondo alcuni principi fondanti che terranno conto sia delle esigenze dei *venaliciarii socii*, mediante il riconoscimento di una forte tutela a proposito della risarcibilità dei danni subiti dal socio d'opera (come ad es. per le spese mediche, D. 17.2.60.1 e D. 17.2.61) o per il recesso intempestivo del socio (D.17.2.65.5), e sia, ed ancor più, dei terzi contraenti, i quali, grazie all'attestarsi dell'eccezione al principio di carattere generale di irrilevanza esterna del rapporto societario nei confronti dei terzi, potranno essere tutelati con forza ai sensi dell'editto *adversus venaliciarios* contenuto nell'editto degli edili curuli *de mancipiis emundis vendundis* (D. 21.1.44.1). Il riconoscimento da parte dei giureconsulti della rilevanza esterna nei confronti della *societas venaliciaria* avrà come effetto quello di collocarla sullo stesso piano delle altre società commerciali a preminente interesse pubblico come la società dei *publicani*, quella degli *argentari* e quella degli armatori[47].

Dalle fonti analizzate in questo contributo si delinea inoltre un'organizzazione societaria che poteva essere più o meno complessa, con società venaliciarie che potevano essere semplicemente costituite da due soci, i quali operavano spesso nell'ambito della vendita di schiavi al dettaglio con impegno e presenza contemporanea al momento della conclusione dei contratti di compravendita dei *servi*, o società anche con più di due soci, i quali invece

47 Cfr. fra tutti, P. CERAMI, *Impresa e societas*, cit., p. 106, in quale, a proposito della *societas venaliciaria*, afferma che «l'interesse pubblico è strettamente connesso in questo caso – come si evince da Paul. 2 *ad ed.* D. 21.1.44.1 – alla tutela di inesperti acquirenti nei confronti della spregiudicata condotta professionale dei mercanti di schiavi, qualificati da Paolo '*genus hominum ad lucrum potius vel turpiter faciendum pronius*'» (nt. 79 e nt. 106).

svolgevano singolarmente e contestualmente l'attività del commercio degli schiavi in differenti mercati, a volte molto distanti, anche oltremare, servendosi dell'ausilio di mandatari o il più di frequente, come dimostrato in queste pagine, della *praepositio* reciproca che consentiva loro di attuare al meglio, dal punto di vista tecnico giuridico, il principio di rilevanza esterna del rapporto di *societas venaliciaria*, rendendo così tutti i *socii* obbligati verso i terzi a seguito di stipulazione di compravendite di schiavi concluse da un solo socio che agiva però in qualità di *praepositus*.

Abstract
The societas unius alicuius negotiationis*, represented an organizational model well suited for the realization of the slave trade undertaken by the* venaliciarii. *In the imperial age, as attested by Gaius (3.148), the* societas venaliciaria *appears as a society whose characteristics will be peculiar to the type of* negotiatio *undertaken by the members, and which, also following the reflections of the jurisprudence, will be connoted according to some principles founding that will take into account both the requirements of the* venaliciarii socii*, and of the third party contractors, who, thanks to the confirmation of the exception to the general principle of external irrelevance of the corporate relationship towards third parties, may be protected under the edict* adversus venaliciarios *contained in the* edict of the aediles curuli *(D. 21.1.44.1). The recognition by the jurisconsults of the external relevance of the* societas venaliciaria *will have the effect of placing it on the same level as the other commercial companies in the preeminent public interest, such as the society of the* publicani*, of the* argentarii *and of the shipowners.*

Keywords
Societas*,* societas venaliciaria*, external relevance of the* societas venaliciaria

JusOnline n. 1/2018
ISSN 1827-7942

Paola Ombretta Cuneo

Ricercatrice di diritto romano e diritti dell'antichità, Università di Milano-Bicocca

Il ripudio nel tardo Impero: una costituzione di Teodosio II*

SOMMARIO: 1. Il ripudio nei casi di leciti matrimoni. - 2. Le cause lecite e tassative di ripudio. - 3. L'assunzione di prove. - 4. Gli effetti di un ripudio non legittimo. - 5. Il *favor liberorum*. - 6. Conclusioni.

1. Il ripudio nei casi di leciti matrimoni.

Nel titolo *De repudiis et iudicio de moribus sublato* del Codice Giustiniano è conservata una costituzione di Teodosio II, datata *D. V Id. Ian. Protogene et Asterio conss.*, cioè del 9 gennaio 449, e indirizzata al prefetto del pretorio Ormisda, che ha ricoperto tale carica negli anni dal 448 al 450[1] in Oriente[2]. Si tratta di C.I. 5.17.8, un lungo testo, infatti, in materia di ripudio[3].

---

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

1 Cfr. 'Hormisdas', in A.H.M. Jones, J.R. Martindale, J. Morris, «*The Prosopography of the later Roman Empire* (A.D. 395- 527)», II, New York 1980, p. 571.

2 Sulla provenienza orientale della costituzione si veda A. Arjava, *Women and law in late antiquity*, Oxford 1996, p. 181, nt.71.

3 *Impp. Theodosius II et Valentinianus III AA. Hormisdae pp.*

Consensu licita matrimonia posse contrahi, contracta non nisi misso repudio dissolvi praecipimus: solutionem etenim matrimonii difficiliorem debere esse favor imperat liberorum.

1. Causas autem repudii haec saluberrima lege apertius designamus. Si enim sine iuxta causa dissolvi matrimonia iuxto limite prohibemus, ita adversa necessitate pressum vel pressam quamvis infausto, attamen necessario auxilio cupimus liberari.

2. Si qua igitur maritum suum adulterum aut homicidam vel venificum vel certe contra nostrum imperium aliquid molientem vel falsitatis crimine condemnatum invenerit, si sepulchrorum dissolutorem, si sacris aedibus aliquid subtrahentem, si latronem vel latronum susceptorem vel abactorem aut plagiarium vel ad contemptum sui domi suae ipsa inspiciente cum impudicis mulieribus (quod maxime etiam castas exasperat) coetum ineuntem, si suae vitae veneno aut gladio vel alio simili modo insidiantem, si se verberibus, quae ab ingenuis aliena sunt, adficientem probaverit, tunc repudii auxilio uti necessariam ei permittimus libertatem et causas discidii legibus comprobare.

3. Vir quoque pari fine claudetur nec licebit aei sine causis apertius designatis propriam repudiare iugalem, nec ullo modo expellat nisi adulteram, nisi veneficam aut homicidam aut plagiariam aut sepulchrorum dissolutricem aut ex sacris aedibus aliquid subtrahentem aut latronum fautricem aut extraneorum virorum se ignorante vel nolente convivia appetentem aut ipso invito sine iusta et probabili causa foris scilicet pernoctantem, nisi circencibus vel theatralibus ludis vel harenarum spectaculis in ipsis locis, in quibus haec adsolent celebrari, se prohibente gaudentem, nisi sui veneno vel gladio aut alio simili modo insidiatricem, vel contra nostrum imperium aliquid machinantibus consciam, seu falsitatis se crimini immiscentem invenerit, aut manus audaces sibi probaverit ingerentem: tunc enim necessariam ei discedendi permittimus facultatem et causas discidii legibus comprobare.

4. Haec nisi vir et mulier observaverint, ultrice providentissimae legis poena plectentur. Nam mulier si contempta lege repudium mittendum esse tentaverit: suam dotem et ante nuptias donationem ammittat nec intra quinquennium nubendi habeat denuo potestatem.

Aequum est enim eam interim carere connubio, quo se monstravit indignam. Quod si praeter hoc nupserit, erit ipsa quidem infamis, connubium vero illud nolumus nuncupari: insuper etiam arguendi hoc ipsum volenti concedimus

Il testo esordisce con la premessa che quei matrimoni leciti che si sono formati con il consenso possono essere sciolti solo in seguito alla notificazione di un libello di ripudio:

Consensu licita matrimonia posse contrahi, contracta non nisi misso repudio dissolvi praecipimus

Per quanto concerne la forma, il Robleda[4] sosteneva che il requisito formale non corrisponde all'antica dichiarazione di ripudio dell'epoca augustea da pronunciarsi alla presenza di sette testimoni e di un liberto del divorziante, dal momento che il testo si limita a menzionare solo la notifica del ripudio. Per lo studioso l'introduzione di questa forma sarebbe un'innovazione, consistendo nella notifica di un semplice *libellus* per la comunicazione del ripudio, come era conforme agli usi orientali.

Pactiones sane si quae adversus praesentia scita nostrae maiestatis fuerint attentate, tamquam legibus contrarias, nullum habere volumus firmitatem.

2. Le cause lecite e tassative di ripudio.

Il testo continua con la riaffermazione del principio secondo cui è proibito il ripudio fuori dalle *iustae causae* indicate tassativamente dall'imperatore, pur ponendo un'eccezione nel caso in cui il coniuge ripudiante sia oppresso da un'avversità.

---

libertatem. Si vero causam probaverit intentatam, tunc eam et dotem recuperare, et ante, et ante nuptias donationem lucro habere, aut legibus vindicare censemus; et nubendi post annum ei (ne quis de prole dubitet) permittimus facultatem.

5. Virum etiam, si mulierem interdicta arguerit attentatem, tam dotem, quam ante nuptias donationem sibi habere seu vindicare, uxoremque (si velit) statim ducere, hac iusta definitione sancimus. Sin autem aliter uxori suae renuntiare voluerit: dotem redhibeat, et ante nuptias donationem amittat.

6. Servis scilicet seu ancillis puberibus, si crimen adulterii vel maiestatis ingeritur, tam viri quam mulieris ad examinandam causam repudii, quo veritas aut facilius eruatur aut liquidius detegatur, si tamen alia documenta defecerint, quaestionibus subdendis. Super plagiis etiam, prout dictum est, illatis ab alterutro commovendis easdem probationes (quoniam non facile quae domi geruntur per alienos poterunt confiteri) volumus observari.

7. Si vero filio vel filiis, filia vel filiabus extantibus, repudium missum est: omne quicquid ex nuptiis lucratum est, filio seu filiis filiae seu filiabus post mortem accipientis servari: id est, si pater temere repudium miserit, donationem ante nuptias a matre servari; si mater, dotem ipsam eidem vel eisdem filio seu filiae patre moriente dimitti censemus: patri videlicet vel matri in scribendis heredibus si unum seu unam vel omnes scribere, vel uni ex his donare velit, electione servata. Nec ullam alienandi seu supponendi memoratas res permittimus facultatem. Sed si aliquid ex iisdem rebus defuerit: ab heredibus, seu earum detentatoribus (si tamen non ipsos heredes scripserit, aut scripti filii non adierint) resarciri praecipimus: ut etiam hoc modo inconsulti animi a repudio mittendo detrimento retrahantur.

8. Pactiones sane si quae adversus praesentia scita nostrae maiestatis fuerint attentate, tamquam legibus contrarias, nullum habere volumus firmitatem.

D. V Id. Ian. Protogene et Asterio conss.

4 Cfr. O. ROBLEDA, *El matrimonio en el derecho Romano*, Roma 1970, p. 267.

1. Causas autem repudii haec saluberrima lege apertius designamus. Si enim sine iuxta causa dissolvi matrimonia iuxto limite prohibemus, ita adversa necessitate pressum vel pressam quamvis infausto, attamen necessario auxilio cupimus liberari.

2. Si qua igitur maritum suum adulterum aut homicidam vel venificum vel certe contra nostrum imperium aliquid molientem vel falsitatis crimine condemnatum invenerit, si sepulchrorum dissolutorem, si sacris aedibus aliquid subtrahentem, si latronem vel latronum susceptorem vel abactorem aut plagiarium vel ad contemptum sui domi suae ipsa inspiciente cum impudicis mulieribus (quod maxime etiam castas exasperat) coetum ineuntem, si suae vitae veneno aut gladio vel alio simili modo insidiantem, si se verberibus, quae ab ingenuis aliena sunt, adficientem probaverit, tunc repudii auxilio uti necessariam ei permittimus libertatem et causas discidii legibus comprobare.

3. Vir quoque pari fine claudetur nec licebit aei sine causis apertius designatis propriam repudiare iugalem, nec ullo modo expellat nisi adulteram, nisi veneficam aut homicidam aut plagiariam aut sepulchrorum dissolutricem aut ex sacris aedibus aliquid subtrahentem aut latronum fautricem aut extraneorum virorum se ignorante vel nolente convivia appetentem aut ipso invito sine iusta et probabili causa foris scilicet pernoctantem, nisi circencibus vel theatralibus ludis vel harenarum spectaculis in ipsis locis, in quibus haec adsolent celebrari, se prohibente gaudentem, nisi suiveneno vel gladio aut alio simili modo insidiatricem, vel contra nostrum imperium aliquid machinantibus consciam, seu falsitatis se crimini immiscentem invenerit, aut manus audaces sibi probaverit ingerentem: tunc enim necessariam ei discedendi permittimus facultatem et causas discidii legibus comprobare.

Il Brini[5], a proposito di questo testo, si soffermava esclusivamente sulle cause previste per il ripudio. E sono proprio queste che hanno attirato la mia attenzione. Teodosio offre un elenco tassativo delle cause che legittimano il ripudio[6], molto ampliato rispetto alle precedenti costituzioni[7] per rendere più completo ed esaustivo il provvedimento e, di conseguenza, anche più efficace.

Già una costituzione di Costantino del 331, CTh. 3.16.1, aveva dato inizio alla riforma del ripudio rispetto alla legislazione precedente[8].

---

5 Cfr. G. Brini, *Matrimonio e divorzio nel diritto romano*, III, *Diritto romano nel divorzio*, Roma 1975, p. 230 e ss.

6 V. il breve accenno in J. Evans Grubbs, *Law and family in late Antiquity. The emperor Constantine's Marriage Legislation*, Oxford 1999, p. 236.

7 V. P.G. Caron, *Consensu licite matrimonia posse contrahi, contracta non nisi misso repudio solvi (C. 5.17.8)*, in *AARC*, VII, Napoli 1988, p. 291 e s.

8 CTh. 3.16.1: *Imp. Constantinus A. ad Ablavium praefectum praetorio. Placet mulieri non licere propter suas pravas cupiditates marito repudium mittere exquisita causa, velut ebrioso aut aleatori aut muliercularioo, nec vero maritatis per quascumque occasiones uxores suas simittere, sed in ripudio mittendo a femina haec sola crimini inquiri, si homicidam vel medicamentarium vel sepulchrorum dissolutorem maritum suum esse probaverit, ut ita demum laudata omnem suam dotem*

Secondo Domingo[9] «*La lectura de esta ley nos permite advertir que Constantino prohibió el divorcio unilateral salvo en tres supuestos – tria crimina -, que deben ser probados*»[10]. I tre crimini previsti da Costantino imputabili al marito erano l'omicidio (*homicida*), il confezionare pozioni magiche, ma anche il praticare l'aborto o l'avvelenamento (*medicamentarius*), la violazione delle tombe (*sepulchrorum dissolutor*). In riferimento alla moglie si indicavano l'essere adultera (*moecha*), *medicamentaria* e mezzana (*conciliatrix*). Già in altri testi, come CTh. 9.40.1 del 313 o 314, Costantino aveva sottolineato la rilevanza di crimini quali *adulterii vel homicidi vel malefici crimen*. Secondo Venturini «è chiaro, dunque, che già negli anni precedenti erano apparsi al medesimo imperatore meritevoli di accentuata considerazione sotto il profilo repressivo l'omicidio, l'adulterio e, a fianco di tali reati, il *veneficium* e il *maleficium*, con frequenza già da tempo valutati come attività rientranti ambedue nelle pratiche di magia e quindi, in larga misura, assimilabili»[11]. In riferimento a quest'ultimo crimine imputabile ai due coniugi, lo studioso si stupiva per il fatto che «un solo *crimen*, cioè, la manipolazione di veleni o la pratica di arti magiche, sia contemplato in rapporto ad entrambi i coniugi, i quali risultano tra loro diversificati quanto alle ipotesi residue»[12].

Sempre in relazione alla c. 1, recentemente il Pergami ha sottolineato che Costantino aveva stabilito che «i giudici di primo grado debbono irrogare condanne capitali o comunque severe (*ut non prius capitalem in quempiam promat severamque sententiam*) nei confronti di rei di adulterio, oltre che dei colpevoli di omicidio e arti

---

recipiat. Nam si praeter haec tria crimina repudium marito miserit, oportet eam usque ad acuculam capitis in domo mariti deponere et pro tam magna sui confidentia in insulam deportari. In masculis etiam, si repudium mittant, haec tria crimina inquiri conveniet, si moecham vel medicamentariam vel conciliatricem repudiare voluerint. Nam si ab his criminibus liberam eiecerit, omnem dotem restituere debet et aliam non ducere. Quod si fecerit, priori coniugi facultas dabitur domum eius invadere et omnem dotem posterioris uxoris ad semet ipsam transferre pro iniuria sibi inlata. Dat. …….. Basso et Ablavio conss.

Interpretatio. Certis rebus et probati causisinter uxorem et maritum repudiandi locus patet; nam levi obiectione matrimonium solvere prohibentur. Quod si forte mulier dicat maritum suum aut ebriosum aut luxuriae deditum, non propterea repudiandus est, nisi forte eum aut homicidam aut maleficum aut sepulchri violatorem esse docuerit, quibus criminibus convictus sine culpa mulieribus merito videtur excludi et mulier recepta dote discedit: nam si haeccrimina mulier non potuerit adprobare, haec poena multatur, ut et dotem, quam dederat vel pro ipsa data fuerat, et donationem, quam percepit, amittat atque etiam exilii relegatione teneatur. Quod si a viro mulier repellatur, nec ipse, nisi certis criminibus ream docuerit, pro levi, ut solet, iurgio, repudiare non permittitur, nisi fortasse adulteram aut maleficam aut conciliatricem eam probare sufficiat. Quod si docere non potuerit, dotem mulieri restituat et aliam ducere non praesumat uxorem. Quod si fortetemptaverit, habebit mulier facultatem, quae innocens eiecta est, domum mariti sui atque eius substantiam sibimet vindicare. Quod dinoscitur ordinatum, ut etiam secundae uxoris dotem repudiata iniuste mulier iubeatur adquirere.

[9] Cfr. R. Domingo, *La Legislaciòn matrimonial de Constantino*, Navarra 1989, p. 37 e ss.

[10] R. Domingo, *ivi*, p. 38.

11 C. Venturini, *La ripudianda (In margine a CTh. 3.16.1)*, in *AARC*, VIII, Napoli 1990, p. 355.

12 C. Venturini, *ivi,* p. 356.

magiche, che al primo vengono equiparate, per il caso di istruzione probatoria univoca e incontrovertibile, *in unum conspirantem concordantemque*»[13].

Si proibiva alla donna di inviare il libello di ripudio per *pravae cupiditates* e si indicavano a titolo esemplificativo l'essere l'uomo dedito al vino, al gioco e alle donne. E', inoltre, evidente che una sola causa è identica per uomo e donna, pur essendoci una certa simmetria. Non ritengo, come hanno fatto molti studiosi in passato, che, sulla base di un passo dello Pseudo Agostino, un editto dell'imperatore Giuliano possa aver cancellato la costituzione di Costantino. Al contrario ritengo più probabile che nella realtà le donne non fossero ancora abituate ad inviare il libello di ripudio al proprio marito e che quindi la norma rimanesse sulla carta. Successivamente con Giuliano è possibile che la norma di Costantino avesse una maggiore applicazione.

Tornando alla costituzione di Teodosio II, l'attenzione della Vannucchi Forzieri si sofferma sul fatto che, ancora una volta nella legislazione tardo-imperiale in materia di ripudio, «le cause che legittimano l'invio del ripudio sono ancora dei particolari *crimina*»[14], senonché non si può non constatare l'ampliamento delle *iustae causae repudii* rispetto alla normativa precedente.

La Fayer, intervenendo in tema di ripudio sulla costituzione di Teodosio II, ha evidenziato che le cause indicate, perché fosse legittimo il ripudio, «risultano essere piuttosto numerose, ma sempre tassative»[15].

L'ampliamento non è voluto al fine di impedire il più possibile la pratica del ripudio. Sono, infatti, indicati quei crimini che hanno raggiunto una maggiore risonanza sociale. Per il Gaudemet si era resa necessaria una nuova determinazione delle cause di ripudio, le quali operavano «curiose incursioni nella vita sociale e familiare che si conduceva a Costantinopoli»[16].

---

[13] F. Pergami, *Repressione dell'adulterio nella legislazione tardoimperiale*, in *Index*, XL (2012), p. 495.

14 O. Vannucchi Forzieri, *La legislazione imperiale del IV-V secolo in tema di divorzio*, in *SDHI*., XLVIII (1982), p. 310.

15 C. Fayer, *La familia romana. Aspetti giuridici e antiquari,* III, *Concubinato divorzio adulterio*, Roma 2005, p. 153 e ss.

16 J. Gaudemet, *Le mariage en Occident*, Paris 1987, trad. it. *Il matrimonio in Occidente*, Torino 1989, p. 61.

La moglie può ripudiare il coniuge nel caso che questi sia adultero, omicida, corruttore, cospiratore contro l'Impero, condannato per crimini di falsità, violatore di tombe, che abbia sottratto qualcosa da luoghi sacri, che sia ladro, ricettatore, ladro di bestiame, plagiario, o sia solito introdurre nella casa coniugale come concubine donne di facili costumi in presenza della moglie, attentatore alla vita della moglie con il veleno o con la spada o in qualsiasi maniera, e infine che l'abbia percossa, cosa inconcepibile nei confronti di una donna ingenua.

Il marito, diversamente, può ripudiare nel caso che la moglie sia colpevole di adulterio, veneficio, omicidio, violazione dei sepolcri, plagio, sacrilegio, sia complice dei ladri, sia a conoscenza di una cospirazione contro l'Impero, sia colpevole di atti che rientrano nel crimine di falso, abbia attentato alla vita del marito col veleno, con la spada o in qualsiasi altro modo, abbia percosso il marito, abbia partecipato all'insaputa o contro la volontà del marito a banchetti o abbia pernottato fuori di casa senza un ragionevole motivo, abbia assistito contro il volere del marito a giochi circensi, a spettacoli teatrali o delle arene[17].

Il Gaudemet parla a ragione di una simmetria quasi perfetta (undici casi per la donna e dodici per l'uomo) e ritiene che si possono raggruppare queste cause di rottura sotto quattro rubriche: «*des crimes (homicide, empoisonnement, faux) ou de graves délits (vol); les intérêts de l'Etat (atteinte à sa sureté); la morale coniugale (adultère, concubine, vie trop libre de la femme, attentat contre le mari, mauvais traitements infligés à la femme); les relations sociales (plagium)*»[18]. Dissento decisamente sul collocare il plagio fra le relazioni sociali. All'epoca di Teodosio II era un crimine molto grave. L'elenco offre l'indicazione di quelli che dovevano essere i crimini più gravi e dei quali più risentiva la società dell'epoca.

Per alcuni di questi crimini, in relazione alla donna, c'è una relazione indiretta presente nei secoli. In uno splendido lavoro, il più recente sull'adulterio, Rizzelli, in particolare, sostiene che «se le correlazioni fra il furto e l'adulterio sembrano essere profondamente radicate nell'immaginario collettivo, tanto che il primo può essere metafora del secondo, anche l'omicidio, dunque è spesso associato all'*adulterium*. Nel

[17] V. anche P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, I, *Diritto di famiglia*, Milano 1963, p. 352 e s.
18 J. Gaudemet, *La législation sur le divorce dans le droit impérial*, in *AARC*, VII, Napoli 1988, p. 80 e ss.

caso della donna sessualmente infedele al proprio marito, questa è dai retori di frequente indicata come 'venefica'. Il *veneficium* - è noto - viene considerato dalle fonti un illecito tipicamente femminile, in quanto modo di uccidere caratteristico delle persone deboli e timorose… Il motivo della prossimità fra adulterio e omicidio ricorre, peraltro, a sottolineare la totale inaffidabilità dell'*adultera*»[19]. Più avanti lo studioso asserisce che «Per altro verso, il campo semantico cui appartiene '*venenum*' si estende alla magia, consentendo il sovrapporsi della figura della maga a quella di manipolatrice di veleni», rilevando, inoltre, come «la distinzione fra veleno e preparato magico si presenti ormai compiutamente enucleata»[20]. E ancora, in riferimento alla riforma augustea:

> «La condotta della donna che compromette la legittima paternità del marito con la propria infedeltà e che si avvale di *venena*, ossia di elementi e di pratiche cui è attribuito un potere metamorfico, in grado di modificare i caratteri di ciò con cui vengono a contatto, evoca uno dei temi rilanciati dall'organizzazione del consenso intorno alla politica matrimoniale augustea, forse il più 'forte' al livello dell'immaginario: quello dell'*adulterium* quale turbamento di un ordine familiare e sociale razionalmente strutturato, 'naturale', attraverso la corruzione dell'adultera, causata dall'immissione di un sangue estraneo che inquina, determinando incertezza sulla effettiva paternità del figlio concepito all'interno del matrimonio. La generazione è, infatti, intesa quale 'fusione di sangue'»[21].

In riferimento alla costituzione di Costantino, il Venturini sosteneva che

> «essa testimonia, infatti, senza dubbio l'esigenza, che certo corrisponde ai principi cristiani (ma della quale non vedo perché si debba escludere la parallela maturazione anche nell'ambito della società laica) di favorire la stabilità delle unioni sanzionando il divorzio unilaterale e tutelando il ripudiato e la ripudiata con previsioni disomogenee che presupponevano una diversa valutazione dell'operato dell'uno e dell'altra sul piano morale: lascia trasparire però, nello stesso tempo, anche una particolare tendenza repressiva nei confronti dell'adulterio, alla quale si deve ricondurre la scelta legislativa di stimolare il marito a promuovere l'accertamento dell'illecito riconoscendogli verosimilmente, in caso di condanna della moglie, anche vantaggi patrimoniali, assai superiori rispetto al passato»[22].

---

19 G. Rizzelli, *Adulterium. Immagini, etica, diritto*, in *Rivista di diritto romano,* VIII (2008), p. 39.
20 G. Rizzelli, *ivi,* p. 40
21 G. Rizzelli, *ivi*, p. 41.
22 C. Venturini, *La ripudianda*, cit., p. 360.

Anche l'adulterio[23] in epoca tardo-imperiale è un crimine che ha subito un'evoluzione e viene represso duramente. Abbiamo, infatti, una costituzione emanata nel 339, quando governavano Costantino II, Costanzo e Costante, e indirizzata al vicario d'Africa Catullino. Il testo, conservato in CTh. 11.36.4, va, verosimilmente attribuito a Costante[24], il quale rimprovera il funzionario

> «per non aver punito *legum severitate* reiconfessi di adulterio ed avere anzi ammesso i loro appelli miranti a rinviare il supplizio, dopo di che passa ad enunciare il principio: anche in avvenire, una volta accertato l'adulterio *manifestis probationibus*, l'appello non deve essere ammesso Il principio non era nuovo: già Costantino aveva disposto in tal senso con la c.1 *h.t.* Di nuovo la costituzione presenta il rigore della pena: gli adulteri, definiti *sacrilegi nuptiarum* sono equiparati ai manifesti parricidi e come tali passibili della pena del *culleus* o in alternativa, del rogo. Il testo giustinianeo, che il Mommsen come corrispondente a quello teodosiano, riporta, in realtà, la costituzione di Costantino 9.7.2 sull'adulterio, alla quale aggiunge la frase *sacrilegos autem nuptiarum gladio puniri oportet*, tratta dalla costituzione di Costanzo, ma attenuata per il genere della pena, che non è più quella del *culleus* o del rogo, ma solo la decapitazione»[25].

Interessante è il rilievo di Zuccotti, per il quale la crudeltà della condanna deve «collocarsi in una precisa visione sacrale e simbolica della pena in cui l'infedeltà del coniuge di cui il reo si è reso colpevole viene così punita secondo un rituale visto come specifico contrappasso di chi ha tradito un vincolo religioso che lo legava agli dei ed ai congiunti»[26]. E' evidente che l'epoca di Costantino è ancora intrisa di paganesimo.

---

23 V. B. Santalucia, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano 1998, p. 294.

24 CTh. 11.36.4*: Impp(p. Constantinus) Constantius et Constans AA(A) ad Catullinum. Oportuerat te publici instituti respectu confessione detectos legum severitate punire nec frustra vitam differentum moratorias provocationes admittere, sed delatum adulterii crimen et quaestionibus adhibitis adprobatum pari sceleri immanitate damnare. Quod deinceps in huiusmodi criminibus convenit observari, ut manifestis probationibus adulterio probato frustratoria provocatio minime admittatur, cum pari similique ratione sacrilegos nuptiarum tamquam manifestos parricidas insuere culleo vivos vel exurere iudicantem oporteat. Dat. IIII Kal. Sept. Constantio A. II et Constante Caes. conss.*

25 Ho riportato quanto scritto in P.O. Cuneo, *La legislazione di Costantino II, Costanzo II e Costante (337-361)*, Milano 1997, p. 55 e s., riportato tale e quale, senza citazione, in F. PERGAMI, *Repressione dell'adulterio*, cit., p. 507.

26 Si veda F. Zuccotti, *La «crudeltà» nel Codice Teodosiano ed i suoi fondamenti teologico giuridici*, in *AARC*, XIX, Roma, 2013, p. 46.

L'indicare la pena del *culleus*[27], riservata al parricida, testimonia come fosse recepito in modo grave il *crimen adulterii*.

Per questo motivo, pur vivendo in un'epoca ed in una società diversa, lontane dagli echi pagani, Teodosio II ha ritenuto di mantenere questo crimine tra le cause legittime di ripudio.

Un'altra causa è la violazione delle tombe[28], crimine che in epoca tardo-imperiale aveva raggiunto un'importante evoluzione. Le costituzioni in materia del IV secolo riguardavano essenzialmente la tutela dell'integrità del monumento, anche se implicitamente riguardava anche il rispetto delle spoglie mortali; quelle del V secolo fanno riferimento essenzialmente ai resti dei defunti. Già in un'altra occasione[29] avevo avuto occasione di dire che la maggiore attenzione dei legislatori del IV secolo soprattutto verso gli attentati al monumento funebre «si spiega con la frequenza di quegli attentati, originati da fini di lucro che, per la scarsezza e l'alto costo dei materiali edilizi, spingevano ad utilizzare le parti architettoniche dei sepolcri»[30]. La motivazione dei continui interventi normativi non era certamente l'influenza cristiana, tanto più che essi sono dovuti anche ad un imperatore pagano come Giuliano e che imperatori cristiani vietavano e colpivano la violazione delle tombe anche se commessa con il fine di recuperare reliquie di martiri. La costituzione del 449 di Teodosio II, che stiamo esaminando, in realtà, non fa nessuna distinzione fra danneggiamento della tomba e offesa ai resti dei defunti e va ad evidenziare, in particolar modo, la gravità del reato. Va evidenziato che, nel corso dei secoli e in anni diversi, con differenti provvedimenti, questo crimine aveva ottenuto una maggior attenzione da parte del legislatore, il quale è riuscito a delinearne in modo più preciso la struttura. Così ci si era soffermati sulle diverse ipotesi che il soggetto «abbia agito di propria iniziativa o per suggestione o

27 Sulla pena del *culleus* v. il recentissimo lavoro di E. Cantarella, *Come uccidere il padre. Genitori e figli da Roma a oggi*, Milano 2017, p. 88 e ss.

28 V. B. Santalucia, *Diritto e processo penale*, cit., p. 267; A. Banfi, *Acerrima indago. Considerazioni sul procedimento criminale romano nel IV sec. d.C.*, Torino 2016, 2ª ed., p. 102 e ss.; P.O. Cuneo, sv. *Grab/Grabrecht*, in H. HEINEN (a cura di) , *Handwörterbuch der antiken Sklaverei*, vol. 2, Stuttgart 2017, col. 1219 e ss.

29 Cfr. P.O. Cuneo, *La legislazione tardo-imperiale in materia di sepolcri*, in *Scritti in memoria di Giambattista Impallomeni*, Milano 1999, p. 154 e s.

30 P.O. Cuneo, *ivi*, p. 155 e nt. 37.

addirittura per ordine del *dominus*»[31]. Altro elemento di attenzione era quello della confisca della *domus* o della *villa* previsto in caso di ritrovamento del materiale architettonico sottratto al sepolcro. «Si ha in questo caso una sanzione meno grave per una fattispecie che in termini moderni si qualificherebbe come 'quasi flagranza, la sorpresa, cioè, del reo con cose o tracce dalle quali appaia che egli abbia commesso il reato immediatamente prima»[32]. In alcune costituzioni, inoltre, il legislatore si sofferma sull'elemento psicologico che è il dolo.

> «La prima configura la fattispecie delittuosa richiedendo che l'agente, *lucri nimium cupidus*, abbia voluto il fatto descritto nella norma, cioè demolire il sepolcro e trasportare il materiale *ad proprias aedes*. La seconda richiede, invece, alternativamente che il materiale sia prelevato dal sepolcro *fabricae gratia* o per essere venduto. Nel primo caso, parleremmo, perciò, con termini moderni, di dolo generico, in quanto il desiderio di lucro rappresenta solo il movente e non il fine del crimine. Nel secondo caso l'utilizzazione del materiale costituisce un fine particolare ulteriore, la cui realizzazione non è necessaria per l'esistenza del reato e perciò si deve parlare di dolo specifico»[33].

Altro crimine che ha subito una forte evoluzione e che rientra fra le cause legittime di ripudio è il *plagium*. Il plagio[34] rientra fra quei crimini i cui elementi si sono ormai ben definiti. Gaudemet traduce «*s'il a retenu en esclavage un personne libre (plagiarius)*»[35]. Quanto al marito se la moglie è una plagiaria, che il Gaudemet interpreta come «*détennant un homme ou une femme libre en servitude*»[36]. Come si è visto, *plagiarius*, non è semplicemente chi si macchia del crimine di plagio, ma colui che fa parte di un'associazione a delinquere che pratica questo crimine, per cui sono previste pene molto severe. Nel corso dei secoli, infatti, lo squilibrio politico ed economico aveva favorito il formarsi di bande criminali organizzate, i *plagiarii*, che approfittavano della situazione per i loro commerci illeciti sequestrando schiavi altrui, ma soprattutto uomini liberi. Ed era questa la preoccupazione maggiore degli

31 P.O. Cuneo, *ivi*, p. 139.
32 P.O. Cuneo, *ivi*, p. 141.
33 P.O. Cuneo, *ivi*, p. 146.
34 V. R. Lambertini, *Plagium*, Milano 1980, *passim*; B. Santalucia, *rec.* a R. Lambertini, *Plagium* (Milano, 1980), in *Iura*, XXXI (1980), p. 249 e ss., ora in *Altri studi di diritto penale*, p. 445 ss.; B. Santalucia, *Diritto e processo penale*, cit., p. 293; P.O. Cuneo, *Sequestro di persona, riduzione in schiavitù e traffico di esseri umani. Studi sul crimen plagii dall'età diocleziana al V secolo d.C.,* in corso di pubblicazione.
35 J. Gaudemet, *La législation sur le divorce*, cit., 80.
36 J. Gaudemet, *ibidem*.

interventi imperiali, poiché non si poteva tollerare che cittadini romani fossero strappati alle loro famiglie, alla loro casa, alla loro *civitas*, per essere venduti e trasportati come schiavi in territori lontani da cui non sarebbero più tornati e dove non sarebbe stato possibile far valere il loro *status* di uomini liberi[37]. Nel testo di Teodosio II, dunque, tra le cause legittime viene indicato l'essere il coniuge *plagiarius* o *plagiaria*, cioè l'appartenere a quelle associazioni a delinquere sempre più diffuse. Da questo si evince quanto fosse recepito il disvalore sociale di questo crimine.

In riferimento a questo elenco di cause legittime di ripudio, delle quali in questa sede ho preso in considerazione solo alcune, da una parte la dottrina è concorde nel ritenere che questa indicazione tassativa comporta un ritorno ad una restrizione del ripudio, dall'altra l'opposto. Il Delpini, addirittura, riteneva che le *iustae causae* fossero state ampliate a tal punto da «rendere facile lo scioglimento di qualsiasi matrimonio male assortito»[38].

A mio avviso non si deve porre il problema della limitazione o meno del divorzio[39] (sia esso consensuale o unilaterale), ma piuttosto di un maggior controllo imperiale, che Teodosio II otteneva con l'ampliamento dell'elenco delle cause legittime.

Per questo motivo era importante riuscire ad assumere le prove.

3. L'assunzione di prove.

Già la costituzione di Costantino (CTh. 3.16.1) prevedeva che l'accusa di un crimine fosse suffragata da prove, affinché ci potesse essere una giusta causa di ripudio: *si omicidam vel medicamentarium vel sepulchrorum dissolutorem maritum suum esse probaverit.*

Il fatto che i crimini dovessero essere provati è accennato appena, senza specificare come debbano essere provati.

---

37 Cfr. P.O. Cuneo, *Sequestro di persona, riduzione in schiavitù e traffico di esseri umani. Studi sul crimen plagii,* cit., in corso di pubblicazione.

38 F. Delpini, *Divorzio e separazione*, cit., p. 121.

39 Diversamente, v. M. Humbert, *Le remariage à Rome. Études d'histoire juridique et sociale*, Milano 1972, p. 130, nt. 36, per il quale la costituzione di Teodosio II rientrerebbe in una legislazione decisamente ostile al divorzio.

Successivamente, nella costituzione di Onorio (CTh. 3.16.2) indirizzata al prefetto del pretorio Palladio ed emanata nel 421 a Ravenna, si ritornava sull'argomento. Sarà questa costituzione a evidenziare chiaramente che la donna e l'uomo che ripudiano devono provare in giudizio i crimini addotti nel libello di ripudio[40]. La Vannucchi Forzieri ritiene che con questa costituzione «viene ancora precisata la possibilità di ripudio del coniuge che abbia commesso un *crimen*»[41] senza specificare quali fossero i crimini, che verosimilmente, sono ancora quelli indicati da Costantino.

La cancelleria di Onorio stabilisce che la donna dovrà provare le cause di ripudio indicate nel libello di ripudio, elencando, in caso contrario, le conseguenze:

Mulier, quae repudii a se dati oblatione discesserit, si nullas probaverit divortii sui causas…

Se è, invece, l'uomo a notificare per primo il libello di ripudio, incolpando la moglie del crimine, dovrà portare avanti l'accusa in ottemperanza alle leggi e solo ottenuta giustizia potrà ottenere quello che gli compete:

Sane si divortium prior maritus obiecerit ac mulieri grave crimen intulerit, persequatur legibus accusatam impetrataque vindicta…

Tornando alla costituzione di Teodosio II, colpisce il fatto che il provvedimento autorizza le parti ad assumere le prove con tutti i mezzi possibili.

A questo riguardo, nel caso di crimine di adulterio o di lesa maestà per l'uno e per l'altro coniuge, qualora non ci siano altre prove, è lecito, dal momento che è difficile rinvenire testimonianze sulla vita privata condotta all'interno della casa coniugale, interrogare gli schiavi maschi o femmine già in pubertà ed acquisire le loro deposizioni anche attraverso torture[42] per pervenire più facilmente alla verità dei fatti. In forma imperativa l'imperatore ordina che, anche in caso di plagio commesso, come si è detto, dall'uno o dall'altro coniuge, siano osservate le stesse regole per assumere le prove in modo da indurre a testimoniare .

6. Servis scilicet seu ancillis puberibus, si crimen adulterii vel maiestatis ingeritur, tam viri quam mulieris ad examinandam causam repudii, quo veritas aut facilius eruatur aut liquidius

40 V. C. Fayer, *La familia romana,* cit., *III, Concubinato divorzio adulterio*, cit., p. 146 e ss.
41 O. Vannucchi Forzieri, *La legislazione imperiale del IV-V secolo in tema di divorzio*, cit., p. 301.
42 V. P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, I, cit., p. 353.

detegatur, si tamen alia documenta defecerint, quaestionibus subdendis. Super plagiis etiam, prout dictum est, illatis ab alterutro commovendis easdem probationes (quoniam non facile quae domi geruntur per alienos poterunt confiteri) volumus observari.

Nel testo non è specificato, ma in epoca tardoimperiale l'assunzione delle prove spettava al funzionario, il quale stabiliva quali fossero i testimoni da escutere[43]. Al fine di giungere alla verità, era ammesso l'uso della tortura. Nel testo si fa riferimento alla sola tortura nei confronti degli schiavi che avessero raggiunto la pubertà. Nei processi criminali in genere, però, era ammessa anche nei confronti di uomini liberi, specialmente quelli di bassa estrazione sociale. A proposito dell'uso della tortura come mezzo istruttorio, il Vincenti vi ravvisava

> «la tendenza, rintracciabile nella legislazione tardo imperiale, a vedere nel testimone, prima che un terzo estraneo, un partecipe del crimine, da assoggettarsi alle stesse costrizioni riservate al *reus*, in particolare alla *quaestio per tormenta* quale strumento onde acclarare l'effettiva partecipazione del teste al fatto criminoso e, nel contempo, la veridicità delle sue affermazioni»[44].

4. Gli effetti di un ripudio non legittimo.

4. Haec nisi vir et mulier observaverint, ultrice providentissimae legis poena plectentur. Nam mulier si contempta lege repudium mittendum esse tentaverit: suam dotem et ante nuptias donationem ammittat nec intra quinquennium nubendi habeat denuo potestatem.

Aequum est enim eam interim carere connubio, quo se monstravit indignam. Quod si praeter hoc nupserit, erit ipsa quidem infamis, connubium vero illud nolumus nuncupari: insuper etiam arguendi hoc ipsum volenti concedimus libertatem. Si vero causam probaverit intentatam, tunc eam et dotem recuperare, et ante, et ante nuptias donationem lucro habere, aut legibus vindicare censemus; et nubendi post annum ei (ne quis de prole dubitet) permittimus facultatem.

Il passo della costituzione di Teodosio II indica le conseguenze del mancato rispetto della legge nell'invio del libello di ripudio.

A questo proposito la Vannucchi Forzieri rileva che «ci troviamo di fronte ad un affievolimento delle sanzioni di carattere personale a carico del coniuge che ripudia *sine iusta causa*, rispetto alle sanzioni previste CTh. 3.16.1 e 3.16.2. Appare evidente questo per la donna, che precedentemente era condannata alla *deportatio*,

43 V. B. Santalucia, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano 1998, p. 284.

44 U. Vincenti, *La condizione del testimone nel diritto processualcriminale romano di età tardo imperiale*, in *AARC*, VIII, Napoli 1990, p. 322.

mentre ora la pena è limitata al divieto di contrarre una nuova unione per cinque anni. Nel caso analogo, in cui sia l'uomo ad inviare il ripudio *sine causa*, si dice solamente che questi perde dote e donazione nuziale, senza alcun accenno a sanzioni di carattere personale, *sin autem aliter uxori suae renuntiare voluerit, dotemredhibeat et ante nuptias donationem amittat*»[45].

García Garrido[46], nel confronto di questa norma con quella di Onorio del 421 (CTh. 3.16.2), non manca di far notare una certa evoluzione consistente nella semplificazione delle cause di ripudio e un'attenuazione delle pene, dal momento che nella costituzione di Teodosio II scompare la gradazione delle cause precedentemente classificate in gravi o mediocri e viene abolita la pena della deportazione per la moglie e quella di celibato perpetuo per il marito, a conferma di una legislazione imperiale che tende più a una liberalizzazione in generale del divorzio che ad una sua proibizione rigida e severa, che si riscontrerebbe se fossero seguiti i principi cristiani.

In questa costituzione del 449 ciò che è più evidente è che, per la prima volta, si riscontra l'adulterio del marito come causa giustificativa di ripudio a favore della moglie, non solo, ma, pur essendo conservata la disposizione secondo cui la moglie ripudiante fuori dai casi stabiliti non può rimaritarsi per un quinquennio, pena l'infamia, vengano, tuttavia, abolite le sanzioni personali previste dal legislatore del 331 e del 421 per il ripudio, rimanendo in vigore quindi solamente quelle patrimoniali[47], sicché da questi mutamenti parrebbe emergere la tendenza dell'imperatore a trattare con maggiore eguaglianza i coniugi.

La Fayer[48] ha precisato che il coniuge, potendo provare che l'altro si era macchiato di uno dei crimini elencati, otteneva la restituzione o poteva trattenere dote e donazione nuziale e poteva risposarsi.

5. Virum etiam, si mulierem interdicta arguerit attentatem, tam dotem, quam ante nuptias donationem sibi habere seu vindicare, uxoremque (si velit) statim ducere, hac iusta definitione

---

45 O. Vannucchi Forzieri, *La legislazione imperiale del IV-V secolo in tema di divorzio,* cit., p. 310 e s.

46 Cfr. M. García Garrido, *Relaciones personales y patrimoniales entre esposos y coniuges en el derecho imperial tardio*, in *AARC*, VII, 1988, p. 41.

47 V. M.I. Núñez Paz Algunaz, *Consentimiento matrimonial y divorcio in Roma*, Salamanca 1988, p. 153 e s.; A. ARIAWA, *Women and Law in Late Antiquity*, Oxford 1996, p. 185 e s.

48 Cfr. C. Fayer, *La familia romana,* cit., III, *Concubinato divorzio adulterio*, cit., p. 156.

sancimus. Sin autem aliter uxori suae renuntiare voluerit: dotem redhibeat, et ante nuptias donationem amittat.

Proseguendo nella lettura del testo, l'accenno all'aiuto prestato al coniuge oppresso da *adversa necessitas* fa concludere a Montan[49] che l'Imperatore, in apparenza più rigido già nella premessa, affronta l'argomento con vedute più larghe dei loro predecessori e cioè Costantino ed Onorio.

5. Il *favor liberorum*.

Il testo evidenzia che lo scioglimento del matrimonio deve essere reso più difficile nell'interesse dei figli.

Solutionem etenim matrimonii difficiliorem debere esse favor imperat liberorum.

La dottrina appare pressoché unanime nel considerare la forma richiesta ed il *favor liberorum* effettivi deterrenti nei riguardi del ripudio. Giustamente il Delpini affermava che il *favor liberorum* non corrispondeva a principi cristiani, bensì a sentimenti di morale naturale, ritenendo che «il paganesimo dominava ancora largamente la vita romana» e che «fino ai tempi di Giustiniano, si poteva ancora sempre parlare di due società nell'Impero romano»[50].

7. Si vero filio vel filiis, filia vel filiabus extantibus, repudium missum est: omne quicquid ex nuptiis lucratum est, filio seu filiis filiae seu filiabus post mortem accipientis servari: id est, si pater temere repudium miserit, donationem ante nuptias a matre servari; si mater, dotem ipsam eidem vel eisdem filio seu filiae patre moriente dimitti censemus: patri videlicet vel matri in scribendis heredibus si unum seu unam vel omnes scribere, vel uni ex his donare velit, electione servata. Nec ullam alienandi seu supponendi memoratas res permittimus facultatem. Sed si aliquid ex iisdem rebus defuerit: ab heredibus, seu earum detentatoribus (si tamen non ipsos heredes scripserit, aut scripti filii non adierint) resarciri praecipimus: ut etiam hoc modo inconsulti animi a repudio mittendo detrimento retrahantur.

Nella sua parte conclusiva la costituzione Teodosio II ha cura di inserire anche alcune disposizioni di contenuto patrimoniale nell'interesse dei figli, affinché non rimanessero mere parole il *favor liberorum* ventilato nella normativa precedente.

---

49 Cfr. A. Montan, *La legislazione romana sul divorzio: aspetti evolutivi e influssi cristiani*, in *Apollinaris*, LII, 1980, p.183 e s.

50 F. Delpini, *Divorzio e separazione dei coniugi nel diritto romano e nella dottrina della Chiesa fino al secolo V*, Torino 1956, p. 121 e s.

Se è stato il marito ad inviare temerariamente il libello di ripudio, la moglie tratterrà la donazione nuziale, conservandola per i figli, viceversa, se è stata la donna che ha inviato temerariamente il libello di ripudio, la dote sarà trattenuta dal marito e alla sua morte passerà ai figli.

Il Bonfante, richiamando il testo, parlava di «lucri del coniuge innocente a carico del coniuge colpevole del delitto o del coniuge ripudiante *sine causa*» che, in presenza di figli, sarebbero andati a loro per successione, siano essi maschi o femmine e, per questo motivo, si vietava al genitore l'alienazione ed il pignoramento. Lo studioso aveva cura di precisare che la costituzione ammetteva la possibilità di esercitare un diritto di elezione o di preferenza tra i figli, che era «il concetto orientale del figlio più favorito»[51]. L'interesse dei figli, a cui si faceva riferimento, ma in senso morale, ora si estende a quello patrimoniale.

Già dieci anni prima nella Novella 12 dello stesso imperatore si dichiarava che l'interesse dei figli imponeva che fosse più difficile lo scioglimento del matrimonio.

Il *favor liberorum* è, comunque, sovente presente nella legislazione tardoimperiale. Si pensi, ad esempio a CTh. 8.18.1, il cui testo non è del tutto chiaro, ma che, verosimilmente va così interpretato: "Cessi, pertanto, il ricorso alla *cretio* limitatamente alle successioni materne e i beni che sono devoluti per successione materna ai figli, siano nella disponibilità dei padri, ma in modo tale che abbiano solamente la facoltà di usufruirne e sia tolta a loro la facoltà di alienare, essendo la proprietà, di certo, dei loro figli"[52]. Anche qui siamo di fronte ad uno scioglimento del matrimonio, ma per motivi più tragici. Una volta morto anche il padre, i figli diventeranno *sui iuris* e i beni materni toccheranno necessariamente a loro, senza doverli dividere con nessuno.

6. Conclusioni.

51 P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, I, *Diritto di famiglia*, Milano 1963, p. 353.

52 P.O. Cuneo, *Alcune costituzioni di costantino emanate ad Aquileia*, in *Costantino a 1700 anni dall'editto di Milano*, Trieste 2014, p. 232.

A proposito del ripudio in generale, mi piace ricordare le parole di Carlo Venturini, che definisce il *repudium* quale «strumento causativo della rottura del vincolo, attuata per iniziativa di un singolo coniuge in forme idonee a permettergli nuove nozze»[53].

Per quanto riguarda l'epoca tardoimperiale, come ricorda la Fayer[54], il termine è usato esclusivamente per indicare la rottura unilaterale del vincolo matrimoniale.

Le costituzioni imperiali in materia di ripudio non vanno viste contrapposte fra di loro. A partire da Costantino è iniziata una riforma, che è andata sempre più a completarsi.

Si arriva ad un assestamento con Teodosio II, che sente il bisogno di adattare il diritto ad una società che si è evoluta nel bene e nel male. Per questo motivo la cancelleria imperiale fissa le cause legittime di ripudio, ampliando il numero dei crimini, che nel frattempo hanno consolidato la loro struttura.

In questo mio lavoro, pur facendo una rassegna dei crimini indicati, mi sono soffermata maggiormente su quelli che, rispetto all'epoca precedente, non solo hanno evidenziato una ben definita struttura, tanto da distinguere il dolo generico da quello specifico, da ravvisare l'associazione a delinquere, da essere repressi con pene certe e severe, ma hanno rappresentato anche un maggiore disvalore sociale, senza il quale, verosimilmente non sarebbero stati inseriti nelle cause legittime di ripudio. Si pensi all'adulterio, alla violazione dei sepolcri, al plagio, che certamente in questi secoli avevano destato un elevato allarme sociale.

A bilanciare l'aumento delle cause legittime di ripudio rispetto alla costituzione di Costantino, erano state attenuate le pene previste in caso di non osservanza della legge, in modo tale da eliminare, salvo qualche eccezione, quelle di carattere personale e lasciando quasi esclusivamente quelle patrimoniali. Non solo, ma si raggiunge anche un certo equilibrio fra i casi previsti per il marito e quelli per la moglie, una sorta di simmetria fra l'uno e l'altro, come evidenziò il Gaudemet[55],

53 C. Venturini, *La ripudianda*, cit., p. 348.
54 Cfr. C. Fayer, *La familia romana,* cit., III, *Concubinato divorzio adulterio*, cit., p. 60.
55 V. *supra*, par. 2.

non una disparità così netta come avveniva in passato. Certamente avvenne questa trasformazione per le cause legittime di ripudio, ma qualcosa avvenne, in modo più lieve, anche per le pene previste nel caso di mancato rispetto della legge. Se non altro venne abolita la pena della *deportatio*[56], prevista per la sola donna.

Ecco perché possiamo ritenere un testo più equilibrato quello di Teodosio II.

Nel passato gli studiosi hanno rivolto le loro riflessioni all'influenza o meno del cristianesimo, sull'evoluzione degli istituti familiari[57]. In realtà, difficilmente il pensiero della Chiesa poteva stravolgere in modo radicale quegli istituti, tanto più che i pensieri dei Padri, in ordine al ripudio, presentavano, sovente, posizioni diverse.

Se ci fosse stata una decisiva influenza della Chiesa, la legislazione si sarebbe rivolta direttamente all'indissolubilità del matrimonio, ma non fu così.

Infatti, i provvedimenti imperiali riguardano il ripudio e non il divorzio consensuale, che non viene nemmeno menzionato. D'altra parte, l'imperatore interviene per lo più in presenza di qualche elemento patologico del diritto, al fine di rimuoverlo.

Nella prassi troppo spesso il ripudio avveniva senza regole e sfuggiva al controllo, diversamente dai divorzi consensuali.

Se Venturini parlava di «esigenza di frenare gli scioglimenti unilaterali, il promovimento del giudizio da parte del marito, cioè a far leva sullo strumento che l'esperienza pregressa aveva dimostrato più efficace»[58], questo era un punto di partenza di un nuovo orientamento legislativo in espansione.

Il minuzioso intervento da parte dell'imperatore rispecchia, dunque, l'idea di uno Stato sempre più presente anche nella vita privata del cittadino.

C'era, infatti, la necessità di ricorrere ad un maggiore formalismo, per essere sicuri di agire nel rispetto della volontà imperiale.

Teodosio II lo enuncia chiaramente: non ci può essere ripudio senza notifica del libello, che dà certezza da un lato, e dall'altro garanzia per il destinatario dell'atto.

---

56 V. , per l'epoca precedente, B. Santalucia, *Diritto e processo penale*, cit., p. 251

57 V. P.O. Cuneo Benatti, *Ricerche sul matrimonio romano in età imperiale (I-V secolo d.C.)*, Roma 2013, p. 207 e ss.

58 C. Venturini, *La ripudianda*, cit., p. 365.

Devono essere indicate chiaramente le cause legittime del ripudio al di fuori delle quali non si può andare, se non con la consapevolezza delle conseguenze ben precise da affrontare.

Il crimine indicato dall'autore del libello di ripudio deve essere provato, altrimenti si ritorna ad una prassi senza regole. Il ripudio non può basarsi su una falsa accusa. Per arrivare alla verità è prevista l'escussione dei testimoni. In alcuni casi è ammessa pure la tortura per far parlare testimoni di stato servile reticenti.

La cancelleria imperiale usa talvolta un linguaggio duro, ma non dimentica l'attenzione alla persona: si è detto del destinatario dell'atto, il quale deve essere garantito, ma non solo. Teodosio II enuncia il principio del *favor liberorum*, nei confronti dei figli della coppia che, nell'ambito di un ripudio senza regole, rischierebbero di essere danneggiati dal punto di vista patrimoniale.

In conclusione, Teodosio II, pur percorrendo una strada legislativa iniziata da Costantino, emana un provvedimento ancora meglio strutturato e con un linguaggio più giuridico, al fine, non di negare la possibilità di ricorrere al ripudio, ma di limitarne un uso eccessivo, privo di regole.

Abstract
The constitution of Theodosius II (C.I. 5.17.8) strictly forbids the repudiation outside the *iustae causae* indicated. Compared to the previous legislation, the number of these *causae* has increased. Now crimes never mentioned before are indicated. These crimes, at the time of Theodosius II, have achieved greater social disvalue. Theodosius II clearly states that there can be no repudiation without notification.

Keywords
Repudium, Theodosius II, Later Roman Empire

JusOnline n. 1/2018
ISSN 1827-7942

Mariateresa Amabile

Assegnista di ricerca di Diritto Romano presso l'Università degli Studi di Salerno

Dignitas Neglecta: le leggi *de hebraeis* di Graziano*

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. *Munera curialia*. - 3. *Dignitas neglecta*.

1. Introduzione.

L'Imperatore Graziano intorno al 380 d.C. rinunciò, com'è noto, al titolo di *Pontifex Maximus*.

Tale atto, per la prima volta compiuto da un Imperatore, sancì la rottura definitiva con il passato e la netta separazione tra l'amministrazione della cosa pubblica da una parte e le questioni religiose ed ecclesiastiche dall'altra. Si tratta, come si vedrà, di una separazione solo formale: i due ambiti rimarranno sempre interconnessi, con la prevalenza di un attore o dell'altro a seconda delle circostanze e degli uomini[1] e la questione si trascinerà con alterne vicende nel corso dei secoli fino all'età moderna[2].

Era stato lo stesso Graziano a chiedere al vescovo Ambrogio di formarlo al cristianesimo, cosa che Ambrogio aveva fatto ben volentieri, scrivendo per lui il *De Fide*, un'opera in 5 libri risalente probabilmente all'anno 378[3]. Graziano fu educato ad un cristianesimo di tipo intollerante e ciò ebbe a manifestarsi in diverse occasioni, la più significativa delle quali fu probabilmente la rimozione dell'Altare della Vittoria dall'aula del Senato, simbolo della fedeltà alle leggi ed all'imperatore oltre che del patto con le divinità e della gratitudine del popolo romano agli Dei. Fu questo il segno evidente dell'intransigenza della nuova religione cristiana. Ancor più

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

[1] Non così era stato sino a pochi anni prima: Costanzo II aveva continuato ad esercitare l'ufficio di Pontefice Massimo finanziando il culto pagano e destinando senatori ai collegi sacerdotali romani. Sul punto cfr. D. Vera, *Teodosio I tra religione e politica: i riflessi della crisi gotica dopo Adrianopoli*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, 6 (1986), p. 226.

[2] Cfr., per tutti, U. R. Blumenthal, *La lotta per le investiture*, ed. it. Napoli 1990.

[3] Si veda I. Fargnoli, *Tra religione tradizionale e impulsi cristiani: il percorso normativo di un giovane imperatore*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, 18 (2012), p. 87 s.

significativo fu il rifiuto da parte di Graziano di incontrare la delegazione capeggiata da Quinto Aurelio Simmaco, che, com'è noto, chiedeva la revoca del provvedimento adducendo ben argomentate e ragionevoli motivazioni: se la prima decisione fu probabilmente frutto dell'educazione ricevuta tramite il *De Fide*, la seconda fu quasi certamente suggerita dall'intervento diretto di Ambrogio[4].

2. *Munera curialia.*

Le disposizioni relative agli ebrei sono tre: due molto brevi, relative al problema dell'espletamento del servizio liturgico e degli oneri curiali, una molto lunga, contenente il divieto di conversione al giudaismo, il delitto di istigazione alla conversione-proselitismo e la possibilità di impugnazione dei testamenti di coloro che si fossero convertiti nascostamente, di fatto, al giudaismo. Ma andiamo con ordine. CTh. 12.1.99 e CTh. 12.1.100 si occupano del problema dell'adempimento degli oneri curiali da parte degli ebrei[5]. La precedente legislazione in materia di *munera curialia*, risalente a Costantino, si articolava in tre costituzioni: CTh. 16.8.3, CTh. 16.8.2 e CTh. 16.8.4[6]. La prima di esse stabilisce che sarà concesso con legge

---

[4] Cfr. Simmaco, *Relatio* 3.15 ad Ambrogio, *Epistula* 17. 3-4. Sulle *Relationes* di Simmaco, cfr. D. Vera, *Commento storico alle Relationes di Quinto Aurelio Simmaco*, Pisa 1981, si veda anche la nota di L. Canfora in *L'altare della Vittoria* (F. Canfora cur.), Palermo 1991, p. 9-20 e R. Lizzi Testa, *Senatori, Popolo, Papi. Il governo di Roma al tempo dei Valentiniani*, Bari-S.Spirito 2014; L. Cracco Ruggini, *Simmaco: 'otia et negotia' di classe fra conservazione e rinnovamento*, in F. Paschoud - G. Fry - Y. Rütsche (a cura di), *Colloque genevois sur Symmaque, à l'occasion du mille six centième anniversaire du conflit de l'autel de la Victoire* (4-7 Juin 1984), Paris 1986, p. 97-118; O. Bucci, *Intolleranza ellenica e libertà romana* in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana* 6 (1986), p. 398 ss.; S. Pietrini, *Religio* e *Ius Romanum nell'epistolario di Leone Magno*, Milano 2002; A. Di Mauro Todini, *Aspetti della legislazione religiosa del IV secolo*, Roma 1996.

[5] Si veda diffusamente F. Zanetti, *La condizione giuridica degli ebrei fra III e IV secolo*, Parma 2015, p. 10 ss., Ead., *Gli Ebrei nella Roma antica. Storia e diritto nei secoli III-IV d.C.*, Napoli 2016, p. 165 ss.; G. De Bonfils, *Omnes ad implenda munia teneantur. Ebrei, curie e prefetture fra IV e V secolo*, Bari 2000, Id., *Ebrei e città agli inizi del III secolo* in *Roma e gli Ebrei (secoli I-V)*, Bari 2002, p. 57 ss. (da cui cito), ora in *Saggi sulla legislazione ebraica. Per la storia dell'origine dell'olocausto*, Bari 2011; F. Grelle, *'Munus publicum'. Terminologia e sistematiche*, in *Labeo* 7 (1961), p. 325 ss., Id., *I munera civilia e le finanze cittadine*, in *Diritto e società nel mondo romano*, Roma 2005, p. 443 ss., F. Jacques, *Le privilège de liberté. Politique impériale et autonomie municipale dans les cités de l'Occident romain (161-244)*, Rome 1984, p. 321 ss.; A. Piganiol, *L'Empire Chrétien (325-395)*, Paris 1972, p. 10 ss.; L. De Giovanni, *L'imperatore Costantino e il mondo pagano*, Napoli 2003, p. 19-58, Id., *Chiesa e Stato nel Codice Teodosiano. Alle origini della codificazione nei rapporti Chiesa-Stato*, Napoli 2000, p. 122; Y. Rivière, *Constantin, le crime et le christianisme: contribution à l'étude des lois et des moeurs de l'antiquitè tardive*, in *Ant. Tard.* 10 (2002), p. 327-361.

[6] Cfr. L. De Salvo, *I munera curialia nel IV secolo. Considerazioni su alcuni aspetti sociali*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana* 10 (1995), p. 291-318; M. Nuyens, *La théorie des 'munera' et l'obligation professionelle aus Bas-Empire*, in *RIDA* 5 (1958), p. 519-533, Id. *Le statut obligatoire des décurions dans le droit*

generale agli ebrei di essere chiamati a tutti gli incarichi curiali, ma, in osservanza dell'antico privilegio (affinché rimanga qualcosa di esso), sarà permesso che due o tre di essi non siano gravati da nessuna nomina e che potranno dunque continuare a godere della vecchia immunità[7]. La costituzione costantiniana interrompeva, dunque, l'antica usanza secondo la quale gli ebrei non erano tenuti a compiere quegli oneri che potessero comportare la trasgressione delle norme della propria religione; l'impatto della disposizione imperiale è però ammorbidito dalla possibilità che, in ogni città, almeno due o tre ebrei continuassero a beneficiare dell'antico privilegio[8]. Secondo Gaudemet, scopo della disposizione non sarebbe stato quello di favorire l'esercizio del culto giudaico da parte dei suoi capi o rappresentanti rimuovendo l'ostacolo del servizio curiale; il senso della disposizione sarebbe piuttosto quello di regolamentare il reclutamento e il funzionamento delle curie[9]. L'identità religiosa degli interessati dal provvedimento, secondo tale interpretazione, non avrebbe avuto una grande importanza nella motivazione dello stesso, piuttosto la norma assurgerebbe a *lex generalis*, volta ad assicurare lo svolgimento del servizio curiale[10].

---

constantinien, Louvain, 1964; Ch. Bruschi, *Les munera publica. L'état et la cité au debut du Bas-Empire*, in *Sodalitas. Scritti Guarino*, III, Napoli 1984, p. 1311-1331.

[7] CTh.16.8.3 *Imp. Constantinus a. decurionibus Agrippiniensibus. Cunctis ordinibus generali lege concedimus iudaeos vocari ad curiam. Verum ut aliquid ipsis ad solacium pristinae observationis relinquatur, binos vel ternos privilegio perpeti patimur nullis nominationibus occupari. Dat. III id. dec. Crispo II et Constantino II cc. conss.* (a. 321). Cfr. R. Orestano, *'Ius singulare' e 'privilegium' in diritto romano* in *Annali della R. Università di Macerata*, 12-13 (1939), p. 5-106 e Id., *La durata della validità dei 'privilegia' e 'beneficia' nel diritto romano classico*, in *Studi Riccobono*, III, Palermo 1936, p. 470-487. Si veda anche la riflessione di C. Castello in *Il pensiero politico-religioso di Costantino alla luce dei panegirici*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana* 1 (1975), p. 235, secondo il quale, la politica di Costantino, tollerante nei confronti dei non ebrei, sarebbe stata nei confronti di questi ultimi, discriminatoria. Cfr. anche G. Lombardi, *L'editto di Milano del 313 e la laicità dello Stato*, in *SDHI* 50 (1984), p. 1 ss.; G. Ferrari dalle Spade, *Privilegi degli ebrei nell'Impero romano cristiano*, in *Festschrift für L. Wenger*, München 1944, p. 11 ss., ora in *Scritti giuridici*, III, Milano 1956, p. 276; J. Gaudemet, *Constantin et les curies municipales*, in *Iura* 2 (1951), p. 44 ss.; F. Grelle, *Libanio ad Antiochia*, in *Labeo* 5 (1959), p. 226 ss.; A. Ormanni, '*Curia, Curiali'*, in *NNDI* 5 (1960), p. 61 ss., C. Dupont, *Les privilèges des clercs sous Constantin*, in *RHE* 62 (1967), p. 729 ss.; C. A. Balducci, *La ribellione del generale Silvano nelle Gallie (355)*, in *RAL* 8.2 (1947), p. 423 ss.; W. Den Boer, *The Emperor Silvanus and his Army*, in *AC* 3 (1960), p. 105 ss.; D.C. Nutt, *Silvanus and the Emperor Constantius II*, in *Antichthon* 7 (1973), p. 80 ss.

[8] Sul punto, cfr. R. Orestano, *'Ius singulare' e 'privilegium',* cit., p. 95 ss. Id., *La durata della validità dei 'privilegia' e 'beneficia',* cit., p. 480 s.

[9] J. Gaudemet, *Constantin et les curies municipales,* cit., p. 44-75.

[10] G. De Bonfils, *Gli schiavi degli ebrei nella legislazione del IV secolo. Storia di un divieto*, Bari 1992, p. 102; cfr. anche Id., *Ammiano Marcellino e l'Imperatore*, Bari 1986, p. 35 ss.

CTh. 16.8.2[11] stabilisce che coloro che tra gli ebrei si dedichino completamente al servizio delle sinagoghe o dei patriarchi o dei presbiteri[12] ed osservino le leggi della setta giudaica continuino ad essere esentati da tutti gli oneri curiali sia civili che personali. Coloro che occupano la carica di decurione non potranno essere obbligati al servizio di scorta, affinché non debbano allontanarsi dal posto in cui si trovano. Coloro poi che non sono curiali potranno continuare a beneficiare della perpetua immunità[13]. È dunque possibile dedurre due punti fondamentali: il primo, il riconoscimento dei patriarchi palestinesi e del Sinedrio come la massima autorità degli ebrei durante la diaspora; il secondo, il privilegio garantito al rabbinato dell'esenzione dagli obblighi curiali, che lo equipara di fatto alla posizione dei sacerdoti pagani e quasi, per certi versi, al clero cristiano[14]. CTh. 16.8. 4, infine, sembrerebbe quasi un sunto della precedente costituzione: indirizzata ai sacerdoti, ai capi delle sinagoghe e agli altri che prestino servizio in quello stesso luogo, stabilisce che tutti dovranno essere liberi da qualunque obbligo liturgico di carattere corporale[15]. Il testo della norma, scritto probabilmente in contemporanea a CTh.16.8.2, concede una larga immunità dai *munera corporalia* (distinti, com'è noto,

---

[11] CTh.16.8.2 *Imp. Constantinus a. ad Ablavium praefectum praetorio. Qui devotione tota synagogis Iudaeorum patriarchis vel presbyteris se dederunt et in memorata secta degentes legi ipsi praesident, inmunes ab omnibus tam personalibus quam civilibus muneribus perseverent, ita ut illi, qui iam forsitan decuriones sunt, nequaquam ad prosecutiones aliquas destinentur, cum oporteat istiusmodi homines a locis in quibus sunt nulla compelli ratione discedere. Hi autem, qui minime curiales sunt, perpetua decurionatus immunitate potiantur. Dat. III kal. dec. Constantinopoli Gallicano et Symmacho Conss.* (a. 330).

[12] Tali figure corrisponderebbero ai membri del Sinedrio palestinese. Sul punto cfr. A. Linder, *The Jews in roman imperial legislation*, Detroit 1987, p. 135 nt. 4.

[13] Si veda G. De Bonfils, *Gli schiavi degli ebrei,* cit., p. 115-118; F. Lucrezi, *Ebrei e schiavi* in *Messianismo, regalità, impero. Idee religiose e idea imperiale nel mondo romano*, Firenze 1997, p. 125-134; C. Hezser, *Slaves and Slavery in Rabbinic and Roman Law*, in P. Schafer, *The Talmud Yerushalmi and Graeco-Roman Culture* III, *TSAJ* 79*,* Tübingen 2003, p. 133-176; J. Gaudemet, *La législation religieuse de Constantin*, in *RHEF* 33 (1947), p. 55 ss., Id. *L'Église dans l'Empire romain: IVe-Ve siècles*, Sirey 1958; M. Nuyens, *Le statut obligatoire,* cit., p. 200 ss., C. Dupont, *Les privileges des clercs,* cit., p. 729 ss.

[14] Cfr. A. Linder, *op. cit.*, p. 134; F. Zanetti, *Gli Ebrei nella Roma antica,* cit., p. 182-183; L. I. Levine, *The Jewish Patriarch (Nasi) in the Third Century Palestine*, in *ANRW* 19.2, Berlin-New York 1976, p. 649-688, Id., *The Ancient Synagogue, The First Thousand Years*, New York 2000, p. 10 ss.; H. D. Mantel, *The High Priesthood and the Sanhedrin in the Time of the Second Temple*, in *The World History of the Jewish People* VII, *The Herodian Period*, New Brunswick 1975, p. 264-274.

[15] CTh.16.8.4 *Imp. Constantinus a. hiereis et archisynagogis et patribus synagogarum et ceteris, qui in eodem loco deserviunt. Hiereos et archisynagogos et patres synagogarum et ceteros, qui synagogis deserviunt, ab omni corporali munere liberos esse praecipimus. Dat. kal. dec. Constantinopoli Basso et Ablavio conss.* (a. 331).

Si veda G. L. Falchi, *Legislazione imperiale e politica ecclesiastica nell'impero romano dal 380 d. C. al Codice Teodosiano*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana* 6 (1986), p. 179-212; A. Marmorstein, *The Age of R. Johanan and the 'Signs of the Messiah'*, in *Tarbiz* 3 (1932), p. 161-180; D. Sperber, *Angaria in Rabbinic Sources*, in *L'antquitè classique* 38 (1969), p. 164-168; M. Nuyens, *Le statut obligatoire,* cit., p. 209; H. J. Leon, *The Jews of ancient Rome*, Peabody 1960, p. 192 ss., B. Lifshitz, *Inscriptions de Césarée*, in *RBI* 74 (1967), p. 50-52; A. Linder, *The Jews,* cit., p. 137.

dai *munera personalia* e dai *munera civilia*) per coloro che esercitino cariche onorifiche all'interno della gerarchia ecclesiale ebraica[16]. Pare che la struttura di quest'ultima, nonché le differenti funzioni svolte in seno alla stessa, possa aver suscitato confusione nel legislatore: tale confusione, secondo il De Bonfils, darebbe prova della politica costantiniana in tema di *munera*, ossia una larga immunità per coloro che partecipano all'organizzazione centrale e una restrizione delle esenzioni in caso di funzioni minori[17].

La normativa costantiniana relativa alle esenzioni del clero ebraico dagli obblighi curiali appare dunque piuttosto contorta, poiché, all'introduzione di un generale obbligo per gli ebrei di adempiere tali oneri, veniva fatta seguire l'estensione del privilegio a coloro che si occupassero in vario modo del servizio presso le sinagoghe, così come veniva risparmiato a coloro che già svolgevano il decurionato l'onere del servizio di scorta[18].

Veniamo ora alle leggi di Graziano.

CTh.12.1.100

Imppp. Gratianus, Valentinianus et Theodosius aaa. ad Hypatium praefectum praetorio. Omnes, qui ex origine curialium se diversis gradibus inseruere militiae, reddi propriis ordinibus oportebit, exceptis his, quibus legis vetustae, quae certum numerum stipendiorum vel palatinae militiae viris statuit, opitulatur auctoritas. Dat. XIII kal. mai. Mediolano Merobaude II et Saturnino conss. (a. 383)

Questa costituzione, datata il 18 o 19 Aprile del 383, è indirizzata ad Ipazio, prefetto al pretorio d'Italia[19]. Il testo è pervenuto in due frammenti nel CTh. 12.1.100 e 12.1.99. Il secondo frammento è stato recepito nel C.I. in una versione

[16] I *munera personalia* comportavano un coinvolgimento attivo della persona che vi era obbligata e venivano considerati poco dignitosi da chi esercitava funzioni religiose. Tra essi rientravano il reclutamento e i rifornimenti delle truppe, i censimenti e le riscossioni delle imposte. Cfr. F. Zanetti, *ivi*, p. 184.

[17] G. De Bonfils, *Gli schiavi degli ebrei,* cit., p. 115-118; F. Lucrezi, *Ebrei e schiavi,* cit., p. 125-134; C. Hezser, *Slaves and Slavery in Rabbinic and Roman Law,* cit., p. 170.

[18] Per una disamina della legislazione costantiniana in materia di *munera* cfr., da ultima, M. Amabile, *Feralis secta. Sulle leggi costantiniane in materia di giudaismo*, in corso di pubblicazione in *IAH* 10 (2018).

[19] Cfr. S. Mazzarino, *Stilicone. La crisi imperiale dopo Teodosio*, ris. Milano 1990, p. 32 ss.; A. Chastagnol, *Observations sur le consulat suffect et la préture au Bass-Empire*, in *RH* 219 (1958), p. 231 ss., ora in *L'Italie et l'Afrique au Bas-Empire. Etudes administratives et prosopographiques. Scripta varia*, Lille 1987, p. 93 ss.; D. Vera, *La carriera di Nicomachus Flavianus e la prefettura dell'Illirico orientale nel IV secolo d.C.*, in *Athenaeum* 61 (1983), p. 43 ss.

sintetica[20]. La norma si occupa dell'abrogazione dell'esenzione dalla liturgia curiale per i religiosi ebrei[21] e prova a porre un argine alla decadenza del sistema curiale[22].

Viene stabilito che tutti coloro che si sono arruolati nei diversi gradi dell'amministrazione statale, provenendo da una curia, devono fare ritorno alla propria curia originaria, eccetto quelli per i quali l'autorità della vecchia legge abbia stabilito un certo numero di anni di servizio nelle armi o nella milizia palatina.

Gli Augusti ai quali si fa riferimento nell'*inscriptio* sono Graziano, Valentiniano II e Teodosio[23]. Flavio Ipazio fu prefetto pretorio d'Italia dall'aprile 382 al maggio 383 e fu contemporaneamente prefetto d'Africa e dell'Illirico[24]. La *vetusta lex* alla quale si fa riferimento sarebbe la CTh. 7.1.6 di Valentiniano I e Valente del 368 (o 370 o 373), che garantiva l'esenzione dal decurionato per i veterani dopo 15 anni di servizio nell'esercito o dopo 25 di servizio nell'amministrazione civile[25]. Secondo il Seeck, la parte del testo *vel palatinae militiae* sarebbe manifestamente corrotta e avrebbe dovuto essere *armatae vel palatinae militiae*, così come in CTh. 7.1.6[26]; il Saever sostiene che questa legge sarebbe la prima ad aver considerato il giudaismo come un credo malsano e ad averlo posto su un gradino inferiore rispetto al cristianesimo[27].

A nostro avviso non è certamente proprio questa costituzione a sancire l'inferiorità del giudaismo nei confronti della religione cristiana: basti pensare alla legislazione costantiniana *de Iudaeis* che, se certamente si espresse con maggior

---

[20] È la C.I. 1.9.5: *Imppp. Gratianus Valentinianus et Theodosius aaa. Hypatio pp. Iussio, qua sibi Iudaeae legis homines blanditur, per quam eis curialium munerum dabatur immunitas, rescindatur. D. XIIII K. Mai. Mediolani Merobaude II et Saturnino Cons.*

[21] A proposito della partecipazione degli Ebrei alla curia, cfr. G.G. Archi, *Teodosio II e la sua codificazione*, Napoli 1976, p. 64 ss.

[22] È l'opinione di A. Linder, *The Jews,* cit., p. 164.

[23] Cfr. V. Marotta, *Dalla morte di Giuliano al crollo dell'Impero d'Occidente, Storia di Roma,* III. *L'età tardoantica,* I. *Crisi e trasformazioni*, Firenze 1993, p. 563 ss.

[24] Cfr. J. R. Palanque, *La Préfecture du prétoire de l'Illyricum au IVe siècle*, in *Byzantion* 21 (1951), p. 14 ss.

[25] Così A. Linder, *op. cit.*, p. 167 nt. 7.

[26] Cfr. A. Linder, *op. cit.*, p. 167.

[27] J. E. Saever, *The Persecution of the Jews in the Roman Empire (300-428)*, Kansas 1952, p. 46 ss.

favore nei loro confronti relativamente al problema degli oneri curiali, non lo stesso fece relativamente ad altri aspetti[28].

È comunque evidente il forte sentimento cristiano che ispira a Graziano l'emanazione di questa legge durante il suo soggiorno a Milano[29], dove egli fu influenzato in modo determinante dalla dottrina ambrosiana[30].

Il Linder colloca questa costituzione nel progetto imperiale di porre un argine al decadimento delle curie, non dunque nell'ambito di un programma *adversus Iudaeos*[31].

Ciò, come vedremo, sarà confermato dall'analisi del successivo frammento.

CTh.12.1.99

Imppp. Gratianus, Valentinianus et Theodosius aaa. ad Hypatium praefectum praetorio. Post alia: iussio, qua sibi iudaeae legis homines blandiuntur, per quam eis curialium munerum datur immunitas, rescindatur, cum ne clericis quidem liberum sit prius se divinis ministeriis mancipare, quam patriae debita universa persolvant. Quisquis igitur vere deo dicatus est, alium instructum facultatibus suis ad munera pro se complenda constituat. Dat. XIIII kal. mai. Mediolano Merobaude II et Saturnino conss. (a. 383).

L'ordine in base al quale era stata concessa agli ebrei l'esenzione dal servizio liturgico sarà abrogato e anche i chierici, che vorranno dedicarsi al ministero divino, dovranno aver preventivamente adempiuto i propri obblighi verso la patria: chi si dedica completamente al servizio divino dovrà provvedere a pagare un'altra persona, affinché espleti i compiti a cui lui era obbligato.

L'ordine al quale si fa riferimento potrebbe essere la costituzione di Costantino CTh. 16.8.2 del 330[32]; secondo il Gotofredo, il riferimento sarebbe ad un'altra costituzione di Costantino, la CTh. 16.8.3 del 321[33].

---

[28] Si pensi, ad esempio a CTh. 16.8.1 e CTh. 16.9.1 che esprimono rispettivamente un divieto di conversione al giudaismo e il divieto di possedere schiavi non ebrei, due temi, a nostro avviso, certamente più pregnanti del problema della disparità di trattamento nell'adempimento degli oneri curiali.

[29] Dove soggiornò fino al 2 Maggio 383. Sul punto, cfr. Seeck, *PW*, I. 14, 1912, s.v. *Gratianus*, Col. 1839.

[30] Cfr. I. Fargnoli, *Tra religione tradizionale e impulsi cristiani,* cit., p. 90 ss.

[31] A. Linder, *loc. cit.*, p. 167.

Il testo della corrispondente C. I. 1.9.5 è uguale ma privo degli ultimi due periodi: in essa resta in piedi un generale obbligo per gli ebrei di assumere il decurionato con l'esclusione da ogni carica pubblica[34]. Essi saranno inoltre sottoposti a tutti gli obblighi curiali, senza però usufruire dell'onore connesso al decurionato: quando, infatti, pochi anni più tardi, gli ebrei si rivolsero a Giustiniano per chiedere la liberazione dagli obblighi del decurionato, giacché si ritenevano indegni dell'onore di far parte della curia, l'imperatore li respinse con sdegno, affermando nella Novella 45: *Curiam exerceant huiusmodi homines...indigni tamen curiali sint honore*[35]. Il confronto tra le due costituzioni, considerando il contesto storico nel quale esse vennero emanate, induce a formulare alcune considerazioni:

- sembra chiaro che il problema del decadimento del funzionamento delle curie doveva essere fortemente avvertito già a partire dall'età di Costantino: da qui la necessità di obbligare coloro che erano già stati esentati ad essere di nuovo assoggettati ai *munera curialia* in ogni caso;

- sparisce il privilegio creato da Costantino per i chierici e i religiosi ebrei: essi sono costretti, come tutti gli altri, ad adempiere i propri obblighi verso l'Impero e, se proprio non possono farlo, devono provvedere a trovare, a proprie spese, qualcuno che li sostituisca; il fine non sembrerebbe, tuttavia, puramente afflittivo, ma piuttosto quello di garantire in ogni caso il funzionamento delle curie[36];

---

[32] Ossia, come abbiamo visto, la costituzione di Costantino che stabilisce che coloro che tra gli ebrei si dedicano completamente al servizio delle sinagoghe, o dei patriarchi o dei presbiteri ed osservano le leggi della 'setta giudaica' potranno continuare ad essere esentati da tutti gli oneri curiali sia civili che personali, mentre coloro che occupano la carica di decurione saranno esentati dal servizio di scorta affinché non debbano allontanarsi dalle proprie sedi. Chi invece non esercita il decurionato potrà continuare a beneficiare dell'esenzione.

[33] Si tratta della costituzione che, come abbiamo visto, stabilisce che una legge generale richiamerà gli ebrei agli incarichi curiali ma, in osservanza dell'antico privilegio sarà concesso ad alcuni di essi (due o tre per ogni città) di non essere gravati da tale nomina.

[34] Si veda J. Juster, *Les Juifs dans l'Empire Romain. Leur condition juridique, économique et sociale*, Paris 1914, p. 259 ss.

[35] Così A. M. Rabello, *Giustiniano, Ebrei e Samaritani alla luce delle fonti storico-letterarie ecclesiastiche e giuridiche*, I, Milano 1987, I, p. 744. Come si nota, Giustiniano non sente più la necessità di giustificare i suoi ordini: gli ebrei devono essere sottoposti a tutti gli oneri possibili senza giovarsi di quel po' di onore legato al decurionato.

[36] Sul punto, cfr. G. Crifò, *C.Th. 16.2.2 e l'esenzione dei chierici dalla tutela*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana* 4 (1981), p. 711 ss.; A.M. Rabello, *I privilegi dei Chierici sotto Costantino*, in *Labeo* 16 (1970), p. 384 ss.; C. Dupont, *Les privileges des clercs,* cit., p.729 ss.

- non sembra possibile ravvisare in questa costituzione uno specifico atteggiamento antigiudaico, poiché anche il linguaggio utilizzato nel testo non appare oltraggioso nei confronti degli ebrei.

È da rilevare che in questo caso, così come in molti altri, il legislatore non ha tenuto conto del particolare sentimento religioso ebraico, che, com'è noto, genera per l'ebreo osservante un doppio vincolo, una doppia obbedienza, ossia quella primaria ai precetti divini e quella alla legge dello Stato nel quale si trovi a dover vivere, espresso dall'ebraico *dinà demalchutà dinà*[37].

Il corollario di tale assunto è, nel caso di specie, rappresentato dal considerevole gravame derivante dal necessario contemporaneo espletamento del servizio in sinagoga e degli oneri curiali.

Il problema del decadimento delle curie, forse avvertito come particolarmente spinoso, si ripresenterà anche in seguito, nell'ambito delle legislazioni di Arcadio, Onorio e Teodosio fino a Giustiniano: quest'ultimo, come quasi sempre accade, non istituirà un nuovo obbligo, ma confermerà quanto già stabilito dai precedenti legislatori[38].

3. *Dignitas neglecta*

Se queste prime costituzioni trattano di un tema complesso ma, forse, non particolarmente invasivo nella sfera privata dei sudditi ebrei dell'Impero, non lo stesso è possibile affermare per CTh. 16.7.3. Vediamone il testo:

CTh.16.7.3

Imppp. Gratianus, Valentinianus et Theodosius aaa. ad Hypatium praefecto praetorio. Christianorum ad aras et templa migrantium negata testandi licentia vindicamus admissum.

[37] Sul punto, cfr., per tutti, F. Lucrezi, *Legge e limite* in *613. Appunti di diritto ebraico*, Torino 2015, p. 50 s. e S. Rocca, *La Legge d'Israele* in P. Buongiorno - R. D'Alessio - N. Rampazzo (a cura di), *Diritti antichi. Percorsi e confronti*, I, Napoli 2016, p. 185 ss.; L. Cracco Ruggini, *'Collegium' e 'corpus': la politica economica nella legislazione e nella prassi,* in G. Archi (a cura di), *Istituzioni giuridiche e realtà politiche nel Tardo Impero (III-V secolo d. C.)*, Atti di un incontro tra storici e giuristi (Firenze, 2-4 maggio 1974), Milano 1976, p. 63-94.

[38] Cfr. Nov. 45.

Eorum quoque flagitia puniantur, qui christianae religionis et nominis dignitate neglecta iudaicis semet polluere contagiis. Eos vero, qui manichaeorum nefanda secreta et scelerosos aliquando sectari maluere secessus, ea iugiter atque perpetuo poena comitetur, quam vel divalis arbitrii genitor Valentinianus adscripsit vel nostra nihilo minus saepius decreta iusserunt. Auctores vero persuasionis huius, qui lubricas mentes in proprium deflexerant consortium, eademque reos erroris huiuscemodi poena comitetur, quin etiam graviora plerumque pro motibus iudicum et qualitate commissi extra ordinem promi in nefarios sceleris huius artifices supplicia censemus. Sed ne vel mortuos perpetua vexet criminationis iniuria vel hereditariae quaestiones temporum varietate longorum prorsus emortuae in redivivos semper agitentur conflictus, huiuscemodi quaestionibus metam temporis adscribimus, ut, si quis defunctum violatae atque desertae christianae religionis accusat eumque in sacrilegia templorum vel in ritus iudaicos vel ad manichaeorum dedecus transisse contendit eaque gratia testari minime potuisse confirmat, intra quinquennium iuge, quod inofficiosis actionibus constitutum est, proprias exerat actiones futurique iudici huiuscemodi sortiatur exordium, ut eodem in luce durante, cuius praevaricatio criminanda est, flagitii huius et sceleris praesens fuisse doceatur publica sub testificatione testatus, probet iudicium, neque enim eam superno nomine tacitus praestitisse perfidiam sceleribus adquiescens praevaricationem deinceps tamquam ignarus accuset. Dat. XII kal. iun. Patavi Merobaude II et Saturnino conss.(a. 383)

Anche questa costituzione è indirizzata al prefetto al pretorio d'Italia Ipazio. Fu data nel maggio 383 a Padova da Graziano nel suo nome e in quello di Valentiniano II e Teodosio[39]. È stata recepita nel *Breviarium Alaricianum* (*Brev.* 16.2.1) solo in parte e dai compilatori giustinianei in C.I. 1.7.2.

Viene stabilito che sarà revocata la capacità di fare testamento ai cristiani che partecipino ai culti pagani. Saranno inoltre puniti con la stessa pena coloro che, avendo abbandonato la dignità e il nome della religione cristiana, si siano contaminati col morbo giudaico[40]. Coloro che invece avranno preferito frequentare

[39] Cfr. diffusamente G. De Bonfils, *Il reato di giudaismo* in *Roma egli Ebrei,* cit., p. 202-205; J. Juster, *op. cit.*, p. 260-262; J. Gaudemet, *Le partage législatif dans la seconde moitiè du IVème siècle, Studi in memoria di P. De Francisci*, II, 1954, p. 333 ss., P. Voci, *Il diritto ereditario nell'età del tardo impero*, I. *Le costituzioni del IV secolo*, in *Iura* 29 (1978), p. 97 ss.; M. P. Baccari, *Gli apostati nel Codice Teodosiano*, in *Apollinaris* 54 (1981), p. 538 ss., Id., *Comunione e cittadinanza (a proposito della posizione giuridica di eretici, apostati, giudei e pagani secondo i codici di Teodosio II e Giustiniano I)*, in *SDHI* 57 (1991), p. 264 ss.; G.L. Falchi, *La tradizione giustinianea del materiale teodosiano (CTh. XVI)* in *SDHI* 57 (1991), p. 1-123; D. Tamm, *Roman anti-jewish Legislation and adversus-judaeos Literature*, 60 (1992), p. 182 ss.; T. Honoré, *The Making of the Theodosian Code*, in *ZSS* 116 (1986), p. 171 ss.

[40] Il verbo *polluere*, scarsamente utilizzato dalla giurisprudenza classica, compare soltanto in Ulp. 25 *ad. ed.* (D. 11.7.12.1) relativamente all'integrità del sepolcro e non pare avesse assunto il significato totalmente negativo che si ritroverà nei testi tardontichi. Sul punto s.v. G. De Bonfils, *Il reato di giudaismo*, cit., p. 239; A. M. Patault, *Réflexions sur les limitations au droit de proprieté à Rome jusqu'à la fin de la republique*, in *RHD* 55 (1977), p. 247 ss.; J. Plescia, *The Development of the Exercise of the Ownership Right in Roman Law*, in *BIDR* 88 (1985), p. 201

le riunioni esecrabili dei manichei[41] e i loro costumi abominevoli saranno puniti perpetuamente secondo quanto stabilito dalla divina decisione di Valentiniano e riconfermato dalle frequenti decisioni dello stesso Graziano. Coloro che avranno istigato a commettere il reato saranno puniti con la stessa pena prevista per i rei e saranno stabilite pene più gravi per gli autori di questo crimine in base alla valutazione dei giudici e all'entità e al tipo di reato[42]. Per evitare che i defunti possano essere incriminati in eterno, viene stabilito un termine per la proposizione di rivendicazioni ereditarie nei loro confronti: se qualcuno accusa un defunto di aver abbandonato la religione cristiana e di essersi dedicato ai riti pagani, giudaici o manichei e perciò ritiene che il defunto non avesse diritto di fare testamento, dovrà proporre l'accusa entro 5 anni. Non si potrà, inoltre, accusare qualcuno di aver commesso questo crimine se non si sia in grado di provare che fosse stato consapevole di agire *contra ius*.

In primo luogo viene stabilito che sarà revocato lo *ius testandi* ai cristiani apostati che siano passati ai riti pagani e anche a quelli che si siano contaminati con il giudaismo. La distinzione tra cristiani e *reliquos vero dementes versanosque* è già contenuta in una costituzione di Graziano, Valentiniano e Teodosio I del 380, la CTh. 16.1.2, che separa in questo modo le categorie di coloro ai quali è attribuita la possibilità di fare testamento dagli altri che ne sono privi, perché infermi, insani[43]. Un discorso a parte meritano coloro che abbiano deciso di frequentare e diventare

---

ss. In seguito, il significato del termine passa dal 'guastare' all' 'inquinare', cfr. C. Castello, *Cenni sulla repressione del reato di magia dagli inizi del principato fino a Costanzo II*, in *AARC* 8 (1990), p. 673 ss.

[41] Sulla repressione del manicheismo cfr. per tutti F. Lucrezi, *Magia, stregoneria e divinazione in diritto ebraico e romano. Studi sulla Collatio* IV, Torino 2007; V. Minale, *Legislazione imperiale e manicheismo da Diocleziano a Costantino. Genesi di un'eresia*, Napoli 2013; G. Barone Adesi, *Monachesimo Ortodosso d'Oriente e Diritto Romano nel tardo antico*, Milano 1990, p. 55 ss., S. McKnight, *A Light among the Gentiles: Jewish Missionary Activity in the Second Temple Period*, Minneapolis 1991, p. 10 ss., E. Dal Covolo, *I Severi e il Cristianesimo. Ricerche sull'ambiente storico-istituzionale delle origini cristiane tra il secondo e il terzo secolo*, Roma 1989, p. 35 ss., G. Stemberger, *Juden und Christen in 'Heiligen Land': Palästina unter Konstantin und Theodosius*, München 1987, p. 25 ss.; B. Blumenkranz, *Juifs et Chrétiens dans le monde occidental 430-1096*, Paris 1960, p. 300 ss.; A. Cenderelli, *Ricerche sul 'Codex Hermogenianus'*, Milano 1965, p. 263 ss.

[42] Sul problema del proselitismo ebraico si veda J. Juster, *op. cit.*, p. 244-253; H.J. Leon, *The Jews of ancient Rome,* cit.; M. Simon, *Verus Israel. Étude sur les relations entre Chrétiens et Juifs dans l'Empire Romain (135-425)*, Paris 1964; M. Avi-Yonah, *The Jews of Palestine. A political History from Bar Kokhba War to Arab Conquest*, New York 1976; E. M. Smallwood, *The Jews under Roman Rule. From Pompey to Diocletian*, Leiden, 1976; E. Will - C. Orrieux, *'Prosélytisme Juifs'? Histoire d'une erreur*, Paris 1992; G. De Bonfils, *Il reato di giudaismo,* cit., p. 191 ss.

[43] Sul punto cfr. A. Linder, *op. cit.*, p. 173.

manichei, nei cui confronti si era già espressa la costituzione del 372, CTh. 16.5.3 di Valentiniano[44].

Alle stesse pene, che saranno stabilite dai giudici *pro tempore* in base alla gravità dei fatti, devono essere sottoposti anche coloro che istigarono il compimento di tale crimine, ad esempio facendo proselitismo. Per conferire una maggior efficacia alla costituzione è precisato che potranno essere impugnati anche i testamenti di coloro che si convertirono al giudaismo o al manicheismo in vita.

Ciò tuttavia dovrà avvenire entro il termine di cinque anni dalla morte: è la cd. *querela inofficiosi testamenti*, che, com'è noto, poteva essere presentata da coloro che, in qualità di legittimi eredi del *de cuius*, fossero stati ingiustamente estromessi dall'eredità[45]. È però precisato che l'accusa potrà essere promossa solo nel caso in cui l'accusatore sia in grado di provare l'effettiva trasgressione del divieto da parte del testatore[46].

Interessante l'utilizzo del termine *perfidia*. Il Linder suggerisce una comparazione con il termine *praevaricator* utilizzato da Ambrogio per far riferimento a chi abbandona Dio[47].

Nella *subscriptio* compare il genitivo *Patavi*, normalmente utilizzato con il nome *Patavium* in contesti legali[48]. In seguito è presente una nota degli editori del *Breviarium*, nella quale si spiega che la seconda parte della costituzione non è stata riportata e che non vi è *interpretatio*.

---

[44] Sul punto cfr. I. Fargnoli, *Olim pro religione catholicae sanctitatis. Sulla datazione di una legge di Graziano*, in *Studi in onore di Remo Martini*, I, Milano 2008, p. 1034-1035; L. Cracco Ruggini, *Ambrogio e le opposizioni anticattoliche fra il 383 e il 390*, in *Augustinianum* 14 (1974), p. 409- 449, Ead. *Ambrogio di fronte alla compagine sociale del suo tempo*, in G. Lazzati (a cura di), *'Ambrosius Episcopus'*, Atti del Congresso Int. di St. Ambrosiani (Milano, 2-7 dicembre 1974), I, Milano 1976, p. 230- 265.

[45] Sul tema cfr. per tutti, L. Di Lella, *Querela inofficiosi testamenti: contributo allo studio della successione necessaria*, Napoli, 1972; M. G. Zoz, *I rimedi contro gli atti in frode dei legittimari in diritto romano*, Milano 1978, p. 118 ss.; R. Quadrato, *Le Institutiones nell'insegnamento di Gaio. Omissioni e rinvii*, Napoli 1979, p. 49 ss.

[46] Si veda A. Linder, *op. cit.*, p. 173: "*...cause for accusation he opposed this crime and offence; for if it were demonstrated that one tacitly acquiesced with someone who went against the supreme god and thus perfidiously consented to crimes, let him not accuse for this transgression as though he was ignorant of it*".

[47] Ambrogio, *Psalmum 118 Expositio*, Sermo 15, *PL*, XV, 1421-1422: "*Recte praevaricator dicitur*, *qui discedit a Domino*; *denique Graece a discendendo apostata nominatur*".

[48] Cfr. A. Linder, *op. cit.*, p. 174.

Il testo del giustinianeo è ben più succinto, C.I. 1.7.2. Manca il riferimento ai manichei. Viene ribadita la necessità di proporre una *actio inofficiosi testamenti* entro 5 anni dalla morte del defunto di cui si vuole impugnare il testamento, così come già previsto dalla costituzione di Graziano. Manca anche il riferimento alla legge di Valentiniano in materia, come pure il riferimento agli istigatori del reato, ciò che riduce sensibilmente la portata del divieto nonché la possibilità di proporre l'accusa.

Il problema delle conversioni fittizie, destinato ad essere fortemente perseguitato dalla Santa Inquisizione nel Medio Evo e conosciuto come marranesimo, nacque, probabilmente, proprio nel IV secolo, sotto la spinta della nuova religione imperiale[49]. Un giudeo fingeva quindi di aderire al cristianesimo senza esserne intimamente convinto e continuando a praticare clandestinamente la religione d'origine: ciò doveva essere particolarmente inviso al legislatore cristiano. Da qui l'intervento che mira a privare dello *ius testandi* l'autore del *crimen apostasiae*. Com'è noto, la privazione dello *ius testandi* fu soltanto uno degli strumenti adottati dal legislatore cristiano per impedire le conversioni al giudaismo (o l'adesione al paganesimo o al manicheismo): la legge di Graziano si preoccupa di garantire in concreto gli eredi cristiani del *de cuius*, che fossero stati ingiustamente pretermessi nella destinazione dell'eredità, attribuendo ad essi una *actio* da proporre entro cinque anni dalla morte della persona accusata di apostasia. Successivamente verrà abolita anche la *donandi facultas*, per evitare donazioni a scopo successorio (CTh. 16.7.7- C.I. 1.7.4), ma ciò non avrebbe limitato da parte dei convertiti all'ebraismo la possibilità di trasmettere beni ai propri eredi in base ai principi mosaici[50]. Naturalmente quest'ultima possibilità poteva essere fatta valere solo in assenza di eredi cristiani che rivendicassero la propria parte[51].

---

[49] Si veda, per tutti, R. Calimani, *Storia del ghetto di Venezia*, *1516-2016*, Milano 2016. Si veda anche M.P. Baccari, *Gli 'apostati' nel Codice Teodosiano,* cit., p. 540 ss., S. Bachrach, *The Jewish Community of the Later Roman Empire as seen in the Codex Theodosianus*, in *To see Ourselves as Other see Us: Christian, Jews, 'Others' in Late Antiquity,* Chico (California) 1985, p. 399 ss.

[50] Erano i cd. *matenàt shekiv merà*, dono di un malato, forma di donazione da parte del titolare disponente che sarebbe stata annullata in caso di scongiurato rischio di morte e il *matanàt bari*, ossia il dono di persona sana, un atto di liberalità irrevocabile ma che nel corso del tempo andò ad assimilarsi al primo acquisendo anch'esso il carattere della revocabilità. Così F. Lucrezi, *La successione intestata in diritto ebraico e romano. Studi sulla Collatio*, III, Torino 2005, p. 74 ss.

[51] Cfr. F. Lucrezi, *loc. cit.*, p. 75.

Com'è noto, non era sempre facile scoprire l'apostata in vita[52]. A volte accadeva che lo stesso riuscisse a celare il cambiamento di religione fino alla morte e che successivamente a questa sorgessero dei dubbi su una conversione all'ebraismo dal cristianesimo[53]. In tal caso un processo contro il defunto poteva essere intentato soltanto da un *proximus* come azione privata, normalmente per non aver ricevuto la quota di eredità che gli spettava; in caso di accoglimento dell'accusa la conseguenza sarebbe stata la nullità del testamento[54] e l'apertura della successione *ab intestato,* al fine, come s'intende, di salvaguardare i diritti di coloro che seguivano la via cristiana[55].

È, a nostro avviso, quest'ultimo il nucleo fondamentale della costituzione imperiale: le conversioni al giudaismo dovevano essere scoraggiate in ogni modo tutelando e rendendo appetibile la posizione di chi avesse scelto la religione cristiana anche in contrasto con le aspettative paterne.

Appare piuttosto evidente che l'atteggiamento imperiale sia stato, quando non specificamente antiebraico, perlomeno marcatamente intollerante: la retta via è stata ormai stabilita ed è fortemente consigliata con gli strumenti della giustizia; chi se ne distaccherà potrà farlo, ma incorrerà in ogni tipo di limiti e vessazioni. Finanche l'eterno riposo dei defunti, la possibilità di disporre liberamente dei propri beni e il conseguente rispetto delle ultime volontà, temi tanto cari allo *ius civile vetus*, dovranno cedere il passo ad un intento più grande, quello di una collettiva conversione di tutti i sudditi dell'Impero, aspirazione che dovrebbe giustificare, dal punto di vista imperiale, la durezza degli strumenti utilizzati[56].

---

[52] A.M. Rabello, *Giustiniano,* cit., p. 731.

[53] Sui processi contro i defunti cfr. E.Volterra, *I processi contro i defunti in diritto romano*, in *RIDA*, 3 (1949), p. 485 ss.

[54] Cfr. A.M. Rabello, *The Legal condition of the Jews in the Roman Empire,* in *Ebraismo e Diritto,* cit., p. 584 ss., Id., *L'atteggiamento di Roma verso le conversioni all'Ebraismo* in *Ebraismo e diritto,* cit., p. 463-496; E.M. Smallwood, *The Jews under the Roman Rule,* cit., p. 25 ss.

[55] Ciò accade anche in C.I 1.7.4 in maniera più pregnante: all'apostata è negata la *testamenti factio activa* e la *donandi facultas*, al fine di evitare che esso diseredi i propri parenti cristiani ortodossi. Tali parenti potevano naturalmente accusare il *de cuius* di apostasia anche dopo la sua morte.

[56] Sul punto, cfr. per tutti F. Lucrezi, *La legislazione de Iudaeis di Teodosio I*, in *Koinonia* 44 (2010); G.L. Falchi, *Legislazione e politica ecclesiastica,* cit., p. 179-212, J. Juster, *op. cit.*, Rabello, *Giustiniano,* cit., Id. *The Legal condition of the Jews in the Roman Empire,* in *Ebraismo e Diritto,* cit.; J. Gaudemet, *L'Église dans l'Empire romain,* cit.,

Abstract
The Paper deals with the Legislation of the Roman emperor Gratian concerning the Jews, and is part of a larger Investigation about the legal Condition of the Jews in Late Antiquity. The three laws, CTh. 12.1.100, CTh.12.1.99 and CTh.16.7.3, deal with the problem of the obligation of fulfillment of the curial burdens by the Jews and the possibility of contesting, within five years, the wills of those Christians who were suspected of having converted to Judaism in their life. The laws of Gratian are highly restrictive of Jewish worship freedom, even if it is not possible to say that they have been properly anti-Jewish laws. However, with this research is possible to understand how the Emperor and Christian Emperors generally acted for the preservation and defense of the Christian religion, the only one considered valiant by the Roman Christian Empire

Keywords
Jews, Judaism, Apostasy, Curial Burdens, Gratian.

p. 629 ss.; G. De Bonfils, *Il reato di giudaismo* cit.; M. Simon, *Verus Israel,* cit.; M. Amabile, *La novella 146 di Giustiniano "de Hebraeis"*, in *Rivista di diritto romano* 11 (2011), p. 1-13.

JusOnline n. 1/2018
ISSN 1827-7942

Paola Bianchi

Ricercatore di Istitutzioni di diritto Romano, Università di Tor Vergata di Roma

Collegium aquae: cenni di una ricerca *in itinere* sulla tarda antichità *

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. *Collegium aquae* come tema di indagine: iniziale analisi delle fonti. - 3. Prime osservazioni. - 4. Prime riflessioni su *CIL* VI.2.10298. Considerazioni conclusive.

1. Premessa.

Con il presente contributo intendo dare conto di quanto elaborato nella ricerca sul tema delle acque nella tarda antichità, con specifico riferimento ai cd. *collegia aquae* o *aquarum*[1], nell'ambito del più generale tema di studio sui collegi e sulle professioni in età tardo antica.

Punto di partenza dello studio che riguarda il tema più generale dei *collegia* è stato l'identificazione delle diverse attività di lavoro e dunque l'aspetto fenomenico del tema. Fonte di prima attenzione e lettura è stata la costituzione costantiniana che presenta, nell'apparato filologico di Mommsen, proprio un elenco delle differenti attività professionali ed associative[2]. Fra le molteplici attività quelle connesse con le

---

* Questo contributo, sottoposto a *double blind peer review*, rappresenta una prima tappa nell'ambito della ricerca "Arti e professioni (*collegia*, *corpora*, *scholae*) in età tardoantica", coordinata da V. Crescenzi, nel contesto dell'attività scientifica dell'Associazione Ravenna Capitale.

[1] Sul fenomeno associativo nell'esperienza giuridica romana cfr., ad es.: Th. Mommsen, *De collegiis et sodaliciis Romanorum*, Kiel 1843; F.M. De Robertis, *Il diritto associativo romano. Dai collegi della repubblica alle corporazioni del basso impero*, Bari 1938; Id., *Il fenomeno associativo nel mondo romano. Dai collegi della repubblica alle corporazioni del basso impero*, Napoli 1955 (rist. an. Roma 1981); Id., '*Syndicus*'. *Sulla questione della rappresentanza processuale dei 'collegia' e dei 'municipia'*, in *SDHI*, 36, 1970, 304-340 (=Id., *Scritti varii di diritto romano*, IV, Miscellanea, Bari 2000, 51-87); Id., *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano, I-II,* Bari 1971; Id., "*La capacità giuridica dei collegi romani e la sua progressiva contrazione*", in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, III, Napoli 1984, 1259-1267 [(=Aa.Vv., *La persona giuridica collegiale in diritto romano e canonico*. *Aequitas* romana ed *aequitas* canonica, Atti dei Colloqui romanistici-canonistici (1980-1981), 31-39) (=Id., *Scritti varii di diritto romano*, II, *Storia del diritto Diritto pubblico Epigrafia giuridica*, Bari 1987, 427-435)]; R. Orestano, *Il problema delle fondazioni in diritto romano*, I, Torino 1959, 82 ss.; Id., *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, I, Torino 1968, spec. pp. 101 ss; L. Cracco Ruggini, *Le associazioni professionali nel mondo romano-bizantino*, in Aa.Vv., *Artigianato e tecnica nella società dell'alto Medioevo occidentale*, Spoleto 2-8 aprile 1970 (*Settimane di studio del Centro italiano di studi sull'alto Medioevo*, 18), Spoleto 1971, 59-193; Ead., *Collegium* e *corpus*: la politica economica nella legislazione e nella prassi, in G.G. Archi (a cura di), *Istituzioni giuridiche e realtà politiche nel tardo Impero. Atti di un incontro tra storici e giuristi*, Firenze, 2-4 maggio 1974, II, Milano 1976, 63-94; F. Salerno, '*Collegia adversus rem publicam?*', in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, II, Napoli 1984, 615 ss. (=*Index*, 13, 1985, 541 ss.); G. Moschetta, '"*Collegium aquae*'. *Un collegio tra pubblico e privato*, in *Rivista di diritto romano*, 2005, 5, 1-12 http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/; R. Laurendi, *Riflessioni sul fenomeno associativo in diritto romano. I collegia iuuenum tra documentazione epigrafica e giurisprudenza: Callistrato de cognitionibus D. 48.19.28.3*, in *AUPA*, 59, 2016, 261-285.

[2] CTh. 13.4.2 (337 Aug. 2). *Constantinus A. ad Maximum praefectum praetorio. Artifices artium brevi subdito comprehensarum per singulas civitates morantes ab universis muneribus vacare praecipimus, si quidem ediscendis artibus otium*

acque, indicate in tale apparato, sono gli *aquae libratores* e i *fullones*; i primi sono indicati dopo i *tessellarii* e i secondi come ultimi, dopo i *carpentarii*. L'indicazione di entrambe queste attività proviene dal testo della legge tràdita nel codice giustinianeo[3].

Gli *aquae libratores*, gli architetti degli acquedotti, sono indicati anche nella legge dei figli di Costantino tràdita in CTh. 13.4.3 del 344[4] - legge conservata con il testo quasi immutato in C. 10.66.1, sotto la medesima rubrica *de excusatione artificum* - identificabili in *qui aquarum inventos ductus et modos docili libratione ostendunt* e menzionati da Frontino in *De acqueductu*, 105[5]. E un celebre *librator*, noto per via epigrafica, è quel Nonio Dato le cui vicende sono descritte in *CIL*, VIII 2728 = VIII 18122 = HD021390. I *fullones,* come è noto, sono i lavandai.

Il punto di partenza, a ben vedere, già teneva conto di aspetti e problemi diversi, riconducibili comunque ad uno stesso profilo euristico.

Innanzitutto il tema terminologico o di nomenclatura; quindi quello dei termini tecnici rappresentativi delle forme lavorative e del rapporto con le categorie dogmatiche. Tale aspetto implica anche quello della sua storicità: ogni termine va collocato nel contesto di appartenenza ed è inevitabilmente vagliato con gli occhiali

---

sit adcommodandum; quo magis cupiant et ipsi peritiores fieri et suos filios erudire. Dat. IIII non. Aug. Feliciano et Titiano conss. La costituzione, posta sotto la rubrica *De excusationibus artificum*, è ripresa da Giustiniano in C. 10.66.1 (posta sotto identica rubrica) in cui i compilatori aggiungono l'ultima parte: C. 10.66.1 *Imperator Constantinus A. ad Maximum pp. Artifices artium brevi subdito comprehensarum per singulas civitates morantes ab universis muneribus vacare praecipimus, si quidem ediscendis artibus otium sit accommodandum, quo magis cupiant et ipsi peritiores fieri et suos filios erudire. Et est notitia ista: architecti medici mulomedici pictores statuarii marmorarii lectarii seu laccarii clavicarii quadrigarii quadratarii (quos Graeco vocabulo livovyktas appellant) structores (id est aedificatores) sculptores ligni musarii deauratores albini (quos Graeci ckoniatasc appellant) argentarii barbaricarii diatretarii aerarii fusores signarii fabri bracarii aquae libratores figuli (qui Graece kerameis dicuntur) aurifices vitrearii plumarii specula rii eborarii pelliones fullones carpentarii sculptores dealbatores cusores linarii tignarii blattearii (id est petalourgoi) D. IIII Non. Aug. Feliciano et Titiano conss.* (a. 337)

[3] Cfr. nt. precedente.

[4] CTh. 13.4.3 (344 Iul. 6) *Impp. Constantius et Constans AA. ad Leontium praefectum praetorio. Mechanicos et geometras et architectos, qui divisiones partium omnium incisionesque servant mensurisque et institutis operam fabricationi stringunt, et eos, qui aquarum inventos ductus et modos docili libratione ostendunt, in par studium docendi adque discendi nostro sermone perpellimus. Itaque inmunitatibus gaudeant et suscipiant docendos qui docere sufficiunt. Dat. prid. Non. Iul. Leontio et Sallustio conss.*

[5] Front., *De acqu.*, 105 *Qui aquam in usus privatos deducere volet, impetrare eam debebit et a principe epistulam ad curatorem adferre; curator deinde beneficio Caesaris praestare maturitatem et procuratorem eiusdem officii libertum Caesaris protinus scribere. Procuratorem autem primus Ti. Claudius videtur admovisse, postquam Anionem Novum et Claudiam induxit. Quid contineat epistula, vilicis quoque fieri notum debet, ne quando neglegentiam aut fraudem suam ignorantiae colore defendant. Procurator calicem eius moduli, qui fuerit impetratus, adhibitis libratoribus signari cogitet, diligenter intendat mensurarum quas supra diximus modum et positionis notitiam habeat, ne sit in arbitrio libratorum, interdum maioris luminis, interdum minoris pro gratia personarum calicem probare. Sed nec statim ab hoc liberum subiciendi qualemcumque plumbeam fistulam permittatur arbitrium, verum eiusdem luminis quo calix signatus est per pedes quinquaginta, sicut senatus consulto quod subiectum est cavetur.*

di chi lo studia; spesso un termine indica concetti diversi nello stesso ambito storico di appartenenza come in periodi cronologici differenti; oppure la parola identifica, in modo non esclusivo, un concetto che può essere espresso anche con altri termini. Si tratta di osservazioni ovvie ma pur sempre importanti che potrebbero, quando necessario, essere coadiuvate da competenze di tipo filologico specialistico[6].

Il problema, che si è posto come preliminare, riguarda dunque l'individuazione di criteri corretti per identificare i termini secondo cui schedare le fonti da esaminare, distinguendo ovviamente quelle normative, trasmesse principalmente dai codici, da quelle epigrafiche, rispecchianti - di norma - la prassi. Occorre poi ricordare che la ricerca lemmatica ha i suoi inevitabili limiti, dovuti proprio ai termini con cui procediamo che potrebbero circoscrivere l'indagine a ciò che il lemma di riferimento indica o identifica e che, quindi, è necessario predisporre opportuni correttivi.

Parlando di associazioni professionali ci riferiamo ai *collegia*, ai *corpora*, alle *sodalitates*, alle *scholae*, a tutte le differenti forme di organizzazione professionale, ovviamente tenendo conto del profilo terminologico a cui abbiamo accennato ed anche del fatto che le organizzazioni identificate da termini come *collegia* o *sodalitates* potrebbero avere caratteristiche diverse nelle varie epoche. In riferimento al *collegium* (o *corpus*) non si può non richiamare i lavori, anche se ormai molto datati, di Jean Pierre Waltzing e ricordare dunque come per *collegium* si intenda una "riunione di persone associate dalla comunanza delle funzioni, del culto, della professione" [7].

Tra i temi di ricerca all'interno del più vasto argomento delle attività lavorative un posto privilegiato è stato attribuito alla ricerca sugli interessi perseguiti dalle associazioni di lavoratori.

---

[6] Il tema lemmatico può concernere anche temi "interni": ad es.: l'assemblea degli associati chiamata *populus- ordo*: cfr. J.P. Waltzing, '*Collegium*', in E. De Ruggiero, «*Dizionario epigrafico di antichità romane*», II, Roma 1910, rist. Roma 1961, 376 col. b.

[7] J.P. Waltzing, '*Collegium*', *ivi*, 340. Sulle associazioni professionali romane nel territorio dell'odierna Emilia Romagna, da segnalare una recente tesi di laurea inedita in Epigrafia e Istituzioni romane di L. Scarpellini, *Documenti epigrafici delle associazioni professionali nella regio octava lungo la via Aemilia: da* Ariminum *a* Placentia, relatrice D. Rigato, A.A. 2013-2014, reperibile all'URL https://unibo.academia.edu/ LucaScarpellini, visitato il 10-1-2018.

Nell'ambito di questa ricerca generale mi sto occupando dei cd. *collegia aquae*[8], allo scopo di verificarne la presenza e il valore nell'esperienza romana tardo antica.

La scelta del tema delle acque è dovuta all'osservazione della mancanza di testimonianze dell'esistenza di un *collegium aquae*, se non fosse per una iscrizione isolata della fine della Repubblica - inizi del Principato, denominata dagli editori *Lex collegii aquae*[9].

L'assenza di testimonianze contrasta con la molteplicità delle attività professionali e delle associazioni connesse, individuabili nella tarda antichità; un ambito come quello delle acque possiede inoltre, come è noto, una certa rilevanza in tale epoca, come, ad es., testimoniato da leggi di età teodosiana sulla manutenzione degli acquedotti e sulle derivazioni abusive da parte di privati[10], oltre che dall'indicazione, come già accennato, nella parte aggiunta dai compilatori alla legge costantiniana tràdita in C.10.66.1, delle due professioni legate all'acqua: quella dei *libratores*, gli architetti o ingegneri idraulici, e quella dei *fullones*, gli operai che lavavano le vesti[11].

2. *Collegium aquae* come tema di indagine: iniziale analisi delle fonti.

La scelta del tema dell'acqua ha reso opportuna un'indagine di fonti di varia tipologia: innanzitutto i documenti epigrafici. Le epigrafi, generalmente, ai fini delle

[8] Per approfondimenti sul tema delle acque cfr. L. Maganzani, *L'approvvigionamento idrico degli edifici urbani nei testi della giurisprudenza classica*, in M. Antico Gallina (a cura di), *Acque per l'*utilitas*, per la* salubritas*, l'*amoenitas, Milano, 2004, 185-210; Ead., *Le comunità di irrigazione nel mondo romano: appunti sulla documentazione epigrafica, giuridica, letteraria*, in G. Purpura (a cura di), *Revisione ed integrazione dei* Fontes Iuris Romani Anteiustiniani (FIRA). *Studi preparatori*. I. Leges, 103-119; Ead., Ripae fluminis *e dissesti idrogeologici a Roma: fra indagine geomorfologica e riflessione giurisprudenziale*, in *Jus*. Rivista di Scienze Giuridiche 57 (2010), [1-2] 175-193; Ead., *Acquedotti e infrastrutture idrauliche nella Roma dei Cesari: aspetti e problemi di diritto pubblico e privato*, in *Jus*. Rivista di Scienze Giuridiche 57 (2010), [1-2] 195-201; Ead., *Disposizioni in materia di acque*, in G. Purpura (a cura di), *Revisione ed integrazione dei Fontes Iuris Romani Anteiustiniani* (FIRA) cit., 61-185; Ead., *Le règlement des riparia dans les communautés d'irrigation dans le monde romain*, 2014; Ead., *Le inondazioni fluviali in Roma antica: profili giuridici*, in *La città liquida assetata. Storia di un rapporto di lunga durata*, (M. Galtarossa e L. Genovese curr.), Roma 2014, 65-79. Cfr. anche M. Fiorentini, *Sulla rilevanza economica e giuridica delle ville marittime durante la Repubblica e l'Impero*, in *Index*, 24, 1996, 143 ss.; Id., *Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana. Profili di tutela processuale e di inquadramento sistematico*, Milano 2003; Id., *Struttura ed esercizio delle servitù d'acqua nell'esperienza giuridica romana*, in *Contributi romanistici*, Trieste, Edizioni Università di Trieste 2003; Id., *L'acqua da bene economico a* res communis omnium *a bene collettivo*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1, 2010; Id., *Fructus* e *delectatio* nell'uso del mare e nell'occupazione delle coste nell'età imperiale romana, in E. Hermon (cur.), *Riparia dans l'Empire romain pour la définition du concept*. BAR International Series, 2066, Oxford 2010, 263-282.

[9] Su cui, in questo lavoro, cfr. paragrafo 4.

[10] Su cui vedi *infra* paragrafo 2.

[11] Vedi *supra* nt. 2.

ricostruzioni storiche, offrono informazioni peculiari, descrivendo, tendenzialmente, situazioni o fatti particolari e circoscritti nel tempo, informazioni che possono trovare conferma nelle fonti storiche o giuridiche e, per i *collegia*, esse costituiscono una fonte essenziale che deve costituire la base della ricerca da unire alle fonti letterarie e giuridiche.

Tale indagine si è prospettata da subito ampia e complessa; pertanto ho ritenuto necessario procedere gradualmente per poi valutare, con maggiore criticità, le opinioni della dottrina attraverso i risultati man mano raggiunti.

Primo momento della ricerca è stato dunque uno spoglio delle epigrafi attraverso le banche dati disponibili[12]: i lemmi di riferimento, utilizzati in questa fase, sono state espressioni significative quali "*aqua*", "*aqu*" e "*colleg*", "*curator aquae*", "*collegium aquae*", "*aquae libratores*", "*riv*", "*flum*", "*corpus*", "*magister*".

Da questo primo spoglio ho tratto i seguenti risultati:

Per il Clauss/Slaby (EDCS) su un totale di 5221 epigrafi la ricerca con la sola espressione "*aqu*" ha prodotto più di 3000 risultati che, ad oggi, ho solo in parte spogliato; su un totale di 5044 epigrafi la ricerca attraverso i termini *collegium* e *aquae*, ha prodotto un solo risultato, *CIL* VI, 10298, la nota epigrafe sulla *Lex collegii aquae* su cui mi soffermerò più avanti.

Attraverso *aquae* su un totale di 5254 epigrafi sono risultate 162 epigrafi delle quali sono sembrate utili 18 epigrafi (che analizzerò approfonditamente nel seguito della ricerca; ho considerato le fonti epigrafiche della penisola italica e dell'Africa; ho per lo più escluso le epigrafi riguardanti gli acquedotti, tenendo conto dei diversi lavori su questo tema, come, da ultimo, quelli di Paola Biavaschi, a cui farò frequente riferimento in queste pagine), che non riguardano un *collegium aquae*; si riferiscono tuttavia a *consularis aquarum* o a *curator aquarum*.

[12] Innanzitutto l'*Epigraphik-Datenbank Clauss / Slaby*, o EDCS (Manfred Clauss / Anne Kolb / Wolfgang A. Slaby); ho consultato poi il moderno EDR (*Epigraphic Database Roma*), la banca dati epigrafica che mette a disposizione *on line* fonti epigrafiche dell'Italia antica, della Sicilia e della Sardegna, e che si affianca all'EDH (*Epigraphische Datenbank Heidelberg*), per le province dell'Impero romano, e all'EDB (*Epigraphic Database Bari*), per le iscrizioni cristiane romane.

La ricerca con *aquae* e *magister* ha dato solo due epigrafi: quella della *Lex collegii aquae* e quella della *Lex rivi Hiberienis*[13].

L'espressione *collegium aquarum* ha prodotto un solo risultato, ma le espressioni, nell'epigrafe, non sono connesse fra loro, riferendosi la prima al *curator aquarum*, e indicando, la seconda, un *collegium fabrorum*[14].

La ricerca con *conlegium* ci offre due risultati ma entrambi riferibili al *conlegium pontificum* ed *augurum*, in perfetta conformità all'impiego più arcaico del termine *conlegium* rispetto al lemma *collegium*.

La ricerca con *collegium* ci dà 404 epigrafi ma, per *collegium* collegato ad *aquae* solo due risultati: uno ci riporta la *Lex collegii aquae*; nel secondo il termine *aquae* si riferisce solo al luogo dell'epigrafe, quindi, in sostanza, fra quelli presi in considerazione, abbiamo un solo testo: quello della *Lex collegii aquae*.

La ricerca con *magister collegii* offre un totale di 47 epigrafi che riguardano *collegia* documentati, come i *collegia fratrum Arvalium* o i *collegia centonariorum* o *fabrorum*.

La ricerca con *magister* e *collegii* presenta 109 risultati, tra i quali è pertinente solo l'iscrizione della *Lex collegii aquae*.

Il lemma *aquarum* offre 107 epigrafi e l'espressione *curator aquarum* ricorre in 11 epigrafi.

Sappiamo che gli *aquarii* erano per lo più i servi adibiti alla manutenzione degli acquedotti[15]. Per ora non ho analizzato queste epigrafi.

Con l'espressione *aquae librator* i risultati sono solamente due[16].

Infine la ricerca con il termine *corpus* o *corpora*[17] non produce alcun risultato (*corpus aquae* o *aquarum* nessuna epigrafe).

---

[13] Sulla quale cfr. *infra* paragrafo 4.

[14] *CIL* VI, 1673 (p 3173, 3813, 4730, 4793) = *CIL* VI, 31901a = *ILS* 1211 = EDCS-18100482: *L(ucio) Aelio Helvio / Dionysio c(larissimo) v(iro) / iudici sacrarum cog/nitionum totius Orien(tis) / praesidi Syriae Coele / correctori utriusq(ue) / Italiae curatori aq(uarum) / et Miniciae curat(ori) / [6] / operum publicoru[m] / pontifici dei Sol(is) / [6] / collegium / fabrorum tignuar(iorum) / multis in se patrociniis co[nlatis.*

[15] Ma con una variabilità di significato messa bene in luce da F. Del Chicca, *Frontino e il 'gergo' degli* aquarii, in *Invigilata Lucernis*, 28, 2006, pp. 75-84.

[16] CIL 8.2728 = 8.18122; ILS 5795. Algeria, Numidia (Tazoult, Lambaesis); senza data e EDCS-ID: EDCS-15600002. Numidia.

[17] Il lemma *corpus* o *corpora* è un termine collocabile nel lessico della tarda antichità: riferibile ad esempio agli insiemi di opere di uno stesso giurista come testimoniato da fonti note sull'uso dello *ius controversum* nei tribunali (CTh. 1.4.1, 2, 3, anno 426: le cd. "leggi delle citazioni", sui cfr. G. Barone-Adesi, *Ricerche sui corpora normativi dell'impero romano: I corpora degli* iura *tardoimperiali*, Torino 1998); nell'ambito del

Waltzing citò un *collegium aquariorum* (*Venusia CIL* IX, 460) e rinviò ad *aquarius*; e poi richiamò gli *aquatores Feronienses* (Aquileia, *CIL* V, 992, 8307, 8308) e *aquatores*[18], figure da lui assimilate ai *fullones*[19], ma forse da assimilare piuttosto agli *aquarii*[20].

Nell'indicare il *collegium aquae* Waltzing rinviava ai *fullones*[21], ma come vedremo più avanti la presenza dei *fullones* nella *Lex collegii aquae* dipende esclusivamente dalle integrazioni proposte dagli editori[22]: in nessuna delle parti conservate appare un riferimento a questo mestiere.

Per l'EDR i risultati, più circoscritti, sono stati i seguenti:

a. Per l'espressione *collegium aquae* 0 epigrafi (anche *conlegium aquae* 0 epigrafi);
b. *Collegium aquarum* 0 epigrafi;
c. *Collegium fluminum* 0 epigrafi;

---

nostro specifico tema cfr. la recentissima relazione di V. Crescenzi, *Minima de collegiis*, Relazione tenuta a Spello per il XXIII Convegno Internazionale dell'Accademia Romanistica Costantiniana, *Misteri e professioni della Tarda Antichità. Organizzazione. Lessico. Norme*, Spello, 22-24 giugno 2017, il quale ha sottolineato come il termine *corpus* sia introdotto dalla *Historia Augusta*, che lo avrebbe preferito a quello di *collegium*. Questo dato, secondo Crescenzi, non è casuale poiché se ne trova riscontro nel 14 libro del Codice Teodosiano in cui gli enti identificati un tempo *collegia* vengono indicati per lo più come *corpora*. Tale conferma starebbe ad indicare un'evoluzione delle strutture che divennero infatti obbligatorie, in linea con le esigenze pubbliche di quel periodo storico. Sull'evoluzione dei *collegia* già R. Orestano, *Il problema delle fondazioni in diritto romano*, con un'appendice di Franca De Marini Avonzo ed una "nota di lettura" di Maria Campolunghi, Rivista di Diritto Romano, 8, 2008, reperibile anche all'URL http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano08Orestano.pdf, 67 ss. (prima ed. Torino 1959, cit.).

J. P. Waltzing, *Collegium*, *ivi*, p. 340, sosteneva che il lemma *corpus* (σύστημα) fosse molto frequente nel periodo imperiale romano e notava che il *collegium* fosse "autorizzato, riconosciuto come organismo pubblico, e dotato di personalità giuridica".

[18]J. P. Waltzing, '*Collegium*', *ivi*, pp. 345, 587, 655.

[19] J. P. Waltzing, *Étude historique sur les corporations professionnelle chez les romains depuis les origines jusquà la chute de l'Empire d'Occident*, I, *Le droit d'association à Rome. Les colleges professionnel considérés comme associations privées*, Louvain 1895, I, 197: "Feronenses aquatores, peut-être des foulons adorant Feronia, à Aquilée (V 992. 8307. 8308)", e 284. Sugli *aquatores Feronienses* cfr. il recente contributo di F. Mainardis, *Epigrafia e iconografia. Relazioni e rapporti nella documentazione Romana dell'Italia nord-orientale*, in R. Laser (Hg.) *Römische Steindenkmäler im Alpen-Adria-Raum Neufunde, Neulesungen und Interpretationen epigraphischer und ikonographischer Monumente*. Akten der Tagung "*Römische Steindenkmäler im Alpen-Adria-Raum. Neufunde, Neulesungen und Interpretationen epigraphischer und ikonographischer Monumente*", Klagenfurt 02.-04.10.2013, Klagenfurt – Ljubljana - Vien 2016, 283-308, pp. 289 s., secondo la quale il nome del collegio, in cui appare il nume tutelare, Feronia, esprime un chiaro riferimento all'acqua e a tutte le attività ad essa connesse. Su questa importante considerazione l'autrice rinvia a F. Fontana, *Topografia del sacro ad Aquileia: alcuni spunti*, in N. Cuscito, M. Verzár-Bass (a cura di), *Aquileia dalle origini alla costituzione del Ducato longobardo. Topografia, urbanistica, edilizia pubblica*. Atti della XXXIV Settimana di Studi Aquileiesi, 8 - 10 maggio 2003 (Antichità altoadriatiche, 59), Trieste 2004, p. 403, secondo la quale "è presumibile, quindi, che la presenza di *Aquatores Feronienses* in una citta il cui territorio subì importanti operazioni di bonifica, sia da collegare al ruolo assunto dalla dea proprio in questo ambito".

[20] Vd. già RE e Diz. Epigr. s.v. *aquatores*.

[21] J. P. Waltzing, *Étude historique sur les corporations professionnelle. Indices. Liste des collèges connus, leur organisation intérieure, leur caractère religieux, funéraire et public, leurs finance*, IV Louvain 1900, p. 7 sub v. *Conlegium aquae*.

[22] J. P. Waltzing, *Étude historique sur les corporations professionnelle. Indices*, *ivi*, p. 24 sub v. *Fullones*.

d. *Consul* + *aquae/aquarum* 7 epigrafi;
e. Per l'espressione *aqu* 992 epigrafi;
f. Per l'espressione *aquae librator/es* 0 epigrafi;
g. Per l'espressioni *librator* 3 epigrafi;
h. Per l'espressione *riv* 40282 epigrafi (lette a campione);
i. Per l'espressione *flum* 42 epigrafi;
j. "*Riv* + *colleg*" 8 epigrafi;
k. *Curator aquarum* 10 epigrafi.

Nei documenti epigrafici selezionati, allo stato della mia ricerca e dunque per questa prima fase di spoglio, non sono stati riscontrati dati rilevanti che espressamente possano essere collegati al tema del *collegium aquae*.

Una ricerca con il termine *aqua* in alcune delle fonti tardo antiche più importanti ha prodotto i seguenti risultati: nel Codice Teodosiano l'*Heidelberger Index zum Theodosianus* ha fatto emergere un totale di 10 costituzioni, molto utili nel generale tema delle acque ma non indicative per il tema del *collegium aquae*[23].

La prima costituzione, CTh. 13.4.3[24], è la legge dei Costantinidi, già ricordata, riguardante le diverse professioni lavorative che vengono sollevate dai *munera*, secondo la politica di stampo culturale iniziata da Costantino ed evidenziata in CTh.13.4.1[25], costituzione con cui Costantino conferma precedenti esenzioni dai

[23] O. Gradenwitz, *Heidelberger Index zum Theodosianus*, Berlin 1925; Id., *Ergänzungsband zum Heidelberger Index zum Theodosianus. 1. Theodosianische und Nachtheodosianische Novellen*, Berlin 1929.

[24] CTh. 13.4.3 (344 Iul. 6) *Impp. Constantius et Constans AA. ad Leontium praefectum praetorio. Mechanicos et geometras et architectos, qui divisiones partium omnium incisionesque servant mensurisque et institutis operam fabricationi stringunt, et eos, qui aquarum inventos ductus et modos docili libratione ostendunt, in par studium docendi adque discendi nostro sermone perpellimus. Itaque inmunitatibus gaudeant et suscipiant docendos qui docere sufficiunt. Dat. prid. non. iul.* Leontio *et Sallustio conss.*

[25] Cfr. CTh. 13.3.1, collocata sotto la rubrica *De medicis et professoribus*: *Imp. Constantinus A. ad Volusianum. pr.* (321/4 Aug. 1) *Medicos, grammaticos et professores alios litterarum inmunes esse cum rebus, quas in civitatibus suis possident, praecipimus et honoribus fungi; in ius etiam vocari eos vel pati iniuriam prohibemus, ita ut, si quis eos vexaverit, centum milia nummorum aerario inferat a magistratibus vel quinquennalibus exactus, ne ipsi hanc poenam sustineant, 1. Servus eis si iniuriam fecerit, flagellis debeat a suo domino verberari coram eo, cui fecerit iniuriam, vel, si dominus consensit, viginti milia nummorum fisco inferat, servo pro pignore, donec summa haec exsolvitur, retinendo. 2. Mercedes etiam eorum et salaria reddi praecipimus. 3. Quoniam gravissimis dignitatibus vel parentes vel domini vel tutores esse non debent, fungi eos honoribus volentes permittimus, invitos non cogimus. Proposita kal. Aug. Sirmio Crispo et Constantino cc. conss*. La legge è ripresa dai compilatori giustinianei in C. 10.53.6, posta sotto la rubrica *De professoribus et medicis* e, secondo l'apparato filologico di Mommsen, aggiunta alla legge 3 (CTh. 13.3.1) *Imperator Constantinus A. ad populum. Medicos et maxime archiatros vel ex archiatris, grammaticos et professores alios litterarum una cum uxoribus et filiis nec non etiam rebus, quas in civitatibus suis possident, ab omni functione et ab omnibus muneribus civilibus vel publicis immunes esse praecipimus neque in provinciis hospites recipere nec ullo fungi munere nec ad iudicium deduci vel exhiberi vel iniuriam pati, ut, si quis eos vexaverit, poena arbitrario iudicis plectetur. 1. Mercedes etiam eorum et salaria reddi iubemus, quo facilius liberalibus studiis et memoratis artibus multos instituant. PP. V K. Oct. Constantinopoli Dalmatio et Zenophilo conss.* (a. 333). P. Krueger, *Codex Iustinianus*, Berolini MCMVI, ci informa che C. 10.53. 6 deriva da CTh. 13.3.1, 2 e 3.

munera per medici, grammatici e retori, in considerazione delle funzioni da essi assolte[26].

La seconda, CTh. 14.15.4[27], della fine del IV secolo ed attribuita ad Onorio[28], si riferisce a petizioni con cui, in modo non onesto, alcuni erano soliti richiedere gli affitti dei mulini ad acqua attivi a Roma. Tali richieste sono punite con una multa di cinque libbre di oro, multa che viene inflitta non solo ai privati ma anche a quegli uffici che avessero accettato tali petizioni, come il capo della prefettura annonaria e gli *apparitores*.

Le altre otto costituzioni in cui compare il termine *aqua* sono leggi collocate sotto la rubrica *De aquaeductu* che, per il momento, escludo da questa ricerca se non per alcuni cenni attinenti al nostro problema. Nella prima[29], di Costantino, si stabilisce che i proprietari di terreni attraversati da un acquedotto, essendo già tenuti alla pulizia e alla estirpazione delle piante della zona attigua all'acquedotto, non debbano essere onerati da ulteriori tasse. Come evidenziato recentemente, la legge si occupa di due situazioni differenti: degli acquedotti situati sui confini dei fondi e di quelli che si trovano invece all'interno degli stessi. Per la prima, le esenzioni hanno lo scopo di favorire la manutenzione degli acquedotti da parte dei proprietari dei fondi; per la seconda, si stabilisce che vengano lasciate libere due porzioni di terreno ai lati dell'acquedotto affinché, su controllo del *consularis aquarum*, si provveda

---

[26] D. V. Piacente, *Aspetti della politica culturale di Costantino*, in *Studia Antiqua et archeologica* XIX, 2013, pp. 5-14, 9 e nt. 14.

[27] CTh. 14.15.4 (398 Apr. 12) *Idem AA. Theodoro praefecto praetorio. pr. Improborum petitiones, qui impudentius ausi sunt postulare pensiones aquae molarum, quae urbi venerabili annonas abundantius praestitissent, quinque librarum auri multa infligat, nisi ab hac petendi importunitate discedant. Illos etiam, qui potestati praefecturae annonariae praesunt, et apparitores, qui isdem ministeriis obsecundant, par multa retineat, si cuiusquam improbissimi hominis consenserint vel paruerint voluntati. 1. Simili autem poena teneantur, qui aliquid ex his horreis cellulisve, quae intra urbem* Romam *adque in portu constitutae pistorio iure retinentur, sibimet tamquam possessione privata ausi fuerint vindicare. Dat. prid. id. April. Mediolano Honorio a. IIII et Eutychiano conss.*, legge non ripresa da Giustiniano.

[28] O. Seeck, *Regesten der Kaiser und Päpste für diie Jahre 311 bis 476 N. Chr. Vorarbeit zu einer Prosopographie der christlichen Kaiserzeit*, Unveränderten Nachdruck der Ausgabe Stuttgart 1919, Frankfurt/Main 1984, 294.

[29] CTh. 15.2.1 (330 Mai. 18) *Imp. Constantinus A. ad Maximilianum consularem aquarum. Possessores, per quorum fines formarum meatus transeunt, ab extraordinariis oneribus volumus esse inmunes, ut eorum opera aquarum ductus sordibus obpleti mundentur, nec ad aliud superindictae rei onus isdem possessoribus adtinendis, ne circa res alias occupati repurgium formarum facere non occurrant. Quod si neglexerint, amissione possessionum multabuntur: nam fiscus eius praedium obtinebit, cuius neglegentia perniciem formae congesserit. Praeterea scire eos oportet, per quorum praedia ductus commeat, ut dextra laevaque de ipsis formis quindecim pedibus intermissis arbores habeant; observante tuo officio, ut, si quo tempore pullulaverint, excidantur, ne earum radices fabricam formae conrumpant. Dat. XV kal. iun. Gallicano et Symmacho conss.* Legge ripresa senza variazioni in C. 11.43.1 e posta sotto identica rubrica, su cui P. Biavaschi, *Da Procopio di Gaza al* silentiarius *Enea: note minime sulla* constitutio incerti imperatoris de aquaeductu, in *Glossae. European Journal of Legal History*, 14, 2017, 174-197 (consultabile all'URL http://www.glossae.eu, visitato il 12-1-2018), 178 ss.

all'estirpazione delle piante, pericolose per la stabilità delle strutture murarie degli acquedotti[30].

Infine le costituzioni CTh. 15.2.2, 3 e 4: la prima, di Valente e del 369 (costituzione non ripresa dai giustinianei), riferisce di un abuso parziale da parte dei privati nello sfruttamento delle acque pubbliche attraverso l'utilizzo di tubature di grandezza superiore a quelle previste nelle norme[31]; la seconda, CTh. 15.2.3, (la data, 382, è dubbia e la legge è tràdita solo dal Codice Teodosiano), stabilisce le dimensioni delle tubature per le abitazioni nella città di Costantinopoli, rapportate all'ampiezza e alla tipologia degli immobili[32]; la terza, CTh. 15.2.4 (= C. 11.43.2), di età teodosiana, si preoccupa dello stesso problema, probabilmente esacerbato[33].

CTh.15.2.5 e 6[34] si occupano di chi sia titolare di forniture di acqua: costui non deve disturbare il corso o l'uso delle tubature pubbliche (*matrici*). Queste

---

[30] M. Fiorentini, *La gestione degli acquedotti nel mondo romano fra attività amministrative e prassi private*, 13 ss., in Cura aquarum. *Adduzione e distribuzione dell'acqua nell'antichità*. 47° Sett. Di Studi Aquileiesi – Aquileia, 10-12 maggio, 2017, Trieste 2018 (testo letto prima della pubblicazione per cortesia dell'Autore), 13 ss., in corso di stampa.

[31] Così P. Biavaschi, *Dalla scrittura su* tabulae *alla scrittura sulla pelle: il valore del documento scritto nelle costituzioni del titolo* De aquaeductu *del Codice Teodosiano*, in G. Bassanelli Sommariva, S. Tarozzi, P. Biavaschi (a cura di), *Ravenna Capitale. Permanenze del mondo giuridico romano in Occidente nei secoli V-VIII instrumenta, civitates, collegia, studium iuris*, Santarcangelo di Romagna 2014, 95-118, pp. 100 ss.; cfr. anche Ead., *Repressione degli abusi e lotta al degrado nella legislazione tardoantica sugli acquedotti pubblici*, Relazione tenuta al Convegno di Ravenna Capitale, *Il diritto delle acque nell'Occidente tardoantico: utilità comune e interessi privati*, Milano, 15- 16 dicembre 2017, in corso di pubblicazione; cfr. anche Ead., Avida cupiditas. *Profili giuridici degli acquedotti romani pubblici nel Tardo Antico*, Jouvence, Monografie di Ravenna Capitale, Milano 2018, in corso di pubblicazione, di cui non ho avuto modo di leggere le bozze.

[32] CTh. 5.2.3 (382 [?] Iun. 22). *Imppp. Gratianus, Valentinianus et Theodosius AAA.. Clearcho praefecto Urbi. Summas quidem domus, si lavacris lautioribus praesententur, binas non amplius aquae uncias aut, si hoc amplius exegerit ratio dignitatis, supra ternas neutiquam possidere, mediocres vero et inferioris meriti domus singulis et semis contentas esse decernimus, si tamen huiuscemodi balneas easdem habere claruerit. Ceteros vero, qui mansionem spatio angustiore sustentant, ad mediae unciae usum tantum gaudere praecipimus neque obreptionem cuiquam patere, ita ut quod tibi paret officium sex librarum auri multa feriatur, nisi prodiderit usurpantes et is qui fefellit careat impetrato. Dat. X kal. Iul. Constantinopoli Antonio et Syagrio conss.*

[33] CTh. 15.2.4 (389 [?] ...) *Imppp. Valentinianus, Theodosius et Arcadius AAA. Pancratio praefecto Urbi. Si quis de cetero vetiti furoris audacia florentissimae urbis commoda voluerit mutilare aquam ad suum fundum ex aquaeductu publico derivando, sciat eundem fundum fiscalis tituli proscriptione signatum privatis rebus nostris adgregandum. Dat. VIII ... Constantinopoli Timasio et Promoto conss.*

Su cui P. Biavaschi, *Dalla scrittura su* tabulae *alla scrittura sulla pelle*, cit., 103 ss.; M. Fiorentini, *La gestione degli acquedotti nel mondo romano*, cit., 15 della bozza di stampa.

[34] CTh. 15.2.5 (395 Mai. 29) *Idem AAA. Albino praefecto urbis Romae. Eos, qui aquae copiam vel olim vel nunc per nostra indulta meruerunt, eius usum aut ex castellis aut ex ipsis formis iubemus elicere neque earum fistularum quas matrices vocant cursum ac soliditatem adtemptare. Dat. V kal. septemb. Romae Timasio et Promoto conss.*; CTh. 15.2.6 *Impp. Arcadius et Honorius aa. ad Africanum praefectum Urbi. Quicumque ex aquaeductu magis quam ex castellis aquae usum putaverit derivandum, etiam id quod prius iure beneficii fuerat consecutus amittat. In eum vero pro condicione personae conveniet severissimo supplicio vindicari, qui adversus statuta huius oraculi avidae cupiditatis noluerit frena cohibere, ut privatis indulti meatus mensura famuletur. Proposita IIII kal. Iun. Constantinopoli Olybrio et Probino conss.* Questa legge è tràdita anche da Giustiniano in C. 11.43.3 in cui i compilatori includono, con alcune varianti, anche parte del contenuto di CTh. 15.2.6. Cfr. A. Palma, *La derivazione delle acque ex castello*, in *Index*, 15 1987, 439-457; P.

costituzioni sono poi riprese dai giustinianei in C.11.43.3, in cui i due testi sono fusi mantenendo *inscriptio* e *subscriptio* della prima legge.

Infine abbiamo CTh. 15.2.7 e 15.2.8, in tema di derivazioni idriche illecite da parte dei privati[35].

Nessuna legge, dunque, che si occupi di un *collegium aquae*.

Il termine *collegium* nel Codice Teodosiano compare per un totale di 24 costituzioni, di cui anche una Sirmondiana, senza mai fare alcun riferimento alle acque.

Nessuna traccia dell'espressione *aqua* è stata rinvenuta nell'*Edictum Theodorici*. Una ricerca dello stesso termine nei *Digesta* giustinianei porta invece a risultati molto ampi ma su temi diversi come quello dei fenomeni di *occupatio*. La ricerca dei lemmi in queste fonti si basa sulla considerazione dell'importanza e della rilevanza delle stesse nel periodo storico preso in esame in questa prima fase dell'indagine che dovrà essere ulteriormente ampliata.

3. Prime osservazioni.

Dallo spoglio effettuato su fonti epigrafiche e giuridiche, qui sopra elencate, risulta evidente l'assoluta rarità dell'espressione collegium *aquae*: essa compare solo in *CIL* VI.2.10298.

Sulla prima domanda posta e cioè sull'esistenza di un *collegium* o *corpus aquae* inteso come associazione lavorativa professionale nell'età tardo antica, stante la singolarità dell'espressione *collegium aquae* per l'età compresa tra la fine delle Repubblica e il Principato, e data l'assenza di altri riferimenti ad un *collegium* o *corpus*

Biavaschi, *Dalla scrittura su* tabulae *alla scrittura sulla pelle*, *ivi*, 101 e nt. 10

[35] CTh. 15.2.7 [=Brev.15.2.1] (397 Nov. 1) *Idem AA. Asterio comiti Orientis. Post alia: usum aquae veterem longoque dominio constitutum singulis civibus manere censemus nec ulla novatione turbari, ita tamen, ut quantitatem singuli, quam vetere licentia percipiunt, more usque in praesentem diem perdurante percipiant: mansura poena in eos, qui ad inrigationes agrorum vel hortorum delicias furtivis aquarum meatibus abutuntur. Dat. kal. Nov. Caesario et Attico conss. Interpretatio. Haec lex interpretatione non indiget.*; CTh. 15.2.8 (399 Dec. 28). *Idem AA. Messalae praefecto praetorio. Ex forma, cui nomen augusta est, quae in campania sumptu publico reparata est, nihil privatim singulorum usurpatio praesumat neque cuiquam posthac derivandae aquae copia tribuatur. Si quis autem meatum aquae ausus fuerit avertere, quinque libras auri aerario nostro inferre cogatur. Quidquid etiam ob eam fraudem ex rescripto fuerit elicitum vel qualibet arte temptatum, irritum habeatur. Dat. V kal. Ian. Mediolano Theodoro v. c. cons.* Su CTh. 15.2.7 (=C.11.43.4) P. Biavaschi, *Dalla scrittura su* tabulae *alla scrittura sulla pelle*, *ivi*, p. 115 s. Su CTh. 15.2.8 P. Biavaschi, *Acquedotti romani e specificità territoriali nel Tardo Antico: due esempi di costituzioni imperiali* (CT. 15.2.8 e C.11.43.6), in *Jus*, 61-2, Milano, Vita e Pensiero 2014, pp. 333 ss.

aquae nell'esperienza giuridica romana e tardo antica (almeno sulla base dello spoglio fino ad ora effettuato), dovremmo dare una prima risposta molto dubitativa.

4. Prime riflessioni su CIL VI.2.10298.

A questo punto occorre chiedersi se l'unica testimonianza che possediamo, l'epigrafe pubblicata in CIL, VI.2.1029836, ci fornisca un documento da cui si possa desumere l'esistenza di un *collegium aquae*.

La suddetta epigrafe si riferisce espressamente, alla linea 3, ad un *conlegium aquae*, e nella linea 4 riporta *hoiusce conlegi*, espressioni che fanno presumere che il testo si occupasse di tale *collegium*. In tale senso la fonte è stata interpretata e ricostruita, e di essa la dottrina scrive come del testo della *Lex collegii aquae* (nell'epigrafe troviamo *h. l.= hac lege*; alla linea 12 si trova anche *lege* appena prima del termine *actio*, che merita riflessioni approfondite, quanto al suo significato o eventuale nesso con *actio*). Essa risale al I sec. d. C. (o comunque ad una età compresa fra la fine della Repubblica e l'inizio del Principato); resta ignoto il luogo in cui era collocata perché è stata resa nota grazie al ritrovamento nel secolo XVII, nella collezione Barberini, di un frammento mutilo bronzeo (materiale consueto per l'esposizione di *leges*, sia pubbliche sia di collegi). Fu trascritta in un codice manoscritto (*Cod. Barb.* 30, 92, f 1) e copiata da Luigi Gaetano Marini nel 1795[37]; successivamente è andata perduta. È oggetto di ampie disamine, anche molto recenti[38]. Pur riguardando un periodo storico distante dall'età tardo antica, tuttavia essa non può non essere presa in considerazione costituendo, come più volte accennato, l'unica fonte, allo stato della mia ricerca, che riferisce di un *conlegium aquae*. Dunque essa rappresenta un punto di partenza: le brevi osservazioni qui poste non intendono, ad ogni modo, rappresentare uno studio analitico della fonte, che dovrà essere criticamente affrontato, in un secondo stadio della ricerca, specie in rapporto ad eventuali risultanze offerte da altri testi epigrafici.

---

[36] Su questa fonte epigrafica, nella vasta letteratura, ricordo i fondamentali studi di A. F. Rudorff, *Die sogennante lex de magistris aquarum, eine altrömische Brunnenordnung*, in ZGR 15, 1850, 203 ss. e Th. Mommsen, *Die* lex *des* collegium aqua*e*, in ZGR 15, 1850, 345 ss., e in Id., *Gesammelte Schriften, Juristiche Schriften*, III, Berlin 1907, 108 ss.

[37] L. G. Marini, *Gli atti e monvmenti de' fratelli Arvali*, Roma, Antonio Fulgoni, 1795, 70.

[38] Cfr. G. Moschetta, "Collegium aquae". *Un collegio tra pubblico e privato*, cit., 1 ss.

In passato questo documento è stato vagliato attentamente dalla dottrina con speciale riferimento alla *lex* in esso contenuta, e al significato da attribuire a tale termine. Sul punto la dottrina si è divisa fondamentalmente su due fronti: *lex* come statuto del collegio e *lex* come legge pubblica. A confronto con la *Lex rivi Hiberiensis*, a cui accennerò più avanti, che mostra un regolamento autonomamente elaborato dalla comunità irrigatoria, approvata dal governatore provinciale, sembra ipotizzabile che anche la *lex collegii* di *CIL* VI. 2.10298 fosse un regolamento. Ovviamente per ora non escludo alcuna possibilità dovendo approfondire lo studio del documento.

Al di là di questa discussione, interessante su altri piani, il problema fondamentale che questa fonte ci pone è quello della identificazione del collegio a cui essa si riferisce[39]. Anche su questo argomento la dottrina si è differentemente espressa. Una delle ipotesi avanzate è quella che si tratti di un collegio di fulloni[40]. Tuttavia, a ben vedere, e come ho già accennato in precedenza, il riferimento ai *fullones* è rintracciabile solo nelle parti ricostruite del documento, dunque la loro presenza non può essere data con certezza assoluta. La teoria più fondata sembra essere però quella risalente ad Adolf Berger, secondo il quale l'epigrafe non mostrerebbe una *lex* di uno specifico collegio, bensì un generale "statute" riguardante collegi connessi con l'attività di amministrazione dell'acqua: "a *lex de collegiis aquae* (*aquarum*), not a *lex collegii aquae*"[41]. L'ipotesi di Berger appare, allo stato, la più fondata perché questa epigrafe sulla *Lex collegii aquae* è una fonte isolata e non sembra, nel suo contenuto, riferirsi ad uno specifico collegio "dell'acqua". Essa appare come una fonte riguardante funzioni giurisdizionali di controllo concernenti o connesse con l'acqua e il suo uso. La *lex* potrebbe indicare anche principi riguardanti il funzionamento dei *collegia* ripresi da norme generali. A questo proposito ricordo come Vincenzo Arangio-Ruiz avesse precisato, nell'apparato

[39] Sembra considerare un presupposto l'identificazione del collegio dell'epigrafe con un *collegium aquae* appartenente ad una tipologia certa di *collegia* G. Moschetta, "Collegium aquae*". Un collegio tra pubblico e privato,* cit., 4. La parte dell'epigrafe che ci è pervenuta indica effettivamente un *collegium aquae*: tuttavia il dubbio che sembra tutt'oggi permanere riguarda proprio la tipologia di questo collegio.

[40] A. D. Bianco, Aqua ducta, aqua distributa. *La gestione delle risorse idriche in età romana*, Torino 2007, 185 ss.; ricordo come Rudorff e Mommsen avessero riconosciuto nell'epigrafe della *Lex collegii aquae* un *collegium* di *fontani*, A.F. Rudorff, *Die sogennante lex de magistris aquarum, eine altrömische Brunnenordnung*, cit., 223, Th. Mommsen, *Die* lex *des* collegium aquae, cit., 109; cfr. *supra* anche nt. 21.

[41] A. Berger, *Some Remarks on D.1.2.1 and CIL 6. 10298*, in Iura 2, 1951, 102 ss.; cfr. anche A. D. Bianco, Aqua ducta, aqua distributa, cit., 187.

introduttivo della fonte epigrafica, che il collegio in essa indicato non potesse avere natura strettamente privata e che, anzi, esso sembrasse perseguire interessi della *respublica* romana[42].

Per poter addurre argomentazioni a sostegno di questa ipotesi, che mi pare, allo stato, condivisibile, intendo proporre, in questa prima fase del lavoro, una traduzione del testo epigrafico; si tratta di una traduzione del tutto iniziale, da ripensare criticamente nel seguito della ricerca, non letterale, solo funzionale alla lettura dell'epigrafe, e che non tiene conto, per ora, di tutti i problemi linguistici e filologici del testo, basandosi unicamente sul senso complessivo del suo contenuto: dunque costretta ad accettare una ricostruzione che è per il momento predeterminata.

In questa proposta di traduzione seguo le integrazioni della fonte edita (poste tra parentesi, funzionali alla lettura del testo).

Riporto il testo dell'apografo[43] (Fig. 1) e il testo dell'epigrafe, pubblicata in *CIL* VI.2.10298, nell'edizione di Arangio-Ruiz, di comune impiego[44]:

[42] V. Arangio-Ruiz, *Fira*, III, Firenze 1943, 91-94, n. 32, 91.
[43] L. G. Marini, *Gli atti e monumenti de' fratelli Arvali*, cit., 70.
[44] V. Arangio-Ruiz, *Fira*, III, Firenze 1943, 91-94, n. 32.

A • ESTO • A • D
M • EX • H • L • CAPERE • GERERE • LICEBIT • S
AM • INCONLEGIO • AQVAE • INTRA • PATICABVLVM • QVO • DIE • MAG
M • QVI • HOIVSCE • CONLEGI • QVOD • QVIDQVID • PENVS • SESE • VENIT
L • FECISSE • SCIENTEM • D • M • IN • SVO • MAGISTERIO • SVOSQVE • PROHIBVISSE
IS • SIT • A • DMVLTA • ESTO
G • NI • ESTO • NIVE • SVFFRAGIVM • INITO • SI • QVIS ADVERSVS EAFAXIT MVLTA
RE • PEREGRE • LONGIVS • P • C • XX • REI • PERIT • IS • CAVSA • MAGISTRORVM
ESTO • A • L • IDCIRCO • NIHILOMINVS • DEIERATIO • ESTO • APVD MAGISTROS •
VTI • S • S • E • A • C • MVLTA ESTO
TO • SI NON • DENVNTIARIT • IPSIVS MVLTAM • SVFFERTO
LEGE ACTIO ESTO
LICETO SI SEMEL SI SÆPIVS VOLET • DICTIO ESTO • A • I
NIVE CRETVLENTVM EXEGISSE VELIT NISI • IN • DVABVS • LACVNIS PRIVSEMET
GERERE • LICETO MAGISTRISVE DENVNTIAMINO IN BIDVO • CONTINVO NINVNTIAB
M • VENERIT • MVLTA • A • V • ESTO
ERIT • EX • H • L • MAGISTER MAGISTRIVE • IVDICIVM • DANTO • QVI INIVRAVERIT
RIS • RECVPERATOREM VNVM COMMVNEM • ADEVNTO SIMVLQVE IVRANTO
NI • ITA • IVRASSIT • MVLTA • ESTO • A • D •
IVDICASSIT ITAVTI • S • S • E • MVLTA • ESTO • RECVPERATORE • VNOQVOTQVE
ITO • VTI • IVRET • ISQVE • SIBI • TESTIVM • CAVSA • ESSE • DICET • MAGISQVAM
TVIS • REM IVDICANTO • NI • ITA • IVDICARINT • ITA MVLTA ESTO RECVPER
TO • ESSE ITA • GNATVM ESSE • NI • IVDICASSIT • A • V • MVLTA • ESTO • I • D
ESTO • A • V

Figura 1. L. G. Marini, *Gli atti e monumenti de' fratelli Arvali*, Roma, Antonio Fulgoni, 1795, p. 70.

LEX COLLEGII AQUAE of the conlegium aquae (1st century BC - AD 14) = Crawford, *Roman Statutes*, London, 1996, I, p. 208[45].

— — — — — — — — — — — — — — | — — *mult]a esto a(ssium) D.* |

[Cui magisteriu]m ex h(ac) l(ege) capere gerere licebit, s[i is magister | factus erit, ei, nisi luci pal]am in conlegio aquae intra paticabulum, quo die mag(isterio) | [abibit, iuraverit se hoc conlegium re]mque hoiusce conlegi, quod quidquid penus sese venit, | [recte administravisse, neque se adversus h(anc)] l(egem) fecisse scientem d(olo) m(alo) in suo magisterio, suosque prohibuisse || [quominus adversus h(anc)l(egem) facerent, quod eius sat]is sit, a(ssium) D multa esto. |

[Qui magister ita non iuraverit, is deinde ma]g(ister) ni esto nive suffragium inito : si quis adversus ea faxit, multa | [esto a(ssium) C. Ei, qui excusabitur necesse sibi esse i]re peregre longius p(assuum) CXX (milibus) reip(ublicae) et litis causa, magistrorum | [de ea re iudicium esto. Qui ita post tempus excusabitur, ei multa] esto a(ssium) L. Idcirco nihilominus deieratio esto apud magistros | [ita uti s(upra)s(criptum) e(st) : si non deieraverit ita], uti s(upra) s(criptum) e(st), a(ssium) C multa esto. |

[45] Y. Lassard, *The Roman Law Library*, 2013.

[Nuntius, per quem quis ita se excusavit, tempore ius]to si non denuntiarit, ipsius multam sufferto, | [aut cum eo tantae pecuniae, quantae quis ita multatus erit, ex hac] lege actio esto. |
[Magister si cui fulloni ex h(ac) l(ege) multam dicere volet,] liceto, si semel si saepius volet : dictio esto a(ssis) I. |
[Pro conlegio ni quis fulloniam fecisse] nive cretulentum exegisse velit, nisi in duabus lacunis p(opuli) R(omani) ius emet : | [qui contra fecerit, adversus eum qui volet rem conlegii] gerere liceto, magistrisve denuntiamino in biduo continuo : ni nuntiar(it) || [ei, qui quem impedierit qui ad fonte]m venerit, multa a(ssium) V esto. |
[In eum, qui contra h(anc) l(egem) fulloniam fecerit cretulentumque exeg]erit, ex h(ac) l(ege) magister magistrive iudicium danto. Qui ni iuraverit | [paratum se esse excipere iudicium praeto]ris, recuperatorem unum communem adeunto simulque iuranto | [se non calumniae causa fecisse facturumve esse :] ni ita iurassit, multa esto a(ssium) D. |
[Quem magister ex h(ac) l(ege) iudicare iusserit, is ni] iudicassit ita uti s(upra) s(criptum) e(st), multa esto recuperatore uno quotque || [ei i(n) c(onsilio) e(runt) in singulos a(ssium) V, praeterquam si cui nonliquebit ; qua de re mag(ister) fac]ito uti iuret, isque sibi testium causa esse dicet magis quam | [iuris rem dubiam. Qui s(upra) s(cripti) s(unt) ex magistrorum edictis perpe]tuis rem iudicanto : ni ita iudicarint, ita multa esto recuper(atore) | [uno quotque ei in consilio erunt, uti s(upra) s(criptum) e(st).
Praeterquam si qui iuraverit corporis vitium sibi impedimen]to esse, ita gnatum esse, ni iudicassit, a(ssium) V (milium) multa esto. Id | [vitium si simulatum erit, multa] esto a(ssium) V (milium).

Traduzione:

[sia condannato ad una multa di] 500 assi.

[Se colui per il quale il *magisterium* (carica di *magister*)], in base a questa legge, è possibile iniziare a gestire, se [sia stato eletto *magister*, pubblicamente] di fronte al collegio dell'acqua nello spazio aperto, nel giorno in cui uscirà dalla sua carica, non giurerà che il collegio e tutto il patrimonio [ha amministrato correttamente senza che qualche parte del patrimonio sia pervenuta a lui, e di non aver contravvenuto alle prescrizioni della legge] e di non aver commesso dolo nel suo *magisterio*, e (non giurerà) di aver proibito [che i suoi contravvenissero a questa legge per quanto gli sia stato] possibile, sia condannato ad una multa di 500 assi.

[Il *magister* che così non avrà giurato] non potrà più essere *magister* e non sia nemmeno ammesso a votare e se poi qualcuno (si deve intendere "qualche *magister*") agirà in violazione di questa norma sia condannato ad una multa di 100 assi.

[Se qualcuno annunzierà di aver avuto necessità di] allontanarsi più lontano di centoventi miglia a causa della *respublica* o di una lite, dei *magistri* sia data una formula su questo affare. [Se dopo il tempo prescritto qualcuno abbia annunziato queste necessità, ad esso sia inflitta una multa di cinquanta assi.] Per questa ragione tuttavia sia prestato giuramento presso i magistrati nel primo giorno in cui potrà; se non abbia promesso così come sopra è stato scritto sia condannato ad una multa di cento assi.

[Il nunzio, mediante il quale quello si scusò], se non denunzierà/non avrà presentato la *excusatio* nel tempo giusto, subirà la stessa pena di quello, o contro di lui, ad una pena pecuniaria equivalente a quella a cui lui sarà stato multato, sulla base di questa] legge sia esperita un'azione.

[Il *magister* se vorrà imporre una multa ad un lavandaio sulla base di questa legge], gli sia lecito, sia che lo voglia fare una volta sia più volte: la condanna sia di assi I.

[nessuno a favore del collegio eserciti una lavanderia] nè pretenda di svuotare l'impasto di acqua e argilla[46] a meno che abbia la disponibilità delle vasche/a meno che non acquisti il diritto su due vasche (o laghi) del popolo romano[47] [contro chi contravverrà, a chiunque vorrà sia lecito] curare l'affare del collegio, e lo denunci ai *magistri* entro i due giorni successivi: se non lo avrà denunciato, [contro colui che avrà gli impedito di] venire alla fontana sia disposta una multa di 5 assi.

[Il *magister* se vorrà imporre una multa ad un lavandaio sulla base di questa legge], gli sia lecito, sia che lo voglia fare una volta sia più volte: la condanna sia di assi I.

Colui che non giurerà di essere pronto ad esporre le sue eccezioni contro il *iudicium* del pretore, deve presentarsi davanti ad un recuperatore unico aggiunto eletto di comune volontà per giurare che non ha agito e non agirà calunniosamente: e se così non giurò sia condannato alla multa di 50 assi.

[Colui al quale il *magister* abbia ordinato in base a questa legge di giudicare,] se non abbia giudicato come sopra è stato scritto sia condannato ad una multa da un recuperatore unico e quanti [stavano nel consiglio siano condannati ciascuno ad una multa di 5 assi.

Eccetto colui che si era astenuto, il *magister* faccia in modo che si giuri sull'affare, ed affermi che più a causa dei testimoni [che per il diritto l'affare è dubbio. Coloro che sono stati scritti sopra sulla base degli editti perpetui dei magistrati] giudichino la causa: se non giudicheranno così, siano condannati ad una multa da un

[46] Su *cretulentum* cfr. M. Moschetta, *Collegium Aquae*, cit., 8 e nt. 25 con rinvio a De Ruggiero.

[47] *Populus romanus* in realtà è estrapolato da *prius*: Th. Mommsen, in *Fontes iuris romani*[4] di Bruns, e nel *CIL*; espresse perplessità su tale congettura A. Berger, *Some Remarks on D.1.2.1 and CIL 6. 10298*, cit., 112 s.; cfr. anche M. Moschetta, *Collegium Aquae*, cit., 3, 8 e nt. 28.

recuperatore [unico e allo stesso modo coloro che saranno nel consiglio, come è stato scritto sopra].

[Salvo che un soggetto non abbia giurato che un difetto corporale gli sia di impedimen]to, di essere nato così, se non avesse giudicato, sia condannato ad una multa di 5 assi. Se [il vizio sarà simulato, sia condannato ad una multa] di 5 assi.

Premesse le considerazioni prima esposte, il contenuto dell'epigrafe, così come ricostruita mediante le numerose ed ampie integrazioni, apparirebbe il seguente: si tratterebbe della disciplina di un processo per multa di tipo formulare in cui vengono elencati i casi per i quali il *magister* del *collegium* può essere sanzionato da una multa (di valore abbastanza irrisorio). Viene preso in considerazione e indicato anche il potere di comminare una multa da parte dello stesso *magister* nei confronti dei membri del collegio. Quindi indicherebbe in sostanza di un elenco dei doveri e dei poteri di un amministratore di un collegio. Tale amministratore deve agire senza dolo e in ottemperanza alle prescrizioni della *lex* (lemma, come abbiamo accennato, variamente interpretato dalla dottrina: statuto del *collegium* o legge pubblica); in relazione ai suoi doveri deve prestare giuramento. Possiede anche poteri giurisdizionali per i quali sono altresì menzionati i casi in cui si è nella impossibilità di giudicare. Su questo dato è interessante notare – almeno ad una prima lettura del testo – una commistione tra *iurisdictio* e *iudicatio* nelle funzioni del *magister* (altro dato importante da analizzare insieme alle caratteristiche di questa carica eponima – quinquennale o perpetua- e dei subalterni). Gli interessi del *collegium* di cui si tratta sembrano oscillare tra interessi privati e interessi pubblici.

Va notato anche l'impiego di termini rari, se non unici, come *paticabulum* e *cretulentum* presenti nell'apografo, su cui le voci nel *ThLL* creano al momento ulteriori problemi ma certamente anche spunti di riflessione[48]: in particolare la locuzione *cretulentum exigere*, che già creava problemi a Rudorff[49], potrebbe orientare verso l'attività non di *fullones* ma di *figuli*, ossia di vasai: le *lacunae* a cui fa riferimento

[48] *ThLL*, *v. cretulentum*, IV, p. 1188, lin. 69 - p. 1188, lin. 71, (Lambertz). *crētulentum*, *-ī* n. [a creta. Th.]. *i. q. ius vestimenta creta purgandi: lex colleg. aq.* (Corp. VI 10298) 14 *nive -um exegisse velit, nisi duabus lacunis p. R. ius emet*. Questa definizione, che contiene il riferimento ai *vestimenta*, e quindi alle *fullonicae*, soffre di un ragionamento circolare: l'identificazione poggia sulla ricostruzione del testo (*CIL* VI.2 10298) come statuto di *fullones*. Ma questi sono a loro volta il frutto di un pregiudizio degli editori dell'iscrizione, che si erano convinti che si trattasse di *fullones* (Mommsen, in alternativa, proponeva un *collegium* di *fontani*).

[49] Cfr. A. F. Rudorff, *Die sogennante lex de magistris aquarum* cit., 252.

il testo non necessariamente sono vasche di *fullones*. Anche questo è un punto meritevole di più attenta considerazione, poiché potrebbe essere un indizio importante per portarci ad una possibile soluzione del problema di identificazione dei destinatari di questa *lex*.

In relazione a questa epigrafe si può per ora notare quanto segue: in essa si riferirebbe di un processo per multa a carico di chi si rifiuti di assolvere alla funzione di giudice impostagli dal *magister*: *Quem magister ex h*(*ac*) *l*(*ege*) *iudicare iusserit, is ni*] *iudicassit ita uti s*(*upra*) *s*(*criptum*) *e*(*st*), *multa esto recuperatore uno*. Come si vede, vi compare un *recuperator* unico, scelto dalle parti: vari settori della dottrina hanno considerato questa composizione dell'organo giudicante un'anomalia[50]. Un'impressione di somiglianza (anche questa da verificare e approfondire) con questo processo mi sembra possa essere ravvisata nella *Lex Rivi Hiberiensis*[51], come già notato[52]. Questo documento epigrafico, di età adrianea, relativa ad una colonia augustea della *Hispania Citerior*, contempla lavori di pulitura e manutenzione periodici del *rivus* in rapporto ai diritti dei pagani sul *rivus* stesso; i *magistri pagi* sono responsabili dell'amministrazione del *rivus*. L'epigrafe, come è noto, riporta il testo di una formula processuale che dimostrerebbe la vigenza del processo formulare in provincia durante il Principato[53]. In tale formula possiamo leggere, alla linea 39, la *iudicis nominatio* e l'*intentio*; alla linea 43 c'è invece la *condemnatio*. Nella *iudicis nominatio* si può leggere *iudex esto*, espressione che chiaramente indica un giudice unico. Il

---

[50] Cfr., ad es., F. Vallocchia, *Studi sugli acquedotti pubblici romani*, II, *L'organizzazione giuridica*, Napoli 2012, 110 ss.

[51] Su questa epigrafe cfr. F. Beltràn Lloris, *An irrigation Decree from Roman Spain: the Lex Rivi Hiberiensis*, in JRS, 96, 2006, 147-149; D. Nörr, *Prozessuales (und mehr) in der lex rivi Hiberiensis, in ZSS* 125, 2008, 108 ss.; R. Mentxaka, *Lex rivi Hiberiensis, derecho de asociación y gobernador provincial*, in *RIDROM* (2009), 1 ss.; C. Buzzacchi, *"Lex Rivi Hiberiensis". Per un'indagine sul processo civile nelle province*, Roma 2013; F. Beltràn Lloris, *La lex rivi Hiberiensis nel suo contesto: i pagi e l'organizzazione dell'irrigazione in Caesar Augusta*, in L. Maganzani, C. Buzzacchi (curr.), Lex rivi Hiberiensis. *Diritto e tecnica in una comunità di irrigazione della spagna romana,* Giornate di studio in ricordo di Giorgio Luraschi Milano 2-3 luglio 2012, Napoli 2014, 55 ss.; L. Maganzani, *Lex rivi Hiberiensis*, in G. Purpura (a cura di), *Revisione ed integrazione dei Fontes Iuris Romani Antejustiniani* (FIRA) cit., 171 ss.

[52] C. Buzzacchi, *"Lex Rivi Hiberiensis". Per un'indagine sul processo civile nelle province*, cit., 63 s.

[53] Cfr. C. Buzzacchi, "*Lex Rivi Hiberiensis*", cit., 62; già J. Partsch, *Die Schriftformel im römischen Provinzialprozesse*, Breslau 1905, 61; contrario all'ipotesi della Buzzacchi A. Torrent, *Las acciones populares en la lex rivi Hiberiensis*, in RIDROM IX (2012), 104 ss., 118; L. Maganzani, *La formula con* intentio incerta *della* lex rivi Hiberiensis (§ 15 III.39-43), in *Lex Rivi Hiberiensis. Diritto e tecnica in una comunità di irrigazione della spagna romana,* cit., 181 ss., confuta invece la critica di Torrent imputando all'A. una "categorizzazione troppo rigida della distinzione fra le due forme processuali", che non può tener conto di un "lento processo di assimilazione fra le pratiche procedurali dell'urbe e le esigenze della realtà provinciale e locale", *ivi* 192.

processo di questa epigrafe possiede le qualità di un processo per multa, affidato nella norma ad un collegio di *recuperatores*, processo che abbiamo visto nella *Lex collegii aquae*.

Riporto la parte del testo epigrafico della *Lex Rivi Hiberiensis* preso in esame.

§ 15 III.38 [Is (?) qui (?) cum (?) ali]quo hac lege· aget·petetve hanc·for-
III.39 [mulam accipi]to (*vacat*) Iudex esto. Quitquit parret·e·lege
III.40 [rivi (?) Hiberiensis (?)] quae lexs·est·ex conventione paga-
III.41 [nica (?) omnium (?) C]aesaraugustanorum·Gallorum Cas-
III.42 [cantensium* Bels]inonensium·paganorum·illum
III.43 [(illi) dare oportere], ++*us iudex· illum· illi· c(ondemnato),
·s(i) ·n(on) ·p(arret) ·a(bsolvito)[54].

Questa parte della fonte epigrafica può essere confrontata con le seguenti linee della *Lex collegii aquae*:

[In eum, qui contra h(anc) l(egem) fulloniam fecerit cretulentumque exeg]erit, ex h(ac) l(ege) magister magistrive iudicium danto. Qui ni iuraverit [paratum se esse excipere iudicium praeto]ris, recuperatorem unum communem adeunto simulque iuranto [se non calumniae causa fecisse facturumve esse:] ni ita iurassit multa essto a(ssium) D.

[Quem magister ex h(ac) l(ege) iudicare iusserit, is ni] iudicassit ita uti s(upra) s(criptum) e(st), multa esto recuperatore uno quotque [ei i(n) c(onsilio) e(runt) in singulos a(ssium) V, praeterquam si cui non liquebit;

Dal confronto si potrebbe dedurre che un giudice unico in un processo per multa non fosse così singolare e raro. Paragonabile, con le corrette cautele, inoltre è la struttura del testo della formula che si legge nelle due epigrafi. Infine va anche sottolineata la presenza del termine *magister* e *magisterium* in entrambe le epigrafi, quella della cosiddetta *Lex collegii aquae* e quella della *Lex rivi Hiberienis*.

5. Considerazioni conclusive.

Giungo a delle considerazioni conclusive - che hanno carattere provvisorio - per questo stadio del tutto iniziale della mia ricerca.

[54] Ho riportato la parte dell'epigrafe secondo l'integrazione proposta da Beltràn, nell'*editio princeps* del 2006 (integrazione delle linee ll. III.39-43 § 15 del testo con le seguenti espressioni *illi dare oportere*).

Sappiamo che la cura delle acque nella tarda antichità subì dei cambiamenti nell'organizzazione burocratica delle cariche addette a tale servizio. Basti pensare già alla creazione del *curator aquarum et Miniciae* (carica attestata almeno dall'età di Settimio Severo), che avrebbe assorbito anche le funzioni di approvvigionamento frumentario. A partire da Costantino le due funzioni furono nuovamente divise (acqua e grano) e poste sotto il potere del prefetto urbano. La *Notitia Dignitatum*[55] ci informa che la gestione dell'acqua era suddivisa in gestione delle infrastrutture (*formae*) e gestione della distribuzione (*aquae*): il *comes formarum* aveva la supervisione degli acquedotti mentre il *consularis aquarum* si occupava della distribuzione[56].

Tra i funzionari preposti accanto al *curator aquarum* è attestato infatti il *consularis aquarum*, come testimoniato, ad es., da *CIL* X. 4752 = *ILS* 1223 = EDR115525[57] o da *CIL* VI. 41332=EDR 075878 (datata tra il 357 e il 360), in cui si riferisce di un *consularis aquarum* che si occupava della distribuzione delle acque[58] e poi, nel IV secolo, il *comes formarum*, come in *CIL* VI. 17765 = EDR111539. Tra i funzionari nel IV secolo anche il *defensor civitatis* si occupava delle derivazioni abusive dell'acqua pubblica. Poi abbiamo una lunga lista di personale tecnico preposto alla cura delle acque, come, ad es., gli *apparitores*[59].

La domanda posta, nell'ambito di questo lavoro, dell'esistenza di un *collegium aquae*, è indubbiamente ampia e include lo studio, la revisione e l'analisi di diversi aspetti del problema nonché di diverse tipologie di fonti, ad es. quelle gromatiche, oltre che di una indagine più ampia e capillare delle fonti epigrafiche.

Alla luce di questa primissima fase di ricerca non ho riscontrato dati che possano supportare l'ipotesi o l'idea dell'esistenza di uno specifico *corpus*, inteso come organizzazione associativa, connesso ai problemi delle acque.

Come abbiamo già potuto osservare in sede di osservazioni preliminari nelle fonti giuridiche imperiali tardoantiche non sono presenti riferimenti a presunti

---

[55] *Notitia Dignitatum in partibus Occidentis*, IV, 5 e 11.

[56] Cfr. F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, V, Napoli 1967, 290 ss. e A. D. Bianco, *Aqua ducta, aqua distributa*, cit., 65.

[57] Cfr. A. D. Bianco, *ivi*, 63 ss.

[58] A questo proposito cfr. A. D. Bianco, *ivi*, 65 ss. che cita altre epigrafi e sottolinea come la denominazione del *consularis aquarum* "suggerisce un ruolo importante" e che il titolo generico non consente di fare chiarezza sul contenuto preciso delle sue funzioni.

[59] Cfr. A. D. Bianco, *ivi*, con dovizia di particolari, 70 ss.

organizzazioni non burocratiche di stampo sostanzialmente privatistico: questo dato potrebbe far pensare in via puramente ipotetica - suggestione che può essere smentita da analisi ulteriori - ad un passaggio delle funzioni di gestioni dell'acqua da un sistema misto, in cui accanto ad uffici pubblici vi sono anche organismi sostanzialmente privati (anche se approvati come la comunità irrigatoria *Hiberiensis*), alla riassunzione di queste funzioni tutte all'interno della organizzazione imperiale.

La cosiddetta *Lex collegii aquae* sembrerebbe testimoniare, dunque, in modo del tutto isolato - e in un contesto storico cronologicamente distante dall'esperienza giuridica tardo antica -, l'esistenza di una organizzazione che si occupava in via generale delle diverse funzioni implicate nella gestione delle acque pubbliche. In essa non riesco, allo stato della mia ricerca, a ravvisare un *collegium* inteso come associazione lavorativa specifica. Si potrebbe forse pensare ad una lettura parzialmente diversa di tale documento epigrafico, rispetto alle opinioni della dottrina: nell'incertezza sull'esatta natura di questo collegio non mi pare inutile ricordare l'opinione di Berger, secondo cui, le diverse tipologie di attività connesse all'acqua, fra le quali quella dei *fullones*, sarebbero comprese in un *collegium aquae*, *collegium* che funziona da "supervisore" di tutte le professioni e attività legate all'acqua. Tale lettura dovrà ovviamente essere suffragata da uno studio successivo decisamente più approfondito di questa ricerca *in fieri*.

Pertanto come primo risultato dell'indagine (che può essere solo provvisorio poiché lo spoglio delle fonti epigrafiche e giuridiche deve essere completato) sembra opportuno propendere per l'inesistenza di un *collegium aquae* nella tarda antichità. D'altra parte anche la dottrina non aveva rilevato tale ipotesi: De Robertis, occupandosi in modo specifico di "basso impero", tra le associazioni lavorative professionali non aveva incluso un *collegium aquae*[60].

Il provvisorio risultato, benché negativo, della domanda iniziale, permette ad ogni modo di sgombrare il campo da preconcette visuali delle professioni nella tarda antichità, nello specifico legate all'acqua, consentendo di continuare un'indagine che

[60] F. De Robertis, *Il fenomeno associativo*, 25 ss.; *collegium* risulta invece in Waltzing, il quale tuttavia, come abbiamo visto (*supra* nt. 21), rinviava ai *fullones*.

tenti di cogliere la specificità dei dati considerati attraverso la lettura dei documenti e delle fonti giuridiche.

Abstract
The present contribution aims to indicate the very first results of a research in progress, within the research, Arts and Professions (*collegia*, *corpora*, *scholae*) in late antiquity, relating to the sc. collegia aquae in the late antiquity. The first sources taken into consideration, especially epigraphical, are read according to the Orestanian method of reading the texts, as far as possible free from current doctrinal conditioning and systematics.

Keywords
professional college – late roman Empire – epigraphic sources - recuperatores - magister collegii

JusOnline n. 1/2018
ISSN 1827-7942

Maria Antonietta Ligios

Professore Associato di Diritto Romano, Università del Piemonte Orientale "Amedeo Avogadro"

Note sul regime successorio dei dediticii Aeliani in Gai. 3.74-76[*]

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Gai. 3.74-76: la *lex Aelia Sentia* e il problema della successione dei liberti *Aeliani*. - 3. Gai. 3.56: la disciplina successoria dei liberti *Latini* (*Iuniani*). - 4. Le lacune della *lex Aelia Sentia* in materia successoria e l'intervento dell'*interpretatio* giurisprudenziale. - 5. Un confronto con Frg. Berol. 1.2. - 6. Gai. 1.29 e il problema della successione cronologica tra *lex Iunia* e *lex Aelia Sentia*. - 7. Il dibattito giurisprudenziale sul destino dei *bona* dei liberti *dediticii*: Gaio e i *plerique*. - 8. Le *fictiones* di piena cittadinanza e di latinità e le loro conseguenze sul piano successorio nell'ottica di Gaio.

1. Premessa

Nell'ampia trattazione che Gaio dedica alla materia dei *bona libertorum*[1] (Gai. 3.39-76) trova spazio, proprio in conclusione (Gai. 3.74-76), un approfondimento specifico dedicato al regime successorio dei beni dei liberti che rientrano nel novero

---

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

1 Gaio tratta il tema in prospettiva storica, partendo dalla disciplina decemvirale (Gai. 3.40), per poi illustrare i correttivi apportati dal pretore (Gai. 3.41) e, successivamente, dalla *lex Papia* (Gai. 3.42). Poi Gaio si occupa dei beni delle liberte (Gai. 3.43), delle disposizioni della *lex Papia* su tali beni (Gai. 3.44) e delle aspettative successorie dei discendenti del patrono nei confronti dei beni del liberto (Gai. 3.45-46), procedendo anche in ordine a tale profilo secondo l'evoluzione storica, che parte dalle XII Tavole e giunge alla *lex Papia* (Gai. 3.46-48), nonché delle aspettative successorie delle patrone sui beni del liberto (Gai. 3.49-50); segue la trattazione sommaria del regime successorio dei beni delle liberte e delle aspettative del figlio della patrona, con rinvio per una trattazione più approfondita della materia a *commentarii* appositi, purtroppo non in nostro possesso (Gai. 3.51-54). Egli prosegue, soffermandosi sui beni dei liberti *Latini*, categoria creata dalla *lex Iunia* per dare uno *status* giuridico definito agli schiavi liberati con le manomissioni non rientranti tra le *'iustae ac legitimae'* (Gai. 3.55-56), le uniche che facevano conseguire, oltre alla libertà, la cittadinanza romana, passa a trattare della successione dei liberti cittadini romani (Gai. 3.57-62), ritorna ancora sui liberti *Latini* per illustrare le modifiche apportate alla disciplina dei loro beni dal senatoconsulto Largiano (42 d. C.) (Gai. 3.63 ss.), che diede luogo a dispute giurisprudenziali in ordine alle quali Gaio riferisce e prende posizione (Gai. 3.64; 70-71); egli si occupa, infine, della disciplina introdotta da Traiano per il caso del liberto Latino che abbia ottenuto la cittadinanza romana contro la volontà del patrono o all'insaputa di questi (Gai. 3.72-73). Sulla materia si vedano: W.W. Buckland, *The Roman Law of Slavery. The Condition of the Slave in Private Law from Augustus to Justinian*, Cambridge 1908 (rist. 1970), 533 ss.; H. Lemonnier, *Étude historique sur la condition privée des affranchis aux trois premiers siècles de l'empire romain*, Paris 1887 (rist. Roma 1971), 117 ss.; C. Cosentini, *Studi sui liberti. Contributo allo studio della condizione giuridica dei liberti cittadini*, I-II, Catania 1948-1950; P. Voci, *Diritto ereditario romano*, 2ª ed., II, Milano 1963, 26 ss.; A. Watson, *The Law of Persons in the Later Roman Republic*, Oxford 1967, 75 ss.; S. Treggiari, *Roman Freedmen during the Late Republic*, Oxford 1969, 78 ss.; B. Albanese, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979, 81 ss.; G. Fabre, *Libertus. Recherches sur le rapports patron-affranchi à la fin de la République romaine*, Rome 1981, 269 ss.; H.L.W. Nelson, U. Manthe, *Gai Institutiones III 1-87. Intestaterbfolge und sonstige Arten von Gesamtnachfolge. Text und Kommentar*, Berlin 1992, 112 ss. e in particolare 176 ss.; A.M. Giomaro, *Spunti per una lettura critica di Gaio Institutiones*, II, *Schede di approfondimento. La verifica di una «nuova dogmatica» sul testo gaiano*, Urbino 1994, 73 ss.; R. Astolfi, *La lex Iulia et Papia*, 3ª ed., Padova 1995, 194 ss.; C. Masi Doria, *Bona libertorum. Regimi giuridici e realtà sociali*, Napoli 1996, 15 ss.; G. Mancini, *Cives Romani Municipes Latini*, I, Milano 1996, 20 ss.

dei *dediticii Aeliani*[2]. Come ricorda lo stesso Gaio nella *pars* delle sue Istituzioni dedicata alle *personae* (Gai. 1.13-16), questa categoria di liberti era stata creata dalla *lex Aelia Sentia*[3] (4 d. C.), la quale aveva stabilito[4] che gli schiavi che fossero stati messi

2 La nozione di *dediticii*, di cui quelli *Aeliani* possono essere considerati una 'sottocategoria', è studiata in dottrina soprattutto in riferimento alla *constitutio Antoniniana*, la quale, com'è ben noto, parrebbe aver escluso dalla concessione della cittadinanza romana questo genere di *peregrini*; la letteratura sull'argomento è vastissima, si vedano, tra gli altri, E. Volterra, *Manomissione e cittadinanza*, in *Studi in onore di Ugo Enrico Paoli*, Firenze 1956, poi in *Scritti giuridici*, II, *Famiglia e successioni*, Napoli 1991, 402 ss.; Id., *Manomissioni di schiavi compiute da peregrini*, in *Studi in onore di Pietro De Francisci*, IV, Milano 1956, poi in *Scritti giuridici*, II, 378; 391 ss.; Id., *Gli ἀπόλιδες in diritto romano*, in *Studi in onore di Francesco Messineo nel XXXV anno del suo insegnamento*, IV, Milano 1959, poi in *Scritti giuridici*, II, 475 s.; M. Talamanca, *Gli ordinamenti provinciali nella prospettiva dei giuristi tardoclassici*, in *Istituzioni giuridiche e realtà politiche nel tardo impero (III-V sec. d. C.). Atti di un incontro tra storici e giuristi, Firenze, 2-4 maggio 1974*, (*cur.* G.G. Archi), Milano 1976, 217 ss.; P. Pinna Parpaglia, *Sacra peregrina, civitas Romanorum, dediticii nel Papiro Giessen n. 40*, Sassari 1995, 7 ss.; V. Marotta, *La cittadinanza romana in età imperiale (secoli I-III d. C.). Una sintesi*, Torino 2009, 62 ss.; 110 ss.; D. Mattiangeli, *Romanitas, latinitas, peregrinitas. Uno studio essenziale sui principi del diritto di cittadinanza romano*, Città del Vaticano 2010, 88; A. Torrent, *La prohibicion de ius connubii a los dediticios aelianos*, in *RIDROM*, oct. 2011, (https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/376100.doc.), 96 ss.; Id., *La Constitutio Antoniniana. Reflexiones sobre el papiro de Giessen 40 I*, Madrid 2012, 141 ss.; 148 ss.; C. Corbo, *Constitutio Antoniniana. Ius Philosophia Religio*, Napoli 2013, 38 ss.

3 Sulla *lex Aelia Sentia* si vedano: Gai. 1.18-21; Gai. 1.25-27; Gai. 1.29-31; Gai. 1.37-41; Gai. 1.47; Gai. 1.65-71; Gai. 1.80; Gai. 1.139; Gai. 3.5; Gai. 3.73-75; Tit. Ulp. 1.11-15; I. 1.5.3; I. 1.6; I. 3.7.4; Par. Theoph. 1.5.3; D. 40.2 (*De manumissis vindicta*); D. 40.9 (*Qui et a quibus manumissi liberi non fiunt et ad legem Aeliam Sentiam*); C. 7.1 (*De vindicta libertate et apud consilium manumissione*); C. 7.5 (*De dediticia libertate tollenda*); C. 7.11 (*Qui manumittere non possunt et ne in fraudem creditorum manumittatur*); Svet. *Aug.* 40; Cass. Dio, 55.13.7. In materia si vedano E. Hölder, *Zur Frage vom gegenseitigen Verhältnisse der lex Aelia Sentia und Iunia Norbana*, in *ZSS*, 19 (1885), 205 ss.; A. Guarneri-Citati, *En matière d'affranchissement frauduleux*, in *Mélanges G. Cornil*, I, Paris 1926, 425 ss.; F. Schulz, *Die fraudatorische Freilassung im klassischen und justinianischen römischen Recht*, in *ZSS*, 48 (1928), 197 ss.; G. Beseler, *Romanistische Studien*, in *ZSS*, 50 (1930), 18 ss.; M. De Dominicis, *Il requisito dell'età per l'efficacia delle manomissioni*, in *AUPE*, 52 (1939), 91 ss.; Id., *La «Latinitas Juniana» e la legge Elia Senzia*, in *Mélanges A. Piganiol*, Paris 1966, 1419 ss.; A. Metro, *La lex Aelia Sentia e le manomissioni fraudolente*, in *Labeo*, 7 (1961), 147 ss.; A. Wilinski, *Zur Frage von Latinern «ex Lege Aelia Sentia»*, in *ZSS*, 80 (1963), 378 ss.; G.B. Impallomeni, *In tema di manomissioni fraudolente*, in *Synteleia Vincenzo Arangio-Ruiz*, II, Napoli 1964, 922 ss.; Id., *Nota minima in tema di manomissioni fraudolente*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, IV, Torino 1971, 459 ss.; S. Di Paola, *«Leges perfectae»*, in *Synteleia Vincenzo Arangio-Ruiz*, II, 1075 ss.; H. Wagner, *Zur Freiheitserteilung an den einem Generalpfandnexus unterliegenden Sklaven*, in *SDHI*, 33 (1967), 163 ss.; X. D'Ors, *La ley «Aelia Sentia» y las manumisiones testamentarias (Una exégesis de D. 40.9.5.2 y 40.1.21)*, in *SDHI*, 40 (1974), 425 ss.; G. Zoz De Biasio, *L'invalidità delle manomissioni in frode al patrono disposte «inter vivos»*, in *Iura,* 33 (1982), 131 ss.; L. Rodriguez Alvarez, *Las leyes limitadoras de las manumisiones en época augustea*, Oviedo 1978, 173 ss.; F. Klink, *Zum Nachweis der Benachteiligungsabsicht bei fraudatorischen Sklavenfreilassungen – Im Zweifel gegen die Freiheit!*, in *Sklaverei und Freilassung im römischen Recht. Symposium für Hans Josef Wieling zum 70. Geburtstag*, (*cur.* T. Finkenauer), Berlin – Heidelberg – New York 2006, 100 ss.; P. Lopez Barja De Quiroga, *Historia de la manumission en Roma*, Madrid 2007, 75 ss.; V. Marotta, *La cittadinanza romana*, cit., 64 ss.; M. Humbert, *Le status civitatis. Identité et identification du civis Romanus*, in A. Corbino, M. Humbert, G. Negri (a cura di), *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana dall'epoca di Plauto a Ulpiano*, Pavia 2010, 154 ss.; A. Torrent, *La prohibicion de ius connubii a los dediticios aelianos*, cit., 96 ss.; S. Corcoran, *"Softly and suddenly vanished away": The Junian Latins from Caracalla to the Carolingians*, in *Römische Jurisprudenz – Dogmatik, Überlieferung, Rezeption. Festschrift für Detlef Liebs zum 75. Geburtstag*, (*cur.* K. Muscheler), Berlin 2011, 129 ss.; D. Nörr, *Verwerfungen im Recht der testamentarischen Freilassungen in fraudem creditorum*, in *Carmina Iuris. Mélanges en l'honneur de Michel Humbert*, (*cur.* E. Chevreau, D. Kremer, A. Laquerriére-Lacroix), Paris 2012, 599 ss.; D. Tuzov, *'Creditorum fraudandorum causa manumissi liberi non fiant'. Intorno a dogmatizzazioni moderne in tema di manomissioni fraudolente*, in *Scritti per Alessandro Corbino*, (*cur.* I. Piro), 7, Tricase (LE) 2016, 293 ss.

4 Gai. 1.13: *Lege itaque Aelia Sentia cavetur, ut qui servi a dominis poenae nomine vincti sint, quibusve stigmata inscripta sint, deve quibus ob noxam quaestio tormentis habita sit et in ea noxa fuisse convicti sint, quive ut ferro aut cum bestiis depugnarent traditi sint, inve ludum custiodiamve coniecti fuerint, et postea vel ab eodem domino vel ab alio manumissi, eiusdem*

in catene dai proprietari per punizione o che fossero stati marchiati o messi alla tortura e condannati per aver commesso un delitto, oppure che fossero stati destinati a combattere con le armi o con le fiere o che fossero stati gettati in carcere, una volta liberati dal proprietario - proprio in ragione della loro turpitudine[5] - avrebbero conseguito la stessa condizione dei *peregrini dediticii*, vale a dire di quegli stranieri che avevano combattuto contro i Romani e poi, sconfitti, si erano arresi[6].

Inoltre, per quanto è possibile ricostruire dalla trattazione gaiana, sembra che la stessa *lex Aelia Sentia* avesse, più in generale, posto dei limiti all'efficacia delle manomissioni sul piano dell'acquisibilità della cittadinanza per lo schiavo manomesso, prevedendo che lo schiavo divenisse cittadino Romano soltanto in presenza di tre requisiti: essere maggiore di trent'anni, che il proprietario avesse su di lui il *dominium ex iure Quiritium* e che lo avesse liberato con una manomissione '*iusta ac legitima*'[7] (vale a dire con una *manumissio censu* o *vindicta* o *testamento*); se mancava uno solo di questi tre requisiti non acquisiva la cittadinanza romana, ma diventava Latino. È chiaro che, pur in presenza dei tre requisiti, lo schiavo manomesso che si fosse trovato nella condizione di 'turpitudine' sopra menzionata, non diventava

---

condicionis liberi fiant, cuius condicionis sunt peregrini dediticii. Si vedano anche Gai Ep. 1.1.3: *Dediticii vero sunt, qui post admissa crimina suppliciis subditi et publice pro criminibus caesi sunt, aut in quorum facie vel corpore quaecumque indicia aut igne aut ferro impressa sunt, et ita impressa sunt, ut deleri non possint. Hi si manumissi fuerint, dediticii appellantur*, e Tit. Ulp. 1.11: *Dediticiorum numero sunt qui poena causa vincti sunt a domino, quibusve stigmata scripta fuerunt, quive propter noxam torti nocentesque inventi sunt, quive traditi sunt, ut ferro aut cum bestiis depugnarent, vel in ludum vel in custodiam coniecti fuerunt, deinde quoquo modo manumissi sunt: idque lex Aelia Sentia facit.* Sugli schiavi marchiati si vedano C.P. Jones, *Stigma: Tattooing and Branding in Graeco-Roman Antiquity*, in *JRS*, 77 (1987), 139 ss.; P. Cordier, *Remarques sur les inscriptions corporelles dans le monde romain: du signe d'identification (notitia) à la marque d'identité (identitas)*, in *Pallas*, 65 (2004), 189 ss.; L. De Salvo, *Marchio e marchiati nell'impero cristiano*, in *Atti dell'Accademia romanistica costantiniana*, XVIII, Roma 2012, 261 ss.

5 Gaio stesso giustifica le disposizioni della *lex Aelia Sentia* riferendosi alla ritenuta 'turpitudine' di tali servi: *Huius ergo turpitudinis servos quocumque modo et cuiuscumque aetatis manumissos, etsi pleno iure dominorum fuerint, numquam aut cives Romanos aut Latinos fieri dicemus, sed omni modo dediticiorum numero constituti intellegemus* (Gai. 1.15). A questo proposito, M. Balestri Fumagalli, *Lex Iunia de manumissionibus*, Milano 1985, 77, osserva che "L'eventuale concorso dei *tria legitima* non pone rimedio allo squallore di alcuni 'precedenti' di natura soggettiva, che accompagnano la sorte dei *dediticii* come un marchio a fuoco: considerati indegni e pericolosi senza possibilità di appello, attraverso un giudizio sulla vita pregressa che si riflette nel futuro con intenso valore prognostico, essi vengono esclusi in perpetuo dal *beneficium civitatis* e dal *nomen Latinum*".

6 Gai. 1.14: *Vocantur autem peregrini dediticii hi, qui quondam adversus populum Romanum armis susceptis pugnaverunt, deinde victi se dediderunt.*

7 Gai. 1.17-18: 17. *Nam in cuius persona tria haec concurrunt, ut maior sit annorum triginta, et ex iure Quiritium domini, et iusta ac legitima manumissione liberetur, id est vindicta aut censu aut testamento, is civis Romanus fit; sin vero aliquid eorum deerit, Latinus erit.* 18. *Quod autem de aetate servi requiritur, lege Aelia Sentia introductum est. Nam ea lex minores XXX annorum servos non aliter voluit manumissos cives Romanos fieri, quam si vindicta, apud consilium iusta causa manumissionis adprobata, liberati fuerint.*

neppure Latino, ma si trovava, come detto, nella condizione giuridica di *peregrinus dediticius*[8].

Gaio, sempre nella *pars* dedicata alle *personae*, ricorda anche le disposizioni della *lex Iunia*[9] - che è incerto se sia anteriore o successiva alla *lex Aelia Sentia*[10] -, che era intervenuta per chiarire la posizione giuridica degli schiavi manomessi in modo informale dai loro padroni; essi, com'è noto, godevano della protezione pretoria, ma la loro libertà era meramente di fatto, con una duplice conseguenza: sul piano successorio, al momento della morte i loro beni ritornavano al vecchio proprietario

8 Si argomenti da Gai. 1.16: *Si vero in nulla tali turpitudine sit servus, manumissum modo civem Romanum modo Latinum fieri dicemus*. Sul punto si veda, da ultimo, L. Pellecchi, *"Loi Iunia Norbana sur l'affranchissement"*, in J.-L. Ferrary, P. Moreau (a cura di), *Lepor. Leges Populi Romani*, Paris 2007 (http://www.cn-telma.fr/lepor/notice490/, 18/9/17), 3.1.1.

9 Sulla *lex Iunia* si vedano: Gai. 1.22-23; Gai. 1.80; Gai. 1.167; Gai. 2.210; Gai. 2.275; Gai. 3.56-57; Gai. 3.70; Gai. 3.76; Tit. Ulp. 1.10; Tit. Ulp. 3.3; Tit. Ulp. 11.16; Tit. Ulp. 1.19; Tit. Ulp. 20.3; Tit. Ulp. 20.14; Frg. Dosith. 6-8; Frg. Dosith. 12; C. 7.6.1.1; 12a; I. 1.5.3; I. 3.7.4; Par. Theoph. 1.5.3. Sulla materia si vedano: K. A. von Vangerow, *Über die Latini Iuniani*, Marbourg 1833; L. Cantarelli, *I Latini Iuniani. Contributo alla storia del diritto latino*, in *AG*, 30 (1883), 41 ss.; Id., *Il frammento berlinese de dediticiis*, in *BIDR*, 7 (1894), 27 ss.; E. Hölder, *Zur Frage vom gegenseitigen Verhältnisse*, cit., 205 ss.; M. Wlassak, *Die prätorischen Freilassungen*, in *ZSS*, 26 (1905), 367 ss.; A. Steinwenter, *s. v. 'Latini Iuniani'*, in *PWRE*, XII.1, 1924, 910 ss.; G. Vitucci, *s. v. 'Libertus'*, in *DE*, 4 (1958), 533 s.; G.B. Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, Padova 1963, 38 ss.; 154 ss.; A. Wilinski, *Zur Frage von Latinern*, cit., 378 ss.; M. De Dominicis, *La «Latinitas Iuniana»*, cit., 1419 ss.; L. Rodriguez Alvarez, *Las leyes limitadoras de las manumisiones*, cit., 127 ss.; A. J. B. Sirks, *Informal Manumission and the lex Iunia*, in *RIDA*, 28 (1981), 247 ss.; ID., *The lex Iunia and the Effects of Informal Manumission and Iteration*, in *RIDA*, 30 (1983), 211 ss.; M. Balestri Fumagalli, *Nuove riflessioni sulla "manumissio inter amicos"*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, II, Milano 1982, 17 ss.; Ead., *Lex Junia*, cit.; Ead., *Le riforme augustee in materia di manomissioni secondo la testimonianza di Svetonio*, in *Atti del III Seminario gardesano, 22-25 ottobre 1985*, Milano 1988, 361 ss.; P. López Barja De Quiroga, *Latinus Iunianus. Una aproximación*, in *Studia Historica*, 4-5 (1986-87), 125 ss.; Id., *Junian Latin: Status and Number*, in *Athenaeum*, 86 (1998), 133 ss.; Id., *Historia de la manumission en Roma*, cit., 71 ss.; G. Mancini, *Cives Romani*, cit., 20 ss.; P. Weaver, *Children of Junian Latins*, in *The Roman Family in Italy. Status, Sentiment, Space*, (*cur.* B. Rawson, P. Weaver), Oxford 1999, 55 ss.; C. Venturini, *Latini facti, peregrini e civitas: note sulla normative adrianea*, in *BIDR*, 98-99 [1995-1996 (pubbl. 2003)], 219 ss.; E. Nicosia, *«Moriuntur ut servi»? Un aspetto rilevante della condizione giuridica dei Latini Iuniani*, in F.M. D'ippolito (a cura di), *φιλία. Scritti per Gennaro Franciosi*, III, Napoli 2007, 1829 ss.; M. Humbert, *Le status civitatis*, cit., 152 ss.; S. Corcoran, *"Softly and suddenly vanished away"*, cit., 129 ss.; J. Andreau, *Les Latins Juniens et la hiérarchie sociale romaine*, in *Stephanèphoros. De l'économie antique à l'Asie Mineure. Hommages à Raymond Descat*, (*cur.* K. Konuk), Bordeaux 2012, 19 ss.; E. Koops, *Master and Freedmen: Junian Latins and Struggle for Citizenship*, in *Integration in Rome and in the Roman World. Proceedings of the Tenth Workshop of the International Network Impact of Empire (Lille, june 23-25, 2011)*, (*cur.* G. Kleijn, S. Benoist), Leiden-Boston 2014, 105 ss.; L. Pellecchi, *Loi Iunia Norbana*, cit.; E. Bianchi, *Ancora qualche riflessione su Gai. 3,56 e sulle finzioni della* lex Junia, in Incorrupta antiquitas. *Studi di storia, epigrafia e diritto in memoria di Giorgio Luraschi. Atti dell'incontro di studio di Como 25-26 maggio 2012*, Cermenate (CO) 2017, 131 ss.

10 In questa sede non è possibile soffermarsi in maniera analitica sul problema della datazione della *lex Iunia*, in ordine al quale, com'è ben noto, gli Studiosi che se ne sono occupati hanno assunto differenti posizioni: alcuni si sono pronunciati a favore della datazione tradizionale del 19 d.C., altri, soprattutto sulla base del fatto che la *lex* è chiamata *Iunia Norbana* solo in I. 1.3.5 e nel corrispondente Par. Theoph. 1.3.5 e semplicemente *Iunia* nelle altre fonti, hanno ipotizzato una datazione anteriore a quella della *lex Aelia Sentia*, con l'alternativa tra il 25 a.C., anno del consolato di M. Iunius Silanus, e il 17 a.C., anno del consolato di C. Iunius, che permetterebbe, pertanto, di inserire la *lex* nel quadro della politica augustea in materia di manomissioni. Peraltro, dall'esame dei passi gaiani in materia, sembrano emergere profili che inducono a preferire una datazione anteriore della *lex Iunia*, come si avrà modo di considerare *infra* nel testo.

manomissore '*iure peculii*'; sul piano del diritto pubblico, non acquisivano mai la cittadinanza romana, sicché il loro *status civitatis* era del tutto incerto. Detta *lex*, affrontando il problema, li aveva equiparati[11], sia pure con dei profili di differenziazione[12], ai *Latini coloniarii*, pur mantenendo, tramite la *fictio* '*ac si lex lata non esset*', il principio secondo cui, al momento della morte, i loro beni sarebbero spettati ai manomissori '*iure quodammodo peculii*'[13].

Ora, anche solo la breve sintesi sopra proposta mostra come la materia delle varie condizioni giuridiche dello schiavo liberato, cui davano luogo le manomissioni, e delle correlative conseguenze successorie fosse, al tempo di Gaio, costituita da un complesso intreccio di norme di distinta provenienza[14]: *ius civile*, editto del pretore, leggi, interventi imperiali, senatoconsulti, avevano in tempi diversi e con approcci e scopi diversi contribuito a disegnare un quadro articolato e non semplice, entro cui si era anche mossa l'interpretazione giurisprudenziale, affrontando problemi che la stratificazione multiforme della normativa non aveva mancato di creare nel corso del tempo. Proprio l'attenzione che Gaio nelle sue Istituzioni dedica al tema della successione dei *liberti Aeliani* (Gai. 3.74-76), pur nella sua concisione, è una buona testimonianza di come l'interpretazione giurisprudenziale sia intervenuta per tentare in particolare di colmare le lacune della legge – lacune esplicitamente rilevate dallo stesso Gaio –, per cui sembra di un certo interesse sottoporre ad un rinnovato esame il passo gaiano in questione, per tentare di comprendere meglio il rapporto tra le disposizioni di legge e l'*interpretatio prudentium* in questo specifico e limitato settore del diritto successorio.

---

11 La trattazione gaiana sul punto è lacunosa, come risulta da Gai. 1.22, tratto che è preceduto da una piuttosto ampia lacuna del manoscritto (pari a 24 righe): … *homines Latini Iuniani appellantur; Latini ideo, quia adsimulati sunt Latinis coloniariis; Iuniani ideo, quia per legem Iuniam libertatem acceperunt, cum olim servi viderentur esse.* Gaio ritorna ampiamente sulla materia in Gai. 3. 56, per il quale si fa rinvio *infra* nel testo.

12 Per l'esame di tali profili, si vedano B. Albanese, *Le persone nel diritto privato romano*, cit., 199 ss.; M. Balestri Fumagalli, *Lex Iunia*, cit., 87 ss.; E. Bianchi, *Fictio iuris. Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea*, Padova 1997, 377 ss.; Id., *Ancora qualche riflessione*, cit. 131 ss.; L. Pellecchi, *Loi Iunia Norbana*, cit., 2.1.

13 Gai. 3. 56: (…) *Legis itaque Iuniae lator cum intellegeret futurum, ut ea fictione res Latinorum defunctorum ad patronos pertinere desinerent, quia scilicet neque ut servi decederent, ut possent iure peculii res eorum ad patronos pertinere, neque liberti Latini hominis bona possent manumissionis iure ad patronos pertinere, necessarium existimavit, ne beneficium istis datum in iniuriam patronorum converteretur, cavere voluit, ut bona eorum proinde ad manumissores pertinerent, ac si lex lata non esset; itaque iure quodammodo peculii bona Latinorum ad manumissores ea lege pertinent.* Sul punto si veda ancora *infra* nel testo.

14 Si veda *supra* alla nt. 1.

2. Gai. 3, 74-76: la *lex Aelia Sentia* e il problema della successione dei liberti Aeliani

Leggiamo dunque il tratto gaiano che si occupa della successione dei liberti *Aeliani*:

> Gai. 3.74-76: 74. *Eorum autem, quos lex Aelia Sentia dediticiorum numero facit, bona modo quasi civium Romanorum libertorum, modo quasi Latinorum ad patronos pertinent.* 75. *Nam eorum bona qui, si in aliquo vitio non essent, manumissi cives Romani futuri essent, quasi civium Romanorum patronis eadem lege tribuuntur. Non tamen hi habent etiam testamenti factionem; nam id plerisque placuit, nec inmerito: nam incredibile videbatur pessimae condicionis hominibus voluisse legis latorem testamenti faciendi ius concedere.* 76. *Eorum vero bona qui, si non in aliquo vitio essent, manumissi futuri Latini essent, proinde tribuuntur patronis, ac si Latini decessissent. Nec me praeterit non satis in ea re legis latorem voluntatem suam verbis expressisse.*

Gaio avverte subito che il regime successorio dei beni dei liberti *dediticii* non è uniforme, poiché dipende dalla presenza o, correlativamente, dall'assenza dei requisiti previsti dalla *lex Aelia Sentia* al fine della concessione della cittadinanza allo schiavo manomesso:

- nel caso in cui i liberti avrebbero potuto conseguire la cittadinanza romana, '*si in aliquo vitio non essent*', la legge stabilisce che i loro beni spetteranno al patrono come se fossero stati beni di liberti cittadini Romani, con la conseguenza che al patrono medesimo potrà spettare una quota dell'eredità del liberto, a seconda della presenza o meno di figli naturali e dell'entità del patrimonio caduto in successione[15]; si tratta di una vera e propria finzione[16] ('*quasi civium Romanorum patronis eadem lege tribuuntur*'), finzione che è necessaria perché i *peregrini*, sia che abbiano una loro cittadinanza sia che siano *nullius civitatis* (e tanto più se sono *dediticii*), non possono

15 Le regole, piuttosto minuziose, derivano sia dall'intervento pretorio sia dalla *lex Papia*, si veda Gai. 3.39 ss.

16 Sul punto si veda E. Bianchi, *Fictio iuris*, cit., 395 ss.; che si tratti di una *fictio* è anticipato nella frase introduttiva all'argomento (Gai. 3.74), in cui Gaio menziona l'assimilazione dei *dediticii Aeliani*, a seconda dei casi, ai liberti cittadini Romani o ai liberti Latini: *Eorum autem, quos lex Aelia Sentia dediticiorum numero facit, bona modo quasi civium Romanorum libertorum, modo quasi Latinorum ad patronos pertinent.*

avere eredi tra i Romani[17], salvo casi specifici[18], che esulano però da questa ipotesi. In proposito, Gaio nota altresì che *plerique* – pronome anonimo che dovrebbe fare riferimento a una maggioranza di giuristi – avrebbero precisato come i liberti *dediticii* fossero comunque privi di *testamenti factio*[19], parendo loro *'incredibile'*, *'nec inmerito'* secondo Gaio, che la legge avesse voluto attribuire il diritto di fare testamento a persone di tale pessima condizione[20];

- nel caso in cui, invece, i liberti siano stati manomessi con modalità tali che avrebbero fatto conseguire loro la condizione di liberti Latini, '*si non in aliquo vitio essent*', trova applicazione, sempre con una *fictio* ('*ac si Latini decessissent*'), il regime previsto per i beni di tali liberti e quindi il patrimonio spetterà ai patroni '*iure peculii*'[21]. La sintesi che Gaio propone del regime successorio dei beni dei *liberti Aeliani* è chiusa, assai significativamente, dalla constatazione che la *lex Aelia Sentia* è, in materia, lacunosa: '*Nec me praeterit non satis in ea re legis latorem voluntatem suam verbis expressisse*'. La frase mi pare centrale per comprendere meglio il contenuto della sintesi gaiana e l'apporto interpretativo della giurisprudenza a cui Gaio stesso allude poco prima[22].

Va detto tuttavia che alcuni Autori, soprattutto nella prima metà del secolo scorso, hanno aspramente criticato la genuinità di alcuni punti del brano di Gaio,

---

17 Sul punto si veda, per tutti, P. Voci, *Diritto ereditario romano*, 2ª ed., I, Milano 1967, 398.

18 Sul punto si veda T. Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, III. 1, Leipzig 1887, 598.

19 P. Voci, *Diritto ereditario romano*, 2ª ed., I, cit., 387, nt. 4, osserva, proprio sulla base di Gai. 3.75, che la locuzione *'ius faciundi testamenti'* sarebbe riferita sia alla capacità giuridica sia alla capacità d'agire.

20 Secondo M. Talamanca, *Pubblicazioni pervenute alla direzione*, *Rec. H.L.W. Nelson, U. Manthe, Gai Institutiones III 1-87, Intestaterbfolge und sonstigen Arten von Gesamtnachfolge. Text und Kommentar*, Berlin 1992, in *BIDR*, 96-97 (1994-1995), 784, la disputa attestata in Gai. 3.75 si sarebbe ricollegata "alla possibilità che avevano i *peregrini nullius civitatis* di fare testamento in base al loro diritto nazionale (a prescindere dalla difficoltà di individuare un diritto nazionale per i *dediticii Aeliani*)".

21 Si veda Gai. 3.55 ss.

22 Peraltro la locuzione *'Nec me praeterit'* è ritenuta un glossema da S. Solazzi, *Appunti di critica gaiana*, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*, III, Napoli 1953, poi in *Scritti*, V, Napoli 1972, 449; v. *contra*, mi pare a ragione, F. Goria, *Osservazioni sulle prospettive comparatistiche nelle Istituzioni di Gaio*, in *Il modello di Gaio nella formazione del giurista. Atti del convegno torinese, 4-5 maggio 1978, in onore del Prof. Silvio Romano*, Milano 1981, 306 ss., nt. 145 e, più di recente, E. Quadrato, *Legislator: dal legem ferre al leges condere*, Bari, 2014, 68, la quale osserva: "il lavorio dell'interprete sulla lettera della legge è volto a individuarne la volontà: operazione già di per sé complessa, che si fa ancora più difficile quando il legislatore non ha sufficientemente espresso con parole il suo volere, come afferma Gaio, con accento critico, in Inst. 3.76". Sul ruolo dei giuristi interpreti della legge si veda, più in generale, M. Bretone, *Il giureconsulto interprete della legge*, in *Labeo*, 15 (1969), poi in *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli 1971, 205 ss.

appuntando la loro attenzione in particolare sulla locuzione '*legis lator*'[23] e sull'aggettivo '*incredibile*'[24]. Per quanto non si possa escludere che la trattazione gaiana possa aver subito una qualche sunteggiatura, vi sono buone ragioni per ritenere che il brano sia sostanzialmente genuino[25]. Si deve infatti osservare come '*legis lator*'[26] compaia, oltre che in Gai. 3.75 e in Gai. 3.76, anche in Gai. 3.56[27] e in Gai. 3.218[28], passi esenti da critiche in letteratura, nonché in testi del Digesto ritenuti genuini[29] e che già Cicerone richiami la '*voluntas legis latoris*' come criterio ermeneutico[30]. Per quanto concerne l'aggettivo '*incredibile*', si possono richiamare le considerazioni di Renato Quadrato[31], il quale, in termini generali, osserva come Gaio partecipi "al lavoro giurisprudenziale con un suo apporto più o meno consistente,

---

23 Secondo Kniep, *Gai Institutionum Commentarium*, III, Jena 1917, 24 s., nt. 14; 35, nt. 2, "*Legis lator* ist ein von den römischen Rechtsgelehrten noch wenig gebrauchtes Wort", considerazione che lo induce a espungere la frase *'nam incredibile-concedere'*; la non genuinità di *'legis lator'* in Gaio è sostenuta anche da S. Solazzi, *Glosse a Gaio*, I, in *Studi Riccobono*, I, Palermo 1936, poi in *Scritti di diritto romano*, VI, Napoli 1972, 187, nt. 122, (ma la posizione è più sfumata in merito alla menzione di Gai. 3.56, si veda *infra* nt. 37) e da E. Levy, *Der Hergang der römischen Ehescheidung*, Weimar 1925, 142 s., nt. 5.

24 G. Beseler, *Miszellen*, in *ZSS*, 47 (1927), 35, giudica sospetto l'aggettivo *'incredibile'*, mentre per S. Solazzi, *Glosse a Gaio*, I, cit., 187, tutta la frase *'nam incredibile-concedere'* sarebbe "indegna di un giurista romano".

25 A favore della genuinità del passo, si vedano A. D'Ors, *Estudios sobre la "*Constitutio Antoniniana*"*, in AHDE, 15 (1994), 183; M. García Garrido, *Sobre los verdaderos limites de la ficción en derecho romano*, in *AHDE*, 27-28 (1957-1958), 328; A. Dos Santos Justos, *A "Fictio Iuris" no Dereito Romano*, in *Boletim da Faculdade de Dereito. Universidade de Coimbra*, Suplemento 32, Coimbra 1989, 114 ss. Da ultima, E. Quadrato, *Legislator*, cit., 69 s., pur ammettendo che il testo gaiano è "a tratti faticoso", ne afferma la genuinità, contro le critiche della letteratura interpolazionistica.

26 U. Wesel, *Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen*, Köln-Berlin-Bonn-München 1967, 80 s. e ntt. 135-138, critica gli Autori che ritengono post-classica la locuzione *'legis lator'* e ne afferma la genuinità nei testi gaiani, così come B. Vonglis, *La lettre et l'esprit de la loi dans la jurisprudence classique et la rhetorique*, Paris 1968, 25, nt. 2. Si vedano in tal senso, più di recente, G. Valditara, *Gai. 3,218 – I. 4,3,15 e l'evoluzione del concetto di legislator*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo*, II, Napoli 1997, 483, s., nt. 11; 486 s. ed E. Quadrato, *Legislator*, cit., 61 ss. e, in particolare, 69 s.

27 Su questo passo si veda *infra* nel testo.

28 *Hoc tamen capite non quanti in eo anno, sed quanti in diebus XXX proximis ea res fuerit, damnatur is qui damnum dederit. Ac ne* plurimi *quidem verbum adicitur. Et ideo quidam putaverunt liberum esse iudici ad id tempus ex diebus XXX aestimationem redigere, quo plurimi res fuerit, vel ad id quo minoris fuerit. Sed Sabino placuit proinde habendum, ac si etiam hac parte* plurimi *verbum adiectum esset; nam legis latorem contentum fuisse, quod prima parte eo verbo usus esset.* S. Solazzi, *«Quidam» (Gli innominati nelle Istituzioni di Gaio)*, in *Atti Acc. Napoli*, 64 (1952-1953), poi in *Scritti*, V, 414 e nt. 5, ritiene che il verbo *'redigere'* e più ancora il sostantivo *'legis lator'* sarebbero indizi di un rimaneggiamento del brano. Per la genuinità si veda, più di recente, G. Valditara, *Gai. 3,218*, cit., 481 ss.

29 D. 24.2.11 pr. (Ulp. 3 *ad leg. Iul. et Pap.*); D. 40.9.12 pr. (Ulp. 4 *de adult.*); D. 48.5.24.2 (Ulp. 1 *de adult.*); D. 48.5.30.6 (Ulp. 4 *de adult.*). Sulla genuinità del riferimento al *'legis lator'* in Ulpiano, si vedano E. Volterra, *Iniustum matrimonium*, in *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, II, Milano 1972, poi in *Scritti giuridici*, III, 185, per D. 24.2.11 pr. (Ulp. 3 *ad leg. Iul. et Pap.*) ed E. Cantarella, *Adulterio, omicidio legittimo e causa d'onore in diritto romano*, in *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, II, 245; 272 s., per D. 48.5.24.2 (Ulp. 1 *de adult.*).

30 *Part. orat.* 38.132 ss.; 38.134; 39.136 s. Si veda in tal senso G. Valditara, *Gai. 3,218*, cit., 483 s., nt. 11.

31 *Il messaggio di Gaio: diligentius requiremus*, in *Gaius dixit la voce di un giurista di frontiera*, Bari 2010, XIV; ma si veda anche E. Quadrato, *Legislator*, cit., 70.

anche se non sempre identificabile nel colloquio, ora espresso ora tacito, con la comunità dei *prudentes*", con un panorama lessicale ricco e variegato e riporta, tra i numerosi esempi, anche l'espressione '*incredibile videbatur*' di Gai. 3.75. D'altro canto, l'aggettivo '*incredibile*' è frequente anche nelle fonti letterarie[32] e non si comprende per quale ragione Gaio non possa averlo impiegato, per giunta in un contesto nel quale esso risulta appropriato al ragionamento giuridico svolto dai *plerique*, forse in opposizione ad altri giuristi propensi a riconoscere il *ius testamenti faciendi* ai *dediticii Aeliani*.

Ma la prova forse più significativa della sostanziale genuinità dei punti segnalati – e di conseguenza dell'intero tratto gaiano qui studiato – è data dal fatto che sia in Gai. 3.75 sia nel successivo Gai. 3.76, Gaio rimarchi proprio la lacunosità e la poca chiarezza della *lex Aelia Sentia*[33] in ordine all'attribuzione ai patroni dei beni dei *dediticii Aeliani* e richiami l'attività interpretativa dei giuristi, che sembra volta sia a colmare le lacune della legge sia, soprattutto, a mettere in consonanza le sue disposizioni con quelle della *lex Iunia*[34]. Quest'ultimo aspetto mi pare particolarmente probante, perché mostra l'esistenza di una coerenza di fondo, interna alle stesse Istituzioni gaiane, tra la parte dedicata al regime successorio dei *dediticii Aeliani* e così pure tra quello previsto per i liberti *Latini Iuniani*, con la parte in cui Gaio, nel primo libro, si occupa delle misure introdotte dalle due leggi, *Aelia Sentia* e *Iunia*, in tema di manomissioni e dei loro effetti sull'acquisto o meno della cittadinanza in capo allo schiavo liberato.

3. Gai. 3,56: la disciplina successoria dei *liberti Latini* (*Iuniani*)

Per sondare meglio questa prospettiva, è utile esaminare Gai. 3.56, in cui è esposta la disciplina successoria dei liberti *Latini* (*Iuniani*):

32 Si veda *Thesaurus Linguae Latinae*, *s.h.v.*

33 Sulle critiche mosse da Gaio al *legis lator* per la formulazione della legge, si vedano le considerazioni di D. Nörr, *Rechtskritik in der römischen Antike*, München 1974, 95 e nt. 38.

34 Sui punti di intersecazione tra le due *leges*, si veda, da ultimo, L. Pellecchi, *Loi Iunia Norbana*, cit., 3.1.

Quae pars iuris ut manifestior fiat, admonendi sumus, id quod alio loco diximus, eos qui nunc Latini Iuniani dicuntur olim ex iure Quiritium servos fuisse, sed auxilio praetoris in libertatis forma servari solitos; unde etiam res eorum peculii iure ad patronos pertinere solita est; postea vero per legem Iuniam eos omnes, quos praetor in libertate tuebatur, liberos esse coepisse et appellatos esse Latinos Iunianos: Latinos ideo, quia lex eos liberos perinde esse voluit atque si essent cives Romani ingenui qui ex urbe Roma in Latinas colonias deducti Latini coloniarii esse coeperunt; Iunianos ideo, quia per legem Iuniam liberi facti sunt, etiamsi non essent cives Romani. Legis itaque Iuniae lator cum intellegeret futurum, ut ea fictione res Latinorum defunctorum ad patronos pertinere desinerent, quia scilicet neque ut servi decederent, ut possent iure peculii res eorum ad patronos pertinere, neque liberti Latini hominis bona possent manumissionis iure ad patronos pertinere, necessarium existimavit, ne beneficium istis datum in iniuriam patronorum converteretur, cavere voluit, ut bona eorum proinde ad manumissores pertinerent, ac si lex lata non esset; itaque iure quodammodo peculii bona Latinorum ad manumissores ea lege pertinent.

Gaio, con un brevissimo *excursus* storico, che fa espresso rinvio per maggiori particolari a quanto già detto *alio loco* (vale a dire in Gai. 1.22[35]), ricorda che coloro che al suo tempo, '*nunc*', erano *Latini Iuniani*, godevano '*olim*' di una mera libertà di fatto tutelata dal pretore ('*auxilio praetoris in libertatis forma servari solitos*'), continuando ad essere considerati schiavi in base al *ius Quiritium*[36], con la conseguenza che i loro beni solitamente spettavano ai patroni '*peculii iure*' ('*unde etiam res eorum peculii iure ad patronos pertinere solita est*'). Successivamente era intervenuta la *lex Iunia*, che aveva riconosciuto a costoro lo *status* di liberi ('*per legem Iuniam liberi facti sunt*'), ma li aveva esclusi dalla cittadinanza romana, concedendo loro la latinità coloniaria, cioè come se fossero cittadini Romani che avessero perso la cittadinanza romana e contestualmente acquistato la latinità per aver partecipato alla deduzione di una colonia latina. In base a tale disposizione di legge essi sono per l'appunto qualificati come *Latini Iuniani*. In questo modo si realizzava una vera e propria *fictio legis*, giacché la latinità coloniaria era acquisita da costoro senza che fossero propriamente nella predetta condizione dei *cives Romani* divenuti *Latini coloniarii*. Ma il gioco delle *fictiones* non si ferma qui.

35 Ma, come sappiamo, la parte corrispondente del manoscritto gaiano è alquanto lacunosa e non ci consente di recuperare tutta la trattazione che il giurista faceva della *lex Iunia*.

36 Si vedano sul punto le considerazioni di E. Volterra, *Manomissioni di schiavi*, cit., 376 ss.

Il *legis lator*[37] della *lex Iunia*, comprendendo come la *fictio* che assimilava questi manomessi ai *Latini coloniarii*[38] avrebbe fatto sì che i beni di costoro non sarebbero potuti andare ai patroni, poiché i liberti, ovviamente, non sarebbero morti come schiavi, sancì che tali beni dovessero appartenere ai manomissori[39], come se la *lex Iunia* non fosse stata promulgata ('*ac si lex lata non esset*') [40], facendo così ricorso a una seconda *fictio*[41]. In questo modo, su questo punto specifico, viene lasciata in piedi la disciplina anteriore alla *lex Iunia*[42], con la conseguenza che i beni dei suddetti liberti, *Latini Iuniani*, sono considerati alla stregua di *peculium*, e quindi di pertinenza dei manomissori ('*itaque iure quodammodo*[43] *peculii bona Latinorum ad manumissores ea lege pertinent*'). Ciò implica la mancanza di *testamenti factio* attiva in capo a questi liberti[44]. Per tale seconda finzione, i beni dei manomessi, alla loro morte, sarebbero perciò spettati '*iure peculii*' al manomissore, poiché costui, per il *ius civile*, continuava ad essere *dominus ex iure Quiritium*[45]. Gaio propone anche una motivazione di questa

37 S. Solazzi, *Gai 3.56*, in *SDHI*, 3 (1937), poi in *Scritti*, IV, 491 s., non esclude che, in questo brano, la locuzione *'legis lator'* possa essere genuina, ipotizzando "che qua *legis lator* non significhi il legislatore astrattamente considerato, bensì individui il personaggio che ha proposto la legge Iunia"; sul punto si veda, da ultima, E. Quadrato, *Legislator*, cit., 61 ss.

38 Sulla prima *fictio*, si veda E. Bianchi, *Fictio iuris*, cit., 377 ss.; Id. *Ancora qualche riflessione*, cit., 152 ss.

39 Non paiono offuscare la chiarezza del ragionamento gaiano le obiezioni di S. Solazzi, *«Quodam modo» nelle Istituzioni di Gaio*, in *SDHI*, 19 (1953), poi in *Scritti*, V, Napoli 1972, 508, che ritiene *'voluit'* incompatibile con *'existimavit'*, perché pleonastico, e di H.L.W. Nelson, U. Manthe, *Gai Institutionum III 1.87*, cit., 157, secondo i quali *'voluit'* sarebbe l'aggiunta di un copista. E. Quadrato, *Legislator*, cit., 63 s. e nt. 16, sottolinea il reiterato richiamo alla volontà del *legislator* da parte di Gaio, sia con l'impiego della locuzione *'cavere voluit'* sia con l'enunciazione del fine da questi perseguito (*'ut bona eorum proinde ad manumissores pertinerent'*) sia con l'impiego del verbo *'intellegere'*, che rimanderebbe alle sue intenzioni, sia, infine, con l'impiego del verbo *'existimare'*, che manifesterebbe con particolare chiarezza la volontà del magistrato proponente.

40 L. Cantarelli, *Il frammento berlinese*, cit., 34 s., osserva come tale *fictio* rientri nell'ambito delle finzioni negative, come *'si capite diminutus non esset'*, *'si homo usucaptus non esset'*, *'si mancipio non dedisset'*, *'si arbor non coaluisset'*, *'si se alieno iuri non dedisset'*, le quali avrebbero avuto come fine una sorta "di restituzione nella primitiva condizione giuridica".

41 Sulla seconda *fictio*, si veda E. Bianchi, *Fictio iuris*, cit., 390 ss.; Id. *Ancora qualche riflessione*, cit., 162 ss.

42 A.J.B. Sirks, *Informal Manumission*, cit., 255, a questo proposito, osserva: "*Apart from all the prohibitions of the lex Junia, the last fiction of the law ('ac si lex lata non esset') is remarkable. Its effect is that the restatement of the informal freedom in the terms of civil law fits exactly the original situation. At the same time it is a strong argument to assume that the goal of informal manumission was the securing of the complete estate of the informally freed man or woman, by the master or mistress*".

43 E. Nicosia, *«Moriuntur ut servi»?*, cit., 1831 ss., rileva come l'avverbio *'quodammodo'* sia utilizzato da Gaio per instaurare dei paralleli tra situazioni giuridiche corrispondenti, ma che, al tempo stesso, egli terrebbe nettamente distinte e, sulla base di tale considerazione, sostiene che l'acquisto del patrimonio del Latino Iuniano da parte del patrono non sarebbe avvenuto *'iure peculii'*, ma in base a un titolo giustificativo diverso.

44 Principio enunciato anche in Tit. Ulp. 20.14, per il quale si veda *infra* nel testo.

45 Secondo M. Talamanca, *Pubblicazioni pervenute alla direzione*, cit., 784, Gaio avrebbe voluto specificare che, pur ricadendo i beni nel patrimonio del manomissore, "il patrono non li ottiene soltanto *iure dominii* (perché il latino giuniano, al momento della morte, viene considerato, ai fini del regime giuridico dei

scelta del legislatore; egli fa riferimento ad un attento contemperamento degli interessi tra schiavi liberati e patroni: il *beneficium* che la legge introduce a favore dei primi, concedendo loro la piena libertà (pur attenuata dal riconoscimento della sola latinità coloniaria), non doveva produrre un danno (*iniuria*) a carico degli *ex* padroni, ora *patroni*; di qui la scelta di mantenere i rapporti patrimoniali precedenti alla legge, privando della libertà di testare i liberti e riconoscendo ai patroni il diritto di ottenere i loro beni come se si trattasse di un peculio[46]. Si noti l'uso del termine *'iniuria'* per designare lo svantaggio che ai patroni sarebbe potuto conseguire dalla mancata correzione del *beneficium* concesso agli schiavi liberati senza rispettare le formalità manomissorie. Il termine sembra infatti denotare non solo e non tanto un danno economico puro e semplice, ma anche – e forse soprattutto – una sorta di offesa morale inferta ai patroni, i quali potevano anche aver deciso di manomettere il loro schiavo informalmente, contando anche sulla futura possibilità di ottenere appunto il patrimonio lasciato dal loro *ex* schiavo al momento della sua morte[47].

Un'ultima considerazione: nel passo esaminato Gaio sembra presentare la legislazione iuniana come piuttosto precisa e, soprattutto, attenta ai diversi interessi in gioco. Il legislatore, con un espediente tecnico complesso e raffinato, come la duplice *fictio* di cui s'è detto, sembra essersi posto carico di una serie di problematiche, anche applicative, derivanti dal riconoscimento concesso agli schiavi liberati con manomissioni informali; sullo sfondo stanno probabilmente problemi e tendenze sociali, forse anche tensioni sociali, che possono aver suggerito di formalizzare in qualche misura la libertà di tali soggetti, evitando però che essi acquisissero la piena cittadinanza romana ed evitando altresì di compromettere gli interessi economici dei loro *ex* padroni.

---

bona, come uno schiavo), ma come un *peculium* (con la conseguenza di dover rispondere, nei limiti dell'attivo, per le obbligazioni contratte dal liberto), ancorché, a stretto rigore, un peculio non esista".

46 A questo proposito E. Bianchi, *Fictio iuris*, cit., 391, osserva: "Questo secondo ricorso alla *fictio* è di tutta singolarità, in quanto è la medesima *lex* che impone di essere considerata, per quanto attiene alla spettanza dei beni degli schiavi informalmente manomessi, come se non fosse stata promulgata".

47 Il principio secondo il quale il beneficio della libertà debba in qualche modo essere remunerato emerge anche dal ragionamento di Servio, riferito da Ulpiano in D. 38.2.1 pr. (Ulp. 42 *ad ed.*). Più in generale, su *beneficium* e *iniuria* nei rapporti tra *dominus* e *servus*, si veda G. Giliberti, *Beneficium e iniuria nei rapporti col servo. Etica e prassi giuridica in Seneca*, in *Sodalitas. Studi in onore di Antonio Guarino*, IV, Napoli 1984, 1843 ss.

Sappiamo peraltro che il testo legislativo non affrontava tutti i problemi astrattamente prospettabili. Lo stesso Gaio (Gai. 3.63 ss.) ci ricorda che dovette intervenire un senatoconsulto, oggetto di dibattito giurisprudenziale, (Gai. 3.64, che menziona in particolare l'opinione espressa in merito da Pegaso), per precisare alcuni aspetti strettamente successori del destino dei beni dei *liberti Latini* o *Iuniani* che dir si voglia. Tuttavia la *lex Iunia* ci è presentata da Gaio come piuttosto precisa ed attenta nell'affrontare i nodi, per così dire, più 'socialmente sensibili' della *libertas* e dello *status civitatis* concesso. Diverso è il caso, come già abbiamo visto e come vedremo ora meglio, della *lex Aelia Sentia*.

4. Le lacune della *lex Aelia Sentia* in materia successoria e l'intervento dell'*interpretatio* giurisprudenziale

Che la *lex Aelia Sentia* non avesse adeguatamente disposto in materia successoria, risulta, sia pure in maniera implicita, dalla precedente trattazione gaiana relativa alla condizione giuridica dei *dediticii Aeliani* riportata in Gai. 1.25:

> *Hi vero qui dediticiorum numero sunt, nullo modo ex testamento capere possunt, non magis quam quilibet peregrinus, nec ipsi testamentum facere possunt secundum id quod magis placuit.*

Gaio enuncia due princìpi strettamente correlati tra loro: i soggetti ricompresi nel novero dei *dediticii* non possono in alcun modo ricevere per testamento, così come avviene per qualsiasi straniero[48], né, secondo l'opinione prevalente, fare essi stessi testamento. Tra i due princìpi, tuttavia, emerge un evidente profilo di distinzione: la statuizione sancita dal primo pare indiscussa e priva di alcun margine di incertezza; il secondo, invece, parrebbe il risultato di una disputa di carattere giurisprudenziale (come denota la locuzione '*id quod magis placuit*'[49]), conclusa con il prevalere dell'opinione secondo la quale i *dediticii Aeliani* sarebbero privi anche della

48 I *peregrini* non possono essere eredi né testamentari né *ab intestato* di un cittadino Romano, né ricevere legati (Gai. 2.110) e un senatoconsulto *ex oratione* di Adriano, li privò anche della capacità di ricevere fedecommessi (Gai. 2.287); sul punto si veda P. Voci, *Diritto ereditario romano*, 2ª ed., I, cit., 408.

49 M. Brutti, *Gaio e lo ius controversum*, in *AUPA*, 55 (2012), 117, osserva, sia pure in riferimento a un altro passo gaiano, che "L'uso della forma verbale *placuit*, a proposito del parere adottato, è la spia semantica di uno *ius controversum*".

capacità di fare testamento, come ribadito nel successivo Gai. 3.75. Il fatto che all'affermazione di tale principio si sia giunti dopo lo svolgimento di un dibattito giurisprudenziale nel corso del quale, come si può chiaramente dedurre dalla trattazione gaiana, l'opinione riferita avrebbe prevalso, conferma quanto verrà ribadito due volte in Gai. 3.75-76: vale a dire che il *legis lator* della *lex Aelia Sentia* non si fosse preoccupato di disporre su tale punto o che, comunque, non fosse stato chiaro ed esauriente[50].

Ciò posto, la riflessione giurisprudenziale volta a colmare tale lacuna dovette confrontarsi anche con quanto disposto dalla *lex Iunia*, la quale aveva attribuito '*iure peculii'* ai patroni i beni dei *Latini Iuniani*, mediante la *fictio* '*ac si lex lata non esset*', proprio per evitare che il beneficio dato agli schiavi liberati non si trasformasse in un'*iniuria* per i manomissori ('*ne beneficium istis datum in iniuriam patronorum converteretur*')[51]. Gaio, in precedenza (Gai. 1.23), aveva peraltro già notato che la *lex Iunia* non permetteva ai *Latini Iuniani* né di fare testamento[52], né di ricevere per testamento[53]: '*Non tamen illis permittit lex Iunia vel ipsis testamentum facere, vel ex testamento alieno capere, vel tutores testamento dari*'. Non è chiaro se tali restrizioni o incapacità che

50 Tale lacuna risulta ancora più sorprendente quando si considerino le minuziose disposizioni dettate dalla *lex* in merito ad altri profili concernenti la condizione dei *dediticii Aeliani*, riferite in Gai. 1.26-27: 26. *Pessima itaque libertas eorum est qui dediticiorum numero sunt; nec ulla lege aut senatusconsulto aut constitutione principali aditus illis ad civitatem Romanam datur.* 27. *Quin etiam in urbe Roma vel intra centesimum urbis Romae miliarium morari prohibentur; et si qui contra ea fecerint, ipsi bonaque eorum publice venire iubentur ea condicione, ut ne in urbe Roma vel intra centesimum urbis Romae miliarium serviant neve unquam manumittantur; et si manumissi fuerint, servi populi Romani esse iubentur. Et haec ita lege Aelia Sentia conprehensa sunt.* Dopo aver qualificato come *'pessima'* la libertà di questi manomessi, poiché non si permette loro di ottenere la cittadinanza romana né per legge, né per senatoconsulto, né per costituzione del principe, Gaio riferisce del divieto per costoro di risiedere a Roma ed entro cento miglia dalla città, disponendo la *lex*, nel caso di violazione del divieto, la vendita pubblica come schiavi degli stessi liberti e dei loro beni, con l'obbligo di servire fuori Roma e al di fuori delle cento miglia dalla città, con il divieto di ulteriore manomissione da parte dei nuovi proprietari e, nel caso di violazione di quest'ultimo, con la previsione che essi siano schiavi del popolo romano. Ora, se ricolleghiamo tale trattazione con quella di Gai. 3.75, risulta con una certa evidenza come la *lex Aelia Sentia* abbia voluto, da un lato, relegare al livello sociale più basso questi liberti, ma, dall'altro lato, anche scoraggiarne le manomissioni: la disposizione riferita in Gai. 1.27, infatti, è fortemente penalizzante nei confronti degli stessi patroni, che avrebbero evidentemente perso qualsiasi aspettativa successoria in ordine ai beni di quei liberti *dediticii* che fossero rientrati a Roma o entro la cerchia di cento miglia dalla città.

51 Sul punto si veda, da ultimo, L. Pellecchi, *Loi Iunia Norbana*, cit., 2.1.2.

52 Salvo che il patrono iteri la manomissione del Latino Iuniano, adottando una manomissione di *ius civile* (come risulta da Tit. Ulp. 3.4; Frg. Dosith. 14; Plin. *Epist.* 7.16.2, nonché dal lacunoso Gai. 1.35) oppure che il Latino Iuniano giunga alla cittadinanza romana senza l'iterazione della manomissione, come risulta da Gai. 3.72-73; sul punto si veda, da ultimo, L. Pellecchi, *Loi Iunia Norbana*, cit., 2.1.2.

53 Gai 1.24 precisa però che la loro incapacità è limitata alle ipotesi di eredità e di legato, ma che non si estendeva alle disposizioni a loro favore date tramite fedecommesso.

dir si voglia fossero espressamente previste dalla legge, oppure dipendessero dalla menzionata *fictio* in base alla quale i beni dei *Latini Iuniani* appartenevano ai manomissori '*ac si lex lata non esset*' e, dunque, come se fossero morti schiavi. Se fosse corretta questa seconda ipotesi, si potrebbe pensare, anche in questo caso, ad una sorta di applicazione interpretativa della legge – a cui ben avrebbero potuto partecipare i giuristi – che, partendo dalla *fictio*, aveva condotto alla predetta affermazione gaiana secondo cui la stessa legge escludeva la *testamenti factio* sia attiva che passiva appunto dei *Latini Iuniani*. Sul punto non pare che si possa giungere ad una conclusione certa, anche se è suggestivo individuare, sia pure induttivamente, una traccia di un possibile intervento dell'interpretazione giurisprudenziale, che trae da una disposizione normativa come quella in esame, basata sulla *fictio* e assai circostanziata, più generali conseguenze in ordine ai limiti della capacità testamentaria di tali soggetti. Si aggiunga che dal discorso gaiano non paiono sussistere dubbi in merito, eventualmente dipendenti da un contrasto o anche solo da un dibattito giurisprudenziale. Diverso è invece il caso dei *dediticii Aeliani*, ove il dibattito è invece testimoniato da Gaio in modo esplicito ed è fatto dipendere, come si è visto, da una lacuna della legge.

5. Un confronto con Frg. Berol. 1.2

Alla luce delle considerazioni svolte, possiamo ora porre a confronto il tratto delle Istituzioni di Gaio che si occupa dei *bona* dei *dediticii Aeliani* con Frg. Berol. 1.2 (FIRA 2², 625 s.)[54]:

> *Sed cum lege de bonis rebusque eorum hominum ita ius dicere iudicium reddere praetor iubeatur, ut ea fiant, quae futura forent, si dediticiorum numero facti non essent, videamus, ne verius sit quod quidam senserunt et de universis bonis et de singulis.*

Il frammento, pur sintetico ed allusivo, sembra riportare un breve e parziale tratto di un provvedimento legislativo che, per la materia di cui si occupa, potrebbe

54 Sul frammento e per la bibliografia più risalente, si fa rinvio a L. Cantarelli, *Il frammento berlinese de dediticiis*, cit., 27 ss. e, più di recente, a E. Bianchi, *Fictio iuris*, cit., 393 ss.

essere, sia pure con incertezza, identificato con la *lex Aelia Sentia*. Il tratto in questione è '*de bonis rebusque eorum hominum ita ius dicere iudicium reddere praetor iubeatur, ut ea fiant, quae futura forent, si dediticiorum numero facti non essent*', il cui stile e il cui contenuto, con iterazioni e precisazioni particolareggiate, pare comunque compatibile, anche con un certo grado di probabilità, con lo stile legislativo della fine del I secolo a.C. Sembra particolarmente rilevante l'accenno alla *fictio* in base alla quale il pretore deve '*ius dicere*' e '*iudicium reddere*' in ordine ai *bona* e alle *res* di non meglio precisati *homines*: '*si dediticiorum numero facti non essent*'. Il collegamento con la *lex Aelia Sentia* viene spontaneo (o meglio, con quanto noi sappiamo di tale legge da Gaio) – anche se, ovviamente, non può dirsi certo – tanto più se si confronta il frammento in esame con il passo gaiano dedicato ai *dediticii Aeliani*. La *fictio* suddetta va infatti raffrontata con quanto Gaio afferma in ordine ai *bona* di tali *dediticii* (Gai. 3.75-76), e cioè:

- che sarebbero spettati ai loro patroni come se fossero beni di cittadini Romani – sottointeso liberti –, qualora, i manomessi, avessero potuto ottenere la cittadinanza romana, per non essersi macchiati di alcun vizio ('*eorum bona qui, si in aliquo vitio non essent, manumissi cives Romani futuri essent, quasi civium Romanorum patronis eadem lege tribuuntur*');
- che sarebbero spettati sempre ai loro patroni, ma come se i manomessi fossero morti Latini, qualora essi avrebbero ottenuto la latinità Iuniana se non si fossero macchiati di qualche vizio ('*bona, qui, si non in aliquo vitio essent, manumissi futuri Latini essent, proinde tribuuntur patronis, ac si Latini decessissent*').

Le espressioni '*quasi civium Romanorum* (sottointeso *bona*) *patronis eadem lege tribuuntur*' e '*ac si Latini decessissent*', alludono a *fictiones*, rispettivamente di cittadinanza romana e di latinità; il dato pare compatibile con la *fictio* '*si dediticiorum numero facti non essent*'[55] di Frg. Berol. 1.2 e si presenta, anzi, come una sua ulteriore precisazione,

55 E. Bianchi, *Fictio iuris*, cit., 393 ss., osserva, con cautela, come la *fictio* paia concepita in termini negativi, ma sottolinea la mancanza di "elementi atti a ricostruirne con sufficienti margini di sicurezza l'effettiva struttura" e non esclude, data la lacunosità del frammento, che quella alla quale il passo allude "costituisca sicuramente una *fictio legis*".

dipendente dal diverso *status* in astratto acquisibile dai servi manomessi, ovviamente '*si in aliquo vitio non essent*':

- la cittadinanza romana, se fossero stati rispettati i tre requisiti previsti per la piena validità delle manomissioni dalla *lex Aelia Sentia*;

- la latinità Iuniania in base sia alla stessa *lex Aelia Sentia*, sia alla *lex Iunia*, se fosse mancato anche uno solo dei predetti requisiti.

Resta aperto il dubbio, ammesso che Frg. Berol. 1.2 sia riferibile alla *lex Aelia Sentia*, se quest'ultima abbia analiticamente previsto le due *fictiones* di cui sopra o se si sia limitata a disporre la *fictio* '*si dediticiorum numero facti non essent*'. In questo secondo caso le altre due, più precise, *fictiones* non sarebbero che conseguenza diretta, ma implicita, della prima e presupporrebbero verosimilmente un lavoro interpretativo sul testo della legge. Non sembra sia possibile sciogliere il dubbio dalla lettura di Gai. 3.74-76: Gaio, in questo tratto delle sue Istituzioni, pur richiamando le lacune della *lex Aelia Sentia*, menziona infatti il dibattito giurisprudenziale solo in merito all'eventuale concessione della *testamenti factio* ai *dediticii*, che sarebbero divenuti cittadini Romani '*si in aliquo vitio non essent*' (in sintonia, del resto, con Gai. 1.25). Quanto alla *fictio* (o alle *fictiones*), Gaio si limita ad affermare che i *bona* di tali *dediticii* sono attribuiti ai loro patroni dalla legge, come se fossero beni di liberti cittadini Romani: '*quasi civium Romanorum patronis eadem lege tribuuntur*'; l'espressione '*eadem lege tribuuntur*', in effetti, sembra poter alludere sia ad una *fictio* direttamente ed esplicitamente prevista ed enunciata dalla legge, sia ad un effetto dipendente da una disposizione normativa più generale, quale la *fictio* '*si dediticiorum numero facti non essent*'.

Al di là del problema di quale fosse l'esatto tenore della *fictio* (o delle *fictiones*) della *lex Aelia Sentia*, occorre notare come proprio tale tecnica accomuni, significativamente, quest'ultima alla *lex Iunia*. In entrambi i provvedimenti viene impiegata la *fictio* allo scopo di garantire che il patrimonio degli schiavi liberati ritorni al momento della loro morte ai loro manomissori. Si può aggiungere che il dato ricavabile da Frg. Berol. 1.2, nella misura in cui la legge ivi menzionata sia davvero la

lex Aelia Sentia, se posto a confronto con Gai. 3.74-76, potrebbe rafforzare l'ipotesi che la *lex Iunia* sia anteriore alla *lex Aelia Sentia*[56]: quest'ultima sembrerebbe infatti presupporre la già avvenuta concessione della latinità agli schiavi liberati con manomissioni informali, intervenendo, non solo per prevedere la figura dei *liberti dediticii* o *Aeliani*, ma anche per introdurre il requisito per lo schiavo di avere almeno trent'anni per ottenere la cittadinanza romana, in mancanza del quale egli, ancorché liberato con una *legitima manumissio*, diventa Latino[57] proprio in base alla *lex Iunia*.

6. Gai. 1.29 e il problema della successione cronologica tra *lex Iunia* e *lex Aelia Sentia*

In relazione al suddetto requisito dell'età possediamo un passo di Gaio che illustra il beneficio specifico dell'acquisto della cittadinanza romana concesso a certe condizioni dalla *lex Aelia Sentia* allo schiavo manomesso prima dei trent'anni, passo che pare alquanto significativo in merito al problema della successione cronologica tra le due leggi, Gai. 1.29:

> *Statim enim ex lege Aelia Sentia minores triginta annorum manumissi et Latini facti si uxores duxerint vel cives Romanas vel Latinas coloniarias vel eiusdem condicionis cuius et ipsi essent, idque testati fuerint adhibitis non minus quam septem testibus civibus Romanis puberibus, et filium procreaverint, cum is filius anniculus esse coeperit, datur eis potestas per eam legem adire praetorem vel in provinciis praesidem provinciae, et adprobare se ex lege Aelia Sentia uxorem duxisse et ex ea filium anniculum habere; et si is apud quem causa probata est, id ita esse pronuntiaverit, tunc et ipse Latinus et uxor eius, si et ipsa eiusdem condicionis sit, et filius, si et ipse eiusdem condicionis sit, cives Romani esse iubentur.*

56 Si vedano a questo proposito le considerazioni di M. Balestri Fumagalli, *Lex Iunia*, cit., 197 ss.; 204 ss. ed E. Bianchi, *Fictio iuris*, cit., 397.

57 Salvo il caso che la *manumissio* sia *iusta* e sottoposta al previo controllo di un apposito consiglio, come risulta da Gai. 1.18-21: 18. *Quod autem de aetate servi requiritur, lege Aelia Sentia introductum est. Nam ea lex minores XXX annorum servos non aliter voluit manumissos cives Romanos fieri, quam si vindicta, apud consilium iusta causa manumissionis adprobata, liberati fuerint.* 19. *Iusta autem causa manumissionis est veluti si quis filium filiamve aut fratrem sororemve naturalem, aut alumnum, aut paedagogum, aut servum procuratoris habendi gratia, aut ancillam matromonii causa apud consilium manumittat.* 20. *Consilium autem adhibetur in urbe Roma quidem quinque senatorum et quinque equitum Romanorum puberum; in provinciis autem viginti recuperatorum civium Romanorum, idque fit ultimo die conventus; sed Romae certis diebus apud consilium manumittuntur. Maiores vero triginta annorum servi semper manumitti solent, adeo ut vel in transitu manumittantur, veluti cum praetor aut pro consule in balneum vel in theatrum eat.* 21. *Praeterea minor triginta annorum servus manumissus potest civis Romanus fieri, si ab eo domino qui solvendo non erat, testamento eum liberum et heredem relictum* – 24 -.

Gaio ricorda una disposizione della legge *Aelia Sentia* in base alla quale il liberto manomesso prima dei trent'anni e divenuto perciò Latino, può acquisire la cittadinanza romana se abbia avuto un figlio che abbia raggiunto l'età di un anno, da matrimonio contratto con una donna cittadina Romana o Latina coloniaria o della sua stessa condizione (il che parrebbe dire *ex* schiava manomessa in maniera irregolare e quindi appartenente allo stesso *status* di latinità del marito). L'acquisto della cittadinanza avviene a seguito di un procedimento da svolgersi innanzi al pretore o, nelle province, al preside, che hanno il compito di controllare la veridicità di tale situazione familiare. Sembra qui rilevante l'affermazione di Gaio che, in base alla *lex Aelia Sentia*, il minore di trent'anni manomesso diventi Latino[58]: è certo possibile che la legge abbia autonomamente stabilito tale effetto nel caso di un tal genere di manomissione, ma è altrettanto possibile – e forse ancor più probabile – che la *lex Aelia Sentia* sia intervenuta dopo la *lex Iunia*, introducendo il suddetto ulteriore limite dell'età per la piena efficacia delle manomissioni sul piano dell'acquisto della *civitas*, ma mantenendo per i manomessi che rientravano in tale ipotesi l'acquisizione della latinità Iuniana, ormai consolidata dall'applicazione del precedente provvedimento legislativo.

All'esito di questo confronto, l'ipotesi della anteriorità della *lex Iunia* appare rafforzata, ma in ogni caso i dati testuali che si è cercato di valorizzare, ricavabili in particolare dalle Istituzioni gaiane, non sono ancora definitivamente probanti. È perciò prudente riassumere il complesso intreccio tra le due leggi nel modo più possibile neutrale rispetto al problema della datazione, tanto più che per Gaio l'aspetto sicuramente più rilevante era l'esposizione del diritto vigente alla sua epoca, alla luce del quale l'esatta successione cronologica delle due leggi appariva verosimilmente aspetto secondario, pur nell'ambito della tendenza gaiana di prestare sempre un'attenzione piuttosto scrupolosa alla storia degli istituti e al dato storico in genere. Tenendo conto di quest'avvertenza, si potrebbe proporre la sintesi seguente,

58 Cfr. anche, appena dopo il passo in esame, Gai. 1.31: *Hoc tamen ius adipiscendae civitatis Romanae etiamsi soli minores triginta annorum manumissi et Latini facti ex lege Aelia Sentia habuerunt, tamen postea senatusconsulto, quod Pegaso et Pusione consulibus factum est, etiam maioribus triginta annorum manumissis Latinis factis concessum est*, ove è ribadito che il beneficio venne concesso dalla *lex Aelia Sentia* ai soli minori di trent'anni *manumissi et Latini facti*.

in cui si è cercato di prescindere dalla possibile sequenza temporale intercorsa tra l'una e l'altra *lex*: prima della *lex Aelia Sentia* lo schiavo che si trovasse nelle condizioni elencate da Gai. 1.13 – e quindi che '*in aliquo vitio esset*', per dirla con Gai. 3.75 –, se liberato, sarebbe diventato cittadino Romano, qualora la manomissione fosse stata *legitima*; non lo sarebbe diventato, ma avrebbe potuto godere della tutela pretoria, se la manomissione fosse stata informale, oppure, alla luce della *lex Iunia*, in questo secondo caso avrebbe acquisito la latinità Iuniana. Con l'intervento della *lex Aelia Sentia*, in entrambi i casi egli sarebbe diventato *dediticius*.

7. Il dibattito giurisprudenziale sul destino dei *bona* dei liberti *dediticii*: Gaio e i *plerique*

Sia Gai. 3.75 sia Frg. Berol. 1.2 fanno riferimento a un dibattito giurisprudenziale sul destino dei *bona* dei liberti *dediticii*. Gaio riporta, adesivamente, l'opinione di *plerique* che avevano escluso che i *dediticii* avessero la *testamenti factio*, qualora al momento della manomissione si fossero trovati nella condizione di poter diventare cittadini Romani '*si in aliquo vitio non essent… Non tamen hi habent etiam testamenti factionem; nam id plerisque placuit, nec inmerito*: *nam incredibile videbatur pessimae condicionis hominibus voluisse legis latorem testamenti faciendi ius concedere*'. Frg. Berol. 1.2, nella sua lacunosità, accenna soltanto implicitamente all'esistenza di una discussione giurisprudenziale '*de bonis rebusque eorum hominum*' (cioè i *dediticii*), ponendo il problema se l'opinione o soluzione proposta da non meglio precisati *quidam* sia o meno più vera (*verius*) [59], rispetto ad altra (o ad altre), senza però che il frammento contenga ulteriori precisazioni in merito: '…*videamus, ne verius sit quod quidam senserunt et de universis bonis et de singulis*'. Allo stato, il possibile rapporto sul punto tra il passo gaiano e il frammento berlinese è assai problematico per non dire enigmatico: non è dato sapere se i *quidam* di Frg. Berol. 1.2 corrispondessero ai *plerique* di Gaio o

59 Sull'impiego del comparativo '*verius*', assai frequente nelle fonti nelle fonti giurisprudenziali, si veda, per tutti, M. Bretone, *Ius controversum nella giurisprudenza classica*, in *Atti dell'Accademia Nazionale dei Lincei*, anno CDV-2008, *Classe di Scienze morali, storiche e filologiche. Memorie*, serie IX, volume XXIII, fascicolo 3, Roma 2008, 834 ss.

fossero con essi in opposizione. Si può solo constatare che entrambe le fonti attestano l'esistenza di un dibattito giurisprudenziale sulle conseguenze, per così dire patrimoniali, della *lex Aelia Sentia* e che Gaio aderisce all'opinione maggioritaria che, come detto, negava la *testamenti factio* ai liberti *dediticii* che fossero nella suaccennata condizione.

Per comprendere meglio il problema affrontato dai *plerique* citati da Gaio e la soluzione da loro proposta, è utile la lettura di Tit. Ulp. 20.14:

> *Latinus Iunianus, item si qui dediticiorum numero est testamentum facere non potest: Latinus quidem, quoniam nominatim lege Iunia prohibitus est, is autem qui dediticiorum numero est, quoniam nec quasi civis Romanus testari potest, cum sit peregrinus, nec quasi peregrinus, quoniam nullius certae civitatis civis est, ut secundum leges civitatis suae testetur.*

Il brano riguarda la capacità di fare testamento dei *Latini Iuniani* e dei *dediticii Aeliani* (pur se non è espressamente nominata la *lex Aelia Sentia*); in sostanza esso precisa che i *Latini Iuniani* non possono fare testamento perché lo vieta loro '*nominatim*' la *lex Iunia*; lo stesso è da dirsi per i *dediticii*, poiché qualora siano considerati alla stregua di cittadini Romani, egualmente non possono testare in quanto *peregrini*; inoltre la loro condizione di *peregrini* è qualificata dall'essere '*nullius certae civitatis*', con la conseguenza che essi non possono neppure fare testamento, come se fossero *peregrini* ('*quasi peregrinus*'), secondo l'ordinamento giuridico di una *civitas* straniera, posto che non appartengono a nessuna di esse[60]. In modo forse un po' faticoso e sintetico il passo conferma i dati ricavabili da Gai. 3.74-76 e, in primo luogo, che la *lex Aelia Sentia* non avrebbe precisato che i *dediticii Aeliani* fossero privi

60 E. Volterra, *Manomissione e cittadinanza*, cit., 403, a questo proposito, osserva che la *lex Aelia Sentia*, stabilendo che determinati manomessi fossero ricompresi nel novero dei *dediticii*, non avrebbe creato una categoria di liberi privi di uno *status civitatis*, ma li avrebbe posti, nei confronti di Roma, in uno stato giuridico uguale, se non peggiore, a quello che avevano i membri delle *civitates dediticiae*, "pur non iscrivendoli materialmente fra la popolazione di una determinata città *dediticia*. Questa situazione è avvertita dall'autore dei *Tituli ex corpore Ulpiani*, il quale nel passo citato non dice che il *dediticius aelianus* manca di uno *status civitatis*, ma che *nullius certae civitatis est*, cioè che non è membro di una data *civitas*, pur godendo di una situazione giuridica analoga, e cioè soltanto per precisare che non gli si possono applicare le norme successorie vigenti presso alcune popolazioni". Si veda ancora Id., *Gli ἀπόλιδες*, cit., 476.

di *testamenti factio*[61], come invece aveva disposto *'nominatim'* la *lex Iunia* in ordine ai *Latini Iuniani*.

Sul mero piano delle ipotesi, si potrebbe anche aggiungere che Tit. Ulp. 20.14 riporti ancora un'eco, sia pure semplificata, del ragionamento che stava alla base dell'opinione dei *plerique* menzionati adesivamente da Gaio. A ben guardare, infatti, Gai. 3.75 nulla dice sulle motivazioni giuridiche addotte per sostenere tale opinione; Gaio si limita, come detto, ad aderirvi richiamando motivazioni di ordine per così dire sociale ed etico, ma non di ordine strettamente giuridico ('*nam incredibile videbatur pessimae condicionis hominibus voluisse legis latorem testamenti faciendi ius concedere*'), come invece fa, pur entro certi limiti, il passo dei *Tituli ex corpore Ulpiani*. Forse anche un elemento che può aver avuto un proprio peso nel ragionamento dei *plerique* potrebbe esser stata la circostanza che la *lex Iunia* disponeva invece espressamente l'incapacità di testare, tra l'altro per schiavi liberati che non si trovavano nelle condizioni (o *vitia*, che dir si voglia) dei *dediticii Aeliani* e dunque che erano socialmente più meritevoli di questi ultimi.

8. Le *fictiones* di piena cittadinanza e di latinità e le loro conseguenze sul piano successorio nell'ottica di Gaio

Ritorniamo ora a Gai. 3.74-76, per tentare di esplorare le conseguenze, sul piano propriamente successorio, delle due *fictiones*, di piena cittadinanza e di latinità Iuniana, che, come abbiamo cercato di mostrare, sembrano il frutto dell'interpretazione giurisprudenziale a partire da una ipotetica clausola legislativa '*si dediticiorum numero facti non essent*'.

Posto che, come detto, secondo i *plerique*, per i liberti *dediticii*, che sarebbero diventati cittadini romani in assenza di vizi, non poteva aver luogo una successione testamentaria[62], si può dedurre che, sempre per i *plerique*, per tali *dediticii* potesse

61 Così anche M. Humbert, *Le status civitatis*, cit., 164 s.

62 P. Voci, *Diritto ereditario romano*, 2ª ed., I, cit., 389, afferma, genericamente, che "si ha devoluzione a favore dei patroni, a titolo ereditario".

trovare applicazione la successione *ab intestato*, che attribuiva ai patroni i beni dei *dediticii Aeliani*, come se fossero stati liberti cittadini Romani.

Si apre però un problema: è noto come la successione *ab intestato* del liberto sottostia a regole specifiche[63]; la materia, estremamente complessa, può essere qui richiamata nelle sue linee essenziali: le XII Tavole[64] chiamavano innanzi tutto i *sui* e, in assenza di questi – non avendo il liberto né *adgnati*, né *gentiles* – il patrono o la patrona e, in assenza anche di costoro, i discendenti *adgnati* del patrono, ivi compresi i figli che costui avesse diseredato e, infine, i *gentiles*[65] del patrono.

Anche la successione *ab intestato* pretoria è disciplinata da regole specifiche, che contemperano i princìpi generali stabiliti dal pretore per la successione *ab intestato* con le aspettative del patrono e della famiglia di questi sul patrimonio del liberto. Tale successione prevede sette ordini di chiamati[66]: I) *unde liberi*, i figli e i discendenti del liberto, ma se il liberto avesse avuto soltanto figli adottivi o la moglie *in manu*, il pretore avrebbe accordato al patrono e ai figli maschi di questi la *bonorum possessio dimidiae partis*; II) *unde legitimi*, cioè gli eredi del *ius civile* (*sui*, patrono o patrona, *adgnati* e *gentiles* del patrono); III) *unde cognati*, i parenti del liberto; IV) la famiglia del patrono; V) il patrono o la patrona del patrono e i loro discendenti, sul presupposto, evidentemente, che il patrono fosse a sua volta un liberto; VI) *unde vir et uxor*, il coniuge superstite; VII) *unde cognati manumissoris*.

Infine sulla materia intervenne la *lex Papia Poppaea*[67], ma solo nel caso in cui il liberto avesse lasciato un patrimonio pari o superiore ai 100.000 sesterzi, attribuendo ai patroni la qualifica di *bonorum possessores*. Inoltre tale *lex* distingue, in ordine alla successione del liberto, la posizione del patrono da quella della patrona; tiene fermo il principio secondo il quale, in merito alla successione della liberta, il patrono e la

63 Sulla materia della successione del patrono nei beni del liberto si veda, per tutti, C. Masi Doria, *Bona libertorum*, cit., 4 ss.

64 XII Tab. 5.8; Gai. 3.40 ss.; Tit. Ulp. 29.1 ss.; Nov. Th. Val. 24. C. 6.4.4; I. 3.6.10; I. 3.7; sulla materia si vedano gli Autori citati *supra* alla nt. 1.

65 È superfluo precisare che la chiamata dei *gentiles* è ormai caduta in desuetudine in età classica, come precisa lo stesso Gaio in Gai. 3.17.

66 Gai. 3.41 ss.; Tit. Ulp. 28.7; Tit. Ulp. 29.1 ss.; sulla materia si vedano gli Autori citati *supra* alla nt. 1.

67 Gai. 3.42 ss.; sulla materia si vedano gli Autori citati *supra* alla nt. 1.

patrona sono preferiti rispetto ai figli della liberta; dispone in ordine alla posizione dei figli del patrono, distinguendo la posizione del figlio da quella della figlia, e in merito alla posizione dei figli della patrona.

Ora, pur con le restrizioni e i vari adattamenti che si sono succeduti, non v'è dubbio che da un punto di vista successorio la posizione dei liberti cittadini Romani fosse privilegiata rispetto ai liberti *Latini Iuniani*. I beni di questi ultimi, infatti, andavano al patrono *iure peculii* e non si poneva alcun problema di un'apertura della successione, ancorché *ab intestato*, in cui fossero in qualche misura tutelati i loro discendenti. Un'applicazione formalmente rigorosa della *fictio* di cittadinanza, avrebbe condotto ad un trattamento più favorevole per liberti la cui libertà era però qualificata *'pessima'* (Gai. 1.26) e che erano ritenuti talmente indegni da un punto di vista sociale – Gaio parla in proposito di una condizione di *turpitudo* (Gai. 1.15) –, da proibire loro di vivere a Roma ed entro cento miglia dalla stessa (Gai. 1.27) e di prevedere per loro l'impossibilità di acquisire la cittadinanza romana (Gai. 1.26).

Eppure, a leggere almeno quanto dice Gaio in proposito, l'interpretazione giurisprudenziale non sembra sia andata oltre alla negazione della *testamenti factio* per i liberti *dediticii,* '*Non tamen hi habent etiam testamenti factionem*; *nam id plerisque placuit*, *nec inmerito*', con la conseguenza, però, che alla loro morte si applica la successione *ab intestato* prevista per i liberti *cives Romani*, qualora essi, prescindendo dai *vitia*, al momento della manomissione avessero avuto tutti i requisiti per accedere alla cittadinanza: '*Nam eorum bona qui, si in aliquo vitio non essent, manumissi cives Romani futuri essent*, *quasi civium Romanorum patronis eadem lege tribuuntur*'. Forse, come si è cercato prima di mostrare, questo esito dipendeva dal fatto che la *lex Aelia Sentia* disponeva soltanto la *fictio* '*si dediticiorum numero facti non essent*' (Frg. Berol. 1.2), da cui i giuristi (o meglio, *plerique* tra di loro) hanno dedotto il sistema della ulteriore e conseguente *fictio* che i *dediticii Aeliani*, quanto ai loro *bona*, potessero essere considerati al momento della loro morte '*quasi cives Romani*' o '*quasi Latini* (*Iuniani*)'. Ne derivava, però, una evidente disparità di trattamento tra i primi e i secondi, posto che per i liberti considerati alla stregua di *cives Romani* si sarebbe aperta la successione

ab intestato che garantiva i loro *sui* o, comunque, i loro *liberi* e poneva solo al secondo posto i patroni, mentre i beni dei liberti considerati *Latini Iuniani* andavano al patrono *iure peculii*, senza che venisse garantito alcunché ai loro discendenti.

Gaio espone in maniera sintetica, ma oggettiva, queste conseguenze della *lex Aelia Sentia*, ma, in linea con il suo giudizio nettamente sfavorevole sui *liberti dediticii* – che sembra, del resto, quello ancora di gran lunga prevalente nella società del suo tempo –, non esita, sia pure in maniera sfumata ed implicita, a manifestare le sue perplessità, sottolineando le lacune in materia ('*in ea re*') presenti nella legge: '*Nec me praeterit non satis in ea re legis latorem voluntatem suam verbis expressisse*'. Questo rilievo, più che giustificare soltanto le *altercationes*[68] sorte tra i giuristi, sembra piuttosto indirettamente riconoscere che l'*interpretatio* giurisprudenziale delle leggi ha dei limiti insiti in ciò che in esse è scritto o, come nel caso, non scritto. Sullo sfondo sta il più ampio e complesso problema del rapporto generale tra interpretazione giurisprudenziale e testi legislativi, di cui l'esempio qui studiato è una delle possibili declinazioni[69]. Nel caso specifico, così come esso è ricostruibile soprattutto tramite le Istituzioni gaiane, si è di fronte a una discussione fra i giuristi che si consolida in un'interpretazione maggioritaria che esclude la *testamenti factio*, cui Gaio aderisce. Il giurista, però, sembra riconoscere che lo stesso dettato legislativo è il primo e più importante ostacolo per andare verso un'interpretazione dal suo punto di vista più appagante. Di conseguenza – e del resto in sintonia con il genere letterario che sta praticando, quello appunto istituzionale – egli si limita a descrivere, per così dire, il diritto vigente, o meglio i risultati applicativi a cui si era giunti per il tramite dell'interpretazione dei *plerique*, aggiungendo soltanto, a mo' forse di velata critica, la constatazione che l'incompletezza del dettato legislativo lascia in sostanza inespressa la volontà del legislatore.

---

68 Espressione usata da Giustiniano in I. 1.5.3, che menziona ancora il dibattito giurisprudenziale in tema di *dediticii*, ricordando l'abolizione formale di tale categoria da lui realizzata: *et dediticios quidem per constitutionem expulimus, quam promulgavimus inter nostras decisiones, per quas suggerente nobis Triboniano viro excelso quaestore antiqui iuris altercationes placavimus*; la costituzione qui richiamata è C. 7.5.1 del 530, la quale peraltro, come del resto anche il citato passo delle Istituzioni, precisa che la *dediticia condicio* era già caduta in desuetudine (cfr. I. 1.5.3: *sed dediticiorum quidem pessima condicio iam ex multis temporibus in desuetudinem abiit*).

69 Si veda, per tutti, la sintesi esemplare di M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 36 ss.

Abstract
The analysis of the Gaius passage related to the succession system of the Aeliani dediciticii (Gai. 3.74-76) highlights the complex relationship between the relevant legislative texts on the subject (the lex Aelia Sentia and the lex Iunia) and jurisprudential interpretation. In particular, Gaius reports on the shortcomings of the lex Aelia Sentia which could lead to the abstract consequence, rejected by the jurist also on the ethical level, that such dediticii can possess the ability to make a will. The interpretation of the majority of the jurists, to which Gaius adheres, excludes this possibility, with the consequence that for them the possibility of succession is open to freedmen. On the basis of the text of the law, however, the succession plan differs in its treatment of the Aeliani dediciticii , who at the time of manumission could become Roman citizens, and those who, by a defect or form or a lack of another requirement, could have become Latini Iuniani. This disparity may mean that freed slaves who, for example, suffered infamous punishments in the period of slavery, could be favoured. However, the jurisprudential interpretation has not reached the point of correcting this possible disparity, probably because the wording of the text of the lex Aelia Sentia constituted an insurmountable obstacle.

Key words
Succession system; Dediticii Aeliani; Lex Aelia Sentia; Lex Iunia

JusOnline n. 1/2018
ISSN 1827-7942

Rosa Palavera

Dottoranda di ricerca in diritto penale, Università Cattolica di Milano

Come un frattale. Rilevanza contravvenzionale del vestire religiosamente o culturalmente connotato e paradigmi penalistici "in diversa scala"*

SOMMARIO: I. Ipotesi: diritto e omotetia funzionale. – II. "*Zoom in*": osservazioni puntuali. – III. "*Zoom out*": punti di osservazione. – III.1. Riduzione dell'offensività a sospetto d'autore per assimilazione. – III.2. Verifica dei profili sanzionatori come poligrafo della spersonificazione. – III.3. Crisi del legicentrismo (tendenzialmente) nazionale e compenetrazione delle fonti. IV. Conclusioni: le opzioni di *default* come paradigmi scalari.

I. Ipotesi: diritto e omotetia funzionale

I frattali sono strutture autosimili a diverse scale. Possono essere generati matematicamente, tramite applicazioni reiterate di algoritmi[1]. In natura, l'occorrenza di frattali è collegata all'idea di efficienza interna e di evoluzione, consentendo a sistemi complessi la capillarità necessaria per il loro funzionamento[2]. Il ricorso all'analisi frattale è stato proposto per compiere previsioni su eventi incerti[3]. In particolare, i frattali si candidano come strumenti di valutazione nei casi di fisiologica irregolarità[4]. Il tema non è sfuggito alla passione combinatoria dei giuristi nordamericani,

---

* Il contributo, sottoposto a *double blind peer review*, è destinato al volume V. MONTANI - A. PEREGO - A. SAMMASSIMO (a cura di), *Diritto e religione nella Lombardia multiculturale*, in corso di pubblicazione, nell'ambito del progetto di ricerca su *Diritto e religione nella Lombardia multiculturale* (finanziamenti D1 dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano).

[1] Abbinando parametri cromatici a quelli numerici si ottengono immagini suggestive, che, indagate in scale differenti, rivelano una varietà di dettagli potenzialmente illimitata eppure sempre afferente alle formule impostate nelle opzioni di *default*: come per il diritto, si è parlato di un luogo di confine tra tecnica e arte.

[2] G. B. West *et al.*, *The Fourth Dimension of Life: Fractal Geometry and Allometric Scaling of Organisms*, in *Science*, 1999, p. 284 ss.; G. A. Losa, *The fractal geometry of life*, in *Riv. Biol.*, 2009, p. 29 ss.; B. Mandelbrot, *The fractal geometry of nature*, New York 1983.

[3] Come il verificarsi di terremoti (D. L. Turcotte, *Scaling in geology: landforms and earthquakes*, in *Proc. Natl. Acad. Sci. USA*, 1995, p. 6697 ss.), la dispersione di composti tossici nell'ambiente (JW. Kirchner *et al.*, *Fractal stream chemistry and its implications for contaminant transport in catchments*, in *Nature*, 2000, p. 524 ss.; D. D. Clarke *et al.*, *Fractal travel time estimates for dispersive contaminants*, in *Ground Water*, 2005, p. 401 ss.) o lo sviluppo di un tumore (R. Sedivy, *Fractal tumours: their real and virtual images*; in *Wien Klin Wochenschr*, 1996, p. 547 ss.; G. A. Losa - T. F. Nonnenmacher, *Self-similarity and fractal irregularity in pathologic tissues*, in *Mod. Pathol.*, 1996, p. 174 ss.).

[4] Cfr. R. W. Glenny *et al.*, *Applications of fractal analysis to physiology*, in *J. Appl. Physiol.*, 1991, p. 2351 ss.; S. S. Cross, *Fractals in pathology*, in *J. Pathol.* 1997, p. 1 ss.; A. Eke - P. Herman - L. Kocsis - L. R. Kozak, *Fractal characterization of complexity in temporal physiological signals*, in *Physiol Meas*, 2002, p. 1 ss.; esempi possono trovarsi nello studio del sistema cardiocircolatorio (G. Captur *et al.*, *The fractal heart - embracing mathematics in the cardiology clinic*, in *Nat. Rev. Cardiol.*, 2017, p. 56 ss.; S. Lorthois - F. Cassot, *Fractal analysis of vascular networks: insights from morphogenesis*, in *J. Theor. Biol.*, 2010, p. 614 ss.) o nelle neuroscienze (A. Di Ieva *et al.*, *Fractals in the Neurosciences,*

che ne hanno parlato a vari propositi[5], tra cui quello di propugnare una visione evoluzionistica del diritto[6], nonché, come era immaginabile, valorizzare alternativamente l'instabilità erratica o l'approssimazione delle previsioni anche in ambito legale[7]. Si svolge in questa sede una ben più limitata ipotesi di omotetia, anche diacronica, tra norme di portata sanzionatoria limitata o applicazioni territorialmente circoscritte e tendenze generali del sistema penale, riflettendo altresì sulle eventuali implicazioni funzionali della stessa. La realtà lombarda, nella sua varietà e vivacità, è terreno di elezione per condurre un'analisi "sul campo", prendendo spunto dal tema del vestire religiosamente (o culturalmente) connotato.

II. "Zoom in": osservazioni puntuali

Part I: General Principles and Basic Neurosciences, in *Neuroscientist*, 2014, p. 403 ss.; A. Di Ieva *et al.*, *Fractals in the Neurosciences, Part II: Clinical Applications and Future Perspectives*, in *Neuroscientist*, 2015, p. 30 ss.; E. Fernández - H. F. Jelinek, *Use of fractal theory in neuroscience: methods, advantages, and potential problems*, in *Methods*, 2001, p. 309 ss.).

[5] Il modello frattale è stato applicato al sistema dei valori costituzionali (D. M. Braun, *Constitutional Fracticality: Structure and Coherence in the Nation's Supreme Law*, in *Saint Louis University Public L. Rev.*, 2013, p. 389 ss.), alle sfaccettature di una sentenza (D. A. H. Miller, *Peruta, The Home-Bound Second Amendment, and Fractal Originalism*, in *Harv. L. Rev.*, 2013, 238 ss.), alla decisione di un caso come negoziazione di interpretazioni (A. Sandu, *Constructive - Postmodern Approaches on the Philosophy of Law*, in *Postmodern Openings*, 2010, p. 23 ss.), all'affermarsi di soggetti autorevoli ricorrentemente imitati nel sistema giudiziario (D. M. Katz - D. K. Stafford, *Hustle and flow: A social network analysis of the american federal judiciary*, in *Ohio St. L. J.*, 2010, p. 457 ss., in particolare p. 462 e 500), nonché all'intero sistema dei precedenti (D. Post - M. B. Eisen, *How Long is the Coastline of Law? Thoughts on the Fractal Nature of Legal Systems*, in *J. Leg. St.*, 2000, p. 545 ss.), alla modellizzazione connettivista delle decisioni giuridiche nelle applicazioni di intelligenza artificiale (D. Bourcier - G. Clergue, *From a rule-based conception to dynamic patterns. Analyzing the self-organization of legal systems*, in *Artificial Intelligence and Law*, 1999, p. 211 ss.). Per un'ampia rassegna della letteratura negli anni Novanta dello scorso secolo, J. B. Ruhl, *Thinking of Environmental Law as a Complex Adaptive System: How to Clean Up the Environment by Making a Mess of Environmental Law*, in *Houston L. Rev.*, 1997, p. 933 ss., in particolare n. 15; ma cfr. già J. M. Balkin, *The Crystalline Structure of Legal Thought*, in *Rutgers L. Rev.*, 1986, p. 1 ss.; *Id.*, *The Promise of Legal Semiotics*, in *Texas L. Rev.*, 1991, p. 1831 ss., sulla ricorrenza di schemi argomentativi simili in aree tematiche differenti; nonché, sulla scalarità del diritto e sulla distorsione derivante da una sua rappresentazione in scala singola, B. de Sousa Santos, *Law: a map of misreading. Toward a postmodern conception of law*, in *J. L. Soc.*, 1987, p. 279 ss., p. 287 ss.

[6] Secondo questa visione, che ricostruisce il fenomeno legale come sistema adattivo complesso (J. B. Ruhl, *Law's Complexity: a Primer*, in *Georgia State University L. Rev.*, 2008, p. 887 ss.), il diritto esprime e genera modelli di evoluzione umana secondo modalità spiegabili in termini biologici e "molecolari" (H. Gommer, *The biological essence of law*, in *Ratio Juris*, 2012, p. 59 ss.; *Id.*, *Integrating the Disciplines of Law and Biology: Dealing with Clashing Paradigms*, in *Utrecht L. Rev.*, 2015, p. 34 ss.; *Id.*, *The Molecular Concept of Law*, in *Utrecht L. Rev.*, 2011, p. 141 ss.); caos, emergenze e catastrofi sono utilizzati come paradigmi delle risorse intrinseche alla *common law*, propugnando il superamento del "riduzionismo amministrativista" (J. B. Ruhl, *Complexity theory as a paradigm for the dynamical law-and-society system: A wake-up call for legal reductionism and the modern administrative state*, in *Duke L. J.*, 1996, p. 849 ss.; *Id.*, *The fitness of law: using complexity theory to describe the evolution of law and society and its practical meaning for democracy*, in *Vanderbilt L. Rev.*, 1996, p. 1407 ss). *Contra*, J. Rudd, *J.B. Ruhl's "Law-and-Society System": Burying Norms and Democracy Under Complexity Theory's Foundation*, in *Wm. & Mary Envtl. L. & Pol'y Rev.*, 2005, p. 551 ss.

[7] S. H. Kellert, *Extrascientific Uses of Physics: The Case of Nonlinear Dynamics and Legal Theory*in *Philosophy of Science*, 2001, p. 455 ss.; R. E. Scott, *Chaos Theory and the Justice Paradox*, in *Wm. & Mary L. Rev.*,1993, p. 329 ss.; A. M. Stumpff, *The Law is a Fractal: The Attempt to Anticipate Everything*, in *Lo. U. Chi. L. J.*, 2013, p. 649 ss.

Esiste un diritto penale del nemico "in scala ridotta", osservabile nel prisma dei reati contravvenzionali? Occorre regolare l'obiettivo su dimensioni piccolissime rispetto a quelle su cui si concentra usualmente la dottrina: giurisprudenza di merito, primo grado di giudizio, realtà di provincia, reati minori. Guardando al territorio lombardo, non possono dirsi superate, a distanza di qualche anno dalle pronunce, due sentenze del Tribunale di Cremona: la prima relativa a una donna musulmana che si presenta a Palazzo di Giustizia in *burqa*, scoprendo il viso e fornendo i documenti alla richiesta di identificazione; la seconda relativa a un uomo di fede *sikh* che si reca al supermercato vestendo l'intero abito tradizionale, completo di turbante e *kirpan*[8]. Insuperate, si diceva, non solo perché relative a tematiche ancora attuali, ma altresì perché portatrici di un insegnamento ancora valido rispetto alla giurisprudenza *successiva* e, benché riguardante fatti avvenuti in territori contigui, *centrale* e *di grado superiore*.

Le due vicende non sono identiche, né è unica la disposizione applicata, ma le similitudini, già in fatto, sono sufficienti per pensare a sezioni di un medesimo frattale e, nella dimensione giuridica, sono ancora più accentuate. In fatto: comportamenti correlati a una religione, alloctona. Il simbolo è indossato, reso così al tempo stesso evidente e prossimo alla persona, connotandola nella sua individualità e nella sua carica simbolica e comunicativa. La manifestazione è astrattamente estrema – non un *foulard*, ma una velatura integrale del volto, non un segno in forma di ciondolo o spilla, ma un coltello alla cintura – un elemento che

[8] Trib. Cremona, 19 febbraio 2009, n. 15, in *Corr. mer.*, 2009, p. 399 ss.; su cui S. P. Bracchi, *La "burqa" nelle aule di giustizia*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2009, p. 11 ss.; nonché G. L. Gatta, *Islam, abbigliamento religioso, diritto e processo penale: brevi note a margine di due casi giurisprudenziali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2009, *statoechiese.it*, dove pure riferimenti a Trib. Milano, ord. 26 febbraio 2009, in *Corr. mer.*, 2009, p. 403 ss., relativo a un copricapo maschile; Trib. Cremona, 27 novembre 2008, n. 78, con nota di N. Folla, *L'uso del burqa non integra reato, in mancanza di previsione normativa espressa*, in *Corr. mer.*, 2009, III, p. 294 ss.; su entrambe A. Provera, *Il "giustificato motivo": la fede religiosa come limite intrinseco della tipicità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 964 ss., nonché C. de Maglie, *I reati culturalmente motivate. Ideologie e modelli penali*, Pisa 2010, p. 173 ss. Il significato del *kirpan*, nei suoi profili giuridici, è stato analizzato anche in alcuni casi extrapenali, principalmente relativi ai regolamenti scolastici: cfr. R. Singh Bagga, *Living by the Sword: The Free Exercise of Religion and the Sikh Struggle for the Right to Carry a Kirpan*, in *Mod. Am.*, 2006, p. 32 ss., e giurisprudenza *ivi* citata, in particolare il caso *Cheema v. Thompson*, 67 F.3d 883; 1995 U.S. App. LEXIS 28208; 135 A.L.R. Fed. 675; 95 Cal. Daily Op. Service 8004; 95 Daily Journal DAR 13786, su cui pure M. E. Lechliter, *The Free Exercise of Religion and Public Schools: The Implications of Hybrid Rights on the Religious Upbringing of Children*, in *Mich. L. Rev.*, 2005, p. 2209 ss.; per il Canada, *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, Supreme Court Judgments, 2006 SCC 6; cfr. pure A. Negri, *Sikh condannato per porto del kirpan: una discutibile sentenza della Cassazione su immigrazione e "valori del mondo occidentale"*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 7-8, p. 246 ss., p. 247; R. Aveta, *Diritto diseguale e prassi multiculturale. Analisi comparativa in tema di discriminazione ed etnicizzazione*, Napoli 2010, p. 61 ss.

lascia pensare a un modo di vivere la fede o l'appartenenza culturale a sua volta estremizzato, che pervade l'intera immagine del soggetto, condizionandone la percezione da parte degli altri[9]. In diritto: sentenze penali, relative a reati contravvenzionali (art. 5 L. 152/75 per i mezzi atti ad ostacolare il riconoscimento della persona, e art. 4 L. 110/75 per il porto di armi improprie), estranei al codice, previsti da due leggi diverse, ma entrambe del 1975, promulgate a un mese una dall'altra e in seguito ritoccate, peraltro con inasprimenti di pena (art. 10 c. 4*bis* D.L. 144/2005 come convertito dalla L. 155/2005 e art. 5 c. 1 lett. b D.Lgs. 204/2010), quel tanto che basta a escludere l'ipotesi che siano rimaste in vigore per una dimenticanza del legislatore. Entrambe le fattispecie, imperniate su istanze di sicurezza, richiedono l'assenza di giustificato motivo. Medesimi gli approcci da parte dei giudici e le pronunce di assoluzione. Inoltre, proprio perché vivono nel cuore pulsante del quotidiano – i vestiti, l'acquisto del necessario per il sostentamento, i rapporti con la famiglia, l'accesso alla giustizia – entrambe le vicende, umanamente e giuridicamente, parlano di diritti fondamentali[10].

Il luogo in cui è germinato questo *inatteso*[11] è un punto di intersezione culturale esemplare, storicamente e nell'attualità: la città che vide i riti siriaci alle sue porte assediate[12], le merci orientali risalire il Po[13] e le traduzioni di Gerardus Cremonensis

---

[9] Anche le circostanze spingono nell'identica direzione: se il supermercato in cui si aggira l'uomo non è luogo per ostentazioni vestimentarie, la donna intende assistere a un processo, in cui è imputato un suo parente, per *terrorismo di matrice islamica*. A chi volesse seminare sospetto non mancherebbero le argomentazioni.

[10] Sulla collocazione del diritto di vestire nell'ambito dei diritti umani, S. James, *A forgotten right? The right to adequate clothing in the Universal Declaration of Human Rights*, in R. GARBUTT (a cura di), *Activating Human Rights and Peace: Universal Responsibility Conference 2008 Conference Proceedings*, Lismore 2008, p.13 ss.

[11] A. Provera, *op. cit.*, p. 976, lo coglie «sulla scena di un teatro di provincia, ove si è rappresentata una storia umana, da alcuni spettatori forse ritenuta insignificante».

[12] Negli anni successivi a quelli in cui Virgilio vi aveva dato inizio ai suoi studi (L. Galasso, *Uno studente fuori sede: Virgilio a Cremona*, in G. PRATO, a cura di, *Passaggio a Cremona. Duemila anni di ospiti e viaggiatori*, Cremona 2015, p. 25 ss.; M. L. Gordon, *The Family of Vergil*, in *The Journal of Roman Studies*, 1934, p. 1 ss.), Tacito riporta i soldati romani invocare il Sole invitto secondo l'uso siriano (Tacito, *Storie*, III, 24; N. Pollard, *Soldiers, Cities, and Civilians in Roman Syria*, Ann Arbor 2000, p. 148; A. S. Hoey, *Official Policy towards Oriental Cults in the Roman Army*, in *Transactions and Proceedings of the American Philological Association*, 1939, p. 456 ss., p. 481).

[13] Quando vi fu vescovo Liutprando, già diplomatico a Costantinopoli, la città era un fiorente snodo del commercio con l'Oriente, le cui merci per il tramite di Venezia risalivano il Po (A. Hutchinson, *Oriental Trade and the Rise of the Lombard Communes*, in *The Quarterly Journal of Economics*, 1902, p. 413 ss.): con le sostanze farmaceutiche si diffondevano i saperi della medicina araba e con le spezie l'influenza gastronomica di cui tuttora è traccia nella cucina locale (C. BERTINELLI SPOTTI - A. SARONNI, *Il Torrone di Cremona*, Cremona 2002; *Id.*, *I Cremonesi a tavola ieri e oggi*, Cremona 2004).

diffondersi all'intera Europa[14], è oggi luogo di stabilizzazione e di riunificazione familiare per gli immigrati[15], mostra una sostanziale regolarità della situazione lavorativa per gli adulti[16] e dell'inserimento scolastico per i minori[17], risultando terza in Lombardia per livelli complessivi di integrazione[18]. Si osserva, peraltro, che, mentre l'associazionismo attivo, una delle maggiori risorse attingibili in questo percorso, è spesso *ostacolato* dalla tendenza *mimetica* e soffre di disorganicità e scarso radicamento, proprio le realtà religiosamente orientate riescono sia a strutturarsi durevolmente sia a porsi come soggetti credibili nella promozione del dialogo interculturale[19].

Potrebbe ipotizzarsi, *in senso positivo*, una specificità locale. Nondimeno, in occasione dei fatti in questione, la macchina dello Stato si è mossa nella direzione della criminalizzazione[20], sino all'esito, che, per quanto in questi casi condivisibile,

---

[14] Gli affreschi rinascimentali di Sant'Abbondio ritraggono matematici orientali con i loro turbanti (M. Leino - C. Burnett, *Myth and Astronomy in the Frescoes at Sant'Abbondio in Cremona*, in *Journal of the Warburg and Courtauld Institutes*, 2003, p. 273 ss.) e tra essi Tolomeo, tradotto qualche secolo prima, insieme ai maggiori scienziati musulmani, proprio dal famoso Gerardus Cremonensis: le sue traduzioni dall'arabo non mancarono di esercitare la loro influenza anche sulla musica, nei secoli successivi, sino al passaggio al barocco con Claudio Monteverdi, pure cremonese (H. G. Farmer, *Clues for the Arabian Influence on European Musical Theory*, in *The Journal of the Royal Asiatic Society of Great Britain and Ireland*, 1925, p. 61 ss.; *Id.*, *The Influence of Al-Farabi's "Ihsa' al-'ulum" ("De scientiis") on the Writers on Music in Western Europe*, in *The Journal of the Royal Asiatic Society of Great Britain and Ireland*, 1932, p. 561 ss.).

[15] Con elevata incidenza dei coniugati e di soluzioni abitative stabili e dotate dei servizi fondamentali pur a fronte di un'anzianità migratoria relativamente bassa (Fondazione Cariplo I.S.M.U. - Provincia di Cremona, *L'immigrazione straniera nella provincia di Cremona. Rapporto statistico dell'Osservatorio*, Cremona 2000).

[16] M. BLANGIARDO (a cura di), *L'immigrazione straniera in Lombardia. La quattordicesima indagine regionale*, Milano 2014, p. 36, la considera fra le zone «più virtuose».

[17] Seconda in Lombardia alla sola Milano per incidenza degli alunni non italiani, si distingue anche per un quadro positivo della frequenza e della carriera scolastica (D. MAZZI, a cura di, *Alunni stranieri e attività interculturali nelle scuole di Cremona e provincia*, Cremona 2001).

[18] Cfr. A. MENONNA - M. BLANGIARDO (a cura di), *Dodicesimo Rapporto sull'immigrazione straniera nella provincia di Cremona*, Milano 2014.

[19] Cfr. Provincia di Cremona, *Risultati dello studio sulle realtà associative di migranti e sulle dinamiche di partecipazione socio-politica nel territorio provinciale*, Milano 2009, p. 16 ss.: «il mancato coordinamento e l'assenza di stabili canali di scambio e cooperazione tra soggetti rende l'attività per lo più frammentata, con il rischio di duplicazioni e ridondanze d'offerta e con l'accumulo di ritardo rispetto alla costruzione di partnership e di ottimizzazione delle risorse. Un'eccezione sotto questo profilo sembra rappresentata dalle realtà associative legate ad attività religiose: per questo caso sembrano esistere oltre a legami e relazioni con altre realtà e centri della medesima confessione, anche esperienze vivaci e dinamiche di tavoli interreligiosi che promuovono attività di formazioni e occasioni di incontro nel corso dell'anno»; v. pure N. LONARDI (a cura di), *Nuova generazione. Dinamiche e opportunità di confronto e di partecipazione dei minori stranieri nella comunità cremonese e nel gruppo dei pari*, Trento 2011.

[20] Le persone coinvolte, a prescindere dalla correttezza delle loro reazioni (nessuna protesta o diniego da parte del *sikh*, immediata disponibilità all'identificazione da parte della donna tunisina, forse anche grazie alla circostanza che abbiano proceduto, pur senza alcun richiesta in tal senso, agenti di sesso femminile) e in spregio a già chiare indicazioni interpretative della norma invocata (così Dipartimento di pubblica sicurezza, *Circolare dicembre 2004*, che riconosce nel burqa un lecito «segno esteriore di una tipica fede religiosa» e una genuina «pratica devozionale»; ancora più nitidamente, pochi mesi dopo le sentenze cremonesi,

ha dovuto svolgere la sua opera costruttiva all'interno di un cammino segnato dalla conflittualità. Le due sentenze portano, quindi, alla luce della ribalta nazionale vicende il cui sviluppo può ascriversi, nella sua dimensione territoriale, alla medesima tendenza esasperante che ha prodotto le ordinanze sindacali – non solo, ma spesso, lombarde – delle cd. «tre ondate»[21] e, successivamente, una delibera regionale[22], come quelle volta a imporre un'interpretazione geograficamente localizzata della previsione legislativa, ossia, in definitiva, a soffocare – quanto meno *qui e ora* – l'«organo respiratore»[23] ermeneutico di una norma già discutibilmente impostata.

Nel seguito, interpretazioni guidate dalle medesime istanze sono riprodotte a livello di vertice, con tre pronunce della Corte di Cassazione, relative a fatti occorsi in provincia di Mantova[24] e Piacenza[25]. Il comune denominatore, stando a quanto

---

Ministero dell'Interno, *Circolare 9 dicembre 2009*, che ricorda come «un accertamento condotto in assenza di un concreto interesse pubblico alla conoscenza dell'identità della persona stessa potrebbe, infatti, apparire come inutilmente vessatorio»), sono state identificate, indagate, sottoposte a processo, ne hanno sostenuto i costi economici e sociali, portandone il vissuto nelle rispettive comunità di appartenenza.

[21] Le ordinanze della cd. «prima ondata» sono state emesse nel 2004 dai Sindaci di Drezzo, Calolziocorte e Biassono, comuni in provincia di Como, Lecco e Milano, tutte parimenti riformate dalle rispettive autorità prefettizie, e a breve seguite da quella friulana di Azzano Decimo, poi decisa dal Consiglio di Stato che sembrava aver risolto definitivamente la questione (Cons. Stato n. 3076/2008); successivamente, anche per effetto dell'emanazione del "pacchetto sicurezza", si è assistito a una nuova serie di ordinanze, tra cui quella del Sindaco di Peschiera Borromeo, che sono parimenti esitate in annullamenti prefettizi o in sede giudiziale, spegnandosi nella pronuncia della Corte Costituzionale relativa ai poteri del Sindaco (Corte Cost. n. 115/2011); la «terza ondata», infine, successiva ai fatti di Parigi, ha visto provvedimenti di varia natura, tra cui un'ordinanza del Sindaco di Varese e modifiche ai regolamenti nei Comuni di Bergamo e Busto Arsizio, generalmente imperniati sull'individuazione di particolari contesti di tutela (cfr. G. Cavaggion, *Gli enti locali e le limitazioni del diritto alla libertà religiosa: il divieto di indossare il velo integrale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2016, *statoechiese.it*, p. 1 ss.). Per l'impatto delle novelle del 2008, V. Manes, *L'eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate, tra riserva "politica" e specificazione "tecnica"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 84 ss.; G. Salcuni, *"Ondate" securitarie e "argini" garantistici: il declino della riserva di legge nelle (il)logiche scelte del pacchetto sicurezza*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2671 ss.; A. Rissolio, *Poteri di ordinanza del sindaco dopo la sentenza della Corte Costituzionale 4 aprile 2011 n. 115*, in *F. amm.*, 2012, p. 2183 ss.

[22] Delibera Regione Lombardia n. 4553 del 10 dicembre 2015, relativa all'ingresso e alla permanenza negli edifici pubblici, secondo la quale «le tradizioni o i costumi religiosi (…) non possono rappresentare giustificati motivi di eccezione ai sensi dell'art 5 della legge 152/1975 rispetto alle esigenze di sicurezza all'Interno delle strutture regionali», espressamente individuate nelle sedi degli enti dipendenti, delle società partecipate, degli enti sanitari (tra cui aziende ospedaliere, Ospedale Maggiore Policlinico di Milano e Istituto Nazionale dei Tumori), nonché dell'ente pubblico ALER.

[23] A. Provera, *op. cit.*, p. 971: «il "giustificato motivo" permette e impone, infatti, all'ordinamento di comprendere profondamente le sfumature dell'umano e, inoltre, di giungere – limitatamente ad alcune fattispecie – a una soluzione di disciplina per le prassi culturalmente orientate o religiosamente motivate».

[24] Cass. pen. sez. I, 25 febbraio 2016 (dep. 16 giugno 2016), n. 25163, su cui A. Licastro, *Il motivo religioso non giustifica il porto fuori dell'abitazione del kirpan da parte del fedele sikh (considerazioni in margine alle sentenze n. 24739 e n. 25163 del 2016 della Cassazione penale)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2017, *statoechiese.it*, e Cass. pen. sez. I, 31 marzo 2017 (dep. 15 maggio 2017), n. 24084, in *Giur. it.*, 2017, p. 1957 ss., su cui A. Bernardi, *Populismo giudiziario? L'evoluzione della giurisprudenza penale sul kirpan*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 671 ss.; L. Ferla, *Il pugnale dei Sikh tra esigenze di sicurezza e divieti normativo-culturali*, in *Giur. it*, 2017, p. 2208 ss.;

dichiarato o osservato in commento e salvo poco congrui – ma incidentali – riferimenti alla tradizione autoctona[26] e, per il *burqa*, alla condizione femminile[27], è il timore di esiti aggressivi della condotta vestimentaria, quando non, più esplicitamente, di attentati[28].

Oltre i confini italiani, le asserite ragioni di sicurezza sono frammiste a motivazioni, spesso *preponderanti*, più apertamente culturali. In alcuni casi il velo è vietato proprio per la sua *carica comunicativa*, ritenuta offensiva del principio di laicità[29]. In altri casi, il divieto poggia sull'*ostacolo alla comunicazione*, ritenuta non già una facoltà degli individui, ma un presupposto irrinunciabile (*recte*, obbligatorio) della convivenza civile[30]. Con una sorta di "pudore del proprio terrore", argomenti la cui

---

G. Tucci, *Immigrati e diritti inviolabili*, in *Giur. it*, 2017, p. 1958 ss.; A. Chibelli, *La Cassazione e la (ir)rilevanza penale del "fattore multiculturale": su kirpan e dintorni*, in *Arch. pen.*, 2017, p. 695 ss.; A. Negri, *op. cit.*; E. Mazzanti, *Osservazioni*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 4476 ss.; A. Gusmai, *"Giustificato motivo" e (in)giustificate motivazioni sul porto del kirpan. A margine di Cass. pen., Sez. I, sent. n. 24084/2017*, in *dirittifondamentali.it*, 2017; R. Perrone, *Porto ingiustificato di arma da parte dei migranti e* "conformazione ai valori del mondo occidentale", in *Cass. pen.*, 2018, p. 616 ss. La prima, pur con una riduzione della pena dell'ammenda a una somma che può considerarsi differenzialmente irrisoria rispetto ai costi che un imputato sopporta, anche in caso di assoluzione, per difendersi nei tre gradi di giudizio, conferma la condanna della corte di merito «dovendo la manifestazione delle pratiche religiose necessariamente adeguarsi ai valori fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano (…) nel cui ambito assume rango primario la tutela della sicurezza pubblica e dell'incolumità delle persone assicurata dalla disciplina delle armi e degli altri oggetti atti ad offendere». Anche la seconda argomenta nel senso di una comprimibilità della libertà di religione in favore della sicurezza, riportando però a titolo esemplificativo i divieti (extranazionali, extrapenale e relativi non già alla sicurezza, ma alla laicità) di indossare le croci cristiane sul luogo di lavoro.

[25] Cass. pen. sez. I, 1 marzo 2016 (dep. 14 giugno 2016), n. 24739, su cui A. Licastro, *op. cit.*; in accoglimento del ricorso del Procuratore della Repubblica avverso una pronuncia di assoluzione, è qui individuato nell'ordine pubblico tutelato dalla norma un limite alla libertà religiosa, pur temperando la decisione con un riferimento alla tardività con cui il motivo era stato addotto – con ciò aprendo, parrebbe, a una rilevanza della plausibilità soggettiva del motivo. La sentenza è interessante perché, da un lato, dà atto della circostanza che il pugnale *sikh* non è affilato, mettendo in luce come la pericolosità dell'oggetto sia quindi solo potenziale e non intrinseca, e, dall'altro, perché richiama la posizione assunta dal Consiglio di Stato (Cons. Stato sez. I, 28 ottobre 2010, n. 2387), confermando l'indebita compenetrazione di piani tramite la quale le interpretazioni delle norme penali espresse in sede amministrativa alimentano la risposta (nuovamente penale) dell'ordinamento nella direzione del securitarismo.

[26] Più che altro, Cass. pen. sez. I, 31 marzo 2017, n. 24084, cit.; sul punto, principalmente A. Negri, *op. cit.*, p. 246 ss.

[27] In Italia l'argomento è rimasto generalmente confinato a commenti politici estemporanei; cfr. però G. Bassetti, *Interculturalità, libertà religiosa, abbigliamento. La questione del burqa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2012, *statoechiese.it*, p. 22 ss.; per una confutazione v. Autori citati *infra*, n. 48.

[28] Da ultimo, esplicitamente, Delibera Regione Lombardia n. 4553 del 10 dicembre 2015, cit., che annovera come prima premessa la circostanza che «gravi episodi di terrorismo (…), che hanno acutizzato lo stato di tensione con il quale i paesi occidentali già convivono da numerosi anni, hanno inevitabilmente indotto gli stessi paesi a rafforzare ulteriormente le misure di sicurezza, per quanto riguarda, in particolare, i presìdi strategici, al fine di garantire il più possibile l'incolumità dei cittadini».

[29] Cfr. Trib. Amm. Montreuil n. 1012015 del 22 novembre 2011 (su cui D. Ferrari, *Neutralità della scuola e ruolo dei genitori nelle attività extra-scolastiche*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2011, *statoechiese.it*) e, per la Svizzera, Cour de Droit Public 2ème del 12 novembre 1997 (su cui S. Briccola, *Libertà religiosa e "res publica"*, Padova 2009, p. 109 ss), sanzionano entrambe il carattere «ostentativo» del velo islamico.

[30] *S.A.S. c. France* [GC], no. 43835/11, ECHR-2014 (su cui A. Licastro, *I mille splendidi volti della*

prevalenza rispetto alla libertà religiosa non sarebbe probabilmente prospettabile nel contesto nazionale[31] sono invece cavalcati con successo nelle tradizioni culturali più impregnate di *laïcité de combat*[32], come pure, per ragioni in parte differenti, nei paesi di stampo più apertamente multiculturalista[33].

Si tratta, peraltro, di tendenze non estranee al nostro sistema penale, di talché

---

giurisprudenza della Corte di Strasburgo: "guardarsi in faccia" è condizione minima del "vivere insieme", in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2012, *statoechiese.it*), prende le mosse dalla constatazione dell'«importanza del viso nell'interazione sociale» per giungere alla conclusione che «ad essere violata non è solo la dignità della donna così reclusa, ma anche "la dignità delle persone che condividendo lo stesso spazio pubblico, si vedono respinte essendo negato qualsiasi scambio compreso quello visuale"» (G. Bassettti, *Interculturalità, libertà religiosa, abbigliamento. La questione del burqa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2012, *statoechiese.it*, p. 27), secondo l'opinione per cui il velo integrale sarebbe «*une sorte d'auto-mutilation civile par invisibilité sociale*» (cfr. M. A. Gerin - M. É. Raoult, *Rapport d'information fait en application de l'article 145 du Règlement au nom de la mission d'information sur la pratique du porte du voile intégral sur le territoire national*, Paris 2010, p. 104). Cfr. pure *Raihon Hudoyberganova v. Uzbekistan*, Communication No. 931/2000, U.N. Doc. CCPR/C/82/D/931/2000 (2004), dove è ipotizzato che in contesto universitario potrebbe essere richiesto «il contatto visivo nel porre e rispondere alle domande». Ancora più marcata è la coazione alla specifica modalità comunicativa in ambito giudiziario, non esclusa, quindi, la comunicazione *contra se*: cfr. per il Regno Unito *Queen v. D.*, 16 settembre 2013, e per il Canada *R. v. NS*, 2012 SCC 72, [2012] 3 S.C.R. 726.

[31] Ciò almeno si spera, anche fronteggiando pressioni europee che eventualmente muovessero in quel senso. Osserva G. Puppink, *Il caso Lautsi contro l'Italia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2012, *statoechiese.it*, p. 39: «mentre il pluralismo si presentava inizialmente in una prospettiva inclusiva, in virtù della quale le diverse religioni sarebbero tutte ugualmente buone, sembra che adesso questa prospettiva si sia ribaltata a detrimento delle religioni. Le religioni sarebbero globalmente cattive. Così a motivo della pericolosità sociale delle religioni, (…) i contorni dello spazio pubblico si estendono sempre più (…). Questa estensione progressiva del secolarismo all'insieme della realtà sociale è contraria all'intenzione iniziale della Convenzione, che mirava precisamente a proteggere i diritti individuali contro l'invasione della società da parte dello Stato. Infine, questa estensione conduce sempre più a ridurre la libertà di religione alla sola libertà di fede, vale a dire alla libertà di avere o no un credo nell'intimità». Occorre allora ribadire che, se è vero che «l'organizzazione della società civile (…) deve ispirarsi a, deve poggiare su – ed essere sorretta da – ragioni laicamente sostenibili», è altrettanto vero che «la laicità è un principio dello Stato, non un dovere del singolo», cui, se credente, non si potrà chiedere «di far prevalere il punto di vista opposto soltanto perché laico. Ispirato alle esigenze della convivenza e della tolleranza, un (…) autocontrollo introspettivo corrisponde» quindi, altresì, a «un dovere morale del laico: non gli si potrà chiedere di far prevalere il punto di vista sostenuto dal credente» in quanto tale, ma «dovrà almeno riflettere sulle ragioni, religiose e non, che possono obiettivamente motivarlo» (M. Romano, *Principio di laicità dello Stato, religione, norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 493 ss., p. 504), ricordando che, anche nell'esperienza religiosa, «non esiste alcuna verità da ricercare allontanandosi dal mondo (dunque, *a prescindere* dall'esperienza umana)» (L. Eusebi, *Laicità e dignità umana nel diritto penale (pena, elementi del reato, biogiuridica)*, in AA.VV., *Scritti per Federico Stella*, Napoli 2007, p. 163 ss., p. 164), ma piuttosto proposte da condividere "traducendo" i contenuti religiosi in un «linguaggio pubblicamente accessibile» e mettendo «in conto *ragionevolmente* la permanenza di un dissenso» (J. Habermas, *I fondamenti morali prepolitici dello Stato liberale*, in J. Ratzinger - J. Habermas, *Vorpolitische moralische Grundlagen eines freiheitlichen Staates*, Bayern 2004, tr. it. *Etica, religione e Stato liberale*, Brescia 2005, p. 21 ss., p. 39 ss.).

[32] Cfr. D. Pelletier, *L'École, l'Europe, les corps: la laïcité et le voile*, in *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, 2005, p. 159 ss.; F. Champion, *La Laïcité n'est plus ce qu'elle était*, in *Archives de sciences sociales des religions*, 2001, p. 41 ss.; per un confronto con gli Stati Uniti, M. C. Ray, *The Intersection of Laicite and American Secularism: The French Burqa Ban in the Context of United States Constitutional Law*, in *Wash. & Lee J. Civil Rts. & Soc. Just.*, 2011, p. 135 ss.), che ha portato ad auspicare una "laicizzazione della laicità" (V. Zuber, *A laicidade republicana em França ou os paradoxos de um processo histórico de laicização (séculos XVIII-XXI)*, in *Ler História*, 2010, p. 161 ss.

[33] In questi ultimi, il riferimento è eventualmente ai, peraltro mutevoli, "limiti alla tolleranza" (cfr. F. Basile, *Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1296 ss.; sulla necessaria provvisorietà e sulla natura insufficiente e sminuente della tolleranza, G. Forti, *Alla ricerca di un luogo per la laicità: il «potenziale di verità» di una democrazia liberale*, in *Jus*, 2007, p. 297 ss., p. 299).

non è superfluo ribadire la repulsa della «laicità come "ideocrazia"»[34] e l'accoglimento invece della necessaria «laicità del principio giuridico di laicità»[35]. Anche prescindendo da queste preoccupazioni, deve riconoscersi che la distanza tra l'approccio culturale e quello securitario è meno marcata di quanto appare, non solo perché le loro radici attingono a una medesima carenza identitaria di fondo[36], che cerca compensazione nel diritto penale[37], ma altresì perché entrambi seguono la dissimulazione che sempre caratterizza la legislazione simbolica, in cui «i destinatari reali della norma sono diversi da quelli proclamati, col risultato della duplicazione (uno manifesto e uno latente) sia dei messaggi e sia dei destinatari», e «le funzioni latenti della norma giungono a prevalere su quelle manifeste»[38].

Nei casi delle norme in esame, la mancata tenuta del rapporto tra fattispecie di divieto e valori invocati[39] smaschera la presenza di una comune scaturigine di

---

[34] C. E. Paliero, *La laicità penale alla sfida del "secolo delle paure"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1154 ss., p. 1158 ss.

[35] Non coincidente con la laicità filosofica come concezione non religiosa del mondo: così D. Pulitanò, *Laicità, multiculturalismo, diritto penale*, in L. RISICATO - E. LA ROSA, a cura di, *Laicità e multiculturalismo. Profili penale ed extrapenali*, Torino 2009, p. 223 ss., p. 225. Con sfumature in parte non sovrapponibili I. Mansuy, *Laïcité versus laïcisme: l'esperienza francese*, in G. DE FRANCESCO - C. PIEMONTESE - E. VENAFRO (a cura di), *Religione e religioni: prospettive di tutela, tutela della libertà*, Torino 2007, p. 307 ss.; nonché A. Mattioni, *Stato laico e società religiosa*, in *Jus*, 2013, p. 395 ss., che traccia una distinzione tra laicità "positiva" e "negativa".

[36] La carenza identitaria del «popolo europeo» sembra valere soprattutto per la sua identità *giuridica*, già addotta come ragione fondante i necessari rinvii a legislazioni nazionali anche profondamente differenziate (E. Rossi, *Identità e valori del cittadino europeo*, in *Ius*, 2003, p. 369 ss.; cfr. anche M. Minniti, *Tra libertà religiosa e ordine pubblico sindaco ko alla guerra del velo islamico*, in *Dir. giust.*, 2006, p. 108 ss.; in senso più ottimistico, A. Bernardi, *Corpus Juris e formazione di un diritto penale europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2001, p. 283 ss.). Spingendosi oltre: la «*costante* del diritto penale europeo» è stata individuata nella «*compresenza*, nella definizione di un giudizio penale, di norme appartenenti ad ordinamenti *diversi*, ma in posizione di reciproca *interferenza*» (C. Sotis, *La "mossa del cavallo", la gestione dell'incoerenza nel sistema penale europeo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 464 ss., corsivi in originale).

[37] Proprio l'urgenza di costruire un «Idealtipo "antropologico"» comunitario, «destinato a fungere da *testimonial* e icona dell'Istituzione stessa», potrebbe rendere peraltro lo stigma penale uno strumento di tentante potenzialità, soprattutto se si accetta di diluire il «concetto di reale "dannosità sociale" per poggiare sulla mera percezione di "irritabilità sociale"» (C. E. Paliero, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1099 ss.). Sulla «legislazione dell'alterità», anche M. Caterini, *Il diritto penale del nemico "presunto"*, in *Politica del diritto*, 2015, p. 635 ss.

[38] E. Fronza, *Profili penalistici del negazionismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1034 ss., p. 1070. Le pene simboliche bene si accordano con il diritto penale di lotta e del nemico, perché «strumentalizzano gli autori di un fatto di reato per meglio simboleggiare la funzione "espressiva" della pena, per condannarne per sempre l'immagine, la fama, l'onore, rinnegando l'uomo come fine e quindi la stessa persona dell'autore, fanno di questi temporaneamente un nemico. In realtà, sono forme di uso strumentale della pena e della libertà, che chiamano i giudici, e non solo l'accusa, a partecipare a una lotta che oscura i fini di giustizia del diritto. Ne risulta scardinata la logica della pena giusta, della proporzione, della colpevolezza, in ciò che di garantistico esse conservano» (M. Donini, *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 735 ss., p. 759 ss.).

[39] Così V. Greco, *Il divieto di indossare il velo islamico: tutela della sicurezza o strumento di lotta politica? Quando il sindaco eccede i suoi poteri*, in *Giur. mer.*, 2007, p. 2426 ss.: «Occorrerebbe saper sfrondare la riflessione proprio da ogni riflessione ipocrita e funzionale ad altri disegni. Si è detto (…) che il burqa può essere (…) usato anche in contesti per nulla religiosi come, per esempio, la commissione di una rapina. Ma l'intento (…)

intolleranza (quasi che lo scopo sia «togliere dalla vista l'altro»[40]), variamente associata a paura inaccettata[41] per fatti nei confronti dei quali la portata preventiva delle norme è pressoché nulla[42]. Non solo la legislazione simbolica privilegia ed enfatizza «la funzione espressiva e di messaggio, a prescindere dalla sua reale attitudine pragmatica a incidere positivamente sui fenomeni»[43], ma è stato segnalato «il rischio per il diritto penale di volgersi alla protezione di un inafferrabile "sentimento" di sicurezza, anziché di diritti, situazioni, interessi, o condizioni di sicurezza allocate in procedure, regole, cautele o

---

era veramente quello di evitare che il burqa venisse utilizzato, per tali scopi o voleva servire altra finalità? (…) Forse, (…) si è fatta confusione tra la fonte della minaccia alla sicurezza (l'estremismo islamico) con uno dei tanti simboli religiosi utilizzati da tale fonte (…). Tale confusione ha portato ad identificare nel velo islamico la fonte della minaccia. E a trasferire un delicato problema di compatibilità di valori costituzionali sul terreno della lotta politica».

[40] «Lo scopo è la rassicurazione dei cittadini, la tutela della sicurezza urbana. (…). A noi sembra che la sicurezza urbana non rappresenti un autentico bene giuridico, ma una sorta di contenitore emotivo che vorrebbe riassumere, appunto, uno stato d'animo, un sentimento collettivo di insicurezza vissuto dai cittadini, a volte, ma non sempre, corrispondente ad un reale pericolo per autentici, distinti beni giuridici (…) La ragione, anche in politica criminale, è bene prevalga sui sentimenti di fastidio e sulle paure, almeno fin tanto che si attribuisca al diritto penale lo scopo di prevenire e reprimere offese a beni giuridici, quand'anche in via anticipata, e non quello di placare timori in larga parte infondati, o comunque fronteggiabili con strumenti meno invasivi. Deve esserci davvero qualcosa di ancestrale nella fiducia dei politici e dei cittadini nelle virtù taumaturgiche della pena» (C. Ruga Riva, *Il lavavetri, la donna col burqa e il sindaco. Prove atecniche di "diritto penale municipale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 133 ss.).

[41] Non a caso si postula come condizione conservativa dei rapporti interpersonali l'«assenza di paura» (G. Jakobs, *Feindstrafrecht? Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit*, in *HRRS*, 2006, p. 289 ss., p. 293, tr. it. *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni della giuridicità*, in A. GAMBERINI - R. ORLANDI, a cura di, *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna 2007, p. 109 ss., p. 118).

[42] Osserva M. Donini, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3558 ss., p. 3559: «le ripetute riflessioni della dottrina contro l'uso inflazionistico e meramente simbolico di un diritto penale inefficace, e l'osservazione comune (di diverso segno politico) del fenomeno della c.d. ineffettività della pena, hanno prodotto il risultato che presso il legislatore e i media si è affermata non già l'idea che la vera prevenzione la si debba effettuare con altri mezzi, che sarebbero però più "costosi" in termini economici, e non invece in termini di garanzie per i diritti di tutti, ma piuttosto si è affermata l'idea-propaganda, che debba essere più efficace ed effettiva la pena; così, si potrà continuare a utilizzare il diritto penale per ogni scopo preventivo e di rassicurazione sociale: basta che poi seguano le sanzioni. L'effettività della sanzione sarebbe garanzia dell'efficacia della prevenzione, o almeno della prevenzione che si può pretendere dal diritto penale». Questa sviante sineddoche, già diagnosticata in C. E. Paliero, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 430 ss., ha effetti deleteri, giacché come è stato molto opportunamente sottolineato, la norma penale deve prima di tutto «essere idonea (*geeignet*) e necessaria (*erforderlich*) per raggiungere lo scopo perseguito, e la restrizione legale deve essere proporzionata all'obiettivo di tutela (…). Al primo livello (…), acquistano rilievo questioni empiriche: relative, da un lato, alla idoneità strumentale della norma rispetto al suo scopo, e dall'altro lato all'idoneità offensiva del fatto vietato. Questo *unzweifelhaft empirische Charakter* della questione della idoneità dovrebbe (…) essere preso sul serio dalla scienza giuridica» (D. Pulitanò, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità delle norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1004 ss., p. 1027, facendo riferimento a R. Alexy, *Collisione e bilanciamento quale problema di base della dogmatica dei diritti fondamentali*, in M. LA TORRE - A. SPADAIO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino 2002, p. 9 s, e W. Hassemer, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze strafrechtlicher Eingriffe*, in *Id., Erscheinungsformen des modernen Rechts*, Frankfurt am Main 2007, p. 191 ss.). Sulla disfunzionalità preventiva di ogni *overreaction* penale, v. pure M. Cancio Meliá, *Terrorism and Criminal Law: The Dream of Prevention, the Nightmare of the Rule of Law*, in *New Crim. L. R.*, 2011, p. 108 ss., che identifica nel confronto con il terrorismo il «picco evolutivo» del sistema penale occidentale.

[43] G. Fiandaca, *Concezione e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina*, in *Questione Giustizia*, 1991, p. 13 ss., p. 20.

strumenti»[44]. È appena il caso di sottolineare che i ricorrenti esempi di armi o esplosivo nascosti sotto il *burqa* (nessuno, sinora, relativo al mondo occidentale, dove un simile abbigliamento, lungi dal nascondere, attira piuttosto l'attenzione[45]) non sono pertinenti, giacché è chiaro che le armi non sono nascoste sotto il velo, ma sotto l'abito, che per quanto ampio resterebbe comunque immune da divieti. Non è peraltro plausibile che un terrorista in procinto di farsi esplodere esiti a mostrare il volto, se è stata pronunciata una specifica *fatwa* che autorizza le attentatrici suicide a rinunciare del tutto all'*hijab* laddove ciò sia necessario alla riuscita della missione[46]. Ciò varrebbe peraltro, pur tralasciando di interrogarsi in merito alla configurabilità penalistica di un'offesa al bene della "laicità"[47], anche per gli altri interessi asseritamente in gioco, quali la tutela della libera espressione femminile, come ribadisce ampia letteratura a sostegno dell'uso del velo nella sua dimensione di scelta *espressiva* e *libera* o quale condizione *facilitante* un accesso alla vita pubblica magari cauto e graduale, ma comunque rispettoso della propria identità culturale di provenienza[48].

Ancora una volta dimostra la sua efficacia diagnostica – anche con riguardo alla duplice declinazione del principio di offensività[49] – la verifica del rispetto di quei *vincoli di realtà* che dovrebbero legare il sedicente ermeneuta locale, così come ogni politico[50] e

---

[44] G. P. Demuro, *Ultima ratio: alla ricerca dei limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1654 ss.

[45] Cfr. G. P. Proseus, *Reconciling Religious Free Exercise and National Security: Triumph of the Ultimate Compelling Governmental Interest*, in *Wm. & Mary J. of Women & L.*, 2012, p. 363 ss.

[46] Y. Al-Qaradawi, *Fatwa on Palestinian Women Carrying Out Martyr Operations*, 6 novembre 2006; v. anche A. Berko, *The Smarter Bomb: Women and Children as Suicide Bombers*, Lanham 2016, p. 149; la rinuncia è peraltro stata ritenuta lecita in qualsiasi caso in cui non sia motivata dal desiderio di ostentare la bellezza, bensì da quello di evitare attenzioni indesiderate: A. El Fadl, *Fatwa on Permissibility of Not Wearing Hijab*, 31 dicembre 2016.

[47] Cfr. C. E. Paliero, *La laicità penale*, cit., p. 1159 ss., che sceglie come «topica» il caso del *burkini*.

[48] *Ex plurimis*, R. Pepicelli, *Il velo nell'Islam. Storia, politica, estetica*, Roma 2012; F. El Guindi, *Veil. Modesty, Privacy and Resistance*, Oxford - New York 1999; E. Tarlo, *Visibly Muslim. Fashion, Politics, Faith*, Oxford - New York 2011; N. Fadil, *Not-/Unveiling as an Ethical Practice*, in *Feminist Review*, 2011, p. 83 ss.; F. Shirazi, *The Veil Unveiled*, Gainsville 2001; R. Prezzo, *Veli d'Occidente. Temi, metafore, simboli*, Milano 2008; N. Fiorita, *Libertà religiosa e società multiculturali: il caso del velo islamico*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2015, *statoechiese.it*; P. Palermo, *Parità coniugale e famiglia multiculturale in Italia*, in *Famiglia e Diritto*, 2011, p. 628 ss.; A. Rivera, *La guerra dei simboli. Veli postcoloniali e retoriche sull'alterità*, Bari 2005; C. Killian, *The Other Side of the Veil: North African Women in France Respond to the Headscarf Affair*, in *Gender and Society*, 2003, p. 567 ss.

[49] «Il principio di tutela dei beni giuridici, quale fondamento e limite della tutela penale legittima, pone vincoli non solo alla individuazione degli oggetti legittimi di tutela, ma anche alle modalità o soglie di tutela» (D. Pulitanò, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità delle norme penali*, cit., p. 1010). Sulla doppia valenza del parametro dell'offensività nel giudizio di costituzionalità, F. Palazzo, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 350 ss.

[50] D. Pulitanò, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 795 ss., p. 812, con riferimento a H. Arendt, *Wahrheit und Politik*, Berlin 2004, tr. it. *Verità e politica*, Torino 2004: «la

legislatore[51], nonché ogni interprete giudice del merito[52] o «custode del *nomos*»[53], ma anche ogni giurista che, a qualsiasi titolo, proponga il proprio (sotto ogni altro aspetto liberissimo) contributo al panorama dottrinale[54]. Non a caso, l'Europa arranca nel disancorare le decisioni legislative o giudiziarie relative al velo dal fenomeno islamico, esponendosi ad accuse di discriminazione[55].

In questo quadro, taluno potrebbe reputare curioso che nel contesto italiano, che avrebbe potuto "avvantaggiarsi" di una legislazione emanata in *tempi non sospetti*, si registrino manifestazioni di impegno a dettagliarne l'interpretazione nel senso nella *non* applicabilità, pur senza propugnare l'abrogazione di previsioni che, nate in *tempi del sospetto* non così dissimili dagli attuali[56], prestano il fianco a continui tentativi di forzature, in alcuni casi suggellate dalla definitività del giudicato[57].

---

verità, anche le modeste verità di fatto, dal punto di vista della politica come potere hanno un carattere "dispotico", nel senso che oppongono alle pretese del potere la corposa consistenza di ciò che è».

[51] «La "contrarietà" del fatto vietato al bene giuridico non può essere semplicemente postulata dal legislatore in relazione a fatti quali che siano» (D. Pulitanò, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità delle norme penali*, *loc.* cit.).

[52] Contro ogni «autoritarismo bene intenzionato», che rende «deformante» il «formante» giurisprudenziale, l'interprete è sottoposto a un duplice vincolo: quello della legge, sulla scorta dell'«idea che i problemi di interpretazione siano suscettibili di impostazione razionale, razionalmente controllabile; che abbiano ad oggetto (se il principio di determinatezza non è grossolanamente violato) una legalità riconoscibile "quale parametro di giudizio preesistente all'interpretazione e indisponibile da parte del giudice"» (D. Pulitanò, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 29 ss., p. 35, che riprende qui C. F. Grosso, *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, in *Criminalia*, 2011, p. 134 ss.), e quello della realtà dei fatti nella loro «fastidiosa contingenza» (D. Pulitanò, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, *loc.* cit., ancora rifacendosi ad Arendt).

[53] «Fuori della portata della nomofilachia stanno le questioni di fatto, comprese quelle relative al sapere (alla scienza) sul mondo dei fatti» (D. Pulitanò, *Crisi della legalità*, cit., p. 44).

[54] Il diritto penale «non è una scienza, né deve ambire ad esserlo» e gli sarà perciò «precluso, nel momento in cui prende in esame accadimenti empirici o requisiti soggettivi, di proporre categorie normative a prescindere dai dati che trovano la loro fonte nelle scienze di base» (L. Eusebi, *Il diritto penale non è una scienza*, introduzione a I. Marchetti - C. Mazzucato, *La pena «in castigo». Un'analisi critica su regole e sanzioni*, Milano 2006, p. XXXIII ss.; sui rischi di manipolazione che la "dogmatica autonoma" porta con sé, L. Eusebi, *Laicità e dignità umana nel diritto penale*, cit., p. 174 e 197 ss., nonché p. 166 s., sul rapporto tra dato empirico e laicità).

[55] M. Martìnez, *¿Es el multiculturalismo bueno para los inmigrantes?*, in *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 2011, p. 27 ss.; M. Kilani, *Équivoques de la religion et politiques de la laïcité en Europe réflexions à partir de l'islam*, in *Archives de sciences sociales des religions*, 2003, p. 69 ss.

[56] Sul securitarismo come una «tradizione del tutto collaudata», M. Donini, *Il «terrorismo urbano» e i fantasmi della legge Reale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 1433 ss.; W. Naucke, *La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza: illustrazione con intento critico*, in M. DONINI - M. PAVARINI (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna 2011, 79 ss.; sul periodo del terrorismo domestico come forma di stato di eccezione a gestione prevalentemente giudiziaria, anche F. Viganò, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2006, p. 648 ss., p. 649, dove pure alla n. 3 tracce diacroniche di similitudini in merito al caso della *ticking time bomb*; un parallelo anche in M. Minniti, *op. cit.*, p. 2539 ss., che qualifica la "sicurezza pubblica" ora tanto in voga come un «prisma non meno capace di catalizzare rifrazioni ideologiche di quanto non fosse il concetto di "ordine pubblico" negli "anni di piombo"».

[57] V. *supra*, n. 24 e 25, per i casi relativi al porto di *kirpan* nelle limitrofe province di Mantova e Piacenza.

A prescindere dalla natura delle specificità della situazione nazionale, di cui la Lombardia costituisce una sezione frattale significativa, la pur discontinua attivazione di anticorpi efficaci sembra comunque modularsi (anche) secondo una scalarità funzionale, in cui la vita del diritto sul territorio, magari in applicazione di norme apparentemente marginali, gioca un ruolo non irrilevante.

III. "Zoom out": punti di osservazione

Per meglio valutare l'ipotesi dianzi formulata, possono osservarsi le manifestazioni del diritto ai valori estremi della scala, non senza chiedersi se norme contravvenzionali o addirittura provvedimenti extrapenali[58] che su queste eventualmente incidono possano inscriversi nel paradigma – forse ancora inesausto e in ogni caso certamente diacronico[59] – del cd. *diritto penale del nemico*. Questo,

---

[58] F. Viganò, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1334 ss., p. 1357, mette opportunamente in guardia anche circa il pericolo di enucleazione dal diritto penale di interi settori di risposta più o meno apertamente o direttamente sanzionatoria: «un simile atteggiamento è dominato (…) da una preoccupazione fondamentale: (…) evitare la contaminazione del sistema (…). Per quanto nobili siano gli intenti, il risultato è però sconcertante. Se il penalista non si occupa di tutto ciò che accade (…) oltre i confini del diritto penale "del fatto" disegnato con tanta cura nei nostri manuali (…) chi si dovrà invece occupare di questa scomoda realtà? (…) settori apparentemente marginali dell'ordinamento, i cui protagonisti passivi sono per lo più individui anch'essi ai margini della società — ancorché siano pur sempre titolari di diritti fondamentali compressi (…): se non i cultori dello *ius terribile*, chi mai potrà realisticamente farsi carico di questi diritti?». A titolo di esempio, sull'ascrivibilità al diritto dell'esclusione anche del diritto amministrativo relativo alle espulsioni, M. Donini, *Il terrorista-straniero come nemico e le contraddizioni di una giurisdizione penale di lotta*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2009, p. 1699 ss., p. 1716.

[59] G. Jakobs, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in *HRRS*, 2004, p. 88 ss., p. 89 ss. Non a caso, R. E. Zaffaroni, *La legitimación del control penal de los "extraños"*, in M. CANCIO MELIÁ - C. GÓMEZ-MARTÍN DÍEZ (a cura di), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid - Buenos Aires 2006, vol. II, p. 117 ss., risalendo a Protagora e Platone, definisce il diritto penale del nemico «un'idea vecchia per un panorama nuovo». Sulle similitudini diacroniche dal medioevo alla modernità, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2009, p. 109 ss., nonché G. Aller, *El derecho penal del enemigo y la sociedad del conflicto*, in M. Cancio Meliá - C. Gómez-Martín Díez, *op. cit.*, vol. I, p. 79 ss. Da parte sua, G. Fiandaca, *Diritto penale del nemico. Una teorizzazione da evitare, una realtà da non rimuovere*, in A. GAMBERINI - R. ORLANDI, *op. cit.*, p. 179 ss., p. 185, ha rinvenuto un parallelo con la lotta ottocentesca al banditismo, con un passaggio di Liberatore sugli «uomini armati contro la legge» che perciò «meritano leggi diverse». Il retaggio nazista è messo in evidenza da G. Marinucci, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale: uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1 ss., nonché da F. Mantovani, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 471 ss., ove pure interessanti osservazioni sul diritto penale socialista, sino allo sfociare del «"*non diritto penale del nemico*" (…) nel "terrorismo repressivo" perché "nemico della giuridicità"» (cfr. pure L. Luisi, *Un derecho penal del enemigo: el derecho penal soviético*, in M. Cancio Meliá - C. Gómez-Martín Díez, *op. cit.*, vol. II, p. 233 ss.), mentre M. Donini, *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, cit., p. 738, mette in luce l'incidenza di una «logica binaria» anche nelle decisioni dei più recenti tribunali internazionali. Deve peraltro osservarsi che la reiterazione nel tempo è un portato inevitabile e immediato delle violazioni dei diritti e delle garanzie, cui la configurazione dello stato di emergenza è confine debole e inefficace: essi si devono «prendere sul serio (…) sia in tempo di guerra che di pace», senza «cadere nell'errore di credere che, alla fine del conflitto, si potrà riportare indietro l'orologio» (A. Barak, *The Supreme Court and the Problem of Terrorism, in Judgements of the Israel Supreme Court. Fighting Terrorism within the Law*,

infatti, è tradizionalmente individuato in *reazioni scalarmente notevoli* dell'ordinamento a fronte di *violazioni gravissime* delle regole di convivenza, tali da configurare veri e propri attacchi alla collettività nella sua dimensione giuridica e organizzata[60]. Nondimeno, i casi in esame, benché relativi a norme minori, applicate a comportamenti poco o per nulla lesivi del patto sociale, ne condividono numerosi tratti caratteristici[61], che si presentano, per così dire, in "scala ridotta".

III.1. Riduzione dell'offensività a sospetto d'autore per assimilazione.

L'anticipazione di tutela, marcatissima nel caso del velo, connota in realtà entrambe le fattispecie sino a renderle qualificabili come residue ipotesi di reati di sospetto[62]. In questa cornice, si è posto l'interrogativo sulla natura del *giustificato motivo*, qui come in altri casi ricostruita come causa di inesigibilità[63] – una soluzione comparativamente mortificante per il motivo religioso – oppure qualificata come

---

Gerusalemme 2005, p. 10, cit. in F. Stella, *I diritti fondamentali nei periodi di crisi, di guerra e di terrorismo: il modello Barak*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 938 ss.). Per A. R. Zaffaroni, *Alla ricerca del nemico. Da Satana al diritto penale cool*, in E. DOLCINI - C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano 2006, vol. I, p. 757 ss., p. 759 e 762, il potere punitivo stesso è intrinsecamente votato a servire il dominio, replicandosi quale «strumento ordinatore verticalizzante» in scala da familiare a mondiale, lungo tutta la storia umana, assoggettando i ritenuti «*biologicamente inferiori*» e meccanizzando la «*confisca delle vittime* al fine di neutralizzare i soggetti disfunzionali»; l'analisi sinottica della criminalizzazione primaria e secondaria, del discorso giuridico-ideologico legittimante e della propaganda diretta alla pubblica opinione consentirebbe di «percepire *il corso del potere planetario alla stregua di una ricerca permanente del nemico*» (corsivi in originale).

[60] I nemici sono «individui a cui si deve impedire mediante coazione di distruggere l'ordinamento giuridico» (G. Jakobs, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, in G. JAKOBS - M. CANCIO MELIÁ, a cura di, *Derecho penal del enemigo*, 2003, 2ª ed., Madrid 2006, trad. it. *Diritto penale del nemico*, in M. DONINI - M. PAPA, a cura di, *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, Milano 2007, p. 21 ss., p. 47; i riferimenti, anche nel seguito, sono alla versione originale).

[61] I caratteri del diritto penale del nemico sono stati così sintetizzati: «1) ampio avanzamento della soglia di punibilità e conseguente mutamento di paradigma, dalla prospettiva del fatto commesso a quello che si va a realizzare; 2) assenza di una riduzione di pena proporzionale a tale anticipazione; 3) passaggio dalla legislazione codicistica alla legislazione speciale, significativamente modulata sui temi della «*lotta*» contro la delinquenza (di vario tipo); 4) riduzione delle garanzie processuali» (F. Resta, *Lessico e codici del «diritto penale del nemico»*, in *Giur. merito*, 2006, p. 2785 ss., p. 2786); non dissimili i caratteri del "delitto del nemico" politico: «anticipazione incontrollabile della tutela, incongruenza strutturale e inafferrabilità ermeneutica» (T. Padovani, *Il nemico politico e il suo delitto*, in A. GAMBERINI - R. ORLANDI, *op. cit.*, p. 73 ss., p. 78 ss.). In questo contesto si realizza la massima espressione della sintesi «prevenzione-forza» e la contestuale pressoché completa rinuncia alla «prevenzione-consenso» (sui due modelli, L. Eusebi, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 76 ss.).

[62] Sui quali R. Calisti, *Il sospetto di reati. Profili costituzionali e prospettive attuali*, Milano 2003, p. 19 ss., e Autori *ivi* citati, nonché V. Manes, *La pervicace resistenza dei "reati di sospetto"*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 2539 ss.

[63] Si veda, ad esempio, E. Grosso, *"Ad impossibilia nemo tenetur": la Corte detta al giudice rigorosi confini per la configurabilità del reato di ingiustificato trattenimento dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Giust. cost.*, 2004, p. 97 ss., per il quale il giustificato motivo sarebbe uno strumento ad «applicazione elastica» per «delimitare, nel senso di attenuare» il tenore letterale della fattispecie.

causa di giustificazione[64] – un'opzione che avrebbe il merito di ribadire, per il tramite del diritto riconosciutogli[65], la qualifica di persona in capo al soggetto agente, ma al tempo stesso sarebbe votata all'elaborazione di esimenti di valenza generale, ancorché non codificate, ridondantemente richiamate in parte speciale, e presupporrebbe la condotta tipica come offensiva, benché giustificata – o, infine,

---

[64] Ancora, ma criticamente, A. Provera, *op. cit.*, p. 974, e Autori *ivi* citati alla n. 58.

[65] Nelle cause di giustificazione il comportamento del soggetto e il fatto stesso nella sua interezza «è approvato dall'ordinamento, o comunque considerato espressione di libertà», di talché «ne risulta (…) precluso nel sorgere (…) ogni giudizio negativo» (M. Romano, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 55 ss., p. 61). Anche a questo riguardo, come osserva F. Palazzo, *Costituzione e scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1033 ss., p. 1033, «i "diritti", e più in generale le cause di giustificazione si rivelano (…) le vere valvole di comunicazione con i più significativi "mutamenti sociali": addirittura, al di là e più di quanto accada sul versante dell'incriminazione (…), nell'area della giustificazione entra prepotentemente la storia». Peraltro, possono richiamarsi molte delle osservazioni compiute nel tema, solo in parte sovrapponibile, delle *cultural defenses*, su cui, *ex plurimis*, W. Kymlicka - C. Lernestedt - M. Matravers, *Criminal Law and Cultural Diversity*, Oxford 2014, p. 104 ss.; A. D. Renteln, *The Cultural Defense*, Oxford - New York 2004; *Id.*, *The Use and Abuse of the Cultural Defense*, in *Can. J. L. Soc.*, 2005, p. 47 ss.; M. C. Foblets - A. D. Renteln, *Multicultural Jurisprudence: Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Portland 2009; D. L. Coleman, *Individualizing Justice Through Multiculturalism: The Liberals' Dilemma*, in *Colum. L. Rev.*, 1996, p. 1093 ss.; M. Fischer, *The Human Rights Implications of a "Cultural Defense"*, in *S. Cal. Interdis. L.J.*, 1998, p. 663 ss. T. F. Goldstein, *Cultural Conflicts in Court: Should the American Criminal Justice System Formally Recognize A "Cultural Defense"?*, in *Dick. L. Rev.*, 1994, p. 141 ss.; G. Ben-David, *Legal Models for the Recognition of Cultural Arguments in Criminal Law: A Normative Viewpoint*, in *U. Miami Race & Soc. Just. L. Rev.*, 2012, p. 1 ss.; nonché la nota editoriale *The Cultural Defense in the Criminal Law*, in *Harv. L. Rev.*, 1986, p. 1293 ss.; nella dottrina italiana, oltre a C. de Maglie, *op. cit.*, p. 103 ss., e *Id.*, *Multiculturalismo e diritto penale. Il caso americano*, in AA.VV., *Scritti per Federico Stella*, cit., p. 3 ss., p. 36 ss.; A. Bernardi, *"Fattore culturale" e personalizzazione dell'illecito penale*, in L. RISICATO - E. LA ROSA, *op. cit.*, p. 126 ss.; *Id.*, *Il diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2002, p. 485 ss.; C. Longobardo - R. Muzzica, *I reati culturalmente orientati: una triplice prospettiva criminologica*, in *Rass. it. crim.*, 2015, p. 47 ss.; M. Helfer, *I reati culturalmente motivati nel sistema penale italiano*, in E. M. AMBROSETTI (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino 2017, p. 382 ss.; C. Grandi, *Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, in G. DE FRANCESCO - C. PIEMONTESE - E. VENAFRO, *op. cit.*, p. 327 ss.; B. Pastore, *Identità culturali, conflitti normativi e processo penale*, in B. Pastore - L. Lanza, *Multiculturalismo e giurisdizione penale*, Torino 2008, p. 5 ss., p. 15 ss.; R. Aveta, *op. cit.*, p. 137 ss.; A. Gentile, *Città e immigrazione. Cenni sul fenomeno dal sociale al giuridico penale*, Soveria Mannelli 2014, p. 87 ss.; nonché, con un taglio più ampio, i contributi raccolti nella sezione monografica *Il multiculturalismo e le Corti*, in *Questione Giustizia*, 2017, p. 118 ss., e nel volume *Multiculturalismo* in *Ragion pratica*, 2013, tra cui, in particolare, F. Basile, *Il diritto penale nelle società multiculturali: i reati culturalmente motivati*, p. 9 ss., e B. Pastore, *Reati culturalmente motivati e valutazione probatoria*, p. 97 ss., che, *ivi*, p. 103, riportandosi alle riflessioni di P. Parolari, *Reati culturalmente motivati. Una nuova sfida del multiculturalismo ai diritti fondamentali*, in *Ragion pratica*, 2008, p. 529 ss., e W. I. Torry, *Multicultural Jurisprudence and the Culture Defense*, in *Journal of Legal Pluralism*, 1999, p. 127 ss., pone particolare attenzione ai rischi connessi a un riconoscimento indifferenziato: «facili strumentalizzazioni, ricostruzioni caricaturali, stereotipate, stigmatizzanti, scorrette dei caratteri della cultura dell'imputato, nonché approcci diretti ad assumere una concezione deterministica dell'influenza del contesto culturale sulle azioni individuali», cui si aggiunge «il rischio di promuovere un modo essenzialista di concepire le culture come entità chiuse, monolitiche, non soggette a differenziazioni interne, a contaminazioni, a cambiamenti, a revisioni» (illuminanti in questo senso gli esempi di pronunce estere relative a immigrati italiani riportate in F. Basile, *Premesse per uno studio sui rapporti tra diritto penale e società multiculturale. Uno sguardo alla giurisprudenza europea sui cd. reati culturalmente motivati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 419 ss.). I medesimi ostacoli di portata generale sono stati rilevati in merito all'ipotesi di sussunzione nell'infermità mentale o nel difetto di dolo, optando per una possibile considerazione in punto di commisurazione della pena, limitatamente al caso in cui abbiano determinato un effettivo «conflitto di coscienza» (F. Piqué, *La subcultura del marito non elide l'elemento soggettivo del reato di maltrattamenti né esclude l'imputabilità del reo*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2961 ss.; v. pure, con alcune distinzioni, D. Pulitanò, *Laicità, multiculturalismo*, cit., p. 250).

considerata potenzialmente operante già sul piano della tipicità, intesa come «individuazione dell'offesa al bene giuridico»[66]. Quest'ultima soluzione pare preferibile, con una precisazione: la funzione del "giustificato motivo" non solo non sembrerebbe qui valorizzare una preponderanza in termini di libertà o diritti, ma nemmeno si dispiegherebbe sul *piano del fatto*, in senso stretto e oggettivo, quanto piuttosto con riferimento alla delimitazione di un elemento inespresso della fattispecie, tutto racchiuso a *livello soggettivo*, ossia la *presunzione* di intenzioni offensive.

Si presentano, infatti, qui, situazioni in cui la pericolosità intrinseca degli oggetti è nulla, come nel caso della copertura del volto, o solo potenziale e consentita, come nel caso delle armi improprie[67], di talché la soglia di pericolo che giustifica – se giustifica – l'anticipazione della tutela penale è attinta solo qualora il porto dell'oggetto sia accompagnato da circostanze di fatto, relative al contesto e al soggetto, tali da ritenere plausibile che questi sia in procinto di trasformare quell'oggetto in arma, facendone uso, appunto, *improprio*. È appena il caso di ricordare che entrambe le disposizioni di cui si discorre sono nate in un periodo storico in cui caschi da motociclista e catene senza annesse motociclette, nonché tubi di ferro e chiavi inglesi nelle tasche non già di meccanici d'officina ma di studenti universitari politicamente impegnati, benché non costituenti armi *in sé*, avevano una carica evocativa di violenza che veniva immediatamente percepita e troppo spesso confermata dai fatti.

Trasponendo in norma la massima di esperienza su cui basa la propria scelta, il legislatore ne cela la carenza di fondamento scientifico, la natura meramente possibilistica e il cuore essenzialmente psicologico del sospetto da cui muove. Al tempo stesso, però, riconosce un limite alla sua generalizzata attribuzione di intenti nei casi in cui sussista una ragionevole spiegazione alternativa[68], il *giustificato motivo*,

---

[66] A. Provera, *op. cit.*, p. 976; cfr. pure C. de Maglie, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 173 ss., secondo la quale nei casi di specie il ricorso al motivo religioso, con la sua copertura costituzionale, in una «soluzione ineccepibile sul piano sistematico», avrebbe consentito di eludere la questione culturale.

[67] Se è pur vero che in termini assoluti «l'oggetto non è privo di idoneità offensiva» (A. Licastro, *Il motivo religioso*, cit., p. 22), deve riconoscersi, come si vedrà nel seguito, che si tratta di una pericolosità generalmente accettata, con riferimento a oggetti di uso comune, salvo che in assenza di condizioni che lascino presumerne un uso aggressivo.

[68] Analogamente sembra orientarsi la valutazione della sorpresa in flagranza con riferimento alla capacità indiziante delle circostanze concrete in A. Natalini, *La storia dell'ultimo reato "di sospetto". Così scampa alla*

che non deve essere in sé esercizio di un incomprimibile o particolarmente meritevole diritto, ma solo mostrare una plausibilità sufficiente per superare, nel caso concreto, la massima di esperienza (qui, *di polizia*) su cui la norma si fonda e che postula come verosimili le intenzioni aggressive.

Si ripete nella costruzione di queste fattispecie la medesima struttura che di altre percorre l'accertamento abduttivo: valorizzazione dell'intuizione colpevolista secondo l'*íd quod plerumque accidit* temperata dall'apertura a ipotesi alternative, da dimostrarsi volta per volta, in un sostanziale rovesciamento dell'onere probatorio[69] che nel caso in esame include il rischio non solo della mancata prova o della tardiva invocazione, ma anche dell'interpretazione giuridica sfavorevole. L'affidamento riposto dal legislatore nel senso comune dà quindi corpo normativo alla logica del sospetto *una volta per tutte*, prestandosi a sottrarre poi alla confutazione, nei singoli casi concreti, la generalizzazione fondante.

Per molto tempo e, in buona parte dei casi, anche tuttora, il meccanismo ha funzionato: non c'è ragione di dubitare che la difficoltà nel rinvenimento di pronunce relative ad *aste acuminate* sorreggenti labari d'onore in occasione di commemorazioni civili dei caduti, *coltelli da pane* con annessi salami e *baguettes* in cestini da picnic, *mazze da baseball* recate in prossimità del figlio adolescente in tenuta sportiva o ancora *passamontagna e occhialoni integrali da ghiacciaio* indossati ai piedi delle piste innevate sia attribuibile a una molto opportuna "selezione all'origine", tale che nessuna di queste ipotesi sia mai stata mai portata all'attenzione della giurisprudenza. I recenti fatti di attentato realizzati lanciando furgoni contro la folla porrebbero

---

scure della Consulta, in *Dir. e giust.*, 2005, p. 88 ss. Il crinale tra la determinatezza e l'offensività può trovare una guida nell'interpretazione del principio di tassatività come «idoneità della norma a delimitare il confine tra lecito e illecito» (AM. Maugeri, *I reati di sospetto dopo la pronuncia della Corte Costituzionale n. 370 del 1996: alcuni spunti di riflessione sul principio di ragionevolezza, di proporzione e di tassatività*, in *Riv. it. Dir. pen. proc.*, 1999, p. 434 ss. e p. 944 ss., p. 944 ss.).

[69] Per tutti, M. Taruffo, *L'onere come figura processuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 425 ss.: «a dimostrare la verità di un'allegazione non è certamente sufficiente la mancata dimostrazione probatoria della sua falsità»; in ambito penale, A. Manna, *I rapporti tra sapere scientifico e sapere giudiziario*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3633 ss.; F. M. Iacoviello, *Lo standard probatorio richiesto per le misure cautelari,* in *Quaderni del CSM,* 1997, p. 11 ss. Cfr. pure, in relazione alle fattispecie di cui agli art. 707 e 708 c.p., A. Natalini, *La storia dell'ultimo reato "di sospetto"*, cit., nonché V. Manes, *op. ult. cit.*, p. 2544, che osserva: «non devono sottovalutarsi le potenzialità in chiave di controllo che norme apparentemente obsolete (…) possono garantire rispetto a vecchi e nuovi antagonisti del sistema economico e sociale, o semplicemente rispetto alla *underclass* dei "ridondanti" e delle "vite di scarto" cui oggi si addebita – destra come da sinistra – la responsabilità della crescente "insicurezza", specie nella sua dimensione urbana».

diversamente un problema di *polizia* e di *amministrazione giudiziaria* di dimensioni immani, dovendosi valutare (e poi eventualmente scriminare) come porto di armi improprie tutte le occasioni di conduzione di *autoveicoli*.

Sotto questo profilo, l'intero dibattito sul fattore religioso o culturale in termini di diritti confliggenti pare un macroscopico equivoco (*felix culpa*, quanto alla dottrina, nella misura in cui propizia pagine ricche di sensibilità su questi temi; non così invece per la giurisprudenza che condanna). In effetti, nessuno si sente in dovere di argomentare, in termini peraltro di preponderanza rispetto alla sicurezza pubblica, circa un diritto costituzionale al diletto sportivo per giustificare il porto di mazze da golf o in merito a un diritto fondamentale alla salubrità del desinare per il già ipotizzato porto di coltelli da picnic. Nessuno disquisisce se tali diritti incontrino i limiti dell'ordine pubblico e del buon costume, semplicemente perché *non esiste alcuna norma* che, prevedendoli, li possa al contempo limitare. Si potrebbe argomentare che anche i riferimenti alle regole relazionali e ai valori della civiltà occidentale[70], oltre che "suonare amari" per gli immigrati pacifici[71], siano di per sé fuori luogo, perché a ben vedere il motivo giustificante potrebbe non essere nemmeno approvato dall'ordinamento: taluno potrebbe dotarsi di una sacca completa di bastoni da golf al solo fine di entrare inosservato nella *club house* e poi, depositatele all'ingresso, ingiuriare con ogni epiteto un rivale in amore iscritto al circolo e colà convivialmente riunito con amici e consoci. Qualora si consideri il giustificato motivo come causa di giustificazione, quindi inoperante nell'esempio immaginato, si dovrebbe derivarne che non si tratta solo di illecito civile, bensì di *reato*, *ex* art. 4 L. 110/75. Non pare conclusione inoppugnabile.

Diversamente – e, forse, più persuasivamente – si potrebbe invece sostenere che la funzione dell'argomentazione relativa al picnic o al gioco del golf non abbia la funzione di giustificare motivatamente (soccorre qui anche la sintassi della disposizione), bensì quella di *motivare giustificatamente* il porto, ossia di chiarirne il motivo e così *rendere implausibile il sospetto* circa le intenzioni di uso *improprio*[72]. La

[70] Cass. pen. sez. I, 31 marzo 2017, n. 24084, cit.
[71] L. Ferla, *op. cit.*, p. 2214.
[72] Si considera in questo caso la condotta base lecita e la pericolosità intrinseca degli oggetti

stessa cosa potrebbe dirsi per i ceri di Gubbio, la cui *potenziale* attitudine offensiva è innegabile, o di un pesantissimo turibolo colmo di carboni ardenti: non se ne accetta il porto in processione in ottemperanza al diritto di manifestazione della propria fede (e in quel caso, sarebbe davvero discriminatorio negare il medesimo trattamento al pugnale del *sikh*[73]), ma perché si riconosce che il *motivo* di chi lo reca non è verosimilmente quello di utilizzarlo come maglio contro i passanti.

Quando un oggetto non è *di per sé* indicativo di intenti aggressivi, *indovinare* i motivi del soggetto che lo porta dipende dal contesto storico, geografico e, per così dire, "antropologico" in senso lato. Si tratta, di conseguenza, di un giudizio mutevole: la giurisprudenza sulla balestra[74] lo insegna. Quanto sia poco opportuno fondare una fattispecie di reato su generalizzazioni mutevoli e dipendenti dal contesto, non è concetto necessitoso di ulteriore insistenza. In ogni caso, finché la previsione penale resiste, è innegabile la rilevanza (*sotto questo profilo*, non già sotto quello dei diritti) del fattore culturale: "*si sa*" cosa fanno i chierici e i golfisti, gli alfieri e gli sciatori, qualcuno potrebbe eccepire che "*non si sa bene*" cosa fanno i *Sikh*.

Sul punto, tuttavia, le pronunce sono tutte ineccepibili: il *kirpan* non è naturalmente destinato a offendere, non è *in genere* prodotto, né indossato a quello scopo, come ampia tradizione circa il valore simbolico e risalente esperienza di porto pacifico dimostrano. È arma *impropria*, come il cero di Gubbio o la mazza da golf, e *improprio* ne sarebbe l'uso offensivo. Nulla, peraltro, lascia pensare a un'intenzione di uso *improprio* nei casi concreti, in cui solo l'effettiva appartenenza religiosa *motiva*, ossia *spiega plausibilmente*, il porto (qualche sospetto potrebbe semmai nascere qualora il medesimo pugnale fosse indossato non già da un *sikh*, ma da un autoctono agnostico maldestramente travestito da indiano).

---

normalmente tollerata, in linea con la loro libera commerciabilità e detenzione nelle abitazioni. Una *ratio* in parte differente potrebbe aver ispirato il ricorso alla medesima espressione nei reati militari, che insistono su condotte base, *normalmente non tollerate*, di insubordinazione.

[73] Potrebbe il caso del *sikh* non essere ritenuto abbastanza rassicurante per la minore familiarità del contesto: un'ignoranza che non solo è agevole, ma anche doveroso colmare (quanto meno) in sede di accertamento, tenendo a mente che la norma penale deve intervenire sulla pericolosità oggettiva (anche eventualmente in forza di intenzioni *soggettive, ma reali*, dell'agente) e non mai in forza di una pericolosità *percepita*. Se al contrario tale minor familiarità si traduce in maggior rigore, non solo l'applicazione della norma travolge il limite dell'offensività, ma crea altresì quegli «arcipelaghi culturali configgenti, a seconda delle etnie che la compongono», che la Corte di Cassazione intendeva scongiurare (Cass. pen. sez. I, 31 marzo 2017, n. 24084, cit.).

[74] Cfr. Cass. pen. sez. I, 18 novembre 1996 (dep. 21 gennaio 1997), n. 310 e precedenti *ivi* citati.

Spezzata la connessione con il bene giuridico, essendo carente anche il mero tramite della concreta messa in pericolo e non risultando applicabile nel caso di specie alcuna regola di esperienza in cui rinvenire il pericolo astratto (*recte*, presunto), l'asse della "tutela remota"[75] si sposta dal fatto al tipo d'autore[76], anche se la sfocatura che caratterizza la norma simbolica[77] ne permette lo slittamento verso tipi di autore diversi dall'originario e, anzi, verso tipi meramente *contigui*, o molto genericamente affini per provenienza (non occidentale), religione (non cristiana) o cultura (non nota), al "tipo" di cui pure – con ragioni non sempre solide e sempre poco idonee a sostenerne la rilevanza penale – si presume la pericolosità.

La sicurezza oggetto di *attenzione*, giacché di *tutela* pare poco acconcio parlare, è solo quindi quella *percepita*, con ciò superando le stesse disposizioni originarie, volte a contrastare, per quanto *anticipatamente*, situazioni di violenza *reali* (e non già certo a prevenire *spaventi* in danno di signore milanesi per incontri con katanghesi in tenuta da corteo, ma, per il resto, completamente innocui). Si perviene così, per il tramite carico di pregiudizi della *percezione comune*, a un progressivo allargamento dell'ambito di "inimicizia", in cui la "pericolosità d'autore" viene fatta coincidere con la *provenienza*, la *religione* o la *cultura*. Se il nemico è colui che infrange il bisogno di «sicurezza

[75] M. Romano, *La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*, in *Criminalia*, 2011, p. 33 ss., p. 37, osserva che se norme progressivamente diluenti lo schema del danno sono inevitabili «l'ancoraggio che il bene giuridico vorrebbe (dovrebbe) rappresentare si fa molto meno solido, poiché qualsiasi penalizzazione di condotte in sé stesse scarsamente significative potrebbe spiegarsi come tutela di remoti, fondamentali beni giuridici».

[76] M. Cancio Meliá, *De nuevo: ¿«derecho penal» del enemigo?*, in G. Jakobs - M. Cancio Meliá, *op. cit.*, p. 85 ss., p. 137 ss., ora in M. CANCIO MELIÁ - C. GÓMEZ-MARTÍN DÍEZ, *op. cit.*, vol. I, p. 341 ss., p . 373 ss.; C. J. Lascano, *La "demonización" del enemigo y la crítica al derecho penal del enemigo basada en su caracterización como derecho penal del autor*, in M. CANCIO MELIÁ - C. GÓMEZ-MARTÍN DÍEZ, *op. cit.*, vol. II, p. 203 ss.; M. Donini, *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, cit.; anche G. Flora, *Verso un diritto penale del tipo d'autore?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 559 ss., p. 571, identifica nel rispetto del principio di offensività uno degli argini sui quali vigilare per evitare che il ricorso al tipo d'autore non evolva da inevitabili «venature» a «tracimazioni autoritarie».

[77] M. Cancio Meliá, *op. cit.*, p. 345 ss., ma v. già W. Hassemer, *Das Symbolische am symbolischen Strafrecht*, in *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin 2001, p. 1001 ss. e altri Autori *ivi* citati. Al diritto penale del nemico ben si presta una «strutturale indeterminatezza del precetto»: cfr. F. Resta, *op. cit.*, p. 2791, che sottolinea come «strutturale indeterminatezza, carente tassatività sistemica, esasperato rigore repressivo» comportino «ineffettività disnomica e conseguente funzionalità meramente simbolico-performativa». Interpretazioni (anche) diverse del concetto in S. Bonini, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 491 ss. Per A. R. Zaffaroni, *op. ult. cit.*, p. 784, l'«*opacità*» e la mancanza di ambizione scientifica generalizzante rappresenterebbe una caratteristica del moderno e globale « autoritarismo *cool*»: esso «presenta una grossolana spettacolarità; tuttavia appare limitato nella misura in cui non riesce ad identificare un nemico stabile, (…) il suo istrionismo appare ben più patetico, (…) ha successo perché poco intelligente, elementare, scevro di razionalità e volto a promuovere lo sciopero della riflessione, in quanto al minimo soffio del pensiero non potrebbe che implodere».

cognitiva»[78], un'esigenza legata alla debolezza identitaria[79], il diritto penale del nemico si alimenta dell'allarme[80] (un'infezione, peraltro, cronicamente latente nel sistema penale[81]) e rafforza, magnificandola nell'omologazione ascrittiva[82], la

[78] Per G. Jakobs, *¿Terroristas como personas en derecho?*, in M. CANCIO MELIÁ - C. GÓMEZ-MARTÍN DÍEZ, *op. cit.*, vol. II, p. 77 ss., p. 81 ss., «la aspettativa normativa è sostituita dall'orientamento cognitivo, il che significa che la persona – il destinatario delle aspettative normative – muta nel convertirsi in fonte di pericolo, in un problema di sicurezza che deve affrontarsi secondo un paradigma cognitivo». La «rabbia contro pericoli oscuri» può soggiogare la mente del giudice (D. Pulitanò, *Il problema del diritto penale del nemico, tra descrizione e ideologia*, in A. GAMBERINI - R. ORLANDI, *op. cit.*, p. 233 ss., p. 240), ma anche del legislatore: «la maggiore percezione sociale del rischio di vittimizzazione implica allora che, se nel *Bürgerstrafrecht* la sicurezza cognitiva rappresenta una condizione da raggiungersi anche incidentalmente, nel *Feindstrafrecht* diviene obiettivo principale, non trattandosi del mero mantenimento dell'ordine a fronte di conflitti interpersonali, ma del ristabilimento di una condizione strutturale, accettabile, mediante la neutralizzazione di coloro che, violando il proprio *frame*, non garantiscano la sicurezza cognitiva, necessaria per il riconoscimento dell'individuo quale persona» (F. Resta, *op. cit.*, p. 2787). Anche su questo piano si riproduce la contrapposizione disfunzionale tra «sicurezza cognitiva (della vigenza delle norme) e sicurezza cognitiva (della realtà dell'obbedienza)» (J.A. García Amado, *El obediente, el enemigo, el derecho penal y Jakobs*, in M. CANCIO MELIÁ - C. GÓMEZ-MARTÍN DÍEZ, *op. cit.*, vol. I, p. 887 ss., p. 895).

[79] J.A. García Amado, *op. cit.*, p. 923, parla evocativamente di «nostalgia di omogeneità», G. Aller, *op. cit.*, p. 81, di difesa identitaria della società. Come osserva G. Cazzetta, *Qui delinquit amat poenam. Il nemico e la coscienza dell'ordine in età moderna*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2009, p. 421 ss., p. 489 ss., «si afferma l'ansia di utilizzare l'identità come un'arma, si accresce la tensione a individuare chi è "veramente" parte della comunità» e «il diritto penale è chiamato così ad affermare prima di tutto l'identità di coloro che escludono, si pone come certificazione di un'identità caratterizzata da un'unità estrema», consentendo la «"legittima" esclusione di chi (…) è ritenuto (previamente) non idoneo (…) ad essere integrato in una società caratterizzata da un'identità forte». Rassicurazione cognitiva è quindi lo «sguardo normalizzatore» che consente la recuperata convinzione, «grazie all'etichetta, di sapere tutto sull'altro» (M. Benasayag - G. Schmit, *Les passions tristes. Souffrance psychique et crise sociale*, Paris 2003, tr. it. *L'epoca delle passioni tristi*, Milano 2004, p. 71 ss., ripreso in G. Forti, *La "chiara luce della verità" e "l'ignoranza del pericolo". Riflessioni penalistiche sul principio di precauzione*, in AA.VV., *Scritti per Federico Stella*, cit., p. 573 ss., p. 579).

[80] I. Müssig, *Derecho penal del enemigo: concepto y fatídico presagio. Algunas tesis*, in M. CANCIO MELIÁ - C. GÓMEZ-MARTÍN DÍEZ, *op. cit.*, vol. I, p. 371 ss., p. 390, descrive il diritto penale del nemico come la «premonizione fatidica» di un «mondo di ombre del diritto: lo stato di eccezione come forma di ordine»; F. Resta, *op. cit.*, p. 2788, parla di «sicuritarismo tipico di uno "stato di eccezione permanente"»; su tale "rovesciamento" pure L. Cornacchia, *La moderna hostis iudicatio entre norma y estado de excepción*, in M. CANCIO MELIÁ - C. GÓMEZ-MARTÍN DÍEZ, *op. cit.*, vol. I, p. 415 ss., p. 429, e S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli 1997. Per A. R. Zaffaroni, *op. ult. cit.*, p. 762 e 784, il nemico è colui che indebolisce «l'allucinazione del momento, costituita per la *emergenza* di turno»; «il continuo avvicendamento di nemici aumenta l'angoscia e ne reclama di nuovi per placarla» (corsivi in originale).

[81] «La navicella del diritto penale (…) difficilmente potrà sottrarsi (…) alle insidie dell'oceano in tempesta con cui è destino debba continuare a misurarsi; compito nostro non era certo quello di placare i marosi e di rendere tranquilla e perfino piacevole la navigazione, ma soltanto di accrescere, quanto meno, la speranza di avvistare un domani la terraferma, sì da offrire in tal modo all'equipaggio una ragione in più per proseguire nell'avventura» (G. De Francesco, *Interpersonalità dell'illecito penale: un "cuore antico" per le moderne prospettive della tutela*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 854 ss., p. 878).

[82] Così per P. Costa, *Pagina introduttiva. I diritti dei nemici: un ossimoro?*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2009, p. 1 ss., p. 4, «il discorso giuridico non *trova* (…) il nemico, ma lo *costruisce*»: il nemico è definito per il tramite di una ascrizione legale reattiva, prodotta da un «normativismo esacerbato» (K. Ambos, *Derecho penal del enemigo*, in M. CANCIO MELIÁ - C. GÓMEZ-MARTÍN DÍEZ, *op. cit.*, vol. I, p. 119 ss., p. 136). Cfr. pure J. I. Piña Rochefort, *La costrucción del "enemigo" y la reconfiguración de la "persona". Aspectos del proceso de formación e una estructura social*, in M. CANCIO MELIÁ - C. GÓMEZ-MARTÍN DÍEZ, *op. cit.*, vol. II, p. 571 ss., p. 577 ss., secondo il quale le strutture sociali, comprese quelle di creazione del nemico, sono «strutture di aspettativa» e divengono reali solo per il fatto che il sistema le utilizza.

percezione dell'appartenenza contrapposta[83]. Un asserito "diritto alla sicurezza", che si pretende legittimare in chiave precauzionale l'espansione della "diffidenza attiva", fagocita progressivamente i normali ambiti relazionali[84]. Del resto, in assenza di questa assimilazione, nei casi in esame parrebbe mancare qualsiasi traccia quanto meno di un tradizionale requisito soggettivo del nemico, ossia il durevole rifiuto dello *status* di cittadino[85]. La stessa traslabilità dell'applicazione allo straniero portatore di cultura altra di una norma creata per il dissidente interno, la crescente frammentazione della cittadinanza e l'ubiquitarietà della logica del sospetto[86] – anche in contesti colposi o di minima pericolosità – inducono a riflettere sulla domanda «e chi è il nemico»[87]? La specularità rispetto alla domanda evangelica circa il *prossimo*[88] suggerisce la risposta: il nemico è colui di cui non si è disposti ad avere

---

[83] In una «una costante sovraesposizione della figura dell'autore, rinunciandosi alla differenziazione tra i ruoli centrali e quelli marginali perché "non esiste più il centro dell'accadimento. Il nemico è l'organizzazione, la sua rete, la struttura. Una lotta efficiente ad una organizzazione non si attarda sulla differenziazione tra ruolo marginale e centrale", dal momento che l'appartenenza all'organizzazione è punita come autoria» (F. Resta, *op. cit.*, p. 2794, riprendendo G. Insolera, *Reati associativi, delitto politico e terrorismo globale*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1326 ss.).

[84] La tutela della sicurezza è ormai questione macrosomica, come osserva M. Donini, *Sicurezza e diritto penale*, cit., p. 3558, "generalissima": «quasi ogni argomento può essere visto dall'angolo visuale della sicurezza (…): quanto più ci si accorge che molti rischi sono inevitabili, tanto più cresce l'ansia di controllarli. (…) Quell'esigenza di sicurezza, ora, si estende ad aree molto vaste dell'intervento penale: si parla, perciò, di sicurezza del lavoro, del prodotto, dei mercati, dell'ambiente, di sicurezza urbana, di sicurezza informatica, alimentare, e non solo di sicurezza pubblica o dello Stato. (…) Che si tratti della criminalità di strada a base violenta, o di quella più organizzata, di "normali" furti in appartamento, scippi, di stranieri illegalmente presenti nel territorio, di recidivi specifici o reiterati o comuni, di reati sessuali o di incidenti sul lavoro, il *passepartout* mediatico di tutte le possibili misure sostanziali o processuali "di lotta" contro questi fenomeni è appunto la sicurezza. Parola d'ordine o parola magica, essa viene periodicamente evocata come un bisogno collettivo».

[85] «Nella logica del *Feindstrafrecht* il nemico è colui che, nel suo comportamento (…), occupazione professionale (…) od attraverso il vincolo ad un'organizzazione (…) abbia, in forma presuntivamente duratura, rifiutato volontariamente lo *status* di cittadino (*Bürger*) per autoconvertirsi in nemico (*Feind*) del sistema» (F. Resta, *op. cit.*, p. 2786). Per osservazioni sul diritto penale della criminalità organizzata come modello di contrasto «bellico» o grezzo, benché non completamente allineato al modello bellico americano, F. Viganò, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, cit., p. 661, in particolare n. 30, e Autori *ivi* cit.; con riferimento al trattamento del recidivo, del condannato pericoloso e del cd. "diritto di polizia", *Id.*, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso*, *loc.* cit.

[86] Cfr. R. Calisti, *op. cit.*, p. 229 ss. e 321 ss. La tendenza si accentua davanti al diverso perché «l'uso del paradigma indiziario corrisponde spesso alla necessità di riempire una sorta di *horror vacui* cognitivo» (F. Sidoti, *Lo statuto epistemologico del paradigma indiziario*, Roma 1998, p. 24 ss.).

[87] Cfr. K. Ambos, *op. cit.*, p. 135 ss. Proprio tale carenza di "messa a fuoco" avrebbe trasformato il dibattito in un «guazzabuglio logico» (A. Pagliaro, *"Diritto penale del nemico": una costruzione illogica e pericolosa*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2460 ss., p. 2461; cfr. pure M. D. Dubber, *Citizenship and Penal Law*, in *New Crim. L. R.*, 2010, p. 190 ss.); cfr. pure M. Donini, *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, cit., p. 738 ss., su «logiche binarie e logiche *fuzzy* nella definizione del nemico».

[88] *Lc.* 10:29-38: un dottore della legge, «*volendo giustificarsi* chiese a Gesù: "E chi è il mio prossimo"?»; interrogato poi da questi al termine della parabola del buon samaritano, egli stesso «rispose "Quello che ne ebbe compassione". E Gesù gli disse: "Va', e tu pure fa' lo stesso"».

compassione, lo "spersonificato" di cui *non si tollera* la *prossimità*. In altre parole, ciò che contraddistingue il nemico non è davvero la sua intrinseca pericolosità o la sua unilaterale decisione di abbandonare per sempre il contratto sociale, bensì proprio la *reazione che suscita nell'ordinamento*[89].

Come la prossimità, anche l'inimicizia è una condizione reciproca[90]: nemico è colui di cui lo Stato si rende nemico. E sembra categoria in continua espansione. L'analisi della costruzione delle fattispecie ha fornito significativi elementi a supporto dell'ipotesi dell'esistenza di un paradigma su diverse scale. A questo proposito, tuttavia, possono compiersi due ulteriori rilievi circa le ipotesi in esame.

III.2. Verifica dei profili sanzionatori come poligrafo della spersonificazione.

Una doverosa riflessione riguarda la previsione di una pena modesta o che tale può rendere un'accorta commisurazione: reazione, quindi, apparentemente lontana dal paradigma dell'inimicizia. Si potrebbe replicare che qualsiasi sanzione penale è eccessiva in assenza di offensività della condotta[91] e che nessuna pena è lieve per chi già fatica, a livello economico e sociale, a inserirsi in una collettività diversa da quella da cui proviene. Il profilo più pertinente al diritto penale del nemico, tuttavia, non consiste tanto nella gravità o nella sproporzione della pena, quanto nell'assoluta *assenza di prospettazione rieducativa*: se «la dinamica dell'esclusione del "nemico" abbandona (…) ogni pretesa rieducativa, precludendo all'*outsider* la stessa possibilità di azione e di scelta»[92], nel caso di specie la natura pecuniaria della

---

[89] Il «*potere* come *potere di identificare il nemico*» (A. R. Zaffaroni, *op. ult. cit.*, p. 762, corsivi in originale).

[90] Solo così si può ricostruire il passaggio in *Lc.* 10:29-38, in cui la risposta sarebbe diversamente incongrua rispetto alla domanda: prossimi sono, *reciprocamente*, il samaritano *e* l'uomo aggredito dai briganti. Nello stesso senso «amate i vostri nemici» (*Lc.* 6:27), non è volto solo alla sopportazione, ma al disinnesco dell'inimicizia.

[91] F. Resta, *op. cit.*, p. 2795, mette in evidenza il ricorrere a un «rigore sanzionatorio (…) sproporzionato alla idoneità lesiva del fatto e funzionale ad aggregare consensi e placare la domanda di penalità».

[92] Così, acutamente, F. Resta, *op. cit.*, p. 2787, che, con riferimento al pensiero di B. Hudson, *Justice in the Risk Society*, London - Thousand Oaks - New Delhi 2003, p. 76, prosegue: «la negazione della qualità di persona all'*outsider* sociale riflette del resto i paradigmi del lessico attuariale: le statistiche sui fattori di rischio e sui tassi di criminalità riducono il singolo, nella propria unicità e complessità personologica, ad un novero di parametri di rischio, deterministicamente prevedibile nel proprio agire, cui si nega la contingenza comportamentale e la libertà di scelta, sostituite dalle certezze deterministiche dei calcoli fattoriali. Il soggetto è così ridotto a mero "*data-constructed bearer of the characteristics of danger*", per il quale "*there is no way back to*

pena, *ab origine* o per effetto di conversione, in assenza di una qualsiasi occasione di personalizzazione e anzi abbinata alla postulata irrilevanza del motivo giustificante, la trasforma in una sorta di tassa suntuaria sulla diversità, aggravata dallo stigma penale.

In termini generali, al di là della mitezza, ogni differenziazione degli strumenti può sostanziarsi in maggior efficacia[93] e la pena pecuniaria, di per sé, può rappresentare un utile contributo alla riduzione della risposta detentiva alla devianza[94]. Queste potenzialità non si sviluppano minimamente, tuttavia, laddove la pena pecuniaria si traduca in una rassegnata monetizzazione di una sanzione che, pur in diversa forma, resta sostanzialmente una mera inflizione di sofferenza senza alcuna dimensione progettuale, indifferente all'effetto sulla vita del singolo e al messaggio trasmesso alla collettività: in questo caso, la finalità rieducativa è *del tutto assente*.

Ebbene, anche se apparentemente lieve, una pena che esclude la finalità rieducativa nega sempre rilevanza alla conservata libertà del soggetto di autodeterminarsi verso il reinserimento nella collettività offesa[95]: considera il suo futuro già scritto e, anche in questo, nega la radice del suo essere *persona*[96]. Nelle

---

becoming a rational moral agent; the route from the fortress to the wilderness is one-way"». I. Müssig, *op. cit.*, p. 388, sostanzia l'ascrizione del soggetto alle fila del nemico come «un pronostico su un'attitudine interiore».

[93] Ad esempio, «una funzione pragmatica di notevole rilievo (anche dal punto di vista quantitativo) potrebbe essere esercitata (…) con riguardo a condotte illecite fortemente motivate da intenti lucrativi: l'orientamento antisolidaristico di queste ultime risulterebbe in tal senso contrastato attraverso l'obbligo di un impegno economico in favore della collettività, del quale sarebbe opportuno mantenere evidente la destinazione a fini sociali o di salvaguardia degli stessi beni aggrediti (ferma, in proposito, un'attenta considerazione degli obblighi morali e, in particolare familiari, del condannato)» (L. Eusebi, *Ripensare le modalità della risposta ai reati traendo spunto da C. Eur. Dir. Uomo 19 giugno 2009, Sulejmanovic c. Italie*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4938 ss.).

[94] «Nulla vieta (…) che la risposta all'illecito possa consistere, invece che nella detenzione, in un contributo rafforzato alle esigenze dello Stato sociale, come avviene con la pena pecuniaria per tassi o con il lavoro di pubblica utilità; e così via» (L. Eusebi, *Su violenza e diritto penale*, in *Antigone. Quadrimestrale di critica al sistema penale e penitenziario*, 2015, p. 51 ss., ora in E. M. AMBROSETTI, *op. cit.*, p. 114 ss., p. 119).

[95] Sull'affrancamento dal passato «per il raggiungimento della possibilità dell'autodeterminazione» come fine risocializzativo della pena, C. Longobardo, *Il diritto penale tra essere e valore: per un recupero dei principi costituzionali nel diritto penale*, in A. CAVALIERE - C. LONGOBARDO - V. MASSARONE - F. SCHIAFFO - A. SESSA (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica*, Napoli 2017, p. 279 ss., p. 289.

[96] La negazione è esplicita in G. Jakobs, *Derecho penal del ciudadano*, cit., p. 47: «chi non offre sicurezza cognitiva sufficiente in merito al suo comportamento personale, non solo non può in alcun modo attendersi di essere trattato come persona, ma non *deve* essere trattato come persona dallo Stato, che diversamente lederebbe il diritto alla sicurezza del più gran numero delle persone»; cfr. pure *Id.*, *¿Terroristas como personas en derecho?*, in G. JAKOBS - M. CANCIO MELIÁ, *op. cit.*, p. 57 ss. Così osserva F. Resta, *op. cit.*, p. 2786: «se il fine manifesto della pena (di cui è destinatario il cittadino come persona, *homo noumenon*, come tale non necessitante di intimidazione) è la conferma dell'identità normativa della società, mediante la marginalizzazione del significato del fatto e la privazione dei mezzi di sviluppo del reo in funzione di

ipotesi in esame, prescindenti da qualunque valutazione di effettiva pericolosità, è sottratta al soggetto la possibilità di dimostrare (per il passato) o apprendere (per il futuro) l'adeguatezza di una condotta – nel caso, vestimentaria – che resti culturalmente orientata benché secondo modalità inoffensive e compatibili con i valori dell'ordinamento di accoglienza, secondo gli schemi della composizione interculturale, e ancor di più mette è messo a rischio il suo apporto quale interlocutore della norma, *eventualmente anche* della norma *violata*[97].

In questo senso, ogni piega dell'ordinamento in cui la funzione rieducativa è denegata costituisce diritto penale del nemico e ogni ordinamento che richiede la funzione rieducativa della pena non può accordare al diritto penale del nemico alcuna legittimazione: il soggetto il cui potenziale nell'evoluzione (peraltro *reciproca*) tramite dialogo è negato diviene mero oggetto[98]. Nella logica del nemico, il trasgressore non è «interlocutore di un dialogo, bensì *oggetto* di neutralizzazione»[99]: «parla un altro idioma», «non solo non rispetta le regole semantiche (…) ma nemmeno le regole sintattiche», di talché «con il nemico non si instaura comunicazione»[100].

Interlocuzione e inimicizia sono, quindi, le alternative assiali su cui si dipana lo snodo evolutivo della multiculturalità. Proprio perché «la società moderna è fondamentalmente post-virtuosa», «non c'è consenso morale» e quindi «avvertiamo i limiti alla ricerca di un difficile riaggiustamento della comunicazione»[101], la

---

neutralizzazione ed incapacitazione, il suo fine latente, performativo, si rivolge all'*homo phaenomenon*: una *non-persona*».

[97] Sul trasgressore come (ancora) interlocutore della norma, C. Mazzucato, *Il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato. La posizione della Corte Costituzionale e i persistenti dubbi di legittimità riguardo a una norma «lucidamente incoerente»*, in *Gli stranieri*, 2010, p. 119 ss.; *Id.*, *Giustizia esemplare. Interlocuzione con il precetto penale e spunti di politica criminale*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli 2011, vol. I, p. 407 ss

[98] «Il fatto che le leggi identifichino come il bersaglio della lotta non già i terroristi, bensì il terrorismo, secondo un codice assimilabile alla lotta contro il colera o contro l'analfabetismo, non cambia in nulla le cose: si tratta di leggi *penali* e la pena, come risaputo, non si applica al terrorismo, se non per il tramite dei terroristi» (G. Jakobs, *¿Terroristas como personas en derecho?*, cit., p. 78). Nondimeno, il «diritto penale umano, che riconosce anche il delinquente come nostro prossimo», «non fa nulla di simile a mescolarlo con gli oggetti del diritto delle cose» (B. Schünemann, *¿Derecho penal del enemigo? Crítica a las insoportables tendencias erosivas en al realidad de la administración de justicia penal y de su insoportable desatención teórica*, in M. CANCIO MELIÁ - C. GÓMEZ-MARTÍN DÍEZ, *op. cit.*, vol. II, p. 963 ss., p. 984; anche K. Ambos, *op. cit.*, p. 120, contrappone al diritto del nemico il «diritto penale adeguato all'essere umano»).

[99] L. Cornacchia, *op. cit.*, p. 415.

[100] X. Bastida Freixedo, *Los bárbaros en el umbral fundamentos filosóficos del derecho penal del enemigo*, in M. CANCIO MELIÁ - C. GÓMEZ-MARTÍN DÍEZ, *op. cit.*, vol. I, p. 277 ss., p. 280.

[101] Così E. Resta, *La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza*, Roma - Bari 2006, p. 203 ss.

comunicazione stessa sembra candidarsi a fulcro portante della gestione del trasgressore, tanto "*minimo*" quanto *radicale*: «o il miracolo di equilibrio che consente alla società di essere "possibile" (…) comporta il prezzo di una rinuncia alla comunicazione»[102]?

In scala ordinaria, la negazione della comunicazione palesa al massimo grado l'incoerenza dello schema individuativo del nemico[103] e della pretesa simmetria della reazione statuale[104], nonché l'inaccettabilità già in linea di principio dell'intera teoria[105], che permane anche una volta smentite le contrazioni asseritamente descrittive della proposta[106] e filtrate le scorie lamentatamente emotive del dibattito[107]. Come è stato

---

[102] B. Accarino, *Jus integri: diritto, giustizia e maggioranza in Georg Simmel*, in A. DE SIMONE, a cura di, *Diritto, giustizi e logiche del dominio*, Perugia 2007, p. 43 ss., p. 70.

[103] A nulla vale osservare che «la esclusione in una società di libertà è sempre autoesclusione» (G. Jakobs, *¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca del los presupuestos de la juridicidad*, in M. CANCIO MELIÁ - C. GÓMEZ-MARTÍN DÍEZ, *op. cit.*, vol. II, p. 93 ss., p. 106; cfr. pure *Id.*, *¿Terroristas como personas en derecho?*, cit., p. 90 ss., per cui «l'esclusione del terrorista è una autoesclusione» e rende quindi l'ambito del suo trattamento non già *più*, ma «*meno* delicato, giacché il terrorista può sottrarsi alla eteroamministrazione mediante cooperazione, quanto in punto di principio»). Si sconta qui, infatti, una buona dose di incoerenza: nell'affermata validità dell'atto di autoesclusione «si riconosce la competenza normativa dell'infrattore» (X. Bastida Freixedo, *op. cit.*, p. 302). Allo stesso modo, l'osservazione che «nessuno è costretto a eseguire effettivamente quello che potrebbe porre in essere» (G. Jakobs, *¿Derecho pnal del enemigo?*, cit., p. 115) svela appunto l'intento legittimante, qui limitato alla facoltizzazione di uno strumento altrove poi implicato con asserita necessità (*Id.*, *¿Terroristas como personas en derecho?*, cit., p. 92 «può condursi una guerra contro il terrore con i mezzi di un diritto penale proprio dello Stato di diritto? Uno Stato di diritto che comprende tutto non potrebbe condurre questa guerra; giacché dovrebbe trattare i suoi nemici come persone e, in corrispondenza, non potrebbe trattarli come fonti di pericolo»).

[104] Lo Stato «annienta sé stesso» quando, con il pretesto di preservare la propria esistenza «tradisce le proprie regole introducendo una legislazione che contraddice la sua stessa essenza» (C. Gomez-Jara Diez, *Enemy Combatants versus Enemy Criminal Law: An Introduction to the European Debate Regarding Enemy Criminal Law and Its Relevance to the Anglo-American Discussion on the Legal Status of Unlawful Enemy Combatants*, in *New Crim. L. R.*, 2008, p. 529 ss.). Si deve quindi convenire con M. Cancio Meliá, *op. cit.*, p. 343, che, nitidamente, afferma: «"diritto penale del cittadino" è un pleonasmo; "diritto penale del nemico" è una contraddizione di termini».

[105] Non tanto perché «è *politicamente corretto* voler vedere in tutti i sensi in ogni essere umano una persona, e in tutte le persone un partecipe della comunità giuridica o, più esattamente, un partecipe della comunità giuridica provvisto dei cosiddetti diritti umani» (G. Jakobs, *¿Derecho penal del enemigo?*, cit., p. 94 ss.) oppure perché «*Essere nemico di* è una relazione che, con macabra frequenza, postula la proprietà commutativa. I difensori dell'Ordine sono nemici dei *nemici*. E contro di essi parimenti tutto varrà» (X. Bastida Freixedo, *op. cit.*, p. 302) o infine per l'impossibilità della spersonificazione negli odierni contesti costituzionali (U. Neumann, *Derecho penal del enemigo*, in M. CANCIO MELIÁ - C. GÓMEZ-MARTÍN DÍEZ, *op. ult. cit.*, p. 391 ss.), quanto perché «la dignità dell'essere umano umana non è un costrutto normativo, finché si deriva dalla sua esistenza umana in sé» (K. Ambos, *op. cit.*, p. 143).

[106] Cfr. F. Saliger, *Feindstrafrecht: Kritisches oder totalitäres Strafrechtskonzept?*, in *Juristenzeitung*, 2006, p. 756 ss. Non solo, benché sia costantemente evidenziata la portata descrittiva del concetto, come registrazione "sismografica" o «anticipazione quasi negromantica» (M. Cancio Meliá - C. Gómez-Martín Díez, *Presentación*, in M. CANCIO MELIÁ - C. GÓMEZ-MARTÍN DÍEZ, *op. cit.*, vol. I, p. XVII ss., p. XVII), sarebbe un errore sminuirne la portata sistematica: se sotto il profilo critico il diritto del nemico diventa «*scienza-frizione*» contro i principi tradizionali del diritto, quello dichiaratamente descrittivo è «dal punto di vista drammaturgico, *scienza-finzione*» (L. Schultz, *Fricciones de una ficción. El derecho penal de Jakobs para enemigos*, in M. CANCIO MELIÁ - C. GÓMEZ-MARTÍN DÍEZ, *op. ult. cit.*, vol. II, p. 939 ss., p. 951); «introdotta per evitare fraintendimenti, la semantica del diritto penale del nemico, scandalosa sotto ogni aspetto, non dovrebbe perciò guadagnare accesso alla terminologia della scienza giuridico penale» (U. Kindhäuser, *Retribuciónn de a cupabilidad y prevención*

osservato, «il diritto penale del nemico non è *un altro diritto penale*, è *altro dal diritto penale*»[108], ossia, in sintesi, «non ha niente a che vedere con il diritto»[109].

Peraltro, le citate esigenze di conflittualizzazione rendono il diritto penale del nemico, già poco persuasivo sotto il profilo della prevenzione speciale[110], «disfunzionale anche in termini di generalprevenzione integratrice»[111], ammorbando quello stesso «paradigma interpersonale»[112] che dovrebbe segnare il limite e i modi della risposta al reato. Tristemente, occorre riconoscere che riflessioni simili si potrebbero compiere con riferimento ad amplissime porzioni del sistema penale attuale. Anche per quanto attiene all'impostazione delle politiche preventive e sanzionatorie, quindi, se nella diagnosi si prescinde dal requisito "dimensionale", il

---

en el estado democrático de derecho, in M. CANCIO MELIÁ - C. GÓMEZ-MARTÍN DÍEZ, *op. ult. cit.*, vol. II, p. 137 ss., p. 164).

[107] Per tutti, L. Greco, *A cerca del llamado derecho penal del enemigo*, in M. CANCIO MELIÁ - C. GÓMEZ-MARTÍN DÍEZ, *Derecho penal del enemigo*, cit., vol. I, p. 1081 ss., p. 1081 e 1111, il concetto distruttivamente caduto «come una bomba» ha generato un dibattito esso stesso emozionale, che «non invita in modo alcuno alla razionalità», all'obiettività e alla «sobrietà» necessarie. Per quanto si condivida l'esigenza di sforzi di identificazione critica per andare oltre alla mera indignazione (M. Cancio Meliá - C. Gómez-Martín Díez, *Presentación*, cit., p. XX) e per evitare il duplice rischio di "miopia" e "presbiopia" dell'analisi (F. Resta, *Nemici o criminali? Paura e libertà dopo l'11 settembre*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2009, p. 1761 ss., p. 1826), tuttavia, il dibattito sul diritto del nemico non deve essere «maltrattato per una semplice e frivola questione terminologica» (X. Bastida Freixedo, *op. cit.*, p. 278) o per p. 159 una «forza polemica», «imprecisa» ed «equivocata» (U. Kindhäuser, *op. cit.*, p. 159).

[108] G. Insolera, *Terrorismo internazionale tra delitto politico e diritto penale del nemico*, in A. GAMBERINI - R. ORLANDI, *op. cit.*, p. 248 ss. Diffusamente anche i contributi in T. VORMBAUM (a cura di), *Kritik des Feindstrafrechts*, Berlin 2009, in particolare B. Schünemann, *Feindstrafrecht ist kein Strafrecht!*, *ivi*, p. 11 ss.

[109] S. Scheerer - M. L. Böhm - K. Viquez, *Seis preguntas y cinco respuestas sobre el derecho penal del enemigo*, in M. CANCIO MELIÁ - C. GÓMEZ-MARTÍN DÍEZ, *op. ult. cit.*, vol. II, p. 917 ss., p. 930.

[110] Cfr. U. Kindhäuser, *op. cit.*, p. 143, che, parlando di aspettative di fedeltà al diritto, osserva come di fronte al nucleo delle norme penali e partitamente di fronte ai più radicali trasgressori, «si pone la questione circa il perché il sovvertimento della norma debba essere punito con la pena, giacché l'autore, attraverso il suo fatto, sembra piuttosto presentarsi come talmente sommamente irrazionale da meritare, molto più che una pena, assistenza».

[111] Così, espressamente, M. Cancio Meliá, *op. cit.*, 368 ss.; cfr. pure F. Resta, *Lessico e codici del «diritto penale del nemico»*, cit., p. 2786: «anziché stabilizzare nella coscienza collettiva la fiducia nella vigenza delle norme violate, amplifica il rilievo – assunto come pericoloso – degli atti dei nemici-criminali la cui identità differenziale (e deviante) è attribuita dallo stesso precetto».

[112] Così G. De Francesco, *op. cit.*, p. 863, riprendendo il pensiero di G. Forti, *L'ordinamento lessicale dei beni giuridici personali nella parte speciale del codice penale. Un'analisi quantitativo-strutturale sui codici di 20 Paesi secondo la prospettiva delle "capacità"*, in L. PICOTTI (a cura di), *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, Padova 2013, p. 388 ss.: «quel paradigma "interpersonale" che funge da garanzia (…) contro atteggiamenti e pratiche di "misconoscimento" delle connesse prerogative» viene a rappresentare «la base essenziale alla cui stregua valutare la tipologia e la gravità – la misura d''intollerabilità', per l'appunto – delle condotte suscettibili di discostarsene. Ne deriva, più precisamente, che – in forza del radicamento sociale dell'idea di un "eguale" riconoscimento dei diritti e delle potenzialità di godere dei relativi benefici all'interno della comunità – il "bisogno" legittimo di un'efficace tutela verrà particolarmente avvertito di fronte a comportamenti tali da comportare, per mano di terzi, un "sovvertimento" o una sensibile alterazione delle condizioni richieste perché quel riconoscimento possa dirsi salvaguardato».

paradigma del nemico si conferma essere un contaminante *molto diffuso*[113].

III.3. Crisi del legicentrismo (tendenzialmente) nazionale e compenetrazione delle fonti.

Un ultimo profilo può essere ancora qui, per quanto sinteticamente, valutato. Infatti, dal punto di vista della collocazione sistematica delle norme, anche l'affermazione secondo cui il diritto penale del nemico trova spazio nella legislazione speciale, per quanto confermata nel caso di specie, richiede qualche osservazione "su diversa scala".

Per chiarezza, non si intende mettere in discussione la «funzione didascalica» del codice, «la sua presenza enunciativa e mediatrice di valori», la cui «forza di convincimento e di formazione (…) deriverà anche dalla compattezza della costruzione»[114], né negare che la legislazione speciale – soprattutto nelle forme emergenziali urgenti o delegate – accordi maggiore condiscendenza a pressioni mediatiche ed emotive[115], secondo la tendenza «barbara» a ricorrere al diritto penale come «*prima ratio*»[116] e al canone della rassicurazione simbolica in forma di *lotta*[117]. Al

---

[113] W. Hassemer, *Sicherheit durch Strafrecht*, in *HRRS*, 2006, p. 130 ss.; F. Viganò, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, cit., *passim*; cfr. pure G. Aller, *op. cit.*, p. 133, che ravvisa nella contaminazione del diritto penale del cittadino «il vero pericolo» del diritto penale del nemico, nonché L. Zedner, *Security, the State, and the Citizen: The Changing Architecture of Crime Control*, in *New Crim. L. R.*, 2010, p. 379 ss., per l'esempio degli effetti della criminalizzazione dell'immigrazione. Ancora più radicalmente, per J. I. Piña Rochefort, *op. cit.*, p. 588 ss., ammettere l'eccezione relativa al nemico ha operato una riconfigurazione silenziosa del concetto stesso di persona, che a seguito dell'«incorporazione dell'esclusione» non può più essere lo stesso.

[114] M. Romano, *Legislazione penale e tutela della persona umana (contributo alla revisione del titolo XII del codice penale)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 53 ss., p. 57.

[115] Di tutti i rami dell'ordinamento, del resto, quello più segnato da tentazioni irrazionali e da bisogni di controllo dell'irrazionale è in effetti il diritto criminale» (M. Donini, *Sicurezza e diritto penale*, cit., p. 3559).

[116] S. Moccia, *Seguridad y sistema penal*, in M. CANCIO MELIÁ - C. GÓMEZ-MARTÍN DÍEZ, *op. ult. cit.*, vol. II, p. 299 ss., p. 305 ss., che prosegue: «l'uso dello strumento penalistico, in questa direzione, fa parte della tradizionale disponibilità di un mezzo a basso costo economico - quale è stato tradizionalmente il diritto penale - per tranquillizzare la paura prima ancora che per neutralizzare sicuramente rischi, pericoli ed eventi lesivi. "A qualcosa pure servirà. Tanto, che cosa costa?".

[117] Significativi già i meri rilievi di frequenza in F. Resta, *op. loc. ult. cit.*, n. 4. L'attitudine bellica cavalca una sensibilità sempre più diffusa (come constata M. Cancio Meliá - C. Gómez-Martín Díez, *Presentación*, cit., p. XVII, «non c'è problema sociale che non sembri richiedere l'intervento immediato delle norme giuridiche penali per *combattere*») e può pervadere il diritto dalla normazione fino al momento applicativo: «atteggiamenti politicamente "militanti" o "combattenti" nella persecuzione del crimine possono (…) rendere "belligerante" una legislazione penale che di per sé non lo è nelle strutture normative, o lo è in maniera meno pronunciata» (G. Fiandaca, *Diritto penale del nemico*, cit., p. 183). «Il diritto penale, infatti, è utilizzato anche come strumento di lotta in funzione della difesa e della pace sociale. Appare (…) problematico uno strumento di lotta che riesca veramente, nello stesso tempo, ad assicurare una giustizia serena, riconoscibile e riconosciuta. (…) Questa forma spuria, nascosta, insidiosa di diritto penale del nemico concerne tutti i possibili casi o i momenti nei quali si intenda trasformare il diritto penale ordinario (…), da

contrario, semmai, può rilevarsi come, *anche* nella legiferazione *ordinaria*[118] e a prescindere dalla *destinazione sistematica* delle riforme, l'impatto psicologico o politico di elementi estranei alla reale tutela dei valori in gioco può comprimere l'efficacia del dibattito parlamentare nel distillare le differenti istanze sociali nel rispetto dei principi dell'ordinamento, con quella *meditabonda cautela*[119] che dovrebbe accentuarsi

---

strumento di tutela (di beni) e di giustizia (verso l'autore e non solo verso le vittime) in una pura arma sociale (…). L'uso politico del diritto penale come strumento di lotta rende questo tipo di logica di guerra particolarmente frequente nel dibattito politico, nei lavori parlamentari e nelle stesse intestazioni o preamboli dei documenti normativi: la lotta contro un fenomeno piega il diritto a scopi che ne stravolgono le funzioni di garanzia» (M. Donini, *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, cit., p. 750). È discussa la completa sovrapponibilità tra diritto del nemico e diritto di lotta, pur a tratti oggetto di forti richiami (tra i molti passaggi, G. Jakobs, *¿Terroristas como personas en derecho?*, cit., p. 78 e 86, al quesito sul ricorso all'idea di «lotta come parola o come concetto?» risponde che «la "lotta" contro il terrorismo non è solo una parola, financo un concetto. Si tratta di una impresa contro i nemici»): «benché alcuni abbiano realmente identificato il diritto penale di lotta con il diritto penale del nemico, annacquando e confondendo così entrambi i concetti, (…) pare che si tratti di una conclusione ideologica e sviante» (M. Donini, *Il terrorista-straniero come nemico*, cit., p. 1709; sul diritto penale di lotta come fenomeno "simile e confinante", ma non identico al diritto penale del nemico e sui profili processuali e sostanziali del primo, diffusamente, *Id.*, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in A. GAMBERINI - R. ORLANDI, *op. cit.*, p. 131 ss.). Identica in ogni caso la conclusione: è «fondamentale che l'uso politico del diritto penale per finalità anche generali di lotta (…) resti confinato all'attività preventiva, a quella di informazione-educazione giuridica, a quella di polizia, dei mass-media, e in arte delle misure preprocessuali che consentono una gestione congiunta (…) di momenti di contrasto e di accertamento dei reati. (…) La "lotta" contro un fenomeno non può essere quindi lo scopo della giurisdizione» (M. Donini, *Il terrorista-straniero come nemico*, cit., p. 1709 ss.). Un diritto che promette sicurezza "flettendo i muscoli" tende peraltro ad «accentuare in misura esponenziale la tradizionale spinta selettiva dei sistemi penali a colpire verso il "basso"» (G. Forti, *La riforma del codice penale nella spirale dell'insicurezza: difficili equilibri tra parte generale e parte speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 39 ss., con riferimento a Z. Bauman, *Social Issues of Law and Order*, in *British Journal of Criminology*, 2000, p. 205 ss., p. 218). La «lotta per il diritto» (A. Pagliaro, *op. cit.*, p. 2469, riferendosi a R. von Jhering, *La lotta per il diritto e altri saggi*, Milano 1989) o al più quella «tra idee» sono le uniche forme di lotta ammissibile perché il diritto resti diritto e non divenga potere finalizzato alla sottomissione o all'annichilimento dell'uomo sull'uomo (L. Gracia Martín, *Sobre la negatión de la condición de persona como paradigma del "derecho penal del enemigo"*, in M. CANCIO MELIÁ - C. GÓMEZ-MARTÍN DÍEZ, *Derecho penal del enemigo*, cit., vol. I, p. 1051 ss., p. 1077 ss., con riferimento al pensiero di Welzel).

[118] Non esclusa quella di derivazione sovranazionale: «tutto il diritto penale dell'Unione europea (di "matrice" comunitaria) si autoqualifica, oggi, come diritto penale "di lotta"» (M. Donini, *Il terrorista-straniero come nemico*, cit. p. 1709).

[119] «È al legislatore, non ad altri, che spetta di volta in volta di cogliere quel nesso essenziale tra società e leggi che solo può vivificare l'arida normatività del diritto. (…) Proprio la gravità di principio dell'intervento penale gli impone di meditare in modo speciale sull'opportunità o meno di attuarlo. Dovrà ricercare ampio consenso sociale ed estese convergenze parlamentari, procedendo con ogni cautela possibile: sul piano della creazione o meno di reati come su quello del tipo e dell'entità delle pene» (M. Romano, *La legittimazione delle norme penali*, cit., p. 44; cfr. pure *Id.*, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 984 ss.). Cfr. pure D. Pulitanò, *Orizzonti attuali del controllo di legittimità di norme*, in *Criminalia*, 2011, p. 11 ss., p. 13, corsivi in originale: «il principio di legalità, *forma* istituzionale del diritto penale, ha anche un significato *sostanziale*: affidando al legislatore le scelte di penalizzazione, mantiene il problema della coercizione legale come *problema aperto politicamente e razionalmente*, secondo l'originaria logica illuministica, entro i limiti garantisti che dal sistema costituzionale sia dato desumere»; sulla legge quale strumento "storico e laico" di mediazione tra il cittadino e la Stato, R. Rampioni, *Il reato quale illecito di modalità e di lesioni tipiche: l'impraticabilità di un "equivalente funzionale" al principio di riserva di legge*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 573 ss. F. Palazzo, *Sistema delle fonti e legalità penale*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 277 ss., individua nella legalità l'intersezione di quattro valori: democrazia, generalità/astrattezza come eguaglianza, giustizia come prevedibile conformità dei giudizi alle attese, diritto all'autodeterminazione consapevole. Su queste ragioni di fondo dovrebbe dipanarsi (anche) il dibattito relativo ai limiti del giudizio di costituzionalità (su cui M.

proprio con riferimento all'uso dello strumento penalistico in presenza di riferimenti valoriali disomogenei[120]. E ribadire, soprattutto, come in nessun modo costituisca un rimedio alle eventuali carenze tecniche o contenutistiche della legge la sua integrazione in via amministrativa o nel cd. diritto giurisprudenziale.

Anche in questo caso, sovviene un cenno di diacronica similitudine: proprio gli anni Settanta cui risalgono le norme in esame sono stati individuati come l'esordio della crisi della riserva di legge, all'insegna di «orientamenti contingenti del quadro politico (…) inclini ad annacquare la dialettica maggioranza/opposizione, per favorire convergenze politiche molto ampie intorno a interventi normativi a carattere urgente di ispirazione e impulso governativi, in un clima generale di solidarietà nazionale imposto dal succedersi di diverse emergenze (mentre la *ratio* democratica sottesa alla riserva di legge avrebbe, appunto, dovuto in teoria suggerire un atteggiamento di diffidenza verso il potere normativo dell'esecutivo)»[121]: una *pretesa* unità solidale, in realtà, a fronte a una *crisi* di solidità e condivisione valoriale già *interna* al contesto sociale e politico nazionale.

Ecco, allora, un'ulteriore conferma di come la necessaria prudenza del legislatore (magari delegato), davanti alla disomogeneità delle istanze e cioè proprio nelle situazioni in cui dovrebbe accentuarsi e, partitamente, allontanarlo dal campo penale, tende invece a rarefarsi, assecondando tentazioni di criminalizzazione flessibile. Nascono così norme indeterminate, fortemente collegate al contesto, che rinunciano alla precisione della fattispecie per affidarsi al buon senso dell'interprete nel discernere i casi concreti: il riferimento al "giustificato motivo" ne è un esempio lampante.

Romano, *op. ult. cit.*, p. 44, che individua un limite al potere della stessa Corte Costituzionale, in quanto «organo non elettivo e come tale politicamente non responsabile»). Per una difesa dei confini «slabbrati, indefiniti, labili» di una (ancora) legalità "garantista" (benché ormai) non solo legale o legislativa, M. Bertolino, *Dalla Costituzione al giudice penale interprete-fonte*, in *Jus*, 2012, p. 483 ss., p. 485.

[120] Così M. Romano, *Principio di laicità dello Stato*, cit., p. 510: «là dove la collisione tra beni primari si fa aspra e un compromesso diviene nei fatti necessario, l'intransigenza, poco costruttiva già in linea di principio, lo è ancor meno quando pretenda la pena per la condotta patrocinata dall'avversario. (…) Nei conflitti aspri, in un mondo globalizzato e dai rapidi cambiamenti, la sanzione potenzialmente più grave dell'ordinamento postula parsimonia e distanza critica».

[121] G. Fiandaca, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giudiziale*, in *Criminalia*, 2011, p. 79 ss., p. 84. Sulla correlazione tra diritto penale del nemico e procedure legislative anche G. Losappio, *Diritto penale del nemico, diritto penale dell'amico, nemici del diritto penale*, in A. GAMBERINI - R. ORLANDI, *op. cit.*, p. 251 ss., p. 261 ss.

Un effetto paradossale, tuttavia, è costituito dalla circostanza che norme siffatte, che poco tributano al tempo del dialogo nel momento della loro emanazione, si dimostrano poi incredibilmente longeve: l'emergenza si cronicizza e l'indeterminatezza diventa una virtù adattiva. La loro sopravvivenza viene a somigliare a un esperimento di diritto transtemporale e può sorprendere osservarne la vitalità in un ordinamento nel quale molte tradizionali disposizioni di legge, bene orientate e meglio costruite, sembrano nondimeno resistere solo con vistosa fatica all'atrofia o a snaturanti svuotamenti.

Come è noto, il quadro è composito: la perdita di centralità della legge[122] e il sovrapporsi delle fonti interne[123], esterne o atopiche[124], indirettamente e direttamente

---

[122] Per P. Costa, *op. cit.*, p. 18, la costruzione del nemico è il «momento di precipitazione» delle «tensioni interne al principio di legalità». Il legicentrismo, tutto imperniato sullo Stato-nazione, va in crisi "verso il basso" e "verso l'alto" (C. de Maglie, *Culture e diritto penale. Premesse metodologiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1088 ss.), tanto da lasciare campo all'ipotesi che la separazione dei poteri sia al «finale di partita» (V. Manes, *Il ruolo "poliedrico" del giudice penale, tra spinte di esegesi adeguatrice e vincoli di sistema*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1918 ss., p. 1942), ridotta a un «feticismo, perché un dio non più attuale o è un demone, o è un feticcio» (V. Manes, *L'eterointegrazione della fattispecie penale*, cit., p. 113), e che «del principio scolpito nell'art. 25 Cost.» non resti «che onorare le ceneri» (M. Bertolino, *op. cit.*, p. 516).

[123] «Si assiste alla perdurante tendenza a fronteggiare a livello locale, se non i problemi, quanto meno le conseguenze degli stessi, tenendo in conto la sfiducia in una soluzione a livello centrale (…); alla "presa in considerazione del problema" corrisponde, così, l'errore della rimozione delle cause» e, «una volta coperta dall'etichetta di "prevenzione locale", non si giunge ad altro che a una politica repressiva di natura apertamente o velatamente autoritaria» (S. Moccia, *op. ult. cit.*, p. 300 ss.).

[124] Si è ravvisata da tempo la vigenza di un «diritto senza Stato», in cui «l'ordine giuridico globale modifica il criterio della democrazia» (S. Cassese, *Il mondo nuovo del diritto. Un giurista e il suo tempo*, Bologna 2008, in particolare 29 ss.). Sui rapporti tra legalità e complessità (anche territoriale) delle fonti, M. Romano, *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 538 ss.; con riferimento più specificamente al problema della territorialità, parla di «spaesamento» del diritto penale A. Bernardi, *Il diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2002, p. 485 ss.; sulla "deterritorializzazione" del diritto, M. R. Ferrarese, *La globalizzazione del diritto: dalla "teologia politica" al diritto "utile"*, in M. VOGLIOTTI, a cura di, *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino 2008, p. 49 ss.). A. Cosseddu, *L'orizzonte del diritto "luogo" delle relazioni*, in A. M. BAGGIO (a cura di), *Caino e i suoi fratelli. Il fondamento relazionale nella politica e nel diritto*, Roma 2012, p. 132 ss., p. 133, parla di «*nichilismo giuridico*, che costringerebbe il giurista a rileggere il diritto» come «volontà di potenza», «senza scopo, senza un "dove" e un "perché"». La «*tessitura aperta* dei diritti, (…) tra di loro in perenne competizione, erode la piramide delle fonti, "aggrovigliandone" le gerarchie» (M. Vogliotti, *Introduzione* a *ID.*, *Il tramonto della modernità giuridica*, cit., p. 1 ss., p. 20). Osserva V. Manes, *op. ult. cit.*, p. 94, proprio a proposito della crescente "legislazione governativa": la sovrapposizione si esprime ormai secondo una «fenomenologia (…) piuttosto scarmigliata», sino a una «frantumazione stellare» in cui «l'impressione è che l'incidenza maggiore in materia penale sia oggi offerta da atti-fonte posti alla periferia della tradizionale gerarchia, o in alcuni satelliti di importanza crescente». La dinamica oppositiva può riscontrarsi all'interno dell'ordinamento, ovvero a livello sovranazionale o internazionale, come pure quando l'ordinamento, nell'apparente riconduzione a una "composita tipicità" (cfr. M. Donini, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 141 ss.), accoglie la normatività delegata delle regole sociali o della *soft law*. In relazione a quest'ultima, A. Bernardi, *Sui rapporti tra diritto penale e soft law*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 536 ss., pur avvalorando l'ipotesi di una sostanziale armonizzazione tra fonti, mette in luce un duplice fenomeno di ibridazione: da un lato si osserva un «indurimento» del diritto "morbido", che acquista vincolatività militando con ruoli diversamente ausiliari nel senso della repressione, e, dall'altro, «l'integrazione indiretta e diretta di norme penali tramite regole soffici intacca, al contempo, la natura strettamente legislativa e la stabilità nel

incidenti sul sistema penale, comprese le ricadute dogmatiche del perenne *work in progress* dell'ermeneutica giurisprudenziale[125], forte (o debole) di nuove figure di giudicanti[126], ingredienti peraltro tutti nel segno pressoché costante dell'inasprimento[127], si sommano a una persistente «erosione dall'interno della legalità statale»[128]. Le vicende esaminate, con il loro intersecarsi di interpretazioni,

---

tempo delle norme in questione», dando altresì potenziale ingresso anche a risultati di processi deliberativi faziosi o di equilibri di potere non orientati ai valori. Anche in questo caso, di fronte alla «frantumazione delle sedi decisionali (…) la norma penale si disorienta, scontando una certa precarietà» (D. Notaro, *Autorità indipendenti e norma penale. La crisi del principio di legalità nello Stato policentrico*, Torino 2010, p. 29, *ivi* cit., corsivo aggiunto).

[125] Sembrerebbe ormai affermarsi la tesi «secondo cui la riserva di legge non riguarderebbe il campo di materia (ossia la compiuta descrizione del fatto tipico), bensì unicamente il tipo di disciplina (ossia la scelta di qualificare come reato un certo fatto) (…). Sennonché, anche la libertà del Parlamento nella scelta del penale come tipo di disciplina riscontra oggi significative compressioni (…). Per non dire (…) delle ondate di antipolitica che, (…) muovendo dalle "miserie del Legislatore", auspicano un maggiore pluralismo delle fonti di produzione del diritto, elevando di fatto a fonte lo *ius dicere*, nell'implicita convinzione dell'utile che la collettività trarrebbe dall'integrazione aristocratica del diritto per mano dell'interprete», di talché «la crisi della riserva di legge (…) non si limita a intaccare la funzione legittimante del diritto penale, affidata dalla Costituzione al monopolio del Legislatore in nome del principio della rappresentanza politica», ma «coinvolge la legalità parlamentare come limite invalicabile della giurisdizione, lasciando intravedere criticità che si estendono alla riserva di regola, ossia alla concezione della legalità quale parametro di giudizio preesistente all'interpretazione e indisponibile da parte del giudice» (F. Giunta, *Verso un equivalente funzionale della riserva di legge?*, in *Criminalia*, 2011, p. 77 ss., p. 77): proprio in questa *disponibilità* si aprono nuovi spazi di opposizione e di «concorrenza conflittuale» (G. Fiandaca, *Crisi della riserva di legge*, cit., p. 97). Sulla duplice manifestazione della giustizia politica, «*ex parte principis*» ed «*ex parte judicis*», in ogni caso volta a «"inventare" il nemico, elaborando ipotesi cospiratorie e orientando in una direzione anziché in un'altra la competizione» (P. P. Portinaro, *La spada sulla bilancia funzioni e paradossi della giustizia politica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2009, p. 75 ss., p. 103 e 106).

[126] Nei confronti del potere "montante" dei giudici (M. Delmas-Marty, *Mondializzazione e ascesa al potere dei giudici*, in M. VOGLIOTTI, *op. ult. cit.*, p. 127 ss.) preoccupa che la difesa possa consistere in una – in massima parte incoercibile – «introiezione del senso del limite» (M. Vogliotti, *Introduzione*, cit., p. 26). Autorevolmente si constata che «nel momento in cui il diritto diviene complesso, *flou*, (…) l'unico possibile modello di giurisdizione è quello incarnato dal "Giudice-Hermes", vocato alla funzione di mettere in comunicazione le varie componenti del sistema reticolare», ma al tempo stesso «consegnare alle Corti il governo dei diritti significa, da un lato, sottrarlo alle istanze decisionali democratiche e, dall'altro lato, produrre decisioni non più affidate alla autorità, bensì (e ad andar bene) alla autorevolezza», che è sempre «defettibile, concorrente, non esclusiva: in altri termini, è un parametro mobile e incerto» (C. E. Paliero, *op. ult. cit.*, p. 1131, che aggiunge che «ad andar male» si cadrebbe, invece, nel «puro e semplice autoritarismo, quello di un entente verticistico assoluto, privo di controlli ulteriormente superiori così come di legittimazione consensuale inferiore (dalla comunità sottostante)»; parla di «giudice-rapsodo», che quindi armonizza i frammenti senza nemmeno creare una comunicazione, V. Manes, *L'incidenza delle "decisioni quadro" sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1150 ss., p. 1163).

[127] Come la "dogmatica giurisprudenziale" risulta troppo spesso asservita a una malintesa istanza di prevenzione (V. Manes, *Il ruolo "poliedrico" del giudice penale*, cit., p. 1939 ss.), così si registra la «sensazione diffusa che la dimensione europea della penalità», ma anche quella locale e di derivazione governativa, «possa produrre un aumento di incriminazioni, una crescita del penale e una diminuzione delle garanzie» (M. Donini, *op. ult. cit.*, p. 141 ss., e Autori *ivi* cit., n. 1). V. pure C. Ruga Riva, *op. cit.*, che prende atto del «più ampio declino (o rimodularsi) della sovranità nazionale» e parla di «supplenza repressiva» da parte dei poteri locali, pur concludendo che «in ogni caso, è chiaro che non spetta al Sindaco fornire interpretazioni della legge penale vincolanti per chicchessia», nonché Autori *ivi* cit., in particolare alle n. 2, 3 e 4.

[128] G. Berti, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, in *Jus*, 2003, p. 3 ss.; *ivi*, p. 3, la constatazione di come «il campo delle fonti giuridiche ormai sterminato, è (…) divenuto per i giuristi il "posto del disordine" (…). Di fronte al disordine, illudendosi di superarlo, non resta che andare qua e là,

fonti locali e amministrative, ermeneutiche "di contesto" socio-culturale, rimandi alla giurisprudenza estera[129], sbilanciamento dell'attenzione dai diritti-garanzia (connotanti il modello della *sicurezza dal diritto*) ai diritti-pretesa (caratteristici del *diritto per la sicurezza*), rappresentano una miniatura eccezionalmente rappresentativa dalla complessità c.d. postmoderna.

La preoccupazione non sembra potersi ridurre a nostalgica preferenza per le costruzioni geometriche ordinate e le gerarchie lineari: i fattori interagenti minacciano di produrre un contesto endemicamente *oppositivo*[130], rischio cui non si sottraggono certo le cause di giustificazione (non a caso invocate nelle pronunce in esame), già individuate come «la parte più dinamica dell'universo penale»[131] e congenitamente espressive di «un conflitto normativo, che presuppone la coesistenza, la sovrapposizione, la mescolanza, la competizione di differenti spazi di regolazione»[132]. Il problema, tuttavia, è molto più ampio: una situazione *trasversale* di conflitto[133] che il diritto a tratti si dimostra incapace di elaborare[134] e alla quale non

---

rincorrendo qualche filo, come se, seguendolo, fosse poi possibile eseguire o rinnovare delle connessioni o quanto meno reperire dei punti di contatto validi a ricostruire una certa geometria, sempre cara del resto al giurista che ama disegni netti».

[129] In tema, cfr. B. Markesinis - J. Fedtke, *Judicial Recourse to Foreign Law. A New Source of Inspiration?*, London 2006, tr. it. *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, Bolgona 2009, nonché il fascicolo monografico in *Ars interpretandi*, 2016, 1.

[130] «Nel campo del diritto penale, (…) la coesistenza di molteplici insiemi (e sotto-insiemi) normativi viene letta in termini di separazione, se non addirittura di contrapposizione» (C. E. Paliero, *Il diritto liquido*, cit., p. 1102, ma cfr. pure V. Manes, *L'incidenza delle "decisioni quadro"*, *loc.* cit., sul «senso di competizione e di contaminazione reciproca tra i diversi livelli o contesti normativi»).

[131] F. Palazzo, *Costituzione e scriminanti*, cit., p. 1042, che prosegue, in relazione alla legge regionale e agli atti comunitari quale possibili *fonti* di cause di giustificazione (ma a maggior ragione potrebbe ripetersi per l'opposto caso di *limitazione* di una qualsiasi causa di esclusione della punibilità), affermando: «non si tratta del normale gioco tra fonti diverse all'interno di un unico ordinamento, non si tratta cioè della "complessità" di un ordinamento unitario che vive e si esprime attraverso fonti diverse. Si tratta piuttosto di ordinamenti diversi che possono vivere anche rapporti "oppositivi", di una opposizione particolarmente intensa e problematica in quanto le fonti non statali siano in grado di esibire ottime "credenziali", come in particolare avviene per la legge regionale che con quella statale condivide la sicura "legittimazione democratica". Dunque, il problema diventa quello di evitare il rischio che attraverso le cause di giustificazione si alimentino nel campo penale quei rapporti oppositivi, fino ad arrivare all'estremo pericolo che gli ordinamenti non-statali prendano il sopravvento su quello statale, la cui centralità in penale è ancora oggi fuori discussione». Per la possibilità di cause di giustificazione fondate sulla valorizzazione «costituzionalmente conforme» delle norme regionali, F. Consulich, *Diritto penale "locale"? L'efficacia scriminante di norme di liceità di fonte regionale scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1283 ss., che ribadisce come, al contrario, «dal lato dell'incriminazione l'intervento delle Regioni pare chiaramente escluso dal testo dell'art. 117 Cost. e da una granitica giurisprudenza costituzionale».

[132] B. Pastore, *Reati culturalmente motivati*, cit., p. 98.

[133] L. Eusebi, *L'insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1668 ss.

[134] Non si tratta solamente di «pensare e ordinare il molteplice», ma di come farlo: «il concetto di "pluralismo ordinato" esprime anche l'esigenza di elaborare una teoria dialettica e di sintesi che superi le *impasses*

può fare in alcun modo da contrappeso il misurarsi delle parti in sede giurisdizionale[135] o la misura aritmetica – ancora di potere e oppositiva, a prescindere dalla sede – della semplice deliberazione a maggioranza[136].

Alla «forza del diritto»[137] si affianca allora il «diritto del più forte», che incorpora avidamente i reciproci sospetti correnti tra i consociati come proprio nutrimento, mentre genera e alimenta un nuovo sospetto, ancor più corrosivo, che ne colonizza le coscienze: il «sospetto nei confronti del diritto», l'insidioso pensiero secondo il quale si afferma il proprio «essere nel diritto solo perché» – e nella misura in cui – «si detiene il potere su di esso»[138]. Dove il diritto dovrebbe cercare le *potenzialità*[139], la forza costruisce sulla *debolezza*[140]. In quest'ottica, al portatore di

---

cui condurrebbero tanto il "pluralismo della separazione", quanto il "pluralismo della fusione"» (C. E. Paliero, *op. ult. cit.*, qui riprendendo M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit*, II, *Le pluralisme ordonné*, Paris 2006, p. 27 ss.).

[135] Benché non siano ancora dettagliati i rimedi, V. Manes, *L'eterointegrazione della fattispecie penale*, cit., p. 114, ne addita il fine nella preservazione del «contenuto sostanziale della riserva di legge», con la precisazione che «solo la ricerca tra i diversi poteri in gioco di un *overlapping consensu*» può sottrarre la pena «a dinamiche di puro scambio politico che (…) si ripresenterebbero, fatalmente, in altra sede». Tuttavia, ciò sembra più presupporre che generare il superamento dell'attitudine oppositiva.

[136] U. Neumann, *op. cit.*, p. 397, individua la pretesa «giustificazione interna» del diritto penale del nemico nella negazione della persona e la sua «giustificazione esterna» nell'interesse «*dei più*», un concetto a sua volta collegato all'esigenza di affermare un'identità forte: «il senso dell'unità di tutti è fondato sul presupposto che (…) non c'è nessun motivo perché si debba accettare che la superiorità conoscitiva sia della maggioranza»; «sono allora molti gli elementi che confluiscono nella procedura elettorale: il codice vero/falso, che bolla l'errore individuale perché fissa la verità in termini quantitativi, come dimensione del convincimento; il rovesciarsi della libertà con cui gli individui hanno contratto il patto sociale originario nel vincolo di appartenenza del singolo all'unità sociale; la separazione tra individuo da un lato e membro del gruppo dall'altro» (B. Accarino, *op. cit.*, p. 62). Fermo il ruolo del consenso e la centralità del diritto positivo, è stato lucidamente osservato come nei rapporti tra laicità e dinamiche democratiche la prima segni «un limite allo stesso esercizio del potere legislativo» e non appaia «coerente col principio di laicità ricercare un consenso facendo appello a interessi di categoria o di gruppo»: «si deve riconoscere, in questo senso, che una logica solo *contrattualistica* dei rapporti umani appare difficilmente armonizzabile con la nozione di laicità» (L. Eusebi, *Laicità e dignità umana nel diritto penale*, cit., p. 172). Così intesa, infatti, «la stessa questione della legittimità dell'uso della forza (…) presenta componenti di violenza», perché «di forza pur sempre si tratta: la forza della deliberazione totalitaria (…); la forza della deliberazione democratica maggioritaria (…); la forza della deliberazione democratica dialogico-pluralista, che (…) finisce sempre per escludere una parte della realtà sociale» (R. Bartoli, *Riflessioni sulla carità come paradigma giuridico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2013, p. 101 ss., p. 104).

[137] È lo stato kenomatico e la sua deriva in pleroma di «pura coazione» (L. Cornacchia, *op. cit.*, p. 435), in cui – non già l'adesione, bensì – l'obbedienza è elevata a «bene giuridico supremo» (J. A. García Amado, *op. cit.*, p. 893).

[138] J. Ratzinger, *Ciò che tiene unito il mondo*, in J. Ratzinger - J. Habermas, *Etica, religione e Stato liberale*, cit., p. 41 ss., p. 43.

[139] Non escluse le potenzialità di «neutralizzazione dell'inimicizia» (F. Resta, *Nemici o criminali?*, cit., p. 1825).

[140] Come osserva F. R. Recchia Luciani, *«Concepire l'equilibrio»: la forza, la giustizia, l'obbligo e il loro legame con la corporeità attraverso Simone Weil*, in A. DE SIMONE, *op. cit.*, p. 341 ss., p. 342 e 383, la forza «è l'indice, il segno indelebile, la cifra imprescindibile della "miseria umana" cui sempre allude la minaccia della sua potenza»: «tale minaccia incombente, ossia la vulnerabilità (…) che connota intrinsecamente la natura umana, (…) è ciò che l'imperio della forza continuamente illumina ed evidenzia, esponendo in ogni momento

cultura altra non resta che sperarla un giorno *prevalente*. Anche in ciò, il diritto penale del nemico, in qualsiasi scala dimensionale, non solo dà corpo a una «crisi della legalità»[141], ma altresì a una *crisi della giustizia* come "capacità di dire qualcosa di giusto"[142] in risposta ai timori o alle ferite della collettività.

IV. Conclusioni: le opzioni di *default* come paradigmi scalari

I riscontri raccolti sono significativi, ma, proprio per questo, potenzialmente svianti. Certamente, la rappresentazione del nemico come potente e intriso di malevoli intenti si allestisce su una impalcatura che si può del pari calcare anche riducendo l'intollerato a piccolissimo[143] e privo di una propria volontà[144]. Il dubbio in merito alla possibile indifferenza della categoria del penale del nemico rispetto al requisito "dimensionale", tuttavia, riposa in buona parte su convenzioni definitorie, dirimere le quali non rientra nei fini dell'indagine presente. È più semplice e più soddisfacente, quindi, per quanto meno di moda, ricorrere a un – peraltro agevolmente attingibile – paradigma critico di portata ancor più generale, applicabile senza difficoltà anche ai casi di specie: la prospettiva della contrapposizione[145] come

---

l'esistenza di ogni singolo essere umano al rischio, al pericolo, alla fine».

[141] «Principio di legalità (della legge generale e astratta) come garanzia di certezza della norma, e forma in cui si esprime il principio democratico. Riconoscimento di diritti e libertà inviolabili, che pongono limiti invalicabili all'intervento penale. Principio di offensività (in una qualche ragionevole variante) come fondamento e limite dell'area d'intervento penale legittimo. Principio di colpevolezza come criterio di attribuzione di responsabilità (per fatto proprio, colpevolmente commesso) a soggetti capaci di agire liberamente e secondo ragione, e diritto di protezione dell'individuo nei confronti dello Stato. Ragionevole proporzione e razionalità rispetto allo scopo come idee guida relative al rapporto fra reato e pena. Una crisi della legalità può essere misurata innanzi tutto nello scarto da questi principi» (D. Pulitanò, *Crisi della legalità*, cit., p. 33). Per una sintesi sulla crisi della legalità (anche solo) nel senso di superamento del "legicentrismo" v. per tutti C. E. Paliero, *op. ult. cit.*, e Autori *ivi* cit., n. 36.

[142] Sulla «fare giustizia» come «tornare a rendere giusti rapporti che non lo sono stati», L. Eusebi, *Dio è Misericordia*, in *Notiziario dell'Istituto Paolo VI*, Brescia 2016, n. 71, p. 9 ss.; *Id.*, *«Cautela in poena»*, commento a *Discorso del Santo Padre Francesco alla delegazione dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 459 ss.; nonché *Id.*, *Su violenza e diritto penale*, cit., ove le ragioni di un rifiuto *laico* del fine, per la legge anche penale, di «recidere, separare, espellere, sconfiggere, abbrutire».

[143] J. M. Silva Sánchez, *Los indeseados como enemigos: la exclusión de seres humanos del status personae*, in M. CANCIO MELIÁ - C. GÓMEZ-MARTÍN DÍEZ, *op. ult. cit.*, vol. II, p. 4985 ss.

[144] P. Marchetti, *Le "sentinelle del male". L'invenzione ottocentesca del criminale nemico della società tra naturalismo giuridico e normativismo psichiatrico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2009, p. 1009 ss.: davvero, «il nesso fra nemico e guerra (…) non esaurisce la rappresentazione giuridica dell'inimicizia» (P. Costa, *op. cit.*, p. 3).

[145] L. Eusebi, *Critica dell'idea di contrapposizione*, in *Parolealtre*, 31.12.2014, *parolealtre.it*: «la contrapposizione (…) vista come criterio tipico del rapporto fra realtà non omogenee, (…) anche nella vita (…), ove quest'ultima, da concorso costruttivo delle idee, si riduca a competizione» (cfr. pure F. Palazzo, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in M. VOGLIOTTI, *Il tramonto della modernità giuridica*, cit., p. 251 ss., p. 275, che invita a riflettere su «come le continue sollecitazioni (…) alla esasperata contrapposizione

modalità unica di relazione con l'*altro*, senza il quale *altro* il fenomeno giuridico non si darebbe[146].

In questo inquadramento, la ripetizione omotetica è ubiquitaria. L'assimilazione del diritto alla guerra[147] – che richiama l'idea hegeliana della storia

---

verbale e allo spettacolo gladiatorio della lite perpetua minano l'esistenza della democrazia liberale (…) e aprono la strada a nuovi autoritarismi». Così nel diritto, «un *trend* in corso da tempo (…) ha preso corpo in paradigmi alternativi a quello "universalistico" che sta alla base di una civiltà giuridica fondata illuministicamente sulla ragione e sui diritti dell'uomo» e «i discorsi sulla sicurezza tendono pericolosamente a dividere il mondo in campi contrapposti: (…) un diritto che differenzia fra noi e loro, fra i salvati e i sommersi; fra i normali cittadini, destinatari della protezione legale dal crimine, e i criminali da neutralizzare con qualsiasi mezzo», dove ogni singola norma può divenire «cifra ideologica di un diritto penale della disuguaglianza» (D. Pulitanò, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 547 ss., p. 557), il volto paralizzante della «procedura ostile della legge» contro il «non come noi» (G. Forti, *La "chiara luce della verità"*, cit., p. 578 ss., con riferimenti a G. H. Mead, *The Psychology of Punitive Justice*, in *Am. J. Soc.*, 1918, p. 577 ss., e D. Garland, *The Culture of Control*, trad. it. *La cultura del controllo*, Milano 2004, p. 301.). È stata peraltro diagnosticata anche l'esistenza di un «diritto penale dell'amico» (F. Mantovani, *op. cit.*; G. Losappio, *op. cit.*, 257 ss.), manifestazione alternativa della disuguaglianza, complementare e accomunata alla prima nella centralità della logica d'autore e dal medesimo effetto escludente: «si sa già quali saranno i "tipi d'autore" che conosceranno l'esecuzione carceraria (…). Per siffatti tipi d'autore non scriviamo troppe monografie o analisi, non ci interroghiamo sulle basi empiriche della prevenzione generale, sulle alternative al penale» (M. Donini, *Un nuovo medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1808 ss.).

[146] Non solo «il diritto ha bisogno dell'incontro tra soggetti umani e ha per contenuto (…) proprio quell'incontro, proponendosi a noi quale dimensione necessariamente relativa, cioè di relazione» (P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Roma - Bari 2003, p. 12; cfr. pure A. Cosseddu, *op. cit.*, p. 138 ss. e 157, sul diritto che fonda sé stesso come «custode dell'intersoggettività», nonché, sulla dimensione necessariamente relazionale di un approccio non riduzionista al diritto, A. Márquez Prieto, *Giustizia relazionale e fraternità*, in A. M. BAGGIO, *op. cit.*, p. 182 ss.), ma tra i soggetti deve sussistere almeno un profilo di alterità: in una vita (se pur seguitasse) fra identici il diritto non avrebbe né luogo né senso: «è compito del diritto rendere possibile la convivenza tra *diversi ed estranei*» (B. Pastore - L. Lanza, *Premessa* a *Id.*, *Multiculturalismo e giurisdizione penale*, cit., p. 1 ss., p. 2, corsivi aggiunti). Si ripresenta nella norma la dualità tipica di ogni soglia, che è luogo di dialogo o separazione, accoglienza o respingimento (sul diritto come «con-fine», L. Lombardi Vallauri, *Amicizia, carità, diritto*, Milano 1969, p. 124, ma già F. Carnelutti, *Di là dal diritto*, in *RISG*, 1947, p. 57 ss., e *Id.*, *Ius iungit*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, p. 3 ss., cit. in A. Guarino, *L'esperienza di Roma nello studio del diritto*, in *Id.*, *Pagine di Diritto Romano*, I, Napoli 1993, p. 109 ss.; più recentemente V. Capuzza, *Ius est iungere et decidere*, in A. C. AMATO MANGIAMELI, a cura di, *Arte e limite. La misura del diritto*, Roma 2012, pp. 371 ss., p. 371, nonché G. M. Zamperetti, *Desiderio simbolo diritto (e una postilla sull'indifferenza)*, in E. DIENI - A. FERRARI - V. PACILLO (a cura di), *Symbolon/Diabolon - Simboli, religioni, diritti nell'Europa multiculturale*, Bologna 2005, pp. 303 ss., ora in *ISLL*, 2009, p. 8). Nonostante questa ambiguità, tuttavia, solo l'opzione del riconoscimento dell'altro come persona, ossia della sua dignità umana, consente il fenomeno giuridico: «la dignità umana costituisce l'intera sfera della normatività attraverso la sua universale rivendicazione di rispetto, senza questa rivendicazione di rispetto rivolta all'uomo come soggetto responsabile non si darebbe diritto. La dignità umana è cioè *causa essendi* di ogni diritto» (A. Loretan, *La libertà religiosa ha il suo fondamento nella dignità umana*, in E. CAMASSA, a cura di, *Democrazie e religioni. Libertà religiosa, diversità e convivenza nell'Europa del XXI secolo*, Napoli 2016, p. 19 ss., p. 23). La democrazia postula allora un «rapporto secondo giustizia con l'*altro* fondato sul suo *riconoscimento*», che avverrà «entro l'orizzonte solidaristico della prossimità corresponsabile inerente alla nozione stessa di democrazia» e alla sua diuturna «fatica» del «confrontarsi sui *contenuti* delle scelte» e del «darne ragione» (L. Eusebi, *Laicità e dignità umana nel diritto penale*, cit., p. 175 e 217; sul riconoscimento come unica forma compiuta della liberalità laica, G. Forti, *Alla ricerca di un luogo per la laicità*, cit., p. 299, con richiami goethiani.

[147] Diffusamente M. Donini, *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, cit. Non a caso, l'istanza securitaria «rinviene una forte copertura simbolica nello slogan della "*War against crime*", la cui stessa semantica esprime il progressivo attenuarsi della differenza (che dovrebbe essere ontologica e strutturale, non contingente) tra guerra e diritto. (…) È la stessa assolutezza del valore che si ritiene leso da questi delitti che ne connota l'autore quale nemico, e trasformando l'accusa in nemesi, impone allo Stato una reazione emergenziale, ove per "emergenza" si intende drammatizzazione della reazione penale, che da strumento di controllo sociale

come «sintesi di continue contrapposizioni»[148] e di cui pure il moderno diritto penale del nemico, con la sua attitudine contaminante, è espressione – replica su larga scala il paradigma "ludico" della risoluzione delle controversie, anche singolarmente intese, come tenzone agonale[149]. L'intera logica retributiva che tuttora

---

diviene conflitto, in cui si dissolve ogni garanzia, "in nome della difesa essenziale dell'ordinamento". Del resto, non è forse il diritto il mimo della guerra?» (F. Resta, *op. ult. cit.*, p. 2795, con riferimento anche a A. Gamberini - G. Insolera, *Delitto politico: luogo privilegiato per un'indagine sulla teoria costituzionale del bene giuridico*, in AA.VV., *Il delitto politico dalla fine dell'Ottocento ai giorni nostri*, Roma 1984, p. 41 ss.). Le sfumature della guerra non mancano di aggiungere ombre al terreno della sanzione: «per quanto priva di legittimazione "scientifica", questa forma di strumentalizzazione agonistica della pena è del tutto compresa e accettata dall'opinione pubblica, e produce danni immediati nei processi che si celebrano sotto la sua influenza o rispetto alle leggi introdotte emozionalmente (…). Uno dei compiti permanenti della scienza penale, a tale riguardo, è quello di effettuare un controllo critico sugli eccessi irrazionali della "democrazia penale", un controllo critico che dovrebbe svolgersi, in forma divulgativa, anche in sede di intervento sui mass-media (…). Nei mass-media, al contrario, trova eco ed esaltazione l'immagine bellica del diritto penale come arma contro autori che vanno neutralizzati o la cui immagine pare doversi "sporcare per sempre"» (M. Donini, *op. ult. cit.*, p. 750). Sulla continuità tra sanzione penale e guerra, L. Eusebi, *Dibattiti sulle teorie della pena e "mediazione"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pag. 911 ss., cfr. pure *infra*, n. 148 e 149, nonché G. Fiandaca, *Diritto penale del nemico*, cit., p. 180, dove non si nega che «la punizione rechi con sé la memoria della guerra, e a conservi sotto un profilo per così dire *antropologico*». In un terreno differente, ma pur sempre attinente al tema del sentimento religioso come espressione della dignità umana *persino* in tempo di guerra, P. Lojacono, *La tutela della libertà religiosa dei prigionieri di guerra (una norma "sconosciuta", ma significativa: l'art. 213 del codice penale militare di guerra italiano)*, in *Dir. fam.*, 2002, p. 159 ss.

[148] L. Eusebi, *Critica dell'idea di contrapposizione*, cit., che definisce questa visione «un moltiplicatore di iniquità». Sul superamento delle barriere formali come segnale di attenzione verso i rischi di una "giustizia dei vincitori", M. Maiwald, *Diritto e potere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 3 ss.

[149] Il modello è risalente e ancora radicato nella tradizione di *common law*, all'interno della quale l'apertura del dibattito, con il conio dell'espressione *sporting theory of justice*, è universalmente attribuita a D. R. Pound, *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, in *Am. Law.*, 1906, p. 445 ss., ora in *J. Am. Jud. Soc.* 1962, p. 55 ss.; nel seguito, con toni critici in riferimento sia al contesto civile sia a quello penale, W. J. Brennan Jr., *The Criminal Prosecution: Sporting Event or Quest for Truth?*, in *Wash. U. L. Q.*, 1963, p. 279 ss.; J. Maute, *Sporting Theory of Justice: Taming Adversary Zeal with Logical Sanctions Doctrine*, in *Connecticut L. Rev.*, 1987, p. 7 ss.; G. Van Kessel, *Adversary Excesses in the American Criminal Trial*, in *Notre Dame L. Rev*, 1992, p. 403 ss.; E. D. Re, *The Causas of Popular Dissatisfaction with The Legal Profession*, in *St. John's L. Rev*, 1994, p. 85 ss.; C. Menkel-Meadow, *The Trouble with the Adversary System in a Post.Modern, Multi-cultural World*, in *J. Inst. Stud. Leg. Eth.*, 1996, p. 49 ss.; F. Strier, *Making Jury Trials More Truthful*, in *U.C. Davis L. Rev.*, 1996, p. 95 ss.; R. A. Kagan, *Adversarial Legalism. The American Way to Law*, Cambridge, Mass. - London 2001; J. T. Greene, *Views fro the Bench: Some Current Causes for Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, in *Utah Bar J*, 2001, p. 35 ss.; C. W. Sanchirico, *Evidence, Procedure, and the Upside of Cognitive Error*, in *Stan. L. Rev.*, 2004, p. 291 ss.; M. Asimow, *Popular Culture and the Adversary System*, in *Loy. L.A. L. Rev.*, 2007, p. 653 ss.; M. S. Backus, *The Adversary System is Dead; Long Life the Adversary System: The Trial Judge as the Great Equalizer in Criminal Trials*, in *Mich. St. L. Rev.*, 2008, p. 945 ss.; S. L. Buhai, *Access to Justice for Unrepresented Litigants: A Comparative Perspective*, in *Loy. L.A. L. Rev*, 2009, p. 979 ss.; nonché i contributi raccolti in *Hamline L. Rev.*, 2007, vol. 30, e in *S. Tex. L. Rev.*, 2007, vol. 48). In Italia, una versione edulcorata è rinvenibile nel paradigma, per vero eminentemente civilistico, del processo come gioco (B. Cavallone, *Il processo come gioco*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 1548 ss., ma già P. Calamandrei, *Il processo come giuoco*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, p. 23 ss., con replica di F. Carnelutti, *Giuoco e processo*, *Riv. dir. proc.*, 1951, p. 101 ss.; l'ipotesi è generalmente ricondotta alle teorie espresse in J. Huizinga, *Homo Ludens: Proeve Ener Bepaling Van Het Spelelement Der Cultuur*, Groningen 1944, tr.it. *Homo Ludens*, 2° ed. Torino 1973, p. 104 ss. e 245 ss., e R. Caillois, *L'Homme et le sacré*, Paris 1950, tr. it. *L'uomo e il sacro*, Torino 2001, p. 157 ss., ed è stata ripresa, anche se con sensibilità differente, in M. van de Kerchove - F. Ost, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris 1992, tr. t. *Il diritto ovvero i paradossi del gioco*, Milano 1995; F. Ost, *Pour une théorie ludique du droit*, in *Droit et société*, 1992, p. 89 ss., nonché nel monografico *Droit et jeu*, in *Droit et société*, 1991, vol. 17-18). A prescindere dalle sfumature, come è stato osservato, in questo contesto «parlare di verità nel processo è evidentemente un *nonsense*» (M. Taruffo, *La verità nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 1117

intride la sanzione penale è stata ricondotta allo schema bellico o, più correttamente, al medesimo disegno che ha inteso rendere giustificabile razionalmente, quando non moralmente, la guerra: lo schema della giustizia fondato sul concetto di reciprocità ha agito come «*moltiplicatore* dell'ingiustizia» e, poiché laddove il giudizio negativo avalli l'azione negativa di rivalsa è «sempre reperibile un motivo per agire *contro* l'altro»[150], ha pure, «inevitabilmente e costantemente, *prodotto* nemici. Fino a rendere il nemico *necessario* per affermare la propria identità»[151].

Inoltre, il frutto patognomico della logica oppositiva è l'esclusione[152], che si mostra a livello tanto generale quanto capillare e può tanto precorrere quanto suggellare i tratti giuridici della catena schismogenetica[153]. Quanto al diritto penale del nemico, «così funziona. Escludere e incapacitare per il maggior tempo possibile»[154]: «in questo ambito risultano *necessarie* la separazione e l'esclusione»[155] e

---

ss.; *Id.*, *La semplice verità*, Roma - Bari 2009, p. 108 ss.), ma, soprattutto, c'è il rischio che «lo spirito di competizione che modella il processo trasformi la controversia da uno scontro su una *questione* (…) ad uno scontro tra *persone*» (G. Mannozzi - G. A. Lodigiani, *Formare al diritto e alla giustizia: per una autonomia didattica della giustizia riparativa in ambito universitario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 133 ss.), senza escludere le misere derive «di chi pensa che è negli angoli dei corridoi forensi, nei circoli privati, nelle cene o nei buoni rapporti con i pubblici ministeri e con i giudici, nella furbizia delle "strategie" processuali elaborate a tavolino conoscendo le "carte" e i "retroscena", nella fretta o nelle tecniche persuasorie delle camere di consiglio, nelle riunioni o nelle politiche di corrente, nell'estetica terapeutica delle motivazioni scritte "a posteriori", nelle intuizioni e nel mero fortuito, infine, che si risolvono i casi e che si fa "diritto"»: «un'immagine del *ius dicere* come forza, potere, mercato e volgarità» (M. Donini, *Selettività e paradigmi della teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 338 ss., p. 392).

[150] L. Eusebi, *Una giustizia diversa per la pace*, in *Humanitas*, 2017, p. 166 ss., p. 167.

[151] L. Eusebi, *Visioni della giustizia e giustificazioni della guerra*, in C. BRESCIANI - L. EUSEBI (a cura di), *Ha ancora senso parlare di guerra giusta? Le recenti elaborazioni della teologia morale*, Bologna 2010, p. 109 ss., p. 112 ss.: «se la giustizia è reciprocità, per definire che tipo di atteggiamento tenere verso l'*altro* prima lo si deve giudicare, onde poterlo assegnare all'ambito dei soggetti la cui interazione con noi è da ritenersi positiva o negativa e agire di conseguenza. (…) Su questa via (…) il giudizio finirà assai facilmente per avere come oggetto non una qualche condotta colpevole altrui, bensì la stessa condizione esistenziale di un dato individuo (…) se la *realizzazione* (…) passa attraverso l'agire *contro* chi rispetto a tale fine sia un ostacolo, allora il considerare *nemico* ogni *altro* che ci fa problema diviene elemento necessario affinché quel fine possa essere perseguito».

[152] Diffusamente, J. Young, *The exclusive society*, London - New Delhi 1999, p. 96, e N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1993, p. 6 ss.

[153] «"Ordine" e "norma" sono coltelli affilati puntati contro la società così come essa è; hanno a che fare, innanzitutto, con la separazione, l'amputazione, l'escissione, l'espurgazione, l'*esclusione*. Essi promuovono l'"appropriato" aguzzando le viste sull'inappropriato; essi individuano, circoscrivono e stigmatizzano parti della realtà cui è negato il diritto di esistere, destinate all'isolamento, all'esilio o all'estinzione» (Z. Bauman, *op. cit.*, p. 206). Al suo grado minimo, l'esclusione può trovare nel diritto un disattento contenitore: «dall'ordine, il diritto può scadere anche in un quadro che raccoglie modi disordinati del rapportarsi gli uomini l'uno all'altro» (G. Berti, *Stratificazione del potere e crescita del diritto*, in *Jus*, 2004, p. 291 ss., p. 292). Tuttavia – e ben più gravemente – esiste il rischio dell'assunzione da parte del diritto di un ruolo di "volano" nella produzione dell'esclusione (A. Visconti, *Memoria e comprensione dell'"altro" tra difesa sociale e garanzie individuali: la prospettiva giusletteraria per un diritto penale democratico*, in *Jus*, 2017, p. 35 ss.).

[154] S. Scheerer - M. L. Böhm - K. Viquez, *op. cit.*, p. 930.

[155] G. Aller, *op. cit.*, p. 121.

«dalla esclusione di fatto si passa alla esclusione normativa»[156]. Sul punto, non si manca di trasparenza: «è la società che decide chi è incluso in essa e chi no, e – per inciso – si dovrebbe supporre che il nemico di regola ben preferirebbe restare incluso»[157].

Se quindi occorre «demolire un dogma: il conflitto come cardine dei rapporti umani»[158], il disegno alternativo non può che svilupparsi lungo le linee di un paradigma altrettanto generale, non meno antico e di pari vocazione rivoluzionaria: l'inclusione[159], cui sembrano peraltro funzionali, pur nella loro complessità o

---

[156] M. Cancio Meliá - C. Gómez-Martín Díez, *Presentación*, cit., p. XVIII.

[157] G. Jakobs, *Diritto penale del nemico?*, cit., p. 119. Cfr. pure C. S. Bello Rengifo, *Las razones del derecho penal*, in M. CANCIO MELIÁ - C. GÓMEZ-MARTÍN DÍEZ, *Derecho penal del enemigo*, cit., vol. I, p. 305 ss., p. 319 sulla «inclusione-esclusione come meccanismo dell'organizzazione sociale giuridicamente intesa». Sul nemico come escluso, cfr. ancora F. Resta, *op. ult cit.*, p. 2787, rifacendosi a J. Young, *op. cit.*, p. 583: «la figura del nemico rievoca così paradossi foucaultiani: il suo trattamento è regolato giuridicamente, pur rappresentando la normativizzazione di una *esclusione* dalla società in quanto comunità normativa, poiché il nemico è una *non-persona* (…): il paradosso nasce (…) dall'impossibilità di una giuridicizzazione completa, in ragione della rottura della equivalenza (…) tra razionalità e personalità. (…) Del resto, l'identificazione del nemico, come "essenzializzazione dell'altro", è funzionale al rafforzamento di una realtà *inclusiva*, segnata da un *Nomos der Erde* che nasce sulla logica della *differenziazione* delle identità. (…) Segnata inevitabilmente dalla doppiezza del codice dell'esclusione, e dalla sottile sinergia con la dinamica della legittimazione del potere, la figura del criminale-nemico ripropone, oggi più che mai, l'ambivalenza di un contratto sociale che, nato per *includere*, finisce con l'incorporarne, tragicamente, la rottura». Sul volto inclusivo o escludente delle Costituzioni come strumenti di immunizzazione della simultaneità spaziale del diverso, M. Carducci, *El multiculturalismo. Entre círculo hegeliano y constitucionalismo de la alteridad*, in L. CORNACCHIA - P. SÀNCHEZ-OSTIZ (a cura di), *Multiculturalismo y derecho penal*, Cizur Menor 2012, p. 83 ss.; sull'istanza di «esclusione degli irriducibili», relativamente disinteressata al «dilemma della responsabilità individuale», come origine del diritto penale del tipo d'autore, A. Gamberini, *La categoria del diritto penale del nemico di fronte all'emergere di fenomeni di terrorismo internazionale*, in A. GAMBERINI - R. ORLANDI, *op. cit.*, p. 25 ss., p. 28. L'esclusione è l'immancabile conseguenza di qualsiasi tentativo di riduzione o relativizzazione dell'attribuzione dello *status* di persona: in ogni modo, infatti, «si pone la questione se una concezione del diritto penale possa (e possa lecitamente) ritrarsi su un concetto di persona basato su una razionalità materiale (come criterio di esclusione); concretamente: se sia lecita cercare nel delinquente la "persona razionale" e, se la ricerca è infruttuosa, alzare contro questo, come contro un "cane", il "bastone" del diritto penale del nemico» (I. Müssig, *op. cit.*, p. 381).

[158] L. Eusebi, *Critica dell'idea di contrapposizione*, cit.

[159] Nella direzione di una risposta *inclusiva* all'idea "egoistica" di "sicurezza come chiusura", si ricordino le parole del Santo Padre in occasione del Giubileo delle professioni: l'esclusione è già nel mero «classificare gli altri in base alla condizione sociale, alla lingua, alla razza, alla cultura, alla religione» (Papa Francesco, *Udienza giubilare*, 12 novembre 2016). Il rifiuto di "adeguamento all'inimicizia" del diritto penale si stacca dal "NO orgoglioso e autocastrante" e dal "NO per impotenza" ipotizzati da G. Flora, *Profili penali del terrorismo internazionale: tra delirio di onnipotenza e sindrome di autocastrazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 62 ss. Al contrario, occorre compiere uno «sforzo inclusivo» nell'individuazione del bene comune come modalità dello «sguardo plurale delle società aperte» (M. Romano, *Principio di laicità dello Stato*, cit., p. 512), rischiando il «confronto razionale con la realtà, che è quanto dire con la laicità» (L. Eusebi, *Laicità e dignità umana nel diritto penale*, cit., p. 165). Cfr. pure B. Pastore, *Identità culturali, conflitti normativi*, cit., p. 60 ss.: anche in «uno spazio pubblico dove il rinvio ad un insieme di valori condiviso non è più in grado di esaurire la domanda di legittimazione», occorre perseverare nella «ricerca di equilibri attraverso un metodo consensuale di progressiva convergenza, conciliazione e inclusione». Il diritto penale dell'inclusione rimane in senso stretto *al di fuori* della tripartizione in diritto penale «della tolleranza (o, se si preferisce, della mitezza)», «dell'indifferenza» e «dell'intolleranza» proposta da A. Bernardi, *L'ondivaga rilevanza penale del "fattore culturale"*, in M. VOGLIOTTI, *op. ult. cit.*, p. 277 ss., p. 318 ss., operando in via principale sul superamento della contrapposizione dei valori più che sulla sua rassegnata

criticità, alcuni concetti giuridici coinvolti nelle vicende da cui ha preso spunto la riflessione. Tra questi si annovera la natura *componitiva* dei beni giuridici: «prima di essere giuridici, infatti, i beni sono valori della vita degli uomini, valori che in buona parte seguono l'evoluzione della realtà, affermandosi quale *composizione* dei conflitti che insorgono nella società»[160]. Ancora, può ricordarsi il potere unitivo della verità, espressa anche nella dimensione più strettamente tecnica dell'offensività dai vincoli di realtà[161] già ricordati. Inoltre, milita in direzione inclusiva la *sicurezza giuridica*[162]

---

gestione. Senza questo lavorio interminabile, che si postula proprio per questo incessante, il concetto di inclusione stesso sarebbe a sua volta passibile di interpretazioni capaci di mostrare il "volto cattivo" del diritto penale (anche) normale: così M. Donini, *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, cit., p. 763 (corsivi aggiunti), a proposito della «finalità rieducativo-risocializzante alla quale la pena deve tendere (secondo la Cost. it. all'art. 27 comma 3)» osserva come, allo stato attuale, «questa inclusione promessa è logicamente successiva a una minaccia di esclusione, cioè di perdita di un bene che è soprattutto *sofferenza privativa capace di interrompere il circuito sociale di inclusione* sociale dell'autore, a livello simbolico o reale».

[160] M. Romano, *La legittimazione delle norme penali*, cit., p. 38 (corsivi aggiunti), nonché p. 43, ove prosegue osservando che i beni possono quindi considerarsi «"unità funzionali di valore" che si aggregano dal libero pluralismo di idee nella società, nel quale si scontrano e si *ricompongono* gli interessi dei singoli e delle formazioni sociali». Sul bene giuridico come «osservatorio» su (auspicabilmente, *tutti*) gli interessi in gioco, V. Manes, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 739 ss. Sul doppio volto che contraddistingue sia comunitarismo sia universalismo e sui diritti dell'uomo come terreno di *incontro* tra le due visioni, E Venafro, *Il pluralismo religioso tra coercizione e libertà*, in G. DE FRANCESCO - C. PIEMONTESE - E. VENAFRO, *op. cit.*, p. 17 ss., p. 20 ss.

[161] La verità come catalizzatore di consenso nella prevenzione del crimine e come promotore di ricomposizione nella risposta al reato – quindi, in entrambi i casi, come percorso verso l'unità – echeggia dell'autenticità nella compresenza come percorso verso la verità: è il caso della giustizia riparativa, dove la verità «si fa», ineludibilmente, «a più mani»: mani, *necessariamente*, di diversi (C. Mazzucato, *La giustizia dell'incontro. Il contributo della giustizia riparativa al dialogo tra responsabili e vittime della lotta armata*, in G. BERTAGNA - A. CERETTI - C. MAZZUCATO, a cura di, *Il libro dell'incontro. Vittime e responsabili della lotta armata a confronto*, Milano 2015, p. 251 ss., p. 292; cfr. pure A. Ceretti, *Per una convergenza di sguardi. I nostri tragitti e quelli della Commissione per la verità e la riconciliazione sudafricana*, *ivi*, p. 219 ss.; sulla verità come «riappacificazione con la realtà», C. Mazzucato, *La "poesia della verità" nella ricerca della giustizia. Poesia, parresia, esemplarità, giustizia*, in G. FORTI - C. MAZZUCATO - A. VISCONTI, a cura di, *Giustizia e letteratura*, I, Milano 2012, p. 507 ss., p. 522 ss.). È necessario peraltro constatare che il valore della verità (intesa in senso forte come corrispondenza) non è incompatibile con il laico relativismo (inteso come metodo del *logos* dialogante) proprio della democrazia: «una laicità che intenda essere liberale e razionale non è affatto neutra rispetto ai valori, sia etici che *epistemici*» (D. Pulitanò, *Laicità, multiculturalismo*, cit., p. 235, corsivo aggiunto).

[162] Così D. Pulitanò, *Sicurezza e diritto penale*, cit., p. 568 (corsivi aggiunti): «Nei discorsi sull'origine o legittimazione del diritto e dello Stato, il concetto di sicurezza viene usato in senso amplissimo e molto generico: non definisce un interesse specifico né specifiche esigenze o di tutela o modalità d'intervento, ma riassume in sé qualsiasi esigenza di tutela che possa essere accampata dai singoli che si riuniscono in una società giuridicamente organizzata. (…) Il linguaggio dei diritti può servire a sottolineare la particolare importanza del fine, dal punto di vista dei consociati: questi hanno una giustificata pretesa e che le istituzioni producano e garantiscano sicurezza: *sicurezza dei diritti*, sicurezza nei fatti. Ma l'obiettivo o pretesa o attesa di sicurezza, se non vengono introdotte delle specificazioni, ha un oggetto troppo indeterminato per poter definire il contenuto di un autonomo, specifico diritto che intenda presentarsi come giustiziabile. La configurazione di un eventuale diritto alla sicurezza può acquistare contorni solo dalla connessione con un qualche diritto, la cui "messa in sicurezza" di fronte a certi pericoli sia assunta a contenuto specifico di un diritto per così dire accessorio»; inoltre, «se la *sicurezza dei diritti* chiede *protezione al* taglio buono del diritto penale, ha anche bisogno di *protezione dal* taglio pericoloso del penale e dei poteri di coercizione. (…) Ogni strumento di sicurezza securitaria paga un prezzo in termini di (…) *sicurezza giuridica*. (…) La torsione securitaria, oltre a produrre legislazione simbolica, aumenta sofferenze insensate ed insicurezze dei diritti».

come prima e imprescindibile dimensione della sicurezza[163], contro una pretesa «scissione tra lo scudo e la spada del diritto penale»[164]. Occorre sottolineare, peraltro, che ciò vale in termini di sicurezza reale, ma altresì di percezione della sicurezza da parte dei consociati: «per contenere la percezione dell'insicurezza e, dunque, per elevare la tolleranza alle perdite di identità sociale, un ruolo non meno importante delle variabili psicologiche e culturali è svolto dalla credibilità delle regole, giuridiche ed extragiuridiche, vigenti nella comunità di appartenenza. È soprattutto la percezione dell'oggettività di queste regole a conferire significato alle azioni dei soggetti e, soprattutto, a consentire loro di prevedere (e, dunque, di percepire come "innocue") le condotte dei propri simili»[165].

Proseguendo, sembra possibile una lettura *inclusiva* delle ipotesi di giustificazione come garanzia di coerenza (ossia di *concordia* tra norme) dell'ordinamento e, al tempo stesso, come conferma del riconoscimento alla (anche perciò) *persona* che di quei diritti è titolare[166]. Esse sanciscono, peraltro, il «primato dell'ordinamento sul diritto penale»: anche rispetto alla condotta pur tipica, «l'intero ordinamento (…) entra in gioco fin da prima, fin da subito», postulando «la

---

[163] Si tratta sostanzialmente di «definire il garantismo non solamente in senso negativo come limite del sistema punitivo, bensì anche in senso positivo, come risposta alle esigenze di sicurezza e di tutti i diritti» (S. Moccia, *Seguridad y sistema penal*, cit., p. 320). La «"sicurezza pubblica" (…) sembra una metafora pronta a indossare i più diversi travestimenti formali – gli abiti nuovi dello "Stato di prevenzione" come forse i panni vecchi ma evidentemente ancora *en vogue* dello "Stato di polizia"» (V. Manes, *La pervicace resistenza dei "reati di sospetto"*, *loc.* cit.; sulla sicurezza come esempio del "lato oscuro" dei diritti umani, R. Bartoli, *"Chiaro e oscuro" dei diritti umani alla luce del processo di giurisdizionalizzazione del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2012, p. 794 ss.; sul contrasto con legalità e dignità umana del suo reclamo di «massima vigenza», P. Sànchez-Ostiz, *Principios y reglas como base para un modelo argumentativo multicultural de Derecho penal*, in L. CORNACCHIA - P. SÀNCHEZ-OSTIZ, *op. cit*., p. 41 ss., p. 47 ss.).

[164] G. Cazzetta, , *op. cit*., p. 493 ss. È stato osservato come il modello proposto da Jakobs non è solo «un diritto penale molto "spada" e poco "scudo" dei diritti fondamentali» (A. Bernardi, *op. ult. cit*., p. 322), ma smentisce la stessa «tesi personalistico-democratica dell'assolutezza dei diritti», giacché il loro godimento è condizionato alla «fedeltà all'ordinamento» e relativizzato «in una sorta di scambio» (C. Galli, *Delitto e politica: profili teorici e politici del loro rapporto*, in A. GAMBERINI - R. ORLANDI, *op. cit*., p. 45 ss., p. 57): con «la fuoriuscita dalla pretesa di vigenza universale di un diritto fondato sulla dignità dell'uomo» (D. Pulitanò, *Il problema del diritto penale del nemico*, cit., p. 236), «ciò che conta non è la tutela dei beni, ma la riaffermazione dell'autorità» (A. Cavaliere, *Diritto penale "del nemico" e "di lotta": due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi d'autore, della vigenza dei principi costituzionali*, in A. GAMBERINI - R. ORLANDI, *op. cit*., p. 265 ss., p. 275). Non è allora peregrino ricordare il monito di A. Barak, *The Supreme Court and the Problem of Terrorism*, cit., p. 20: «non c'è sicurezza senza legge. Lo stato di diritto è una componente della sicurezza nazionale». «La continuità dello Stato e la sua salvezza (…) si raggiungono (…) ad opera dell'affermazione o della valorizzazione dei diritti nelle varie loro identità e nei rapporti che ne sono il terreno di incontro» (G. Berti, *Sovranità*, in *Jus*, 2007, p. 267 ss., p. 294).

[165] G. Forti, *La riforma del codice penale*, cit., p. 47.

[166] V. *retro*, n. 129.

necessità permanente di un dialogo fra penale ed extrapenale»[167]. A tutto ciò si potrebbe aggiungere il profilo (meno tecnico, ma dalle ricadute tecniche evidenti) del riconoscimento della religione non solo come valore espressivo della libertà del singolo o come elemento della cultura del gruppo, ma altresì quale *valore in sé*, fattore propiziante l'integrazione, a livello individuale[168] e collettivo[169], e contributo irrinunciabile al «dispiegarsi del "potenziale di verità"» della democrazia plurale[170].

---

[167] Come sottolinea M. Donini, *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una "nuova" dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1646 ss.: «il primato della società civile su quella punitiva, il primato del diritto sulla pena». Se, come è stato ipotizzato, «il problema della legalità penale oggi sia al fondo un problema di rapporto del diritto punitivo con l'ordinamento giuridico nel suo complesso» (F. Palazzo, *Sistema delle fonti e legalità penale*, *loc.* cit.), *anche* in questo senso, l'antigiuridicità si conferma «categoria del dialogo» (M. Donini, *Selettività e paradigmi della teoria del reato*, cit., p. 352 ss.).

[168] Così A. Provera, *op. cit.*, p. 969, che ne considera la valorizzazione, in commento alle citate pronunce, uno «strumento di auto-responsabilizzazione e d'integrazione»: «attraverso il riconoscimento del sentimento religioso come "giustificato motivo", viene permesso al soggetto di perseguire una propria finalità essenziale per la costruzione dell'identità personale» nella misura in cui essa risulti «compatibile con l'ordinamento»; l'acquisita rilevanza della diversità religiosa «permette al soggetto di relazionarsi dialogicamente con un altro sistema di valori, avendo così la possibilità di formare progressivamente se stesso come singolo e nell'ambito della società ospitante. L'elemento normativo del "giustificato motivo" (…) rispecchierebbe allora un'idea liberale, poiché la scelta di conformità all'ordinamento verrebbe sì stimolata dal riconoscimento della diversità, ma sarebbe comunque rimessa alla volontà del singolo e alla sua identità, evitando quindi imposizioni di stampo paternalista». Al di là dei casi in esame e al di fuori del terreno intrinsecamente coercitivo del diritto penale, il fattore religioso resta una componente importante di quell'«investimento motivazionale» che la democrazia liberale sollecita e attende, per il suo compiuto svolgimento, da ogni cittadino (J. Habermas, *I fondamenti morali prepolitici*, cit., p. 27).

[169] Così M. Romano, *Principio di laicità dello Stato*, cit., p. 500 ss., citando Papa Benedetto XVI, *Discorso ai rappresentanti della scienza all'Università di Regensburg*, 12 settembre 2006: «una laicità equilibrata esige bensì da un ordinamento pluralistico (…) una sana equidistanza nei confronti delle differenti religioni, ma non gli consente di riservare loro ostilità preconcette, né gli impone di chiudere gli occhi dinnanzi all'evidenza del fenomeno religioso», impegnandolo al contrario a promuovere «una leale ricerca di "vero dialogo delle culture e delle religioni"», «"un dialogo di cui abbiamo urgente bisogno"». Per l'inquadramento del dialogo interreligioso come condizione per una «politica liberata dalle ipoteche religiose», O. Fumagalli Carulli, *Liberté religieuse et réciprocité dans le dialogue interreligieux*, in *Jus*, 2013, p. 9 ss. Cfr. anche M. Parisi, *Promozione della persona umana e pluralismo partecipativo: riflessioni sulla legislazione negoziata con le confessioni religiose nella strategia costituzionale di integrazione delle differenze*, in *Dir. eccl.*, 2004, p. 389 ss.: «il progressivo inveramento dei principi costituzionali del pluralismo ideologico-religioso e della negoziazione legislativa con i soggetti confessionali implicherebbero la contestuale affermazione di un valore ricompositivo della molteplicità dei canali normativi attraverso i quali si è concretata l'attuale eterogenea disciplina del "fatto religioso": il diritto al riconoscimento e all'affermazione della propria diversità reclamato delle varie istanze di natura economica, politica, culturale, etnica, linguistica e religiosa animanti la dinamica sociale contemporanea. Al di là dell'apparente contraddizione, la centralità strategica del valore enucleato dal suddetto diritto dovrebbe favorire la realizzazione di una pacifica convivenza tra le differenti identità interagenti nella realtà sociale, implicando l'affermazione di un organico sistema di correttivi, in grado di contrapporsi alla potenzialmente dirompente espansività delle istanze espressive delle diversità sociali», e la «valorizzazione delle diversificate e contraddittorie forze che ne animano il tessuto connettivo, in quanto entità costitutive dello stesso contesto sociale». Sull'ancora scarsa consapevolezza del fattore di integrazione rappresentato dalle differenti espressioni religiose negli ambiti extrapenali, F. Balsamo, *La promozione della convivenza nell'ordinamento giuridico italiano*, in E. CAMASSA, *op. cit.*, p. 243 ss. Per una prospettiva storica, con alcune interessanti similitudini, N. SPINETO (a cura di), *La religione come fattore di integrazione. Modelli di convivenza e di scambio religioso nel mondo antico*, Alessandria 2008.

[170] Così G. Forti, *Alla ricerca di un luogo per la laicità*, cit., p. 322 ss., che ravvede i componenti di tale potenziale tanto nelle "cittadinanze" quanto nelle concezioni religiose e acutamente distingue tra la tutela *della* libertà individuale, comprendente l'espressione della propria fede, e la tutela, *per il tramite* della libertà adesiva

In questo e solo in questo[171], il sistema autoctono può seguitare a dimostrarsi *ospitante* rispetto agli *ospitati*: nel farsi carico di proporre e garantire luoghi e modalità di composizione di identità *da sempre* molteplici, senza né arroganza né falso pudore nel riconoscersene – sinora in maggior parte e comunque *storicamente* – tributario alle radici, *proprie* ma *non esclusive*, della secolarità e della religiosità occidentale[172] e, al tempo stesso, operandovi alacre in sollecita e paritaria fraternità[173].

Conflitto e inclusione, che dal medesimo *terroir* possono intrecciati germinare[174], si dimostrano paradigmi parimenti scalari, che un occhio volonteroso può cogliere a qualsiasi "densità di risoluzione" sia condotta l'analisi, come vere e

---

delle coscienze, dell'apporto che le ragioni dei credenti possono offrire, fermo il principio che quest'ultimo, in sé meritevole di rilevanza, non deve essere inteso come un necessario requisito per il riconoscimento della prima (altrettanto nitidamente D. Pulitanò, *Laicità, multiculturalismo*, cit., p. 224: la presenza delle religioni nello spazio pubblico «non è qualcosa che abbia bisogno di una giustificazione in chiave utilitaristica o comunitaria»; cfr. C. Mancina, *Laicità e politica. Prove di ragione pubblica*, in L. RISICATO - E. LA ROSA, *op. cit.*, p. 3 ss., p. 16). Dal canto suo, M. Romano, *op. ult. cit.*, p. 495 ss., così identifica il «portato di una versione postmoderna di laicità: che pur sensibile ai possibili rischi di commistioni o confusioni tra ordini, poteri e ambiti distinti, non rifugge già in radice, non nega e non teme il realistico riconoscimento di uno spazio pubblico alle religioni», e del «significato prezioso della partecipazione di tutti al discorso pubblico». Osserva ancora D. Pulitanò, *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 55 ss.: «la rivendicazione di rilevanza pubblica della religione è di per sé in linea col principio di laicità: che è un principio di inclusione di tutte le componenti ideali che accettino le regole della libera convivenza e confronto». Le religioni, quindi, sono interlocutori necessari della ragione secolare, in un dialogo di «mutuo apprendimento e mutua purificazione» (M. Nicoletti, *Introduzione* a J. Ratzinger - J. Habermas, *op. cit.*, p. 7 ss., p. 11), senza il quale la ragione si trasmuta nell'ibrido sterile della "preda di sé stessa" (J. Habermas, *I fondamenti morali prepolitici*, cit., p. 33). È auspicabile, poiché ancora necessario, «un impegno attivo dello Stato a promuovere le complessive condizioni della libertà di coscienza dei suoi cittadini», dal quale solo potrà «generarsi un quadro favorevole alla diffusa accettazione sociale degli apporti delle religioni al dibattito pubblico» (G. Forti, *op. ult. cit.*, p. 301), perché «è anche nello stesso interesse dello Stato costituzionale intrattenere rapporti di riguardo con tutte quelle risorse culturali di cui si nutrono la coscienza normativa e la solidarietà dei cittadini» (J. Habermas, *op. ult. cit.*, p. 36).

[171] Insuperabilmente aspra e affaticata sarebbe infatti ogni riserva di suolo nel suo confrontarsi con la stratigrafia degli apporti (sul rapporto tra dominio sul territorio e ospitalità sia consentito il rinvio a R. Palavera, *"Ospitalità, diritto e". Una premessa, cinque smentite, due ipotesi*, in AA.VV., *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, vol. II, Cedam, Milano 2016, p. 1047 ss.).

[172] Sul contributo del pensiero cristiano alle conquiste del diritto "secolarizzato", M. Romano, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 477 ss., in particolare p. 483 ss. Un onesto riconoscimento in questo senso potrebbe non essere ostacolato, bensì *favorito* dall'incontro interculturale, come osserva M. Ricca, *L'ala impigliata della secolarizzazione e la religione che non si insegna*, in E. CAMASSA, *op. cit.*, p. 299 ss., 324: «chi non vede la religione resiliente nel diritto secolare siamo ovviamente noi, i cittadini secolarizzati d'Occidente. Sono proprio gli occidentali ad aver bisogno di un *angelo necessario*, che li renda capaci di guardare attraverso i suoi occhi quel che ci è divenuto invisibile. (...) L'angelo *necessario*, allora potrebbe essere colui che non è vittima della sindrome di *completezza* dovuta all'appartenenza a società auto-dichiaratesi secolarizzate (…) l'angelo *necessario* è l'Altro che arriva. La capacità dell'Altro di restare immune alla *nostra cecità* cognitivo-religiosa si gioca nella partita dell'universalità».

[173] La fraternità, «cuore segreto» del diritto, «è soltanto consapevolezza di dover prendere distanza dalle logiche dell'inimicizia» (E. Resta, *Prefazione* a *Id.*, *Il diritto fraterno*, Roma - Bari 2002, nuova ed. 2005, p. V e VII).

[174] «Il diritto sarà differente dalla violenza se lo sarà; sarà soltanto un'altra violenza se finirà per assomigliare troppo all'oggetto che dice di voler regolare e dalla cui distanza nasce tutta la possibilità della sua differenza» (E. Resta, *Introduzione* a *Id.*, *La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza*, Roma - Bari 2006, p. XVII).

proprie *opzioni di default* la cui interazione "disegna" il frattale in ogni suo dettaglio. Le similitudini prescindenti le dimensioni suggeriscono un collegamento organico necessario tra i diversi livelli, di talché come le norme marginali o le applicazioni quotidiane del diritto si alimentano dei principi generali e patiscono l'avvelenamento o il depauperamento che li colpisce[175], così l'ordinamento nel suo insieme soffre per ogni loro disapplicazione o snaturamento, fosse anche localmente delimitato o financo puntuale, e deve interrogarsi di fronte a queste evenienze in quanto sintomi su cui vigilare capillarmente[176] per porvi rimedio, ove possibile, con interventi di portata (anche) generale[177].

È questo il piano di consapevolezza su cui il modello frattale può rammentare al giurista la visione del diritto come un sistema in continua comunicazione, dove si reitera diffusivamente l'impronta di ogni singolo elemento, e l'imprescindibilità funzionale della parte vivente più prossima ai consociati, soprattutto per quanto attiene alla trasmissione e alla circolazione dei valori, "linfa" della convivenza civile. Come nelle felci, nei vasi sanguigni e nelle terminazioni nervose.

---

[175] Sugli «effetti perversi a catena» delle strategie escludenti della «terra bruciata» e della riduzione «nell'ombra» dello straniero, G. Marinucci, *op. cit.*, p. 20.

[176] È questo l'invito conclusivo di D. Pulitanò, *Il problema del diritto penale del nemico*, cit., p. 240: «nessuno è immune» dagli affioramenti e dalle tentazioni del diritto penale del nemico, «un'ombra che accompagna sempre e comunque il diritto penale»; «dobbiamo essere vigili e critici in tutte le direzioni, innanzi tutto verso noi stessi». Tristemente M. Donini, *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, cit., p. 738, interrogandosi sull'ipotesi di «forme di diritto penale del nemico anche "dentro" a realizzazioni quotidiane del diritto penale ordinario», suggerisce di ricorrere «più utilmente definizioni "a enciclopedia", anziché "a dizionario"»: «chi dice che il diritto penale non può mai essere un diritto che lotta contro un nemico, già solo per questo ne abbellisce il volto, occultando gli aspetti più odiosi della penalità quotidiana. Una scienza molto morale e molto estetica, dunque, ma forse poco verace, o se si preferisce una scienza sul dover essere del diritto penale, più che riferita al suo essere normativo vigente». Già molti anni prima, del resto, il medesimo Autore (*Id.*, *Selettività e paradigmi della teoria del reato*, cit., p. 383 ss., ma v. pure *Id.*, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, cit.,) aveva posto il quesito relativo all'esigenza e ai possibili effetti di un'estensione *reale* della riflessione sulle garanzie «a tutti gli illeciti minori, dove la perdita della libertà sia sempre più eventuale, succedanea, statisticamente marginale», nonché agli illeciti amministrativi e a ogni sanzione civile «non meramente riparatoria», concludendo che «un siffatto diritto punitivo "generale" attende ancora la sua "teoria". Prima di pensarla, infatti, è necessario che quel diritto esista veramente; e in questo momento storico sarebbe intempestivo cimentarsi in tale impresa. Ma non è detto che i tempi siano lunghi» e non è detto che non siano ormai maturi.

[177] Lungimirante perciò è l'approccio che inaugura la riflessione sul multiculturalismo con la posizione di «questioni di principio», prima fra tutte il ripensamento della risposta al reato in forma di dialogo sulla costruzione della via sanzionatoria e ribadendo, anche in contesto multiculturale, l'esigenza del riconoscimento della «corresponsabilità sociale» radicale (anche, ad esempio, rispetto al migrante innestato da pochissimo nella comunità d'accoglienza) e della proposta *sempre possibile* di un «cammino significativo» di reinserimento (ossia re-*inclusione*) nella società per l'autore (L. Eusebi, *Sistemas penales y integracion social. Apuntes en el marco de una visiòn alternativa de la justicia*, in L. CORNACCHIA - P. SÀNCHEZ-OSTIZ, *op. cit.*, p. 21 ss., p. 33).

Abstract
Taking cue from the fractals theory, the paper evaluates the hypothesis of functional homothetia of law, according to which different levels of legal systems interact dynamically and show similar characteristics at different scales of magnitude. Specifically, the paradigm of the "enemy criminal law", usually referred to the most serious state reactions to radical violations of civil coexistence, is experimentally applied to minor crimes provisions, related to a reduced social concern and punished with moderate sanctions, to territorially limited hermeneutical indications and to lower courts jurisprudence. The individual clothing choices, whereas essential crime elements, are analyzed as presumptions of harmful or dangerous intentions, based on uncertain and implicit sociological generalizations, which leave on the defendant the burden to overwhelm prejudicial interpretations and the risk of lack of proof. To include the gravity of conducts and penalties requirement in the "enemy criminal law paradigm" is framed as a mere conventional and definitional option, within the broader "opposition paradigm", whose critical efficacy is highlighted with reference to the examined cases.

Keywords
Enemy criminal law, chaos theory, Lombardy, multiculturality, law and clothing.

JusOnline n. 1/2018
ISSN 1827-7942

Barbara L. Boschetti

Professore associato di diritto amministrativo, Università Cattolica di Milano

Pathways of anti-corruption law in the global arena*

SUMMARY: I. Introduction. – II. Pathways of anti-corruption law in the international (and global) arena – III. Trans-national Pathways of anti-corruption law. – IV. Pathways of anti-corruption law as a preventive law. – V. Systemic (and para-systemic) effects of anti-corruption law into domestic legal systems. – VI. Conclusions.

I. Introduction

The purpose of the present paper is to examine the ways in which anti-corruption law is conditioned, describe the set of contaminating factors to which it is exposed and to which, in turn, it exposes the legal order at various levels; lastly to try to explain the various types of contaminating processes insofar identified. Therefore, in making this contribution, the intention is to take a closer look at the origin and development of legal sources that lie at the heart of this particular field of interest.

The picture that unfolds goes a long way in helping us to understand some of modern legal systems and certainly provides a greater understanding of the Italian legal system. It also helps to reveal the essence of the role of States in the governance of such processes and the risks and weaknesses that compromise the effectiveness of anti-corruption law.

Nevertheless, we are perfectly aware that the choice of analysing anti-corruption law as a field or sector of law may be somehow critical, due to two relevant ongoing phenomena: on the one hand, that the concept of corruption is progressively widening, aligning itself closely with the theme of sustainable development, and, on the other hand, that the more the preventive approach takes root in anti-corruption law the more this field of law becomes influential in shaping other sectors of law. Indeed, it is thanks to these phenomena that anti-corruption law can have an impact at a systemic level, which is something of an anomaly for a law that presents itself as sectorial in character.

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

II. Pathways of anti-corruption law in the international (and global) arena

Much of that which falls within the scope of anti-corruption law is rooted in the international sphere and aspires to become a global phenomenon.

That said, this article will seek to demonstrate, on the one hand, how international anti-corruption law is multifaceted and can only partly explain domestic anti-corruption laws in individual states, and, on the other hand, how the globalisation of anti-corruption law, if at all, is still underdeveloped and as such is not yet a reality. Indeed, in a certain sense the globalisation of anti-corruption law is not even to be welcomed[1].

A key role in the development of anti-corruption law is played by international conventions, among which is the 1997 OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions (which came into force in 1999)[2], and the United Nations Convention Against Corruption, 2003 (which came into force in 2005)[3].

Alongside the abovementioned Conventions, there are also some very important regional conventions (in a certain sense the OECD Convention is also a regional one), which we will return to in the next section.

These Conventions take rather different approaches, which can only partly be justified on the basis of the diverse character and mission of the institutions themselves.

---

[1] See further the declaration made in the aftermath of the Anti-Corruption Summit held in London in 2016 by the British Government, Cabinet Office, *Global declaration against corruption*, available at *www.gov.uk/government/publications/global-declaration-against-corruption/global-declaration-against-corruption*. On the negative aspects of the process of the globalisation of anti-corruption law and the "administration" of anti-corruptionanti-corruption see E. Kevin, *Does the Globalization of Anti-corruption Law Help Developing Countries?*, *New York University Law and Economics Working Papers*, 2009, Paper 203, available at *sr.nellco.org/nyu_lewp/203*.

[2] The prevention of corruption overlaps with the endeavours of other international institutions operating in the fields of economic regulation and global commerce, first among which is the WTO. In addition to the *Plurilateral Agreement on Government Procurement* (GPA), as revised in 2014, there is also the *Trade Facilitation Agreement* (TFA) of 2013, which came into force on 22 February 2017.

[3] For an exhaustive list of the conventions, including those at a regional level, aimed at combating the fight against corruption see the WP *Anti-corruption policies revisited*, available at *www.againstcorruption.eu/wp-content/uploads/2015/12/D1.1_Part3_International-Anti-corruption-Normative-Framework.pdf*. Further reading, E. Chiti, *Mismanagement by European Agencies: Concerns, Institutional Responses, and Lessons*, in J.B. AUBY - E. BREEN - T. PERROUD (ed.), *Corruption and Conflicts of Interest. A Comparative Law Approach*, Cheltenham 2014, pp. 253 ss.

The UN Convention is considered to be the more general of the international conventions, not only because of its scope of application but also because of its "content" and approach. It is credited with having developed a wide definition of corruption, having placed the logic and effectiveness of preventive measures at the forefront of domestic anti-corruption law, and having placed an obligation on States to identify specialised entities that can counteract and prevent the phenomenon.

The OECD convention has other merits: on the one hand, it is the first international response to the bribing of public foreign officials, and this the first to acknowledge that corruption is a problem of governance at a political-institutional level, and, on the other hand, it paves the way for the development of an implementation system that is sufficiently flexible to incorporate anti-corruption soft law and monitoring mechanisms.

While the topic of anti-corruption soft law will be looked at later on, it should be pointed out at this stage that the strategy comprising recommendations and guidelines which aims to provide solutions, measures and best practices has shown itself to be extremely dynamic and capable of penetrating individual legal orders. Moreover, OECD soft law provides specific advice for the public sector, addresses topics such as conflicts of interest and the integrity of public administration and public contracts[4].

The conventions (a typical example of international hard law) are the result of various processes that reciprocally support and influence one another: (a) the cultural process, involving the progressive perception and cognitive awareness of corruptive phenomena and their importance for corporate, political and institutional governance at various levels; (b) a pre, para and post normative process, in which

[4] *Ex multis*, OCSE, *Recommendation on public integrity,* 2017, available at*www.oecd.org/gov/ethics/recommendation-public-integrity.htm*; *Recommendation on fighting bid rigging in public procurement*, 2012 available at *www.oecd.org/competition/oecdrecommendationonfightingbidriggininpublicprocurement.htm*; *Recommendation on guidelines for managing conflict of interest in the Public Service*, 2003, available at *www.oecd.org/gov/ethics/legal-instruments-for-corruption-prevention-in-public-governance.htm*; *High level principles for integrity, transparency and effective control on major events and related infrastructures* 2016, available at *www.oecd.org/gov/ethics/High-Level_Principles_Integrity_Transparency_Control_Events_Infrastructures.pdf*; see also the recent material on good practice issued on *Public procurement for innovation. Good practices and strategies*. OECD *Public governance* reviews, available at *keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/public-procurement-for-innovation_9789264265820-en#.WXdyzTPkWYk#page5*.

the praxis and instruments of soft law and soft regulation dominate[5]; and (c) a normative process, involving the identification of legal instruments and techniques. It is, in fact, a process that originates, almost paradoxically, in the domestic arena and is thereafter incorporated into the international regulatory system.

The first of these processes, the perceptive-cognitive one, can almost be taken for granted: it is always the case when one speaks of the law and legal responses to social issues; it is perhaps even more evident when one speaks of anti-corruption law. However, what is interesting here is how such an approach can help to reveal the emergence of non-governmental organisations and businesses that operate on an international and global level[6], new areas in which information can be exchanged and the positions that States can occupy within that sphere (corruption is a cost that impacts on the economic interests of States, on public debt, on the attractiveness of a country's system and, not least, on its political room for manoeuvre)[7], and, finally, the pervasiveness of the instances affecting human rights and sustainable development.

It is true that the dynamisms (by which it is not only that of corruptive phenomena) and fragmentation of this scenario go a long way to explaining the presence of delays and lacunas in anti-corruption law.

The second of these processes, the *pre-para-post* normative approach,

---

[5] These effective expressions are used by R. Bin, *Soft law no law*, available at *www.robertobin.it/ARTICOLI/Softlaw.pdf*.

[6] The lobbying activities carried out by international non-governmental organisations such as Transparency International have an important impact on the development of anti-corruption law. For further information anti-corruptionon the role of NGOs see I. Carr - O. Outhwaite, *The Role of Non-Governmental Organizations (NGOs) in Combating Corruption: Theory and Practice*, in *Suff. Univ. Law Rev.*, 2011, pp. 615 ss. The role of businesses, in particular global businesses in the prevention of corruption overlaps with the various initiatives that come under the category of «businesses and human rights»: among which, see *United Nations Global Compact* (GC) 2000, at the wesbite *www.unglobalcompact.org/what-is-gc*. See also the declaration of undertakings made by the Business 20 (B20) group on the prevention of corruption, a forum which gives voice to businesses and other economic players from the G20 participating countries (*www.worldsmeforum.org/wp-content/uploads/2016/12/2016-30-11_B20-Factsheets_all.pdf*). For a more in-depth analysis of the work of B20 see M. Mantovani, *Raccomandazioni del gruppo di lavoro del B20 sull'anticorruzione e sulla trasparenza,* in *Dir. Comm. Int.*, 2012, pp. 671 ss.

[7] See the FMI document, *Corruption: costs and mitigating strategies*, edited by the Staff Team from the Fiscal Affairs Department and the Legal Department, May 2016, available at *www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2016/sdn1605.pdf*; the OECD document, *Corruption and Economic Growth*, available at *www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/Issue-Paper-Corruption-and-Economic-Growth.pdf*; European Commission, European semester, Thematic Factsheet – *Anti-corruption*, (2016), available at *ec.europa.eu/info/files/european-semester-thematic-factsheet-corruption-2016_en*. On the fall-out on European integration see S. MANGIAMELI (ed.), *The consequences of the crisis on European Integration and on Member States*, Cham 2017.

comprises instruments that lie not only beyond the remit of traditional sources but also that of typical legal instruments: recommendations, policies, guidelines, best practices, resolutions, declarations, working papers, reports and much more besides[8]. Most of these instruments come under the collective category of soft law or soft regulation and involve the interaction of a wide group of entities, at all levels, both within and beyond the institutions.

These documents may anticipate (for example the OECD Recommendations 1994[9] or the Principles of the Council of Europe 1997[10]), exist alongside (for example the policies of the WB e IMF[11]), and – in the enforcement phase - follow anti-corruption hard law (see for example the Recommendations, guidelines and best practices of the OECD and the European Commission and national regulators[12]).

The effectiveness of anti-corruption law and related measures are key. They need to be sufficiently flexible to adapt to the constantly changing phenomena they face. These are tasks performed by soft law and soft regulation.

This approach is the result of two central changes in the legal world, especially in civil law countries.

Above all, the rule, is produced within the context of a wider process – the so-called regulatory process -, which comprises implementation/execution, enforcement, monitoring and, ultimately, review of the rule. All of this, takes place

---

[8] There is extensive academic literature on the topic of *soft law*. See B. Boschetti, *Soft Law e normatività. Un'analisi comparata*, in *Riv. Reg. Mercati*, 2, 2016 and the bibliography provided therein; interesting considerations on *soft law* provided by the Italian Anti-corruptionAnti-corruption Authority, S. Valaguzza, *La regolazione strategica dell'Autorità nazionale Anticorruzione* , in *Riv. Reg. Mercati*, 1, 2016.

[9] OECD, Recommendations of the Council on Bribery in International Business Transactions, OECD Doc. No. C(94)75/Final (27 May 1994), available at *www.oecd.org/investment/anti-bribery/anti-briberyconvention/1952622.pdf*, subsequently revised in 1997 and implemented in 2009; see also the OECD Recommendations on *Tax Deductibility of Bribes to Foreign Officials*, OECD Doc. No. C(96)271/Final (11 April 1996).

[10] The full text is available on the site of the European Council. The principles are a typical example of international *soft law* which were incorporated into The Convention of the European Council against corruption in 1999 (*Criminal Law Convention on Corruption,* which came into force in 2002). Conventions such as these can generate significant contamination in relation to soft and hard law both once they have been adopted but before they have come into force.

[11] Both the FMI and the World Bank adopted their own anti-corruption *policies* in1997.

[12] For the principal OECD documents on soft law see note no. 5 above. For details of the soft law of the Organization of American States and the African Union, see E.K. Davis., *Does the Globalization of Anti-corruption Law Help Developing Countries?*, in J. Faundez - C. Tan (eds.), *International Economic Law, Globalization and Developing Countries*, Cheltenham 2010, pp. 283 ss.

within an ever changing and dynamic environment in which the rule is itself a work in progress.

Furthermore, it plays a key role in unlocking the creative law-making process, which, in turn, exposes the rule to a set of contaminating factors, osmosis, and other influences – including negotiations – that come into play at different phases and at all levels of the regulatory process. This process of contamination is heightened by the parallel change in the international scene (and in its stakeholders) and in the development of an international, even global, administration[13]. The mechanisms and instruments for cooperation and sharing of experiences (including those of a transnational and intergovernmental nature) which have been introduced by international anti-corruption law provide the pre-para and post regulatory process with new lifeblood.[14]

Finally, as previously said, there is the regulatory or normative process in the proper sense, that is, the one set out by anti-corruption hard law. This process, almost paradoxically, originates in the national sphere and from there spreads outwards to the international one.

The key reference document is the *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) which was approved by the United States in 1977[15], in the aftermath of the scandals that

---

[13] E.U. PETERSMANN (ed.), *Multilevel constitutionalism for multilevel governance of public goods,* Oxford and Portland 2017; while there an is extremely vast collection of academic literature on "global" administration, the following are particularly recommended: B. Kingsbury - N. Krish - R. B. Stewart, *The emergence of global administrative law*, 2005, available at *law.duke.edu/journals/lcp*. All of the papers published in relation to the research project on *Global Administrative Law* (NYU School of Law Institute for International Law and Justice in conjunction with the Center on Environmental and Land Use Law) are available at *www.iilj.org/global_adlaw*; T. Zwart - G.Anthony - J.B. Auby - J. Morison, *Values in Global Administrative Law*, Oxford 2011, pp. 61 ss.; J.B. Auby, *Globalization. Law and the State*, Oxford 2017; S. Cassese, *Research Handbook on global administrative law*, Cheltenham - Northampton 2016.

[14] Covinghton & Burling LLP, *Trends and Developments in Anti-Corruption Enforcement*, 2015 available through the link *Trends_and_Developments_in_Anti Corruption_Enforcement_Winter_2015.pdf*, in which they draw attention to the growth of transnational cooperation in relation to anti-corruption practices (such as information exchange and strategic collaboration) especially since 2014. Almost all of the investigative procedures by the DOJ in relation to FCPA are multilateral. As recently demonstrated by the Assistant Attorney General: «We report schemes to one another. And, where appropriate, we discuss strategy and coordinate our use of investigative techniques, so that we can obtain the best possible results, especially in very high-impact cases»

[15] The reference to the Foreign Corrupt Practices Act in the United States Code is 15 U.S.C., §§ 78, lett. dd-1. A very useful aid in understanding the FCPA and its application to actual cases is the document prepared by the Criminal Division of the U.S. Department of Justice (DoJ), *The Federal Corrupt Practices Act*, available at *www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf*. The FCPA applies to all American and foreign corporations that are subject to the supervision of the SEC. In the English legal system, there were some pre-existing pieces of legislation, which despite formal references to the prevention

struck American politics in the 1970s (one need only cast one's mind back, *ex multis*, to the Lockheed and Watergate scandals).

In truth, the FCPA is «One Country's Response to an International Problem»: it is no accident, then, that since its approval – indeed even before – the United States multiplied its efforts to adopt an anti-corruption law at an international level that ensured equality between parties to international transactions. The FCPA subsequently became the matrix for the greater part of international anti-corruption law[16].

In fact, for the first time in the OECD Convention of 1997, the American model is used as a benchmark to obtain an undertaking from each State to adopt a national anti-corruption law, which would make provision not only for the criminalisation of corruptive conduct but also pro-enforcement and preventive

---

of corruption, were in substance aligned with the traditional repressive model *ex post* the corruptive acts and included the *Public Bodies Corrupt Practices Act* of 1889, the *Prevention of Corruption Act* of 1906 and the *Prevention of Corruption Act* of 1916. In the aftermath of the *Poulson* scandal in 1972, the Salmon *Committee on Standards in Public Life* recommended the Government adopt new anti-corruption measures, but the recommendation fell on deaf ears. Moreover, after the first report of the Committee on Standards in Public Life, set up by Major in 1994, the Home Office published a consultation document to review the measures on anti-bribery and anti-corruption in 1997. In 1998, the Law Commission published a report entitled *Legislating the Criminal Code: Corruption*. Both documents were harshly criticised by the OECD as they were seen to fall far short of international standards.anti-corruption

[16] The American institutions had requested the intervention of the international community before they adopted the FCPA: a resolution of the Senate in 1975 requested the adoption of an international Code of Conduct against «bribery, kickbacks, unethical political contributions and other such disreputable activities» (see S. Res. 265, 94th Cong., 1st Sess. (1975)); in1976, a task force headed by Richardson (Secretary of Commerce) requested the adoption of an international treaty aimed at criminalizing public foreign officials «to assure that all nations, and the competing firms of different nations, are treated on the same basis» (thus in *Foreign Payments Disclosure: Hearings Before the Subcomm. on Consumer Protection & Finance of the Comm. on Interstate & Foreign Commerce*, 94th Cong., 2d. Sess., at 40, 46 (1976) (Report from the Richardson Task Force). US diplomacy worked hard to obtain an international response on the these topics, but instead only obtained some policy statements: the resolution of the Organization of American States of 10 July 1975; the resolution of the UN General Assembly (Res. 3514, entitled "Measures Against Corrupt Practices of Transnational and Other Corporations, Their Intermediaries and Others Involved" of 1974-76 and re-published in 1984; or the declaration of the UN General Assembly in 1975 condemning corruption in international transactions. Analogous efforts followed under the presidencies of Regan, Bush and Clinton. See further K.E. Davis, *Does the Globalization of Anti-corruption Law Help Developing Countries?*, cit., who observes how, after the Nixon scandal,«The FCPA is, of course, a creature of domestic law. Anti-corruption norms inspired by the FCPA became part of international law as a result of a campaign that involved a number of constituencies»; for a reconstruction of the "birth" of international anti-corruption law see the work of K. Abbott - S. Duncan, *Values and Interests: International Legalization in the Fight against Corruption*, in *Jour. Leg. St*, 31, 2002, pp. 141 ss.; P. W. Schroth, *The United States and the International Bribery Conventions*, in *Amer. Jour. Comp. Law,*50, 2002, 593 (Supp.) in which the authors say: «By early 1974, investigations […] had turned up evidence […] of numerous instances of illegal campaign contributions, of laundering of such money through foreign countries and of the use of campaign funds to bribe foreign officials. As a result of these disclosures, the Securities and Exchange Commission began its own investigation of illegal foreign payments by United States corporations. The reports of all these investigators and the GAO led to President Nixon's resignation, on 8 August 1974, but the corruption hearings continued».

measures[17].[18]

Its influence extends, however, well beyond the anti-corruption sector, through it a number of instruments and measures were introduced that are used in other sectors and branches of the law.

Any violation of the FCPA, essentially for acts of corruption by foreign public officials, involves specific criminal and civil responsibilities (both for individuals and companies/corporations). However, alongside these provisions, the FCPA has introduced a series of measures to combat corruption, including preventive measures, which have profoundly influenced international anti-corruption law (and not just). Of particular interest, are the measures on the "traceability" of transactions (the so-called accounting provisions or books and records provision) and on internal company control systems (the so-called internal (accounting) controls provision)[19].

For the first time in a legal text, we hear reference to internal integrity and ethics, codes of conduct, risk assessment of decision-making procedures and, thus, also corporate compliance programs[20]. The FCPA has also introduced an innovative early consultation mechanism – for which the Department of Justice (DOJ) is responsible – which assesses compliance of future conduct on the basis of policies

[17] It emphasises how the ineffectiveness and vagueness of the accounting provisions contained in the OECD Convention ensured it did not have a significant impact on the US legal system, P. W. Schroth, *The United States and the International Bribery Conventions*, cited above.

[18] It is interesting to note how the US first ratified the OECD and then the OAS, as pursuant to article IX of the Convention, it was required to make provision for any similar measure to prevent the unlawful enrichment of public officials (on unlawful enrichment the Convention intended any: «significant increase in the assets of a government official that he cannot reasonably explain in relation to his lawful earnings during the performance of his functions»). For further discussion on this point see: P. W. Schroth, *The United States and the International Bribery Conventions*, cited above.

[19] These regulations have, instead, a wider scope of application and apply to all fraud cases.

[20] As has been noted in the academic literature, the rules on corporate governance of the FCPA have modified the SEC mandate «by giving that agency the means for regulating the internal management of domestic corporations. Thus, the FCPA heralds a new era». See also G. Crutchfield - D. Crutchfield, *Responsibilities of Domestic Corporate Management Under the Foreign Corrupt Practices Act*, in *Syracuse L. Rev.*, 31, 1980, pp. 865 ss., pp. 866-867. The uniformity in the praxis applied by the FCPA has been assisted by the obligation (in force since 1987 for individuals and 1991 for corporations) placed on judges to apply strict federal guidelines. This obligation has drastically limited the discretion previously enjoyed by prosecutors and judges which permitted them to consider mitigating factors. See the *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations* prepared by the DoJ and available at *www.justice.gov/usam/usam-9-47000-foreign-corrupt-practices-act-1977*.

on *enforcement* currently applied by the DOJ[21]. This "strategy" will subsequently be extended to other areas of federal law and will be further strengthened following the entry into force of international law[22].

It was only in a subsequent moment, with the UN Convention of 2003, that the United States' undertaking to set up national bodies or institutions expressly dedicated to the prevention of corruption became a part of international anti-corruption law[23].

The three processes outlined above, help us to appreciate the multiplicity of channels and levels where anti-corruption law can establish itself – and also be contaminated – in the international and global spheres.

Despite its importance, the regulatory or normative process does not provide an exhaustive list of anti-corruption preventive measures. A unique set of instruments have been introduced within the same regulatory and normative context

---

[21] The reference is to the 15 U.S.C. 78ss-1(e); 78dd-2(f); 28 C.F.R. Part 80. The DoJ has an obligation to respond within 30 days and the assessment of non-involvement with respect to the case in question for the purposes of the FCPA gives rise to a rebuttable presumption of legality. Any action brought under the applicable provisions of 15 U.S.C. 78dd-1and 78dd-2, there shall be a rebuttable presumption that a requestor's conduct, which is specified in a request, and for which the Attorney General has issued an opinion that such conduct is in conformity with the Department's present enforcement policy, is in compliance with those provisions of the FCPA. Such a presumption may be rebutted by a preponderance of the evidence. In considering the presumption, a court, in accordance with the statute, shall weigh all relevant factors, including but not limited to whether information submitted to the Attorney General was accurate and complete and whether the activity was within the scope of the conduct specified in any request received by the Attorney General. The opinions are published (names are omitted). The opinions can be found at *www.usdoj.gov/criminal/fraud/fcpa/revindex.htm* (opinions 1980-1992) or *www.usdoj.gov/criminal/fraud/fcpa/opiindx.htm* (opinions from 1993 onwards).

[22]Following the reform in 1998, today the provisions of the FCPA are applied also to foreign entities where the act is committed in the US. The extraterritorial effects of the FCPA (and the approval given in the *Serbanes and Oxley Act,* which aims at protecting investors in corporations that are subject to SEC supervision) and anti-corruption law in general are some of the reasons why the reforms in the field of anti-corruption law in France were delayed (i.e. *Loi Sapin II*, which will be referred to again at a later point). On the development and effects of the extraterritorial dimension on anti-corruption law see R. Brewster, S.W. Buell, *The market for global anti-corruption enforcement*, in *Law and contemporary problems*, no. 1/2017, 193.anti-corruptionanti-corruption*anti-corruption*.

[23] One of the most famous specialized anti-corruption institutions anti-corruptionis the *Independent Commission against Corruption* in Hong Kong, set up in 1974. For an up-to-date analysis of the models see: OECD, *Specialised Anti-Corruption Institutions: Review of Models: Second Edition*, Paris 2013 available at *dx.doi.org/10.1787/9789264187207-en* (an update of the first edition published in 2008). The need for an adequate number of and competent personnel has already been emphasised in the final document issued by the *First Conference for Law Enforcement Officers Specialised in the Fight against Corruption*, held in Strasburg in 1996. On the European legal framework, the specialised approach has been influenced in particular by the *Twenty Guiding Principles for the Fight against Corruption*. On the special standards to be followed in enforcement and in the judicial application of anti-corruption law, see the document prepared by Transparency International entitled *Anti-corruption specialization*: *law enforcement and courts*, available at *www.transparency.org/files/content/corruptionqas/Anti-corruption_specialisation_Law_enforcment_and_courts_2014.pdf*.

and with the same underlying purpose, which define a process that is closely connected to the normative one, and which contributes to define its contours from a dynamic perspective. Behind the scenes, in a type of macro environment, we find the perceptive-cognitive process, which establishes theoretical-cultural connections that have a significant impact on the development of anti-corruption law. For example, we will return to these at a later point, one need only think of the links between corruption and human rights, corruption and sustainability, and corruption and resilience. Once such connections have been established, anti-corruption law acquires a new and ever broadening force which tends to have a systematic impact.

III. Trans-national Pathways of anti-corruption law

National anti-corruption laws follow a number of different approaches.[24]. Indeed, the transposition of international anti-corruption law is anything but homogeneous at a national level.

Such a lack of homogeneity is only partially justified by the multiplicity of approaches taken at an international level[25]. Other factors drive this lack of homogeneity, including: (a) firstly, a plurality of regional anti-corruption laws sit alongside international anti-corruption law; (b) secondly, *trans*-national relations (even *informal* ones) have a significant impact on the drafting of national anti-corruption laws; (c) and finally, but certainly not least, the diversity of domestic contexts, influenced by a set of random, emergency and circumstantial events.

As previously mentioned, international anti-corruption law is not itself homogeneous, precisely because of the many regional or other sector-specific anti-corruption laws.

This notwithstanding, it is nevertheless worthwhile mentioning some key

[24] For an analysis of the key differences in the transposition of the OECD Convention in the various countries see P. W. Schroth, *The United States and the International Bribery Conventions*, cit.; In relation to Italy, N. Parisi - D. Rinoldi, *L'applicazione in Italia di strumenti giuridici internazionali contro la corruzione*, Milano 2003.

[25] Uniformity is not achieved solely through the definitions, principles and obligations set out in the Conventions but also, and mainly, through soft law, which aims at transposing, actuating and respecting international anti-corruption law. anti-corruption. For further information see, note no. 5 above. For a study of the sociological theory behind social relations see P. Rosa, *La svolta sociologica nelle relazioni internazionali: tre approcci e tre filoni di ricerca*, Documents available from the Department of Sociology and Social Research, 2010, no. 48, available at *web.unitn.it/files/quad48_completocopertine.pdf*.

sources which have had, and continue to have, an impact on anti-corruption law in European countries, starting with the conventions of the Council of Europe (the Criminal Law Convention on Corruption of 1999, which came into force in 2002, and the Civil Law Convention on Corruption of 1999, which came into force in 2003)[26]; at a European Union level, the Convention on the financial interests of the European Union of 1995, which only came into force in 2002 (and which was later followed by the EU Directive 2017/1371)[27]. Indeed, its first supplementary protocol provides a definition of active and passive corruption; whereas the second supplementary protocol acknowledges the ECJ's key role in interpreting and ensuring a uniform application of the applicable law[28].

Not only do these regional laws condition the transposition of international anti-corruption law at the national level but also the itineraries of international anti-corruption law itself. We should take into consideration that the territorial scope of application of certain conventions promoted by regional institutions does not mirrow that of their adhering States; that the influence of such conventions reaches far beyond their territorial scope of application; that there are existing overlaps between regional bodies themselves and between the latter and supranational bodies (the European Union participates, for example, in the work of the OECD and the WTO).

The second impact factor, as previously mentioned, is connected to the itineraries of anti-corruption law at the trans-national level. These itineraries have a significant influence on national anti-corruption law[29] and give rise to what can in

[26] With its monitoring implementation system note GRECO, *Group of States against corruption*.

[27] The first supplementary Protocol dates back to 1996 but it came into force in 2002. The second Protocol instead came into force in 2009. For a complete reconstruction of the "regional" law in the area of anti-corruption law see P. Davis, *Does the Globalization of anti-corruption law*, cit., 6. There is also a series of reports prepared by the UK Department for International Development on the strategies adopted in certain countries in relation to anti-corruption, available at *www.gov.uk/government/collections/anti-corruption-strategies-by-country*.

[28] EU Directive 2017/1371 of the Parliament and Council of 5 July 2017 on using criminal law to the fight fraud that may damage the financial interests of the Union.

[29] For a recent study on the impact of commercial agreements between individual countries and geographic regions on the transnational dimension of anti-corruption law (for example TTIP or TPP), in which there is a progressive increase in regulatory and legal standards see: J. Mendes, *The EU and the International Legal Order: the impact of international rules on EU administrative procedures,* Note, the text of the Audience before the Committee of Legal Affairs of the European Parliament, Brussels, 24 February 2015, is available at *www.europarl.europa.eu/cmsdata/72869/Mendes.pdf*; R. B. Stewart, *State Regulatory Capacity and Administrative Law and Governance under Globalization*, IILJ Working Paper 2016/1, (MegaReg Series). The entire

short be referred to as "transnational contamination".

This can best be illustrated by a series of examples. One example can be seen in the relationship between the United States and France. There were judicial proceedings involving certain French companies in the United States for misconduct under the FCPA[30]. These events significantly delayed the process of reform of anti-corruption law in France. Indeed, it was only at the end of 2016, following a gestation period of two years, that the *Loi Sapin* II was finally approved and measures on corporate responsibility became part of French anti-corruption law (such measures have been in force since May 2017).

Another example relates to anti-corruption law reform in the United Kingdom. The Anti-Bribery Act of 2010 is considered by many to be one of the most severe pieces of legislation in the world[31]. This reform has strongly influenced the development of anti-corruption law in other European countries and reflects the position of the European Union in this area[32].

---

series of papers dedicated to the topic is available at MegaReg *online*. See also *voelkerrechtsblog.org/category/symposium/megaregionals-and-the-others/*. The transnational dimension is supported also by regulatory networks specialised in the prevention of corruption: *ACAs Initiative*, the *Network for Integrity* founded in 2016, the *European Anti-corruption Network-EACN*. In the European Union information exchange in the transnational sphere has been significantly strengthened following the decision of the European Council on 6 June 2011 (Brussels, 6.6.2011 C (2011) 3673 final) to implement a periodic *reporting* mechanism on the efforts of individual states in the area of anti-corruption (the so-called EU Anti-Corruption Report). Furthermore, in 2015 the European Commission proposed the introduction of an exchange programme for experiences of preventing corruption.

See further N. Parisi, *La cooperazione giuridica internazionale nella lotta alla corruzione*, Quaderni giuridici, Padova 1996; P. Szarek-Mason, *The European Union's fight against corruption: the evolving policy towards Member States and Candidate Countries*, Cambridge 2010.

[30] The US FCPA is seen as the benchmark for new and even for more recent pieces of anti-corruption legislation: the UK *Bribery Act* which was approved in 2010 and came into force in 2011 was inspired by it. On the transnational effects of the FCPA see K.E. Davis, *Does the Globalization of Anti-corruption Law Help Developing Countries?*, cit., in which the author notes: «To begin with, the US government and firms subject to the FCPA shared an interest in seeing other countries adopt legislation similar to the FCPA in order to level the playing field, in other words, to ensure that the FCPA's constraints would not place US firms at a competitive disadvantage».

[31] The enforcement measures set out in the UK legislation were appraised for their conformity to the UN Convention. See the evaluation report available at *www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisitFinalReports/UK_Final_country_review_report_18.3.2013.pdf*.

[32] In 2011, also in relation to the so-called *Stockholm Programme* ((2010/C 115/01), the European Union, approved an anti-corruption package in the private sector: part of this package includes the Notifications on the part of the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee entitled *Fighting against corruption* (Brussels, 6.6.2011 COM(2011) 308 final); the decision of the European Council of 6 June 2011 (see note no. 30 above); the report on the state of implementation of the framework decision of 2003 (Framework Decision 003/568/GAI of the Council of 22 July 2003 on the fight against corruption in the private sector). With the 2011 Package, the Union has strengthened cooperation at the monitoring stage of anti-corruptionanti-corruption performance on the part

It is precisely these developments in anti-corruption law in the European Union and its Member States which permit us to introduce another interesting event that took place between the European Union, on the one hand, and the United States, on the other. Many of the issues on the fight against corruption and on the development of measures to combat it were the subject of the well-known TTIP[33]. Leaving the effects of the US presidential elections on the negotiations to one side, this underlines the growing influence economic and business interests have in setting the pace not only for anti-corruption law but also for many other regulatory measures. This is confirmed also in the New trade strategy of the European Union[34], in the GSP Plus Scheme[35], in the efforts made by the European Union to bring into force the WTO-*Trade Facilitation Agreement* (TFA)[36]. Another instance can be seen in relation in the area of public procurement law: the new EU Directives in the field were purposely delayed in order to incorporate the provisions of the revised 2004 WTO agreement on public procurement. These measures clearly pursue anti-corruption objectives and even have an impact on relations with third party countries (and, consequently, on their domestic law).

The final point to be addressed in this section is the diversity of domestic contexts in which global/international/regional anti-corruption law has to be incorporated. A full understanding of the reasons for such diversity is beyond the scope of this paper, in so far as it would require us to examine cultural, social and institutional phenomena.

Instead, the intention here is to draw attention to a factor which is often overlooked and which has nevertheless an immeasurable effect not only on national anti-corruption laws but on their lack of homogeneity: that is, the random, emergency, circumstantial events which ultimately determine the character of

---

of individual states and for the exchange of good practices. The latest report available at a European level dates to 2014 (Brussels, 3.2.2014 COM (2014) 38 final). On the criticism raised in relation to the failure to publish a new European report see *euobserver.com/institutional/136775*.

[33] Such measures went beyond those set out in the TPP. For commentary see *transparency.eu/press-release-eu-trade-deals-to-include-ambitious-anti-corruption-proposals/*.

[34] The document *New Trade for All* is available at *ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/new-trade-strategy/*.

[35] Through which the entry into the European market is facilitated for third countries that have ratified the UN Convention against corruption. For an analysis see *ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/development/generalised-scheme-of-preferences/*.

[36] See note no. 2 above.

national anti-corruption laws.

The first random factor is time: the set of variables which national anti-corruption law is exposed to is time-dependant; as is the more or less systematic character of its reform[37]. Other random factors which play a major role in shaping anti-corruption law are the adequacy of current domestic anti-corruption law, and the state of ongoing parallel reform, together with other political issues which may be followed a rapid regulatory response.

Again, some examples may be useful here. In selecting the anti-corruption specialised body as required by the UN Convention of 2003, Great Britain copied out the current one in France[38]. However, few years later, when French anti-corruption law was finally approaved and the Loi Sapin II passed, France shifted to a different model, an "institutional" one. At the same time, France, again due to the delay in the reforms, succeeded in passing anti-corruption measures which may not otherwise have obtained the required political majority (especially those on corporate responsibility). In 2014 Italy opted for a multi-functional anti-corruption authority due to random and circumstantial ongoing events, such as Expo, Expo-related emergency procurement procedures, the inadequateness/failure of the existing public procurement authority whose functions are then taken over by the Anti-corruption Authority).

These few examples are sufficient to conclude that much of national anti-corruption law is not only out of manoeuvre (from the perspective of international and supranational law), but it is also highly unpredictable. In the end, this also confirms the *glocal* character of anti-corruption law.

IV. Pathways of anti-corruption law as a preventive law

[37] The German law on anti-corruption is the Gesetz zur Bekämpfung der Korruption, 20 November 2015, available at *www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&start=//*%255B@attr_id=%27bgbl115s2025.pdf%27%255D#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl115s2025.pdf%27%5D__1501619166671*. Per commentary see, A. Oehmichen, *Overview on anti-corruption rules and regulations in Germany*, *www.ecba.org/extdocserv/projects/ace/20160126_ACE_CountryreportGermany.pdf*; see also the commentary published at *www.lexology.com/library/detail.aspx?g=8df6e411-77b5-4a6e-842a-ced0db740a9e*; *www.cliffordchance.com/briefings/2016/01/german_law_on_fightingcorruptionstrengthenin.html*.

[38] For an analysis of the Serious Fraud Office and Service Central de Prévention de la Corruption – SCPC, see the OECD, *Specialised Anti-Corruption Institutions: Review of Models*, cit.,107 and 141.

From its conception, prevention is a key component in anti-corruption law, since it provides innovative measures for avoiding corruptive misconduct in financial and decision-making processes both in the public and private sectors (i.e. compliance programs, books and records provisions, and other preventive measures set out in the FCPA of 1977). The preventive approach is now at the very heart of anti-corruption policies on an international level and has been reinforced over time with increasingly more innovative and sophisticated instruments.

Prevention – and the risk-management approach it fosters – is not unique to anti-corruption law, but it has been progressively spreading to other sectors such as environmental, work, machinery, chemical, cosmetic and food safety legal fields.

A number of preventive measures have been introduced in these sectors which are now accepted as "standards" in preventive law: risk evaluation procedures (of both projects and plans), the ongoing improvement of preventive measures, the ongoing adaptation to the best available technologies (B.A.T.) and technical standards, the role of compliance certificates, the need for ongoing personnel training and role rotation, new "sunset" authorising schemes and many more besides.

Even though subsequent to anti-corruption law, the preventive approach and preventive measures in such sectors have developed more rapidly for a number of reasons, also because the interests were of a less politically sensitive nature or, on the contrary, received a high degree of political consensus. In the environmental field, the principle of preventive action has been incorporated since the Declaration of Stockholm in 1977[39] and has spread internationally in a very short time.

Other relevant legal sectors have over time aligned themselves with the preventive and risk-management approach: among which there is banking,

[39] Available at *www.un-documents.net/unchedec.htm*. Furthermore. the principle of prevention had been already inserted in the Third European Action Programme in relation to the environment in 1983 and in the Basel Convention on trans-frontier border controls of hazardous waste in 1989. There is a vast amount of academic literature on this subject, among which is recommended: I. Plakokefalos, *Prevention obligations in International Environmental Law*, in *YB Int. Environ. Law*, 2012, pp. 3 ss.; E. Scotford, *Environmental principles and the evolution of environmental law*, Oxford - Portland 2017; F. Fracchia, *Environmental law. Principles, definitions and environmental models*, Napoli 2015. In Italian academic literature see, M.M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente. Come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino 2007.

insurance and financial markets, tax and public finance and accounting[40].

Indeed, these sectors have even developed new preventive methods and enforcement mechanisms, for example, the concept of ongoing supervision developed in the EU banking, insurance and financial markets, and the concept of cooperative compliance in the tax sector, and last but not least that of cooperative supervision introduced by the Italian Anti-corruption Authority in the public procurement sector. With regard to the latter, it is worth noting here that it was first trialled in response to corruption in the 2014 Milan EXPO tenders, which subsequently became an international best practice and was, ultimately, incorporated in the Italian regulatory system (art. 213, Code on Public Contracts).

The concept of preventive enforcement comes as no surprise. Prevention has long affected supervision and control as well as punitive and repressive law, whether in the field of anti-corruption or otherwise: the use of sanctions (civil, criminal, administrative) as a preventive measure has been the subject of much detailed study and is a heated topic of debate not only in the field of criminal law but also in other sectors including environmental, antitrust, administrative law. Here preventive concerns have been raised as regards the possibility of using liability in damages as a preventive measure for dealing with unlawful misconduct in the public sector, or as regards the impact of clemency programmes on the preventive efficacy of antitrust sanctions[41].

Thus, what has emerged in these sectors – along with the regulatory solutions that have come forth – is of great assistance for anti-corruption law and its efficacy. They can help to re-think (re-shape), from a preventive perspective, the powers invested in the National Italian Anti-corruption Authority to impose

[40] See in particular, the OECD, *Recommendations of the Council on budgetary governance*, 15 February 2015, available at *www.oecd.org/gov/budgeting/Recommendation-of-the-Council-on-Budgetary-Governance.pdf*; S. Gaudiano, *Economia, finanza e corruzione, come i valori etici influenzano il benessere dei Paesi*, Canterano 2016. For an extensive bibliograpy see B. Boschetti, *Disciplina di rigore fiscale e di bilancio e sistemi federalistici*, in F. BASSANINI - F. CERNIGLIA - A. QUADRIO CURZIO - L. VANDELLI (ed.), *Territori e Autonomie. Un'analisi giuridico-economica*, Bologna 2016, pp. 371ss.

[41] For an examination of the topic and related bibliography please see B. Boschetti, *Enforcement del diritto antitrust e risarcimento del danno*, in *Concorrenza e Mercato*, 2013, pp. 27 ss.; Id., *Danno e responsabilità nella funzione amministrativa*, Padova 2012.

sanctions [42].

While anti-corruption law has, in this cross-sector contamination, much "to learn", at the same time, it also has much "to give".

Anti-corruption law's ability to contaminate other sectors lies precisely in its pervasive preventive approach.

Indeed, corruption prevention efforts generally have a systemic impact on the legal system, in the degree to which they are capable of regulating the conduct (and on ethical behaviour and integrity) of the stakeholders, decision-makers, and businesses and organizations, in the public and private spheres[43].

It certainly gives rise to, and to a greater degree than occurs in other legal sectors, to a cross-contamination between private and public law. This can be seen in anti-corruption plans which have been introduced in the public sector in Italy since 2012 and which were based on compliance programs – or organisational models (pursuant to the definition set out in law 231/01 on corporate criminal responsibility) – in operation in the private sector[44].

A fundamental lever is provided by the international and global context which enables anti-corruption law to penetrate an increasingly broader spectrum of public policies due to the link between corruption and human rights, and between

---

[42] See: F. MASTRAGOSTINO (ed.), *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo codice, del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*, Torino 2017. See in particular, the article written by G. Piperata, *L'attività di garanzia nel settore dei contratti pubblici tra regolazione, vigilanza e politiche di prevenzione*; P. Mantini, *La governance dei contratti pubblici*, in *Il nuovo diritto dei contratti pubblici*, Roma 2016, pp. 547 ss.; M.A. Cabiddu - M.C. Colombo, *Commentario al nuovo Codice dei contratti pubblici*, 2016, cap. I; F. Caringella - M. Protto, *Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo*, Roma 2017; M. Corradino - S. Sticchi Damiani, *I nuovi appalti pubblici*, for a commentary on the legislative decree of 18 April 2016, no. 50, Milano 2017.

[43] This area of anti-corruption strategy clearly has a significant impact also on the role of the Authority. For further analysis see OECD, *Specialised Anti-Corruption Institutions: Review of Models*, cited. In Italian academic literature see: anti-corruption. E. D'Alterio, *I nuovi poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione: "post fata resurgam"*, in *Giornale dir. amm.*, 6, 2015, pp. 757 ss.; ID., *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici,* in *Giornale dir. amm.* 2016, pp. 499 ss.; on regulatory profiles see L. Torchia, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Riv. Reg. Mercati*, 2, 2016, available at *www.rivistadellaregolazionedeimercati.it/index.php/indice-2-2016*.

[44] With regard to Italy see legislative decree no. 190/2012. For the US see the *US Public Finance Management Act*. While it does not actually constitute an anti-corruption plan, the *UK Anti-Corruption Plan 2014* (last revised in May 2016) is instead a simple political agenda. On the standards to be observed in the public and private sectors see the ISO 37001 standards that define the international standard for the prevention of corruption systems (*Anti-bribery Management Systems*). For further details see G.M. Flick, *Governance e prevenzione della corruzione: dal pubblico al privato o viceversa?*, in *Cass. Pen.*, fasc. 9, 2015, pp. 2980 ss. On compliance programmes, see S. Manacorda - F. Centonze - G. Forti, *Preventing corporate corruption: the anti-bribery compliance model*, Heidelberg - New York - Dordrecht - Greater London Council 2014. For a reconstruction of the social responsibility of businesses in the European context see A. Di Pascale, *La responsabilità sociale dell'impresa nel diritto dell'Unione europea*, Milano 2010.

corruption and sustainable development.

In the European Union, the inclusive approach is filtered instead primarily through the principle of integration, as was the case for environmental protection law. This inclusive strategy – which has been progressively extended to a number of social goals including the fight against corruption –has been greatly reinforced – not without some contradiction – in the new European Economic Constitution. Indeed, recent EU law legitimises restrictions on competition where the purpose is, among other things, to prevent and fight corruption. Examples can be seen in the most recent public procurement law, which permits contracting authorities to adopt (to put in place) anti-corruption measures at any stage of the procurement procedure, including the execution phase[45] .

One may then affirm that the dissemination of the preventive logic and risk management approach, that is one of the characterising features of this age and modern law[46], exposes anti-corruption law to a number of contamination elements which are different to those mentioned in the previous sections, and which are cross-sector (including across private and public law sectors). To summarise, anti-corruption law learns prevention from other sectors, in the same way as other sectors learn from anti-corruption law pursuant to a circular and dynamic mechanism. Due to the role played by "*pre-para-post* law" some new preventive strategies end up being incorporated into hard law, even in sectors other than those in which they originated.

V. Systemic (and para-systemic) effects of anti-corruption law into domestic legal systems

[45] For any regulatory or bibliographical reference please see B. Boschetti, *Social goals via public contracts in the EU: a new deal?*, in publication in the *Rivista trimestrale di diritto pubblico*; G. Fidone, Report on *Prevenzione della corruzione nella riforma della p.a. e nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, Roma, Camera dei deputati (the Italian House of Representatives), 9 November 2015, available at *www.italiadecide.it/public/documenti/2015/11/09112015_G_Fidone.pdf*; F. Di Cristina, *La corruzione negli appalti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 1, 177; F. Peirone, *La tutela dell'integrità negli appalti pubblici e la giustizia amministrativa*, in *Foro Amm.*, 2015, II, 1940.

[46] U. Beck, *Risiko gesellschaft*, 1986, translated into English as *Risk society: towards a new modernity*, India 1992 and in Italian as *La società del rischio. Verso una nuova modernità*, Bologna 2000; R.V. Ericson - K. Haggerty, *Policing the Risk Society,* Toronto 1997; A. Giddens, *Risk and responsibility*, in *Modern Law Rev.*, 62(1), pp. 1 ss.; on the relationship between risk and public responsibility please see B. Boschetti, *Danno e responsabilità nella funzione amministrativa*, cit.

Anti-corruption law tends to have a "systemic" impact on the legal system. That is to say that anti-corruption law is responsible for more or less pervasive downstream reform processes of sector-specific legislation.

Such reforms – along with their coherence – do not relate to all legal sectors, nor to all law fields, depending on the different approaches taken by anti-corruption law at the domestic level (see section 3 above).

The systemic effect is due, above all, to the anti-corruption law preventive perspective: as it has previously been said, prevention presupposes the ability to guide, *ex ante*, the conduct (and ethical behaviour and integrity) of agents, decision-making processes, and organisational models in the public and private spheres; it also drives the re-definition and control of decision-making processes along with the re-definition of regulatory, supervisory and enforcement mechanisms. Such transformations may also require the reform of criminal law, labour law in both the public and private sectors, civil and commercial law, public law (if not constitutional law), both substantive and procedural administrative law[47].

However, the systemic effect must also be re-connected to the progressive widening of the concept of corruption or, better, to the multidimensionality of the concept.

There are, without doubt, many concepts of corruption channelled by anti-corruption law[48] relevant to the evaluation of the adequacy/inadequacy of States'

[47] With specific reference to the Italian legal system: changes to the duties and obligations of public officials (even in terms of accountability), mechanisms for the rotation of responsibilities, regulation of incompatibilities, conflicts of interest; new obligations on the provision of information and notifications; reform of accounting procedures. For an analysis of how corruption acts as a delay for reform see R. Cantone - G. Di Feo, *Il male italiano: liberarsi dalla corruzione per cambiare il Paese*, Milano 2016.

[48] A variety of concepts (looking at normative rules from a theoretical perspective) already emerge within the international legal order, beginning with the international Conventions and soft law regulations referred to several times in this article. For a reconstruction of the political meanings of the concept in the academic literature, see M. Johnston, *Keeping the Answers, Changing the Questions: Corruption Definitions Revisited*, 2004, *www.researchgate.net* and in U. VON ALEMANN (ed.), *Dimensionen politischer Korruption,* in *Politische Vierteljahresschrift Sonderheft,* 35/2004, Wiesbaden; M. Johnston, *Corruption control in the United States: Law, values and the political foundations of reform*, in *Int. Rev. of Adm. Sciences*, 2012, 78, II, pp. 329 ss.; A. Mack, *Corruption, accountability, transparency,* New York 2013; in Italian academic literature see: M. D'ALBERTI (ed.), *Combattere la corruzione*. Analisi e proposte, Soveria Mannelli 2016; P. Davigo, *Il sistema della corruzione*, Bari 2017; on the preventive aspect of the 2012 reform see the commentary in l. 190/2012 si B.G. Mattarella, *La prevenzione della Corruzione in Italia*, in *Giornale dir. amm.*, 2, 2013, 123, M. Clarich - B.G., Mattarella, *La prevenzione della corruzione*, in B.G. MATTARELLA - M. PELLISSERO, (ed.), *La legge anticorruzione – prevenzione e repressione della corruzione*,

efforts in complying with international anti-corruption law transposition duties.

This notwithstanding, a meta-notion of corruption is emerging capable of driving a great variety of different applications and consequently of reinforcing the systematic impact of anti-corruption law. The widening of the notion of corruption can be easily seen in the concept of administrative corruption, or *maladministration*. Within this meaning, the concept of corruption intersects that of legality, transparency[49], impartiality (intended also as an absence of conflicts of interest)[50]. This new concept of corruption also affects criminal law and corruptive misconducts thereby sanctioned.

Even law compliance – and not just compliance with anti-corruption law, has come to the fore once more as an essential preventive measure following years in which attention was focussed on efficiency at the expense of legality (in particular in relation to administration action). Thus, for example, compliance with the terms of the law is one of the anti-corruption preventive measures identified by the National Anti-corruption Plan (*PNA*) and and that has to be transposed by Local Authorities into their Triennial Plans for the Prevention of Corruption and Transparency(PTPCT)[51]); it is also relevant for evaluation public officials performance and liability in performance plans, public officials' responsibility plans (public and corporate accountability). Compliance with the law has also become a relevant standard to be assessed in order for businesses to participate in certain

---

Torino 2013, pp. 59 ss.; F. Manganaro, *La corruzione in Italia,* in *Foro amm.*, 2014, II, 1861; F. Cingari, *Corruzione, Strategie di contrasto (l. 190/2012*), Firenze 2013; on administrative corruption see F. Merloni - L. Vandelli, *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi,* Firenze 2010. The concept of administrative corruption is already evident in G.E. Calden- N. J. Calden, *Administrative corruption*, in *Public administration review*, 1977, pp. 301 ss.; on transparency see D.U. Galetta, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione. Un'analisi storico-evolutiva in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 2016, pp. 1019 ss.

[49] Legislative Decree 33/2013 (as subsequently amended by legislative decree 97/2016) but also article 1, co. 9, l. 190/2012.

[50] The law on conflicts of interest is currently the subject of reform in Italy in view of overcoming l. 125/2004. A new unified text set out in bill 2258, 840, 904, 1319 and 2170 has been approved by the Senate Commission. In the field of tenders see article 42 of the Code on Public Contracts. With reference to the global dimension see E. D'Alterio, *Integrity controls of public administrations from a global perspective: when the controllers are also controlled*, ICON·S Working Paper – Conference Proceedings Series 1, no. 8/2015.

[51] Art. 1, co. 9, l. 190/2012. See G. Sigismondi, S. Piccolo, *Strumenti operativi e strategie di contrasto della corruzione alla luce dello standard internazionale ISO 31000 e della teoria dei giochi: il piano triennale di prevenzione della corruzione nelle prime esperienze applicative e le strategie incentivanti nell'utilizzo dei whistleblowing schemes*, in *JusOnline*, 2016, 3, 95; C. Tubertini, *Piani di prevenzione della corruzione e organizzazione amministrativa*, in *JusOnline*, 2016, n. 3, 135.

markets (i.e. a new-past performance rating system is now set forth in public procurement law) or to enter credit loans (legal rating scheme).

The systemic effect, however, is not linked to the transposition of international anti-corruption law nor to the broadening of the concept of corruption. Today, the prevention of corruption is a stand-alone public objective, one that strategically drives, shapes and moulds sector-specific legislation and regulatory authorities' action.[52] This approach – without doubt drawn from the inclusive logic promoted by the international and supranational legal order (see further section 4 above) – opens up new and wider boundaries to anti-corruption law (in terms of relevant sectors, policies, law fields).

The systemic impact has a collateral effect which clearly must be taken account of. There is a risk that the legislator, whether through fragmentary non-coherent interventions or through a formalist rather than a substantive compliance with international obligations may give rise to a para-systemic domestic anti-corruption law.

In using this expression, the intention is to describe a fairly frequent phenomenon which is related to the new order (or, rather, disorder) of legal sources originating at a multi-scale dimension. Novelties brought about by "external" sources (other than domestic, both international and supra-national) are often transposed in a quasi-parallel legal dimension, lacking the regulatory effect necessary to ensure a full coordination and integration of old and new regimes. In this way, not only many sector-specific risk assessment instruments may co-exist, as they actually do, each with different objectives and actions to be fulfilled; but also an irrational propagation of figures "responsible" for reaching such objectives and fulfilling such obligations follows up and so is a bulk of regimes and procedures that run parallel to the "ordinary" ones.

This can only partly be explained by the need to fight corruption and break up the so-called chain of corruption. In short, such measures do not always address the need to create and maintain alternative channels and exits in the event where the

[52] Cfr. art. 213, co. 1, Code on Public Contracts.

ordinary ones are obstructed (due to corruptive misconduct). In Italian law, for example, for this specific purpose a new right of access to civic information has been granted along with the provision of new powers vested in the figure of a "responsible for the prevention of corruption and transparency"; a new whistleblowers' protection regime and a wider supervisory role has been taken on by the National Anti-corruption Authority for tender parties[53].

Apart from these examples, there is a serious risk of an unnecessary 'para-systemic' anti-corruption law and, in parallel, of an unsustainable hypertrophic regulatory regime (in the sense that it goes against the principle of resiliency)[54].

The importance of regulatory efforts taken both to harmonise the reforms that have been introduced over time is clear – a case in kind being the "unification" into one figure of the responsible for the prevention of corruption and responsible for transparency – and to simplify the bulk of duties laid down by successive but unsystematic legislative interventions – see, i.e., legislative decree no. 10/2016.

VI. Conclusions

A number of conclusions can be drawn from the analysis carried out hereto.

Above all, anti-corruption law reveals itself to be a "*glocal*" law[55].

Despite the deontic impact and the "uniformity" driven by international law, and, in more recent years, by EU law, anti-corruption law is exposed to a set of contaminating factors which determine its structure in domestic legal systems.

This set of contaminating factors can be classified as exogenous, endogenous and congenital.

---

[53] See now the new italian law on whistleblowing, n. 179/2017. See also, articles 8*bis* and 8*ter* of legislative decree n. 58/1998 as regards financial markets, articles 52*bis* and 52*ter* of legislative decree n. 385/1993, (transposing directive 2013/36/Ue).

[54] The combination of anti-corruption and sustainability emerges from the recent documents published by the UN and OECD. For examples there is, OECD, *Putting an end to corruption*, 2016; the Acts of the Sixth Session CAC/COSP, St. Petersburg, November 2015, available at *www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/CAC-COSP-session6.html*; in academic literature see T. S. Aidt, *Corruption and sustainable development*, in S. ROSE-ACKERMAN - T. SØREIDE (ed.), *International Handbook on the Economics of Corruption*, vol. 2, Cheltenham 2011, also available at *www.econ.cam.ac.uk/dae/repec/cam/pdf/cwpe1061.pdf.pagespeed.ce.xMSHzPinKw.pdf*; K. Devis - A. Fischer - B. Kingsbury - S.E. Merry, *Governance by indicators*, Oxford 2012; K.E. Davis, *Does the Globalization of Anti-corruption Law Help Developing Countries?*, cit., 16.

[55] K. E. Davis, *Does the Globalization of Anti-corruption Law Help Developing Countries?*, cit.

Among the exogenous factors, one should consider the variables that are connected to the paths which contribute to the shaping of anti-corruption law in the global and international dimension. The perceptive-cognitive path; the *pre-para-post* regulatory path (soft law); and the regulatory or normative path (hard law). Exogenous factors also include the variables depending on the paths of anti-corruption at the trans-national dimension.

Among the endogenous factors, and in addition to the cultural and other country-specific aspects, there is a set of random, emergency and circumstantial variables which domestic-anti-corruption law features depend on, along with the coherence and subject-matter of reform processes it fosters.

Among the congenital factors, which are related to the essence of anti-corruption law from the very beginning, is the centrality of the preventive approach. This approach is responsible for a cross-sector contamination, that is to say a contamination across different fields of law which share the same preventive regulatory approach; and a systemic contamination, that is to say a contamination across different fields of law which anti-corruption policies are embodied. This second trend may come across with some "para-systemic" risks, that is risks associated with a lack of co-ordination (of old and new regimes) and of an hypertrophic domestic legal system.

In conclusion, the task of managing the adaptation of the domestic legal system to novelties driven by anti-corruption law and triggered by the widening of the concept of corruption, lies with the States. If it is true, then, that the States do not live of anti-corruption alone, of corruption alone they can die.

Abstract
The article focuses on the multi-level, trans-national, cross-sector paths of anti-corruption law. It also also analyzes the multiple systemic and para-systemic impacts anti-corruption law determines when incorporated into domestic legal systems.

Keywords
Anti-corruption law, contaminating factors, systemic approach.

JusOnline n. 1/2018
ISSN 1827-7942

Gianluca De Donno

Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche, Università degli Studi di Sassari

Elena Giunta, Mostafa El-far, John Shehata

Avvocati

The role of Shari'a as a source of law: looking for a pragmatic approach*

CONTENTS: Introduction. - I. Sources of Shari'a. - I.1. Main Sources. - I.1.1. Qur'an. - I.1.2. Prophet's Sunnah. - I.1.3. Ijma'. - I.1.4. Analogy (Al-Qiyas). - I.2. Controversial sources. - II. Four interpretations of Islamic law. - II.1. The concept of law. - II.2. The role of fiqh. - II.3. Qadijustiz. - II.4. Islamic law in western experience. - II.5. Islamic law in the interpretation of the Egyptian Supreme Constitutional Court: the veil case. - II.6. The role of Shari'a in GCC Countries. - II.6.1. Constitutional relevance of Shari'a as a source of law. - II.6.2. The courts system in the United Arab Emirates. - II.6.3. Relevance of Islamic Shari'a as applied before the UAE courts.- II.7. The Saudi Arabian legal system - II.7.1. Traditionalism and modernization in Saudi Arabia. - III. Islamic law: an essentially contested concept?

Introduction

Shari'a[1] is central to Islam in the hearts of many Muslims. The Islamic Revolution in Iran in 1979, together with the Islamization of Sudan and Pakistan since the 80s', represents a new phase in the project of conforming certain legal systems to the rules of Shari'a. Increasingly, Islamic Law has become a central element in the legal system of many Muslim-majority states. Indeed, a considerable number of such states affirm Shari'a as "the source" or "a source" of law[2]. At the same time, Shari'a also has the power to provoke controversy in the public debate regarding the compatibility between Islamic law and internationally accepted legal

* Gianluca De Donno is author of Chapter I, Chapter I.2, Chapter II, Chapter II.1, Chapter II.2, Chapter II.3, Chapter II.4, Chapter II.5 and Chapter III; Elena Giunta is author of Chapter II.6, Chapter II.6.1, Chapter II.6.2, Chapter II.6.3, Chapter II.7 and Chapter II.7.1; Mostafa El-far is author of Chapter I.1, Chapter I.1.1, Chapter I.1.2, Chapter I.1.3 and Chapter I.1.4. The essay has been double peer reviewed.

[1] For the purposes of the present article we will use the terms Shari'a and Islamic law interchangeably. However, the reader should be aware that the two concepts are not completely synonymous.

[2] See, for example, Egyptian Constitution art. 2, Iraqi Constitution art. 2, Iranian Constitution art. 2.6 and art.4, Pakistani Shari'a Act (1991) in force, whose Article 3 (1) provides that "*The Shari'ah ... shall be the supreme law of Pakistan*".

standards, particularly in the field of human rights[3]. Further, adherence to Shari'a standards causes issues for Islamic states attempting to stay competitive in the international economic framework.

Islamic law can be seen as one of the many consummate *Other* through which the West has built its own identity. Indeed, we know that the Hegelian Spirit, in the *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte*, arisen in the East, moves towards the West whereby it finds itself. In this linear process, that which is overcome lays relegated as a monolithical concept. The *Introduction to Comparative Law* by Zweigert and Kotz, in relation to Islamic law, seems to reflect such a spiritual attitude:

> "*Islamic law is in principle immutable, for it is the law revealed by God. Western legal systems generally recognize that the content of law alters as it is adapted to changing needs by the legislator, the judges, and all other social forces which have a part in the creation of law, but Islam starts from the proposition that all existing law comes from Allah who at a certain moment in history revealed it to man through his prophet Muhammad. Thus Islamic legal theory cannot accept the historical approach of studying law as a function of the changing conditions of life in a particular society. On the contrary, the law of Allah was given to man once and for all: society must adapt itself to the law rather than generate laws of its own as a response to the constantly changing stimulus of the problems of life*"[4].

In an attempt to go beyond the monolithical conceptualization of Islamic law by taking a particular perspective on the interpretation of the meaning of Islamic law, this article, after a short review of the main sources of Islamic law, will discuss the concept of law in Islamic legal thought and will then present different interpretations of Islamic law as elaborated within divergent cultural contexts, with an overview of the role of Shari'a in the Arab Republic of Egypt, UAE and Saudi Arabian legal systems.

I. Sources of Shari'a *

This section intends to provide an overview of the sources of Islamic Shari'a. The aim of such overview is to briefly familiarize the reader with the sources and

[3] For an overview on the issue, refer to, *inter alios,* M. Baderin, *International Human Rights and Islamic Law,* Oxford 2005.

* Paragraph I.1. has been drafted by Mostafa El-far; Paragraph I.2. has been drafted by Gianluca De Donno.

[4] K. Zweigert, H. Kotz, *An Introduction to Comparative Law*, Oxford 1998, p. 378.

objectives of Islamic Shari'a. The concept of legal evidence is defined under Islamic Shari'a as the proof that is used to derive Shari'a law rules on a certain or probable basis. Based on this conceptual definition, legal evidence in Islamic Shari'a can be split into two categories, depending on their approval by Islamic scholars. The first category contains the sources or evidence approved by all scholars, while the second category includes debatable evidence i.e. evidence that is not accepted by all Islamic scholars. We will first address all the approved evidences and sources of Islamic Shari'a[5].

I.1 Main Sources

Islamic Shari'a has four fundamental sources: Qur'an, Sunnah, *Ijma* ("unanimity" or "consensus") and *al-qiyas* ("analogy"). These are the original sources, which are complemented by others that are not approved by all Islamic scholars.

I.1.1. *Qur'an*

The first and cornerstone source of Islamic Shari'a is Qur'an. Qur'an is the word of God revealed to Prophet Muhammed in Arabic, then written in books transmitted between generations. The Qur'an's prevalence as a legal source is based on its direct communication from God, hence its miraculous nature. The Qur'an has unique features identified by scholars as differentiating it from other holy books. These characteristics include:

a. Rituality[6]:

Qur'an is directly connected to God, since it is his own word in all senses and features no involvement from human beings in either words or meaning:

> "*Then I swear by the setting of the stars, And indeed, it is an oath - if you could know - [most] great. Indeed, it is a noble Qur'an. In a Register well-protected; None touch it except the purified. [It is] a revelation from the Lord of the worlds*" (75-80 AL-WAQI'AH (*The Inevitable*)).

The Qur'an's proper and accurate poetic wording is deemed to be one of its miracles[7]:

---

[5] E. A. Gomaa, *Osool al-fiqh al-moyasar*, Amman 2008, p. 18.
[6] A. Elwan, *Mohadra fi al-shari'a al-islameya w feqhaha w masaderha,* Dar Es-salam 2001, p. 7.

"*If mankind and the jinn gathered in order to produce the like of this Qur'an, they could not produce the like of it, even if they were to each other assistants*". (88 Al-ISRA (*The night Journey*))

b. Perfection:

The second characteristic of Qur'an is its lack of incompleteness and errors since it is the word of God. The Qur'an states that:

"*Indeed, those who disbelieve in the message after it has come to them... And indeed, it is a mighty Book. Falsehood cannot approach it from before it or from behind it; [it is] a revelation from a [Lord who is] Wise and Praiseworthy*". (41-42 FUSSILAT (*Explained in Detail*))

c. Completeness:

Qur'an covers everything needed by humans, both in their lives and thereafter:

"*We have not neglected in the Register a thing*". (38 Al-AN'AM (*The Cattle*)).

d. Practicality:

Qur'an is practical and applicable for enforcement everywhere and at any time. As per the Lord's words:

"*If the sea were ink for [writing] the words of my Lord, the sea would be exhausted before the words of my Lord were exhausted, even if We brought the like of it as a supplement*". (109 Al-KAHF (*The Cave*).

Finally, it should be underlined that Qur'an covers two kinds of rules: first, the doctrinal prescriptions of religious works and ritual laws in respect of the relationship between human and God and everything related to an individual's belief in God, Angels, Holy Books, Prophets, Doomsday and Destiny (*ibadah*). The second group of rules pertains to the social and economic transactions of everyday life, identifying the laws under which humans ought to interact (*mu'amalat*)[8]. As will be highlighted *infra,* also falling within this category are the wide ranging legal sources, which interpret a Muslim's required practice relating to, *inter alia,* trading, family actions, penalties, and rights and obligations under constitutional and international rules as per Islamic Shari'a[9].

---

[7] *Ivi*, p. 22.
[8] See M. R. Rida, *Yusr al-Islam wa usul al tashri' al-'amm,* Cairo, 1984, pp. 24-28.
[9] A. Elwan, *Mohadra…,* cit. p. 22.

I.1.2. *Prophet's Sunnah*

Sunnah is the second legal evidence and source in Islamic Shari'a. It is a combination of sayings (a famous one is *"there should be neither harming [darar] nor reciprocating harm [diraar]*[10]*"*), actions and approval by the Prophet of the actions of some third parties (so called *hadiths* of the Prophet). Being a *hadith*, i.e. a report by someone who had some familiarity with the Prophet, its legal power depends on its chain of communication (*isnad*). High and sound chains of transmission endow a *hadith* with a higher legal power when compared to *hadiths* supported by medium and lower chains[11].

The proofs of Sunnah as a legal source of Shari'a are widely available. In Qur'an, Sunnah is referenced several times:

> "*Oh you who have believed, obey Allah and obey the Messenger and those in authority among you. And if you disagree over anything, refer it to Allah and the Messenger, if you should believe in Allah and the Last Day. That is the best [way] and best in result*" (59 *AN-NISA* (*The women*)).

All the Prophet's early followers agreed, during his life and after his death, on the necessity of following Sunnah, obeying orders and avoiding committing prohibited actions. Indeed Qur'an has provided for a set of obligations that in many cases do not explain in detail the manner of practicing it, *e.g.*:

> "*Oh you who have believed, decreed upon you is fasting*" (183 *Al-BAQARAH* (*The Cow*)).
> "*And [due] to Allah from the people is a pilgrimage to the House*" (97 *ALI'IMRAN* (*Family of Imran*)).

The above verses, while setting a specific duty of behaviour (*i.e.* fasting or doing pilgrimage), are silent regarding the means through which such obligatory practices are to be fulfilled. Therefore, the examples of the Prophet, transmitted orally by his Companions to the community, are necessary in order to put into practice Qur'anic injunctions. The following reference in Qur'an clearly accords to Sunnah its position as a legal source:

> "*And We revealed to you the message that you may make clear to the people what was sent down to them and that they might give thought*" (44 AN-NAHL (*The Bee*)).

---

[10] Imam Nawawi's Forty Hadith: Hadith 32, 33, and 34: *Do not harm, Burden of proof, Resisting evil.*

[11] The analysis of the evolution of the Sunnah and the science of *hadiths* is out of the scope of the present article, for an insight see, *inter alia,* W. Hallaq, *The origins and evolution of Islamic law,* Cambridge 2005.

Accordingly, the role of Sunnah as a legal source can be described as: (i) confirming what is provided in Qur'an; (ii) detailing and interpreting Qur'an where its meaning is not *ictu oculi* clear; and (iii) initiating a new rule where the Qur'an is silent, while remaining in compliance with the nature, objectives (*maqasid*) and character of Qur'anic Revelation[12].

I.1.3. *Ijma' (Unanimity)*

The concept of unanimity or *ijma'* refers to the agreement of Muslim scholars, either living in a particular age or of a generation, over a certain religious issue. Such agreement is deemed to bestow a conclusive and certain knowledge on a disputable matter[13]. The unanimity can assume three forms depending on the scholars' communication of their views regarding the relevant matter: (i) explicit, where all the scholars provide their view on the incident orally or physically; (ii) silent, where some scholars provide their view explicitly, while others remain silent as a form of agreement or disagreement; and (iii) implicit, referring to instances of disagreement between scholars on two rules or more regarding an incident. References to unanimity as a source of Islamic Shari'a are traced in Qur'an and Sunnah. Qur'an affirms: "*And thus we have made you a just community that you will be witnesses over the people*" (143 *Al-BAQARAH* (*The Cow*)).

I.1.4 *Al-Qiyas (Analogy)*

The fourth and final traditional source of Shari'a is *qiyas*. From a linguistic standpoint, *qiyas* means "measurement" or "equality" in the sense of ascertaining the shared qualities of two different objects or concepts[14]. However, in its use in the hermeneutics of Islamic law, it is described as "*the extension of the same rule applicable on the origin to its branch in the presence of a link between them*". *Qiyas* is a method that comes to the rescue of the jurist when the sacred texts do not expressly cover a specific

[12] Sunnah has to fall within the scope of revelation: Qur'an highlights it as "*Nor does he speak from [his own] inclination. It is not but a revelation revealed*" (3-4 AN-NAJM (*The star*)).

[13] It appears that the doctrine of *ijma'* was formally defined in the last decades of the fourth century of the Hijrah.

[14] See A. Mansour, *Al-madkhal fi al-shari'a al-islameya,* Banha, p. 83.

case. Technically, as defined by Mohammed Hashim Kamali in his *Principles of Islamic Jurisprudence, qiyas* is "*the extension of a Shari'ah value from an original case, or asl* [underlying rationale]*, to a new case, because the latter has the same effective cause as the former*"[15]. Practically, by virtue of the commonality of the *ratio legis*, or '*illah*, between an original case regulated by a given text and a new case, the same textual ruling is extended to the new case. Obviously, given that *qiyas* is the fourth source in the hierarchy of Islamic law sources, a recourse to analogy is only warranted if the solution of a new case cannot be found in Qur'an, Sunnah or a definite *ijma*'.

I.2. Controversial sources

Apart from the above described four sources, Islamic legal theory has elaborated throughout its history many secondary sources of law and of legal interpretation. Such sources cannot be taken as fully recognized sources since they are not unanimously approved by Muslim scholars. Nonetheless, even if their detailed examination is beyond the purposes of the article, they are testament to the richness and depth of the development and articulation of Islamic theories of law. The emphasis on one or more of these sources varies depending on the single school of law (*madhab*) or the regional background of the single jurists. The broad realm of controversial sources includes, among others, *al-istihsan*, *al-maslaeh al-morsala*, *sad al-zara'a*, a*l-'urf* and *al-isteshab*. Literally, *al-istihsan* means considering something good, preferable and beautiful (from the root of *hasuna*)[16] and, with respect to the other controversial sources, its importance relies on its extensive use as the preferred tool by modern reformers for reforming Islamic law. The principle of *istishan* enables the jurist to abandon a strong precedent for a weaker precedent in the interests of justice, especially when the interpretation of a certain rule would lead to hardship for the believer and a departure from the ruling is in line with the *maqasid al-shari'a* (objectives of the Shari'a). As for *istihsan, al-masaleh al-morsala* is a concept that can serve as a vehicle for legal change, granting legitimacy to new

[15] M.H. Kamali, *Principles of Islamic Jurisprudence,* Kuala Lumpur 2002, p. 180.

* Paragraphs from II.1. to II.5. have been drafted by Gianluca De Donno; Paragraphs II.6. and II.7. have been drafted by Elena Giunta.

[16] M. H. Kamali, *Istiḥsān and the Renewal of Islamic Law*, in *Islamic Studies*, 43:4, 2004, p.561.

rulings and allowing jurists to address situations that are not mentioned in the scriptural sources of the law[17]. In particular, the aim of *maslaha*, partially similar to *istihsan,* consists of prohibiting or permitting something on the basis of whether or not it can serve the public's benefit or welfare.

II. Four interpretations of Islamic law *

II.1. The concept of law

We have analysed in the previous paragraphs the sources of Shari'a, their articulation and their interconnection. This could be considered a descriptive approach to defining Shari'a. However, referring sources to a concept is in many ways tautological and therefore does not necessarily provide assistance in understanding what Shari'a is. In this sense, understanding Shari'a has to be taken as a purely comparative effort by a western writer to convey an idea of Shari'a to western readers that is undoubtedly shaped by the cultural background of the western jurist. As such, the definition of Shari'a as set out in the following pages is necessarily based on a variety of concepts (our idea of law, our idea of religion, *et cetera*), which will influence, even involuntarily, our perception of Shari'a. A Muslim jurist, therefore, may reasonably not agree with our conclusions.

For the Christian, God has not proclaimed a law the obedience to which will ensure his salvation. This is because a Christian is saved only by Grace through his faith in Jesus Christ. The human tendency towards committing sins requires a law, but the latter has no function in curing the sinner: the punishment a coercive government provides is a consequence of the original sin of Adam and of the fall from heaven, *i.e.* a kind chastisement[18].

If we compare this approach to law with the relevance placed on Islamic Shari'a, the difference seems quite evident. As Norman Anderson correctly points out, for the Muslim, any code of conduct or scale of values is based on the divine

---

[17] See F. Opwis, *Maṣlaḥa in Contemporary Islamic Legal Theory*, in *Islamic Law and Society*, 12:2 (2005), p. 183.

[18] See M. Cacciari, *Il potere che frena*, Milano 2013, pp.10-15. See also Augustine*, De Civitate Dei*, XIX, 17 "*non curans quidquid in moribus, legibus, institutis diversum est, quibus pax terrena vel conquiritur vel tenetur, nihil eorum rescindens vel destruens, immo etiam servans ac sequens".*

revelation. An act is good when commanded by God and bad if forbidden by Him. The Qur'an is the uncontested word of God and it is the primary source of orientation for the behaviour of the believer[19]. The Qur'an itself confirms: "*Now We have set you (Muhammad) on a clear religious path, so follow it. Do not follow the desires of those who lack (true) knowledge*"[20]. Thus, in the Islamic cultural horizon, *Physis* and *Nomos*, Nature and Law, depend on the Revelation: it is the Revelation that helps to discover and to explain what appears irrational or inexplicable in social, ethical or legal prescriptions. God has a legislative function; He is the Lawgiver [21] who has provided Muslims with guidance and the divine determinism, both of the Universe with its laws, and of society with the revealed law that regulates relations between human beings, has interesting consequences in the realm of political theory[22]. The crucial point is that a utopic dimension does not exist in Islamic thinking, since the society established by God is perfect at its origins. The divine subjectivity, in establishing the ethical-political norms, imposes an already - perfect order[23]. That is to say, these ethical-political norms, products of His will, ratified by Him since the beginning of time, are the best guide possible for believers. Being God, i.e. sovereign and ruler in the literary meaning of the word, the divine government will necessarily have to manifest itself in the human government on Earth. For this reason, contrary to the Augustinian paradigm, the government is not a consequence of the uncontrollable aptitude for disorder of a state's citizens, but is rather a way of creating a perfect society[24], and a benefit given by God[25]. However, one of the main misunderstandings of the nature of Islamic societies originates here. The common idea is that, due to the above expressed premises, Islamic societies are inherently theocratic; if the fundamental law is God's law, eternal, unchangeable and perfect in its content, there is no place for a human legislation, or rather such legislation could

[19] N. J. D. Anderson, *The Sharia Today*, in Journal of Comparative Legislation and International Law, 31:3/4, 1949, pp. 20-22.

[20] Q 45:18, see also Q 5:44 and Q 28:85.

[21] See for example, Q 5:50.

[22] M. Campanini, *Islam e Politica: Il Problema dello Stato Islamico*, in *Il pensiero politico,* XXXVII, 2003, p.456.

[23] P. Crone, *Medieval Islamic Political Thought*, Edinburgh 2005, especially pp. 3-6.

[24] *Ivi.*

[25] K. A. El-Fadl , *The Human Rights Commitment in Modern Islam*, in J. Runzo and N. Martin (ed.), *Human Rights and Responsibilities*, Oxford 2003, p.133.

only exist to the extent that it does not contradict the Revelation. This perspective misses the point insofar as it overlooks some decisive passages. What is present in Sunni Islam is not a consortium of religious figures who rule the people under the pretence of knowing better than others (for example, thanks to a direct inspiration) the continuously changing will of God. On the contrary, in a precise historic moment God has manifested His rules for man's benefit: the fundamental issue is interpreting this complete and precious divine gift. As noted by Majid Khadduri, the term that better describes the link created by Islam between man and law, and which correctly depicts the ideal form of an Islamic society, is a "nomocracy": it is not God, but God's law, which really governs[26]. The only decisive element for one true community becomes the application of God's sacred law, wherein lies the core of the question[27].

II.2. The role of *fiqh*

A well-known anecdote regarding 'Ali, the cousin of the Prophet, enables us to understand the central importance that the activity of human interpretation acquires in giving consistency to the divine law. Reports tell that when 'Ali resorted to solve his political dispute with Mu'awiya through arbitration, thus leaving aside military force, the zealot group of Khawarijs rebelled, accusing him of betraying God's word. They maintained indeed that 'Ali was legitimated by the Qur'an as chief of the community and his concession to refer the question of legitimacy to a negotiated settlement was a human usurpation of God's sovereignty. To reply to his accusers, 'Ali gathered the people to discuss the issue and, touching the Qur'an, asked the sacred Book to speak and inform the bystanders of God's will. The people obviously exclaimed that this would have been impossible, the Qur'an not being a human endowed with the possibility of speaking. Having heard that, 'Ali claimed this was what he wished to demonstrate: the Qur'an is mute in itself and

[26] M. Khadduri , *War and Peace in the Law of Islam*, New Jersey 1955, p.16.

[27] A text worth reading on the peculiar value of the law in Islamic culture is M. H. Benkheira, *L'amour de la Loi. Essai sur la normativitè en Islam,* Paris 1997.

human beings give effect to it according to their limited personal judgements[28]. The anecdote, historically provable or not, leads us to the first paradoxical point in our discussion, often overlooked by the wide-spread stereotypes regarding Islamic law. Despite a God Legislator, whose legislation is immutable *sua ipsa natura*, the efficacy of His normative rule remains latent without a process of human mediation. In this sense, a *hadith* collected by Abu Dawood adds another element that is fundamental in understanding the nature of Islamic law. Sayyidina Mu'az ibn Jabal reported that when Allah's Messenger sent him to Yemen, he asked him how he would decide cases when they were brought to him. He said, "*According to Allah's Book*." The Prophet asked, "*If you do not find them there?*" "*Then according to your sunnah*."'"*But, if they are not there, then*?" Mu'az said, "*I will make ijtihad and extract judgement with my opinion (and try to arrive at a true conclusion), not being negligent in that*." The Prophet was pleased and patted him lightly on the chest, saying, "*All praise belongs to Allah Who caused the envoy of Allah's Messenger to conform to what pleases Allah's Messenger*"[29]. Thus, the intellectual activity of the interpreter joins up reality and law, making use of his efforts to connect the multiplicity of events with the divine guidance, in what becomes a speculative discovery of God's secret will. This intellectual activity is what is properly called *itjihad* and represents the technique by which jurists have developed legal rules from the sacred sources[30].

Obviously, the interpretation of the sources of *Shari'a* by different jurists may produce divergent rulings from the same sacred text. This issue soon became clear in the doctrinal foundation of Islamic law, to the extent that Muslim jurists focused on the tradition attributed to the Prophet stating: "*every mujtahid* [31] *is correct*", or "*every mujtahid will be [justly] rewarded*"[32]. The consequence of this understanding of the law as a product of human agency and efforts in finding the meaning of God's revealed

[28]K. A. El Fadl, *The Human Rights*..., cit., p. 133.

[29] Abu Dawood, *Kitab Al-Aqdiya*, 11.

[30] The science devoted to the study of jurists' hermeneutics is *usul-al-fiqh,* which literally means the study of the source of *fiqh*. *Fiqh* can be translated as "the knowledge of the *shar'i ahkam* (legal rules) pertaining to the conduct, that have been derived from their specific evidences". See I. A. K. Nyazee, *Theories of Islamic Law. The Methodology of Ijtihad,* Islamabad, p. 22.

[31] A *mujtahid* is a jurist who strives to find the correct answer.

[32] The Arabic is "*kull mujtahid musib*" and "*li kulli mujtahid nasib*". See A. H. al-Basri, *Al-Mu'tamad fi Usul al-Fiqh*, 2:370-2;' Al. al-Din, *Kashf al-Asrar 'an Usul Fakhr al-Islam al-Bazdawi*, 4:30-55; A. Al-Ghazali, *al-Mustasfa min 'Ilm al-Usul*, 2:363-7

word implied the acceptance that there could be more than a single correct answer to the same question. For Muslim jurists, this raised the issue of the purpose or the motivation behind the search for divine will. What is the divine purpose behind setting out indicators of the divine law and then requiring that human beings engage in a search? If the Divine wants human beings to reach the correct understanding, then how could every interpreter or jurist be correct? The jurists were divided into two main camps. The first school, known as the *mukhatti'ah*, argued that ultimately there is a correct answer to every legal problem. However, only God knows what the correct response is, and the truth will not be revealed until the Final Day. The *musawwibah* (and among them, al Ghazali) argued that there is no specific and correct answer (*hukm mu'ayyan*) that God wants human beings to discover, in part because if there were a correct answer, God would have made the evidence indicating a divine rule conclusive and clear.

Such acknowledgement that the sacred texts, as a source of positive rules, cannot be directly applied but require the mediation of human beings to be endowed with a precise normative meaning - and that such meaning can be disputed and amended by other *mujtahids*[33] - enables us to easily understand the reasons of the development, since the early Islamic history, of an articulated jurisprudential science. The science of *fiqh* is surely one of the jewels of Islamic civilization, a master example of intellectual elegance whose incomparable architects have been '*ulama* (scholars). A recent scholarship has the merit of having cast light on the dynamism and richness of a system generally depicted primitive or unchanged throughout centuries[34], a system which, based on *ijtihad* and *ikhtilaf*, legal reasoning on the text and acceptance of the divergence of opinions, but also on controversial sources like *istihsan* and *maslaha,* has provided a remarkable flexibility and spirit of adaptation to changing circumstances. Indeed, on the basis of data collected in a pivotal study on

[33] In order to understand to what extent Islamic law is open to disputes, it is worth noting that it controversial even the exact number of verses in the Qur'an with an identifiable legal meaning (80-200-300?). In this respect refer to H. Gerber, *Islamic Law and Culture*, 1*600-1840*, Leiden 1999, p.137 and A. Layish, *The Transformation of the Shari'a from Jurists' Law to Statutory Law in the Contemporary Muslim World*, in *Die Welt des Islams, New Series*, 44, 2004, pp. 85-113.

[34] Cfr. J. Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, Reprinted edition, Oxford, 1983, pp.70-71, where he argues that Islamic law ceased to develop at the end of ninth century. See also N. Coulson, *A History of Islamic Law,* Edinburgh 1984, p.81.

women in Ottoman Shari'a courts in Palestine and Egypt, Amira Sonbol points out how *qadis* (the Shari'a court judges) deployed all the articulated practices of Islamic law legal theory in deciding cases. Principles of *istihsan* and *istihbab* provided the *qadi* with the flexibility needed to guide him in the direction of what was the preferable rule depending on the sociocultural and economic context of the people he served, and in the service of two key principles: the sanctity of contracts and the protection of the weak, particularly children and women[35].

II.3. *Qadijustiz*

A pivotal moment in the modern legal history of the Middle East was undoubtedly the period of reforms undertaken in the 19th century in Egypt and the Ottoman Empire (in the latter beginning with the so-called *Tanzimat*) which eventually led to the establishment of the Mixed Courts in Egypt and to a vast programme of codification (the 1875 and 1883 codes in Egypt, the *Majalla* in the Ottoman Empire). This pervasive reformist movement deeply affected the Islamic legal system and resulted in a significant backlash to its evolution. Indeed, it did not simply entail the sudden introduction of the principle of codification in a cultural environment which conversely had ca long and elaborate tradition of jurists-based law[36], but it also fundamentally changed the nature of law as practiced and understood. As Nathan Brown correctly argues, Islamic Shari'a was more than a legal system, broadly consisting as it did of a set of institutions and practices dedicated to Islamic knowledge, including mosques, *qadi* courts, and theological and cultural centres like Al-Azhar[37]. Nonetheless, the institutions dedicated to Islamic knowledge underwent a process of transformation towards a modern-like educational system, with lectures, specified sequences of courses, and examinations

[35] A. Sonbol, *Women in Shariah Courts: A Historical and Methodological Discussion*, in *Fordham International Law Journal*, 27:1, 2003, pp. 225-253. Sonbol also analyses the juridical evolution of the system and its surprisingly progressive outcomes, "*where women had clear rights to sue in court*" and the flexibility of the system "*allowed women to determine their marriage contracts and the conditions under which they lived*". Highlighting that women also had complete rights to divorce a husband they did not want to be with, Sonbol decries modern, self-proclaimed "Islamic" legislation which seek to place women under the full control of their husbands.

[36] For a comprehensive discussion about codification and Islamic law refer to, *inter alios,* W. Hallaq, *The impossibile State: Islam, Politics, and Modernity's Moral Predicament,* New York 2012.

[37] Cfr. N. J. Brown, *Sharia and State in the Modern Muslim Middle East*, in *International Journal of Middle East Studies*, 29:3, 1997, p. 365.

to the extent that the "*educational techniques and practices earlier deemed to constitute an essential part of the shar'ia [were] largely abandoned*[38]". The great teaching organizations had a long tradition in training those learned in Shari'a and in creating proper jurists able to understand Islamic law as a living legal system in all its complexity. Once they disappeared, a whole system of knowledge, disconnected from specific institutions and practices, was dispersed. Even if there was an attempt to include some study of Islamic law in the new law schools created by the Middle Eastern states and based on western universities, it was treated as another academic subject and taught in a specific course disjointed from legal practice and conversely identified a set of fixed and identifiable rules.

This dramatic change played a significant role in the way a certain western common idea has been built on Islamic law. Specifically, it resulted in being perceived as a backward bulk of static rules, written in medieval commentaries that no longer had a place in modern times. With the eclipse of the class of *fuqaha*[39], the jurists expert in the science of *fiqh,* Islamic law was detached from its endowment of flexibility and set apart from the cultural context in which it operated, thus mistakenly described as an immutable gathering of principles on books. Islamic law became, therefore, the primitive law of a pre-modern society. In Terminiello v. Chicago (1949), Mr. Justice Frankfurter, commenting on his own court, said: "*This is a court of review, not a tribunal unbounded by rules. We do not sit like a kadi under a tree dispensing justice according to considerations of individual expediency*." For Justice Frankfurter the image of the Islamic law judge, the *qadi,* was that of a man sitting barefoot and with a turban on his head, under a tree - maybe drinking a *shay* - or in the corner of a mosque dispensing solomonic justice based on a very basic personal conception of equity[40].

Eventually, the way of adapting law to the social evolution, that, as we have seen, was the main feature of *fuqaha,* got confused with a presumed arbitrariness

[38] *Ibidem.*
[39] *Fuqaha* (sing. *faqih*) is a term derived from *fiqh.*
[40] L. Rosen, *Equity and Discretion in a Modern Islamic Legal System*, in *Law & Society Review*, 15:2, 1980 - 1981, p. 217.

typical of *qadijustiz*, as Max Weber called Islamic law[41]: the image of the legal system managed by the turbaned man started to shape western ideas on Islamic law.

II.4. Islamic law in western experience

No one interested in the study of Islamic law and its interpretation in the West can easily avoid the impact of the Abu Dhabi, ARAMCO and International Marin Oil cases. These arbitration awards deeply reflected the distorted image of *qadijustiz* described above, in demonstrating the obstinacy of western interpreters who denied that Islamic law could be sophisticated enough to be used in complex commercial disputes. On the other hand, these cases established themselves firmly in the minds of Arab lawyers and businessmen, resulting in the negative attitude of many Arab countries towards arbitration[42]. As Ibrahim Fadlallah remarks, these three awards led many Arab jurists to believe that the West had outrightly rejected their law. Further, while many decades have passed since the above mentioned awards, other recent decisions show that such historical misunderstandings have not been entirely left behind[43]. The three awards were delivered in the middle of last century and all shared the same perspective concerning Islamic law.

Sheikh Abu Dhabi v. *Petroleum Development Ltd*, was delivered in 1951 by Lord Asquith of Bishopstone. It involved an oil concession granted in 1939 by the Sheikh of Abu Dhabi (at that time, a British protectorate) to Petroleum Development Ltd, transferring to the latter the exclusive right to drill for mineral oil for seventy five years[44]. A dispute arose between the parties with respect to certain subsoil areas and an arbitration proceeding was started. The agreement did not provided for a specific governing law and Lord Asquith, the sole arbitrator, firstly referred to national law as primarily applicable, *i.e.* the law of Abu Dhabi, which was basically Islamic law[45]. However, Lord Asquith denied any useful role to such legal system. He stated: "*but*

---

[41] A. Vrolijk, J. Hogendijk, *O ye Gentlemen: Arabic Studies on Science and Literary Culture,* Leiden 2007, p. 467

[42] See K. Balz, *Islamic Law as Governing Law under the Rome Convention. Universalist Lex Mercatoria v. Regional Unification of Law,* in *Unif. L. Rev.*, 37, 2001.

[43] I. Fadlallah, *Arbitration Facing Conflicts of Culture*, in *Arbitration International,* 25:3, 2009, p. 305.

[44] *Petroleum Development,* 18 I.L.R. 144, 1951, at 144-5, 147.

[45] At those times the U.A.E. had not a civil code, which was eventually adopted in 1985, and they basically had a Shari'a law system.

no such law can reasonably be said to exist. The Sheikh administers a purely discretionary justice with the assistance of the Koran; and it would be fanciful to suggest that in this very primitive region there is any settled body of legal principles applicable to the construction of modern commercial instruments"[46]. Lord Asquith's words precisely reflect the orientalist fantasy of the primitive middle-eastern region as perceived by"civilised" jurists, in which the Qur'an appears as merely a bizarre legal reference textbook. Indeed, Lord Asquith did not reject Abu Dhabi law on procedural grounds, by denying its applicability to the specific case, but rather he deprived Islamic law, on a deeper, theoretical level, of the possibility to be considered a law in itself.

The arbitrator in *Ruler of Qatar v. International Marine Oil Co. Ltd.* arrived at the same conclusion as Lord Asquith in *Petroleum Development Ltd*. In *Ruler of Qatar* it was clearly stated that Islamic law was believed to be inadequate[47]. While acknowledging that Islamic law was the proper *lex contractus*, nonetheless the arbitrator stated that it does not "*contain any principles which would be sufficient to interpret this particular contract*"[48]. In neither case did the arbitrators make any attempt to demonstrate the juridical reasons requiring a non-application of Islamic law: instead, their analysis was limited to a very general disdain for it. It is hardly surprising therefore that, to Islamic eyes, such experience was little more than an extension of the old capitulations system of extraterritorial courts administered by European powers[49]. The arbitrators did not have any knowledge of Islamic law: had they not been obfuscated by cultural prejudices, they would have however found in Islamic legal treaties comprehensive answers to the juridical questions posed by the arbitration cases[50].

In more recent times, a decision by a British court has shown that the tradition of hostility towards Shari'a is not yet overcome. The Court of Appeal was questioned about the legitimacy of a contractual clause, which provided that: "*subject to the principles of the Glorious Shari'a, this Agreement shall be governed and construed in*

---

[46] Petroleum Development, 18 I.L.R. 144, 1951, at 144-5, 147.

[47] C. J. Colon, *Choice of Law and Islamic Finance*, in *Texas International Law Journal*, 46:411, 2011, p.413.

[48] Ruler of Qatar v. International Marine Oil Co. Ltd., 20 I.L.R. 534, 1953.

[49] C. N. Brower and J. K. Sharpe, *International Arbitration and the Islamic World: The Third Phase*, in *The American Journal of International Law*, 97:3, 2003, p. 643.

[50] For an overview on Islamic contractual law, see, *inter alios,* S. E. Rayner, *The Theory of Contracts in Islamic Law,* London 1991.

accordance with the laws of England"[51]. The Court of Appeal, upholding the decision of the first instance court, qualified the clause as a nonbinding statement of purpose and rejecting the reference to Shari'a on the assumption that, *inter alia:* (i) *lex contratus* can only be a state law, according to the provisions of the Rome Convention; (ii) "*the principles of the Shari'a are not simply principles of law but principles which apply to other aspects of life and behaviour*"; and (iii) "*even treating the principles of Shari'a as principles of law, the application of such principles in relation to matters of commerce and banking were plainly matters of controversy*". The legal justification that the law of a contract can only be that of a country is purely technical and can be disputed. However, its analysis falls beyond the scope of this article[52]. Conversely, the implication of the assumptions under points (ii) and (iii) are of major concern with respect to our discussion. Indeed, these statement further illustrate that Islamic law has been prevented from being considered a "law" in the full meaning of the term, perceived as it is of have no clear division between the religious and the legal, and a system that is uselessly complex, contorted and discretionary ("*such principles in relation to matters of commerce and banking were plainly matters of controversy"*) compared to the clarity of western (common) law. However, despite some misleading ideas on the purely ethical nature of Islamic law, a significant distinction between legal and moral imperatives was clear to *fuqaha* since the beginning of Islamic legal science[53], and, in any case, as shown above the division between *ibadat* and *mu'amalat* is a founding principle in Islamic legal thought. Further, while the existence of different interpretations by scholars on single legal matters is true with respect to Islamic law, it is also a common feature in many legal systems where jurisprudential and scholarly evaluation of legal problems vary and develop constantly: nonetheless, the historical and cultural roots of the "*capitis deminutio*" of Shari'a are well settled.

[51] Beximco Pharmaceuticals Ltd v. Shamil Bank of Bahrain EC [2004] APPLR 01/28

[52] The Rome Convention has been replaced by the Rome I Regulation, adopted by the European Union in 2008. Under the Rome I Regulation, there appears to be more scope for the choice of a non-state law. See, *inter alia,* A. Zahid and H. M. Ali, *Shari'ah as a choice of law in international islamic financial contracts: Shamil Bank of Bahrain case revisited*, in *US-CHINA LAW REVIEW,* 10:27, 2013.

[53] See M. Baderin, *International Human Rights and Islamic Law*, Oxford 2003 p. 35

II.5. Islamic law in the interpretation of the Egyptian Supreme Constitutional Court: the veil case

A different approach to the modern interpretation of Shari'a is provided in the jurisprudence of the Egyptian Supreme Constitutional Court (SCC). After the period of post-war pan-Arabism and socialism, in 1980 the Egyptian government yielded to pressure from the so-called Islamist movements and amended the Constitution by codifying Shari'a as the primary source of legislation in the country. Article 2 was re-drafted to state that "*Sharia is the principal source of legislation*" and Shari'a was therefore given supremacy in the normative hierarchy of the Egyptian legal system[54]. The SCC found itself in the tricky position of harmonising a secular legal system, deeply influenced by French law[55], with the principles of Islamic Shari'a (*mabadi al-shari'a)* that had set the parameters of constitutional validity of Egyptian legislation[56].

The issue at stake was even more complex because, as highlighted above, since about a century Islamic law had not been a living legal system for approximately a century. It was, therefore, detached from its institutions and practices and the same judges of the constitutional court were not educated as traditional *qadis*. In spite of that, the SCC had to struggle in order to defend - and make acceptable to traditionalists - its prerogative in being the sole authority entrusted with the power to ascertain the "islamicity" of the legal rules. The dialectic, proper of Egyptian society, between secularists and Islamists deployed itself on the field of constitutional confrontation over Article 2 and the SCC was able to cleverly paint itself as neutral arbiter[57]. The spread of principles of theocratic governance in the public debate is by no means a phenomenon confined to Egypt,

---

[54] The current version of the Egyptian Constitution states "*Islam is the religion of the state and Arabic is its official language. The principles of Islamic Sharia are the principle source of legislation*".

[55] As known, the prime author of the Egyptian Civil Code was the jurist Abd El-Razzak El-Sanhuri, undisputedly the master re-builder of Arab law in the twentieth century, who received assistance from Dean Edouard Lambert of the University of Lille. Between 1921 and 1927, Sanhuri had pursued his doctoral studies at the University of Lyon under the supervision of Lambert himself. This cultural diversity was reflected in the drafting of the Egyptian Civil Code.

[56] See K. Yefet, *Lifting the Egyptian veil: a Constitutional road map to female marital emancipation in the Islamic world*, in *The Family in Law*, 5:87, 2011, p. 115.

[57] C. B. Lombardi, N. Brown, *Do Constitutions Requiring Adherence to Shari'a Threaten Human Rights? How Egypt's. Constitutional Court Reconciles Islamic Law with the Liberal Rule of Law*, in *American University International Law Review,* 21:3, 2006, p. 393.

since the resurgence of religious fundamentalism is common to different geographical areas[58]. In this context, the approach of the SCC to the constitutional interpretation of the principles of Shari'a is considerably interesting, as demonstrated by the landmark decision case No. 8 of Judicial Year 17, decided on May 18 1996, commonly known as the "veil case"[59].

On May 18 1996, the SCC, under the Presidency of Counselor Dr. 'Awad el-Murr, and with the membership of seven other chief justices, including the President of the Commissioners Body and the secretary general, issued a judgement in a case referred to it by the Administrative Court. The case had been brough by Mahmoud Sami 'Ali Wasil, in his capacity as *wakil* (guardian) of his two daughters, Mariam and Hajir, against the Education Minister, the director of Alexandria's Education Board, and the Isis's Manger Girls High School in *al-Siyuf*. The plaintiff resorted to the SCC in order to halt the implementation of the decision by the High School to bar his daughters from admission. In particular, he challenged the constitutional legitimacy of decision No. 113 1994 of the Minister of Education, which forbade schoolgirls from wearing *niqab* in public schools[60], by asserting that it was in violation, *inter alia,* of Article 2 (respect of the principles of Shari'a), Article 41 (on preservation of personal freedom) and Article 53 (prescribing equality in public rights and duties) of the Egyptian Constitution.

The ministerial decision had angered Islamists and therefore the matter was politically very sensitive[61]. The SCC, however, rejected the plaintiff's claim, and in so doing provided an interesting insight into its methodology of interpreting Article 2. First of all the SCC maintained that Article 2 entrusted it with "*the right [to perform its*

---

[58] An interesting point of view on such matter can be found in R. Hirschl, *Constitutional Courts Vs. Religious Fundamentalism: Three Middle Eastern Tales*, in *Texas Law Review, Forthcoming U Toronto, Public Law Research Paper* 04:08, 2004.

[59] For Arabic speakers, a report of the decision can be found at the website of the Supreme Constitutional Court http://tashreaat.com/Pages/default.aspx. A translation of the ruling is provided by N. Brown, C. Lombardi, *The Supreme Constitutional Court of Egypt on Islamic Law, Veiling and Civil Rights: An Annotated Translation of Supreme Constitutional Court of Egypt Case No. 8 of Judicial Year 17 (May 18, 1996)*, *American University International Law Review,* 21: 3, 2006.

[60] The decision defined the form of school uniform in its color, shape and composition. It allowed girls to wear the *hijab* while outlawing the *niqab*.

[61] An interesting insight on the political and cultural background is offered by G. Abdo, *No God but God: Egypt and the triumph of Islam,* Oxford 2000.

own] ijtihad to facilitate the affairs of the people and reflect what is correct from among their customs and traditions, so long as they do not contradict the universal goals of their Shari'a": a court of jurists trained in secular law affirmed, intriguingly, that the power to interpret Islamic law is vested only in the juridical authority demanded to do so by the Constitution of the state. This was a remarkable theoretical shift with respect to the traditional idea that - as seen before - the state should have no role in matters of Islamic law and that the normative production was a privilege of '*ulama'*[62]. The cultural diversity of Egypt's legislative history also exerted its influence on the way the SCC performed *ijtihad* and resorted to the principles of Shari'a.

Indeed, the SCC initially adopted the classic distinction between scriptural commands that are entirely unambiguous and certain with respect to their meaning (*qat'i*), and commands that are only presumptively correct with respect to their meaning (*zanni*)[63]. As such, only a small number of scriptural commands could be considered to be certain with respect to both their authenticity and meaning (*qat'ifi thubut wa-dalalatiha*) while most of the remaining were not able to reach such an epistemological foundation. For the commands unequivocally certain regarding their authenticity and meaning, *ijtihad* is forbidden, as they contain fixed principles is the breach or amendment of which is *haram* (forbidden). The Court began with the Qur'anic commands dealing with veiling and highlighted that there was no shared view among jurists in the past about whether a precise requirement for women was to cover their face and their hands[64]. Therefore it inferred that, while it was unambiguous that God had commanded women to "cover" some parts of their bodies, there was no clear indication about which parts of a woman must be covered and, consequently, it could be said that women under Islamic law have no definitive requirement for their dress[65].

---

[62] See, *inter alios,* W. Hallaq, *The Origins …,* Cambridge 2005, p.181.

[63] W. Hallaq, *A history of islamic legal theories*, Cambridge 1997, p. 40 and ff.

[64] N. Brown, C. Lombardi, *The Supreme Constitutional Court*…, cit., pp. 452-54.

[65] "*cloth style is not fixed by nusus maqtu' biha fi thubutiha aw dalalatiha (theological scripts that have been dogged to be definite on its authenticity/meaning). Consequently, women's attire is a debatable issue in which ijtihad never ends, as they remain open within a secure, general framework defined by the Qur'anic provisions (Qur'an 24:31 & 33:59)"* see M. Arafa, *The prohibition of wearing veil in public schools in Egypt: an analysis of the Egyptian Supreme Constitutional Court jurisprudence*, in *Revista de Investigações Constitucionais*, 4:1, 2017, pp. 69-85.

Accordingly, the ministerial decision banning face veils could not be considered contrary to Shari'a since it did not contravene any of its explicit provisions; the Ministry had ruled in a debatable matter, where the *wali al'amr* (the political leader) "*has the authority (right) to develop his/her own ijtihad to assist the individuals' affairs and redirect what is accurate from the surrounding traditions, as long as they do not contradict the Shari'a maqasid (universal spirit)*"[66]. As for the SCC, therefore, alongside the clear scriptural commands, the *maqasid al-Shari'a*[67] also fell within the scope of Article 2 as part of the "framework" in which the development of legal norms has to take place. The classic theory of *maqasid* identified five ultimate goals of Shari'a, *i.e.* religion, life, reason, property, and honor/modesty. In consideration of *maqasid*, the SCC directly investigated the specific goals underlying the recommendation to veil and found that such command "*must manifest her modesty, [must] facilitate her legitimate contribution to what the affairs of her life require and [must] protect her from debasement*"[68]. Thus, the Court analysed the Minister's ban on veiling in schools in light of the "promotion of modesty" and concluded that not having the face veiled cannot be tantamount to immodesty. Nonetheless, despite compliance with *maqasid al-shari'a* the Court affirmed that any law should be also consistent with the "general goals" (*maqasid al 'amma)* of the Shari'a, that is to say the development of human welfare. Interestingly, the SCC, arguing *a contrario*, found that imposing an entire veiling would create indirect and noticeable social harm, since a woman "*must perform tasks that will involve her mixing with others. It is therefore unimaginable that life in all its aspects would surge around her while she would be specifically required to be an apparition clad only in black or the like*"[69].

Case No.8 of 1996 is a landmark decision of the Egyptian Supreme Constitutional and represents one of the most significant judicial rulings on the interpretation of Shari'a clauses in modern constitutional states. At the same time it

[66] M. Arafa, *The prohibition of wearing veil*…, cit. p. 78.

[67] The term *maqasid al shari'a* has been defined by Y. Auda as *"a system of values that could contribute to a desired and sound application of the Shari'ah"*. This concept has been employed as a hermeneutical tool in pre-modern Islamic law and it has been brought to an articulated level of analysis by imam Abu Ishaq al Shatibi (720-790 a.h./1320/1388 a.d.) and by the renowned philosopher A. al-Ghazālī. It is based on the idea that Islamic law is purposive in nature, that is, to mean that the law is endowed with specific goals to accomplish.

[68] N. Brown, C. Lombardi, *The Supreme Constitutional Court*…, cit, p. 453

[69] *Ivi*, p. 454.

has sparked an animated debated on the technique of interpretation adopted by the Court. We can argue that such approach is to a noteworthy extent distant from the kind of *ijtihad* as put into practice by classical *fuqaha.* Indeed, the SCC's contention that it was up to the SCC itself, through its analysis of Article 2 of the Constitution, to survey not simply the application but also the definition of the principles of Shari'a, would hardly have been admissible in classical times whereby the derivation of normative rules was the prerogative of jurists belonging to traditional *madhabs* and not of the public power[70]. Furthermore, the SCC established its own interpretation of the concept of *ijtihad*, regardless of the limits on the exercise of *ijtihad* discussed by classical sources[71], and irrespective of the contradictory opinions on the matter in Islamic jurisprudence. Using the words of F. Vogel, "*ijtihad may be no more than a careless use of words or conceptions, especially since they are usually bolstered by purely utilitarian arguments for assigning power to decide to the state… A key element so far is devotion to fixed but highly general principles either established by a clear text or by their pervasive influence on fiqh… coupled with an openness to a freewheeling ijtihad even when that ijtihad diverges entirely from the views, even the consensus, of past scholars."*[72]

The SCC's methodology as applied to the case also blurs the distinction between classical views on Islamic law and the modernist theory of utilitarian *neo-ijtihad* promoted by Rashid Rida. If the distinction between clear and ambiguous verses goes back to the *usul-ul-fiqh* treaties, the type of intuitive consequentialist reasoning that the SCC seems to embrace would have been fiercely rejected by Shafi'i[73]. Equally, the reference to the "the general principles" of Shari'a and the corrective utilitarian method used as a tool to modify rules recognized by classical Islamic scholars if such rules are in contrast with the vague ideal of the "general

[70] M. Q. Zaman, *The Caliphs, the Ulama, and the Law: Defining the role and function of the caliph in the early 'Abbasid period*, in *Islamic Law and Society*, 4:1, 1997, p.2.

[71] For a really acute overview on the issue refer to W. Hallaq, *Was the Gate of Ijtihad Closed?*, in *International Journal of Middle East Studies*, 16:1, 1984, pp. 3-41.

[72] F. Vogel, *Conformity with Islamic Shari'a and Constitutionality Under Article 2: Some Issues of Theory, Practice, and Comparison,* in E. Cotran and A. O. Sherif (ed.), *Democracy, the Rule of Law and Islam*, Leiden 1999, pp. 543 - 544.

[73] C. B. Lombardi, N. Brown, *Do Constitutions Requiring Adherence*…, cit., p. 430.

benefit of the people" does not seem completely in line with Islamic modernist theories[74].

Ultimately, we can identify that the SCC proposed a new approach to Islamic legal interpretation - derived from its peculiar reinterpretation of competing approaches to Islamic legal theory. Using the words of M. Arafa, it is possible to affirm that "*the Court involved in a self-sufficient functional interpretation of both the Qur'an and authentic Sunnah … established its specific interpretation of ijtihad irrespective of the opposing attitudes in Islamic jurisprudence, and its classical techniques, and thus, it situated itself as a de facto interpreter of divine ideals and legal guard on the Sharie'a values to avoid any extreme ideology or radical philosophy*" with the purpose of "*advancing a moderate (liberal), rights-protecting interpretation of Sharie'a",* and offering us one of many possible perspectives on Islamic constitutionalism[75].

II.6. The role of Shari'a in GCC Countries

II.6.1. Constitutional relevance of Shari'a as a source of law

The actual relevance of Islamic Shari'a within the legal systems of Muslim countries is closely related to the role assigned to it by the basic law of each state[76]. With specific reference to the constitutions of the GCC Countries, despite the fact that Islam is identified as the state religion in all of them[77], the exteht to which Islamic law plays a role in each varies greatly[78].

---

[74] See Johansen B., *Supra-Legislative Norms and Constitutional Courts: The Case of France and Egypt,* in E. Cotran and A. O. Sherif (ed.)*, The Role of the Judiciary in the protection of Human Rights*, , London; Boston 1997, pp. 369 - 370.

[75] M. Arafa, *The prohibition of wearing veil*…cit., p. 79.

[76]See L. al-Rimawi, *Relevance of Shariah as a legislative source in a modern Arab legal context,* in *The Company lawyer*, 32, 2011, p. 59 ff. Al Rimawi identifies the following categories: Shari'a as an overall constitutional source (Saudi Arabia); Shari'a as the principal source of legislation (Oman and Egypt); Shari'a as one of the legislative sources (Kuwait, Bahrain, Qatar); countries accepting Islam as the religion of the state and nevertheless recognizing that the temporal law shall be the expression of the will of the people (*e.g.* Jordan, Morocco, Tunisia); Shari'a plays no role as a constitutional source (*e.g.* Lebanon).

[77] "*The Kingdom of Bahrain is…Islamic Arab State…"* (art. 1a) Bahraini Constitution); "*Qatar is an independent sovereign Arab State. Its religion is Islam"* (art. 1 Qatari Const.); "*the religion of the State is Islam"* (art. 2 Kuwait Const. and art. 2 of Omani Const.); "*Islam shall be the official religion of the Union"* (art. 7 UAE Const.); The Kingdom of Saudi Arabia is a sovereign Arab Islamic state with Islam as its religion (art.1 Saudi Const). For a practical analysis of the role and influence of Shari'a within Islamic constitutional models please refer to M. Papa, L. Ascanio, *Shari'a. La legge sacra dell'Islam*, Bologna 2014.

[78] Da. I. Ahmed and M. Gouda introduced "the Islamic Constitution Index" which consists of thirty questions to be answered in order to identify the degree of Islamization of the OIC Countries' Constitutions,

A first distinction should be drawn between Saudi Arabia and other GCC states. Among GCC countries, Saudi Arabia assigns the most prominent role to Islamic Shari'a. This can be immediately inferred from the words illustrated on its flag: "*There is no God but Allah, Mohammed is the Messenger of Allah*". Art. 1 of the Saudi Constitution states that "*the Kingdom of Saudi Arabia is a sovereign Arab Islamic state with Islam as its religion; God's Book and the Sunnah of His Prophet, God's prayers and peace be upon him, are its constitution*…". The basic law of Saudi is thus a compound of Qur'an and Sunnah. As a result, Islamic Law is fully entrenched in every aspect of the state and its citizens' lives. In other GCC Countries, the application of Islamic law is diluted with codification and principles inherited by Western models. Their basic laws still attribute a certain degree of relevance to Shari'a, making it either "a" or "the" main source of legislation[79]. As such, these countries have had to balance two, often opposing, forces, from Western social and legislative systems on one side and the need for preservation of Islamic values on the other side[80]. The prime reason for this dichotomy can be traced back to the extraterritorial jurisdiction exercised by the British Crown within the Gulf region.

Indeed, the British presence has been of particular interference in Kuwait, Bahrain, Qatar, in the area today corresponding to the UAE[81] and, to a lesser extent, in Oman. Contrarily, Saudi Arabia has never been under the dominance of any western country[82]. The above-mentioned conflict between modernisation (i.e. "Westernisation") and Islamisation is particularly clear in the United Arab Emirates. Therefore the following paragraphs will take the UAE and Saudi Arabia as examples

---

see D. I. Ahmed, M. Gouda, *Measuring Constitutional Islamization: the Islamic Constitutions Index*, in *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 1, 2015, pp. 43-46.

[79] See C. B. Lombardi, *Constitutional provisions making Sharia "A" or "The" chief source of legislation*, in *American University Law Review*, 28:3, 2013, pp. 737 ff.

[80] Preservation of Islamic values requires the Islamic Ummah to promote human well-being following a pattern which is compliant with Islamic ethics. The difficulty lies in balancing the application of Shari'a with the opportunity to benefit from the progress achieved. Consequently, Arab countries are called on to gradually replace social and economic elements that are not religiously acceptable in favour of Islamic systems. In this respect, also for an overview on the Islamic banking systems, please see G. M. Piccinelli, *I principi e gli istituti finanziari islamici: alcuni aspetti giuridici relativi alle banche islamiche*, in *Oriente Moderno Nuova Serie,* 68:1 (1988), pp. 6-7. For a wide understanding about the development of modern Islamic jurisdictions see F. Castro, *Il modello Islamico*, Torino 2007.

[81] Then the Trucial States.

[82] W. M. Ballantyne, *The New Civil Code of the United Arab Emirates: A Further Reassertion of the Shari'a*, in *Arab Law Quarterly*, 1:3, 1986, pp. 245 ff.

of the differing extent to which Islamic Shari'a has relevance within Muslim countries and with specific reference to the GCC states.

II.6.2. *The courts'system in the United Arab Emirates*

In 1892 the rulers of the Emirates and the British political residents signed a Treaty that would change the fate of jurisdiction, procedure and substantive law of the Emirates of Abu Dhabi, Dubai, Sharjah, Ajman, Fujairah, Ras Al-Khaiman and Umm al-Quwain. The Treaty had the purpose of committing Britain to protect the Emirates from military attacks in exchange for the Emirates' commitment not to initiate any diplomatic relationship with other governments other than the British. Furthermore, Britain was given jurisdiction on the external affairs of the Emirates, whilst local rulers kept jurisdiction on local and domestic affairs. To paraphrase, Britain had established a protectorate on Emirates that would last until 1971. In 1945, the British government through its Political Resident, entered into an agreement with the Trucial sheikhs according to which the latter ceded their jurisdiction on British subjects, foreign non-Muslim subjects and British protected persons. Obviously these extraterritorial British courts did not apply the Islamic law. They rather applied the Indian Codes and the King's Regulation enacted by the Political Residents in the Gulf[83]. Local rulers maintained jurisdiction on cases involving native-citizens. These disputes were originally referred to sheikhs and local rulers who applied rules derived from customs, Islamic Shari'a and the common sense of justice.

Throughout the first decades of the XX century, Shari'a courts started to spread in each Emirate. These courts had been created as a response to the massive migrations towards the coastal Cities of the Emirates. The migratory phenomenon resulted in an increase of disputes related to family, property and criminal law, and involving people who did not have any local tribal links. These disputes were not,therefore, referable to Sheikhs or rulers of local tribes. The Shari'a courts applied the Islamic law, but they did not follow any specific procedural rule. They

[83] B. S. Butti, *The development of the UAE legal system and unification with the judicial system*, in *Arab Law Quarterly*, 11:4, 1996, pp. 116 ff.

had competencies on matters of personal status and criminal law. Their decisions could be rejected by the parties and referred to the local ruler who had the power to assign the case to a second judge. This ruling could also be refused since the parties, where convinced of the unfairness of it, had the right to address the matter to the Islamic authority of other countries[84]. Other than that, merchants and pearling communities had their own court system which was largely based on customary and non-written laws[85]. This brief consideration of its historical background provides some indication of the multi-layered legal system within the UAE.

In fact, the UAE Constitution sets out a courts system with a twofold structure: the Federal courts and the local courts. Each Emirate has its own local judicial system, but not all of them adhere to the Federal one since Dubai and Ras Al-Khaimah keep their autonomous jurisdiction in matters that are not constitutionally assigned to the Federal Supreme Court. Each Emirate has local courts of first instance and courts of appeal. In Sharjah, Al Fujaira, Umm al Quwain, Abu Dhabi and Ajman, which are part of the Federal judiciary, these local courts are complemented with Federal courts of first instance and appeal. As third instance courts, the local courts refer to the Federal Supreme Court, while the others have established their local Courts of Cassation. However, the Federal Supreme Court holds exclusive jurisdiction in the whole country as for the matters listed under art. 99 of the UAE Constitution[86]. Each level of court is divided into circuits on the grounds of its specialty. Such divisions can be broadly classified as distinguishing amongst civil, commercial, criminal and Shari'a courts[87]. Furthermore, free trade zones have been established in every Emirate of the state to conduct financial activities[88]. Amongst them, and particularly relevant in terms of legal and economic development, is the DIFC which established its autonomous courts system. The DIFC is entirely ruled by international standards and common law principles.

---

[84] Usually Egypt, Mecca or Qatar.

[85] *Ibidem.*

[86] *E.g.* disputes between member Emirates, examination of the constitutional legality of laws, legislation and regulation, interpretations of Constitutional provisions.

[87] See art. 102 UAE Const.

[88] Art.1, Federal Law No.8/2004 concerning Financial Free Zones.

II.6.3. Relevance of Islamic Shari'a as applied before the UAE courts

Islamic law comes into consideration before courts at two levels: as a basic principle of the UAE legal system and as a relevant law in personal status cases involving UAE Muslim citizens.

(A) Islamic Shari'a as a general principle

Art. 7 of the UAE Constitution states that "*Islam is the official religion of the Federation and the Muslim Shari'a is a main source of its legislation*[89]".

This provision primarily refers to legislation: no laws or regulations shall be enacted which are not consistent with the principles of Islamic law. Further, courts shall refer to Islamic Shari'a in the process of interpretation of laws and in circumstances where a particular matter is not specifically addressed by any Federal or local law. In this regard, arts. 1-3 of the UAE Federal Law No.5/1985 on civil transactions[90] lay down the principles of application of the law. According to these provisions, Islamic doctrine and rules shall be followed to understand, construct and interpret legislative texts. Islamic Shari'a shall be taken into consideration by courts in ruling on matters that do not fall under any legal provision. More precisely, in the first instance, the judge shall look at the most appropriate solution within the Maliki or the Hanbali doctrines. If a solution cannot be found there, then the Shafi or the Hanafi doctrines shall be referred to. However, special rules have been introduced in the area concerning commercial transactions[91]. Undoubtedly, this is the field where the above mentioned conflict between modernisation and the safeguarding of Islamic doctrine arises the most.

It would be unrealistic to expect Islamic Countries, and Muslims more generally, to be completely excluded from the economic order. Nonetheless, the constant demand in the last decades for an economic order which is in line with the teaching of Islam has posed a considerable theoretical and practical challenge,

---

[89] http://www.elaws.gov.ae/EnLegislations.aspx

[90] *i.e.* the UAE Civil Code.

[91] "*The civil Transactions in the United Arab Emirates State shall be subject to the law, whereas the commercial transactions remain subject to the laws and regulations applicable in their regard, pending the issuance of the Federal Commercial Law*" (Art. 1 of the Civil Code's Preamble).

questioning the ability of modern Islamic countries to align their legal systems with Shari'a principles while preserving a competitive economic environment[92]. Evidence of this conflict can be found in the charging of interest for delayed payment[93], regarding which the Junatta Bank case is of particular relevance.

(B) Charging of interest in commercial transactions versus civil transactions: the Junatta Bank Case

The Junatta Bank was one of the several banks filing claims before the Abu Dhabi First Instance Court between 1979 and 1980[94]. The financial institutions sought payment of certain debts together with the related interest. The claim was based on Articles 61 and 62[95] of the Abu Dhabi Law of Civil Procedures, which allowed the courts to charge interest by the rate stated in art. 62 in respect of the awarded sum and until the final payment. Despite these provisions, the First Instance Court held that no interest was due to the plaintiff. Indeed, payment of interest would have been contrary to the Islamic prohibition of *riba*. As a consequence, the First Instance Court was prevented from applying Articles 61 and 62 of the Abu Dhabi Law on the grounds of Art. 7 of the UAE Constitution and Art. 75 of the Federal Law No.10/1973[96]. The Junatta Bank filed an appeal against

[92] From this point of view, Islamic Countries have established economic orders, and particularly banking systems, in compliance with Islamic doctrine. Some Islamic contemporary authors maintain that the state is supposed to intervene within banking system to remove *riba* and unlawful gains. The majority of Islamic doctrine finds the solution in a profit-sharing system to replace interest. However, there is also Islamic thinking which refuses existing solutions and asks Muslim economists to persist in their endeavors to find a path towards economic development that is fully Shari'a-compliant. See A. N. Saleh, *Unlawful Gain and Legitimate Profit in Islamic Law: Riba, Gharar and Islamic Banking,* Cambridge 1986.

[93] It is appropriate to underline that the distinction between *riba al-nasia* and *riba al-fadl* seems to have lost most of its relevance. Any unjustified earning, either for the creditor or the debtor, for the buyer or the seller, has to be considered as in contradiction with the principles of Islamic Shari'a, G.M. Piccinelli, *I principi e gli istituti*…, cit., p. 7 and ff..

[94] A. Al-Muhairi, *The Position of Shari'a within the UAE Constitution and the Federal Supreme Court's Application of the Constitutional Clause concerning Shari'a*, in *Arab Law Quarterly*, 11:3, 1996, pp. 234 ff.

[95] Art. 61: "*The Court may in determining the interest on an adjudged amount order the calculation of the interest from the date such amount fell due or any later date until the date of payment or any prior date. It may further charge interest on the costs of the claim or any part thereof.*"

Art. 62: *1 "Interest rate determined by the court shall not exceed the price accepted between the parties or dealt with such in any stage before instituting the proceeding.*

2 If the parties did not agree on the interest rate, the court may determine the rate, provided that it shall not exceed 12 percent in commercial formalities and 9 percent in the non- commercial formalities.

3 In all cases, the benefit shall not exceed the amount of debt origin."

[96] "*The Supreme Court shall apply the provisions of the Islamic Shariah, Federal laws and other laws in force in the Member Emirates of the federation conforming to the Islamic Shariah. Likewise, it shall apply those rules of Custom on those*

the First Instance decision, maintaining that payment of interest is legitimate where it is predetermined by agreement. Further, the appellant argued that it is not for the First Instance Court to decide whether law provisions violate the Constitution, which is instead a matter for the Supreme Court[97].

The Court of Appeal maintained that legislation, regulations, orders and other measures belong to the lower rank and as such they are subject to constitutional control. Quite the contrary, Islamic law belongs to a higher type of law which even the Constitution itself should follow, hence it is not subject to the constitutionality control. Therefore, the appeal was rejected on the grounds of Islamic Shari'a, according to which *riba* is a grave sin. The issue eventually reached the Constitutional Chamber of the Supreme Court under request of the Civil Cassation Chamber in order to evaluate the constitutional legitimacy of the aforementioned Articles 61 and 62. In upholding the validity of the examined provisions, the Supreme Court passed the buck and did not address the question of conflict between Islamic law and secular law. The ruling was based on the following formal considerations:

- Art. 148 of the Constitution states that all matters stated by laws in force at the time when the Constitution became effective[98] shall continue until they are amended or cancelled;

- both Arts. 7 and 150 of the Constitution address the legislator to replace laws which are not consistent with the Constitution or with Shari'a. The issuing of laws is not a judiciary competence;

- the purpose of the maximum interest rate introduced by Art. 62 of the Abu Dhabi Law of Civil Procedures is to protect the debtor. Therefore where payment of interest is originally laid down by the parties' agreement, its validity may not be questioned. The Court only has the power to reduce a rate which exceeds the legal limits.

---

principles of natural and comparative law which do not conflict with the principles of Shariah" (art. 75, Federal Law No. 10/1973.

[97] The Supreme Court is competent to examine the constitutional legality of laws, legislation and regulation under request of any state court during a case. The ruling is only binding on the case under which the constitutional challenge arose (art. 99.3 UAE Const.)

[98] As it was the case of the Abu Dhabi Law No. 3/1973.

It was only a matter of time before the Federal Supreme Court was asked to render a final judgment on Articles 61 and 62. Unavoidably, not only juridical but also economic considerations were part and parcel of the ruling. With decision No. 14/9 rendered on 28 June 1981, the Court declared the constitutional consistency of Arts. 61 and 62 of the Abu Dhabi Law. The ruling is final and binding *ex* Art. 101 of the Constitution. The decision was based on the concept of necessity or *maslaha*. Based on the analysis of the general *modus operandi* of financial institutions, the Court held that it was vital for banks to charge simple interest on banking operations. Since the UAE economy and social development largely rely on these institutions, securing their competitiveness was crucial for the economic existence of the UAE as well as for the wellbeing and benefit of the people of the UAE[99]. Possibly analogous economic considerations were taken into account by the Federal legislator[100]. Indeed, art. 714 of the UAE civil code (Federal Law No. 5/1985) renders void any provision which aims to introduce the payment of a benefit that exceeds the requirements of a loan contract, with the sole exception of a guarantee on the borrower's right[101]. However, as far as traders and commercial activities are concerned, provisions from the Commercial Code (Federal Law No.18/1993) will apply. Therefore, payment of interest can be validly stipulated within the contract.

In this regard, Art. 76 of the Commercial code states that "*A creditor is entitled to receive interest on a commercial loan as per the rate of interest stipulated in the contract…*". In addition, Art. 77 states that "*where the contract stipulates the rate of interest and the debtor delays payment, the delay interest shall be calculated on basis of the agreed rate until full settlement*". Art. 88 clarifies that where the debtor delays payment of the sum of money which is the subject-matter of the obligation, then he shall pay the interest fixed under the above-named Arts. 76 and 77 as a compensation for delay. Under these circumstances, damage is presumed without the need for the creditor to prove

[99] H. Tamimi, *Interest under the UAE law and as applied by the Courts of Abu Dhabi,* in *Arab Law Quarterly*, 50, 2002, pp. 50-51.

[100] In 1992, when the civil procedure code entered into force, it repealed all previous laws, decrees, orders, measures and decrees concerning civil procedures. Yet the provisions pertaining to interest remained in force as specifically stated under Art. 1 of the code itself.

[101] See also Art. 204: *"If the object to be disposed of or its consideration is an amount of money, its quantity and kind must be determined. The currency fluctuation at the time of payment is immaterial*".

it[102]. On the grounds of the above-mentioned provisions, the Dubai Court of Cassation[103] allows for the application of any interest rate agreed by the parties in commercial transactions. The Court also denies having any power to minimize the amount clearly resulting from the agreement, as long as the contract is not contrary to public policy. In the specific case, the legitimacy of a 15 per cent rate was declared since it was clearly provided for by the agreement in case of delay in the debt payment, and the terms of delay were clearly stated. The *riba r*egulation in the UAE is a clear example of the practical consequences resulting from the constant endeavour of jurists to find a balance between the need for modernization and the need for safeguarding Islamic identity.

(C) Relevance of Shari'a in *status personae* cases: divorce of Muslim citizens

Personal status cases are handled by Shari'a courts where they involve UAE Muslim citizens. These courts apply Islamic Shari'a, giving a prominent role to the Maliki jurisprudence, and as codified by the law of the state. Personal status law is codified under Federal Law No. 28/2005, which was enacted to implement the general principle stated under Art. 15 of the Constitution: "*the family shall be the basis of society. Its support shall be religion, ethics and patriotism. The law shall guarantee its existence and shall safeguard it and protect it from corruption*". The above-mentioned law applies to UAE Muslim citizens, while non-Muslim citizens are subject to special provisions applicable to their community or confession. Foreigners are subject to the personal status law as long as they do not choose a different law which is applicable according to the provisions of private international law.

Law No. 28/2005 is largely based on Islamic Shari'a and its purpose is to regulate matters concerning family law[104] . As an example, Art. 98 (3) states that "*Prior to deciding disunion between spouses, the court has to endeavour reconciliation*". In furtherance of this purpose, spouses will be received by the "Moral and Family guidance", which will try to reconcile the parties as prescribed under Surah An-Nisa

[102] Art. 89 Comm. Code.

[103] Case No. 261/96, reported in R. Price, E. al-Timimi, *United Arab Emirates Court of Cassation Judgments,1989-1997*, Alphen aan den Rijn 1998.

[104] Such as conditions of a valid marriage, spousal rights and obligations, and divorce.

(4:35)[105]. Another clear example can be found under the Second Book of the mentioned law concerning dissolution of contracts of marriage. Divorce can be obtained through repudiation, agreement between the parties or judicially. As far as the repudiation is concerned, Art. 100 states that "*Repudiation takes place by the husband or his proxy, designated in a special power of Attorney or the wife if her husband gave her complete autonomy of herself*". Under Art. 104, repudiation can be either retractable or non-retractable. The first one does not put an end to the marriage contract until the elapse of the *Idda*[106]. Repudiation is retractable, unless it has "*occurred for the third time or before sexual penetration*"[107]. The non-retractable repudiation may occur with or without the right to remarry. In the first case, the divorcee can only return to the man who divorced her after a new marriage and a new dowry. In the second case, the divorcee can only return to the man who divorced her after expiry of the *Idda* from another husband who had carnal knowledge of her pursuant to a valid marriage[108]. After divorce, the judge issues an order fixing the woman's alimony during the *Idda*'[109].

In application of Islamic law, and particularly the doctrine of Imam Malik, the Federal Supreme Court denied a divorcee the custody of her children[110]. The woman had been convicted by the Ajman criminal court[111] for her marital infidelity

---

[105] "*And if you fear dissension between the two, send an arbitrator from his people and an arbitrator from her people. If they both desire reconciliation, Allah will cause it between them. Indeed, Allah is ever Knowing and Acquainted [with all things*]".

[106] It is a waiting period that needs to expire before a widow or a divorced woman can get married to a man (who is not her previous husband in case of divorced woman).

[107] Art. 105.

[108] Surat Al-Baqarah (2:229, 230, 232):

"*Divorce is twice. Then, either keep [her] in an acceptable manner or release [her] with good treatment…";*

"And if he has divorced her [for the third time], then she is not lawful to him afterward until [after] she marries a husband other than him. And if the latter husband divorces her [or dies], there is no blame upon the woman and her former husband for returning to each other if they think that they can keep [within] the limits of Allah . These are the limits of Allah , which He makes clear to a people who know";

"And when you divorce women and they have fulfilled their term, do not prevent them from remarrying their [former] husbands if they agree among themselves on an acceptable basis. That is instructed to whoever of you believes in Allah and the Last Day. That is better for you and purer, and Allah knows and you know not".

[109] Surat 2:240-241: "*And those who are taken in death among you and leave wives behind - for their wives is a bequest: maintenance for one year without turning [them] out. But if they leave [of their own accord], then there is no blame upon you for what they do with themselves in an acceptable way. And Allah is Exalted in Might and Wise"; "And for divorced women is a provision according to what is acceptable - a duty upon the righteous*".

[110] Ruling on Appeal before Federal Appeal Court, No. 623/2013.

[111] Case No. 2515/2012.

(*zina*)[112]. Indeed, she had established an illegal relationship with a man, allowing him into her house while her husband was away. The husband divorced her on the grounds of the prejudice and harm derived from her unfaithfulness[113]. He asked for the Judge to refuse her custody of the children because she did not satisfy the conditions prescribed under Art. 143. The Federal Supreme Court held that the woman was not suitable for custody. The Court held that amongst the various conditions necessary for the custody of children, the custodian must have honesty, integrity and good character since such will have an impact on the ethics and education of the children. The claimant[114] did not possess such features since she committed a crime against her husband by letting a strang man enter their home without her husband's permission. It caused a prejudice of the moral principles of the family, which is a violation of the principles of the UAE society and its Islamic customs. Furthermore, based on the Maliki doctrine and on the grounds of the harm she caused to her husband, the wife was deprived of the right to receive the amount of the dowry that was still unpaid.

II.7. The Saudi Arabian legal system

The primary role of the Saudi Arabian state is to enact God's will. Indeed, Art. 23 of the Saudi Basic Law states that "*The state protects Islam; it implements its Shari'ah; it orders people to do right and shun evil; it fulfills the duty regarding God's call*". It is a duty of the state to regulate the daily lives of its citizens, their social conduct and their religious activity to ensure that they refrain from moral wrongdoing[115]. The

---

[112] *Zina* is one of the *hudud* offences against sexual morality. Islamic jurists agree on the definition of zina as "a sexual intercourse between a man and women outside a valid marriage (*nikha*), the semblance (*shubha*) of marriage, or lawful ownership of a slave woman (*milk yamin*)". Evidence of zina can be given either by confession or through four eye-witnesses who must have witnessed the intercourse. However, with the exception of this core of rules, Islamic schools require for different standards of proof on zina. As an example, only Maliki and Shafi'I jurists accept one confession as a satisfying proof of the offence, whilst other schools require for confession to be pronounced four times. (Z. Mir Hosseini, *Criminalizing sexuality, zina laws as violence against women in Muslim context*, in Ziba Mir Hosseini, Vanja Hamzic, *Control and Sexuality: The Revival of Zina Laws in Muslim Contexts*, London 2010, pp.11-12).

[113] Art. 117.

[114] Claim was filed by the woman.

[115] An interesting analysis on this aspect may be found in J. L. Brand, *Aspects of Saudi Arabian Law and practice*, in *Boston College International and comparative law review*, 9:1 (1986), p. 7: "*A Saudi lawyer might be asked by his client for an opinion on a question of contract liability; he could as well be asked for guidance as to what action might please God*".

state fulfills its Islamic duty through its executive and regulatory authorities which hold the power of *siyasa*[116]. This power is exercised in accordance with the Islamic law and it is addressed to the community as a whole. The role of *siyasa* is of vital importance in the modernization of the Saudi legal system. From this point of view, it has to be considered that the Hanbali school, which is the one prevailing in Saudi Arabia, does not recognize as a source of law any consensus achieved after the time of the Prophet[117].

It has already been said that God's Book and the Sunnah are the exclusive sources of law and of deliverance of *fatwa* in Saudi Arabia[118]. Nevertheless, the Saudi Constitution[119] identifies a regulatory authority that lays down regulations and motions to enact Islamic Shari'a. The regulatory power is jointly exercised by the King, the Council of Ministers and the Consultative Council. Given that the completeness and perfection of the Holy Book is a dogma for Believers[120], the regulatory authority is stated as being competent only for the activities which are permissible or to which Shari'a is indifferent.

What may result, and which is an alien concept to a Western jurist, is that both the regulatory and executive functions are carried out by the Council of Ministers and the King, who is also the Prime Minister. In order to improve administrative efficiency, the country has been divided into regions which are administered through local governments acting as branches of the executive central power. Administrative agencies have been spread along the country with the purpose of identifying and addressing social, economic and administrative needs. Each agency is under the direct supervision of the Minister in charge of the matter dealt with by the agency[121]. The third authority is the judiciary, which applies Islamic law to the individual and specific cases brought before the Court.

---

[116] The power that Shari'a itself delegates to rulers in matters not governed under Islamic law and aiming at the safeguard of the general interest and wellbeing of the community.

[117] F. E. Vogel, *The Public and Private in Saudi Arabia*: *Restrictions on the Powers of Committees for Ordering the Good and Forbidding Evil*, in *Islam: the public and private spheres*, 70:3, 2003, pp. 750 ff.

[118] Arts. 1 and 45 Const., as mentioned under paragraph III.A.

[119] Art. 44.

[120] See par. I.B.1.

[121] A. F. Ansary, *A brief overview of the Saudi Arabian legal system*, published online at the Hauser Global Law School Program, http//:www.nyulawglobal.org/globalex/Saudi_arabia.htm., 2008.

The judiciary system runs on two tracks: the system of courts and the administrative judiciary body (Board of Grievances). The system of courts is composed of courts of first instance, courts of appeal and the Supreme Judicial Council. Each court is divided into circuits or panels: general, criminal, family, commercial and labor. They are bound to decide according to Islamic Shari'a[122]. The Board of Grievances is composed of courts of first instance, courts of appeal and a High Administrative Court. It has jurisdiction to decide on administrative cases as listed under Art. 13 of the Law of the Board of Grievances[123]. Amongst others, the Board has jurisdiction over requests for execution of foreign judgments and arbitral awards. The High Administrative Court holds jurisdiction on judgments of lower administrative courts rendered in violation of provisions of Sharia or laws not inconsistent therewith[124]. Before the Board was established in 1954, jurisdiction over Administrative complaints belonged to the King.

II.7.1. Traditionalism and modernization in Saudi Arabia

As in other GCC countries, in Saudi Arabia the most conservative tendencies have to coexist with liberal ones. The difference comes from the fact that, in Saudi Arabia, the traditional movement is represented by the judges in Shari'a courts, the *Ulama* in Universities and the Board of the Senior *Ulama* which gives *fatwas*[125]. The Council of Ministers and the *Shura* Council appear to be the most prominent representatives of the movement towards modernisation. Their most substantial proposals concern the need for a codification that would guarantee a higher level of homogeneity of courts' decisions and the need for the Saudi state to pay more attention to commercial demands, also in the view of attracting foreign investors[126].

---

[122] See Saudi Arabia Law of the judiciary Arts. 5-25.

[123] *E.g.* rights provided for in civil service, military service and retirement laws for employees of the Government and entities with independent corporate personality; revocation of final administrative decisions issued by persons concerned when the appeal is based on grounds of lack of jurisdiction, defect in form or cause, violation of laws and regulations, error in application or interpretation, tort cases initiated by the persons concerned against the administrative authority's decision, contracts to which the administrative authority is a party etc.

[124] See art. 11

[125] A. M. Al-Jarbou, *The role of traditionalists and modernists on the development of the Saudi Legal System*, in *Arab Law Quarterly*, 21:3, 2007, p. 193.

[126] *Ivi*, p. 197.

Similar to other Islamic countries[127], in Saudi Arabia the conflict between traditionalist and liberal movements is particularly clear in the regulation of interest payments in commercial transactions.

The starting point is that in Saudi Arabia, any form of interest is prohibited because it is in contradiction with the Islamic dictates forbidding any form of *riba*. Nevertheless, where a contract includes clauses providing for the charging of interest, it is not entirely void: only the specific clauses are void and unenforceable before the courts. Unlike the UAE courts, which acknowledged the necessity of allowing interest in commercial transactions, the Saudi Shari'a courts and the Board of Grievances maintain a strict position regarding interest. It is beyond doubt that *riba* is forbidden under Islamic law, therefore courts refuse to enforce interest provisions and in some cases they reject the demand on the grounds of the illegality of the contracts involving *riba*.

As an example, the Board of Grievances[128], with a decision that became a precedent for the Board, refused to give judgment on the appeal filed by a bank's shareholder. The plaintiff alleged that the bank failed to perform its contractual obligations and asked the court to enforce the contractual provisions. The Board based its decision on a *fatwa*[129] stating that it is illegal to become a shareholder of a company dealing in illegal activities. As such, the plaintiff had no right to be protected. Still, several conventional banks operate on Saudi territory and they carry out conventional transactions[130] with interestingly low levels of NPL[131]. Saudi financial regulations do not provide for any specific regulation on interest. Furthermore it has already been said that interest is unenforceable but not illegal[132].

---

[127] See par. III.C.2 above.

[128] Decision 56/d/t g/1/1416, reported in A. M. Al-Jarbou, *The role of traditionalists…,* cit., p. 198.

[129] Islamic Jurisprudence Assembly, Jeddah AH 7-12/11/1412.

[130] By way of example, see http://www.alfransi.com.sa/en/section/about-us/annual-reports.

[131]See Central Banks' financial reports: http://www.sama.gov.sa/en-US/EconomicReports/Pages/FinancialStability.aspx

[132] On this point, an interesting conversation amongst King Faisal ben Abdul Aziz and a businessman has been reported: a Customer refused to pay interest claimed by the bank. He complained before the King since paying interest would have contradicted Islamic dictates. Nonetheless, the King responded that the Bank had granted a certain facility for a certain period. Hence the client was supposed to return the favor, giving the bank an equal amount for the same period after that time the bank is to repay it to him without interest. (A. Y. Baamir, *Shari'a Law in Commercial and Banking Arbitration: Law and Practice in Saudi Arabia*, Abingdon 2010 p.169.

The issue concerning the enforcement of banking contracts has been solved through the establishment of the Banking Disputes Committee by the Saudi Arabian Monetary Agency. The Committee has been created by Royal Decree[133] to settle all banking disputes and it is composed of a first instance committee and an appeal committee to review first instance rulings. Despite the fact that the Committee is not part of the Saudi judiciary system, it holds powers which are similar to those belonging to courts such as freezing debtors' bank and investment accounts, restricting debtors from dealing with governmental bodies and banks, issuing travel bans and so forth. The Committee's judgments are final and binding hence they are not subject to judicial review. Therefore, traditional courts are strictly bound to Islamic law and they do not enforce contract provisions which are not Shari'a compliant. However, banking transactions are subject to a separate regime that derogates from the interest prohibition. Ultimately, this creates a legal regime for banking transactions which is not dissimilar to that of the United Arab Emirates.

III. Islamic law: an essentially contested concept? *

W.B. Gallie introduced the idea of "essentially contested concepts" in an essay of that title published in 1956[134]. These are defined as "*concepts the proper use of which inevitably involves endless disputes about their proper uses on the part of their users*" [135] or, to be clearer, concepts in relation to which disputes cannot be resolved by argument alone, either because people mean different things when using the same word or because, while there could be a general agreement as to the concept, there is a disagreement as to the best implementation of it. Gallie offers different and, to some extent, overlapping conditions that can be deemed descriptive of the nature of these concepts[136]. More specifically, (a) the concept must be "*appraisive in the sense*

[133]No. 8/729, 10/07/1407H.

* The present Chapter has been drafted by Gianluca De Donno.

[134] W. B. Gallie, *Essentially Contested Concepts*, in *Proc. Aristotelian Soc'y*, 167, 1956.

[135] *Ivi,* p. 169.

[136] The theory of essentially contested concepts has received wide attention from theorists in many fields of research. Without the pretention of being complete, reference can be made to J. Waldron, *Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)*? in *Law and Philosophy,* 21, 2002; J. Gray, *Political Power, Social Theory and Essential Contestability* in David Miller and Larry Siedenkopf (ed.), *The Nature of Political Theory*, Oxford 1983, pp. 75–101; C. Swanton, *On the 'Essential Contestedness of Political Concepts*, in *Ethics,* 95*,* 1985; B.

that it signifies or accredits some kind of valued achievement"; (b) it must have "*an internally complex character, for all that its worth is attributed to it as a whole*"; (c) the accredited achievement should be, initially, variously describable; and (d) the concept must be recognised as contested among contending parties and the disputes regarding the concept must appear to be perfectly genuine, unresolvable by argument of any kind, [and] nevertheless sustained by perfectly respectable arguments and evidence [137].

One of the interesting examples raised by Gallie concerns the definition of "democracy". As he notes, all the uses of the term presuppose a more elementary one in which is expressed a variety of political aspirations that have been historically embodied in countless slave, peasant, national and middle-class revolts and revolutions, as well as in scores of national constitutions and party records and programmes [138]. Consequently, the concept of democracy shows at a first sight its "internal complexity" to the extent that any democratic achievement (or programme) admits of a variety of descriptions in which its different aspects are graded in different orders of importance and which might convey: (i) the idea of the power of the majority of citizens to choose (and remove) governments; (ii) the equality of all citizens, irrespective of race or creed, to attain positions of political leadership and responsibility; and (iii) the continuous active participation of citizens in political life [139]. However, no matter how cogent the analysis, people could reasonably disagree over defining the above characteristics of "democracy". They, for example, may disagree on the extent that forms of direct democracy should be implemented, particularly whentaking particular political decisions. They may have different views on the idea that a democratic society should provide a state-funded

---

Clarke*, Eccentrically Contested Concepts*, in *British Journal of Political Science,* 9, 1979. Essential contestation also plays a pivotal role in the work of R. Dworkin on the concept of law: in his article "Constitutional Cases" he affirmed that certain theories of legal interpretation "*ignore a distinction that philosophers have made but lawyers have not yet appreciated",* where such distinction is the distinction between abstract concepts and the various, more specific conceptions of which that concept admits, thus failing to understand that some such abstract concepts— like the concepts of fairness, equality, and cruelty—are contested concepts, which therefore admit competing conceptions. See R. Dworkin, *Taking rights seriously. Cambridge,* Harvard 1977, p. 134. See also M. E. Criley, Contested Concept and Competing Conceptions, available at http://d-scholarship.pitt.edu/9832/1/Criley%2C_Mark_E_Dissertation_2007-1-30.pdf.

[137] *Ivi,* p. 172.
[138] *Ivi,* p. 184.
[139] *Ivi,* p. 185.

national health system or on the incidence of the progressive rate of taxation on wealthier classes. Politics being the art of the possible, democratic targets will be raised or lowered as circumstances alter, and democratic achievements are always judged in the light of such alterations.

Following our description of Islamic law "in action", a similar theoretical essence is revealed by the concept of "Islamic law". As we have seen, competing legal and scholarly understandings of Islamic law - achieved in a particular era or in a specific cultural and geographical environment - may present remarkable degrees of differentiation with regard to such concept. Indeed, the hermeneutical value of the *ijtihad* exerted by classical *mujtahids* is not the value that *ijtihad* has acquired in the praxis of the Egyptian Supreme Constitutional Court. We should not be surprised, since the actors do not share a common background: on one side jurists educated in institutions that had as their core a precise learning of Islamic law while, on the other, secular jurists that interpret Islamic law within the boundaries of a modern constitutional framework. Similarly, the controversial conceptualization of Islamic law that has often been advanced in Western courts has identifiable historical roots and has not been developed in a vacuum. Arguably, moreover, the exegetical method opted for by UAE courts has few points of contact with those experienced by the Egyptian SCC, the former tending to be more literal and closer to the word of the sources while the latter is more devoted to abstracting from the sources very broad principles, thus moving towards positions characteristically identified as secular and liberal, but at the same time distant from the classical jurists interpretation of *zina,* showing a stricter reading of the requirements for *zina* to be proved. Conversely, both the UAE Supreme Court and Saudi legislation on the matter, despite the quite clear prohibition of *riba* in Islamic legal sources, tend to accept that commercial transactions provide for charging interest, on the grounds of necessity or *maslaha.* Nonetheless, it is hard to affirm that one of the multiple interpretations provided has the priority over the remaining and embodies the "true" meaning of Islamic law. All being contestable and disputable, they have

competing but at same time defensible conceptions that reject any possible sound definition of what Islamic law "is" and which are its necessary contents.

A valuable paper by Nimer Sultany shows the logical flaws inherent to debates that prefer conceptualism over pragmatism, as such debates are inclined to ignore the contestability of the basic concepts[140]. Sultany reflects on the long discussed issue of the compatibility of Islam with democracy, observing that it cannot be resolved on a highly abstract level of debate. Indeed, as he acutely observes in mapping the standpoints of Salafis and moderate Islamists on the subject, they both call for *Shari'a* law, but have different conceptions of it, while, both moderate Islamists and secularists call for individual rights, but have different conceptions of rights. On the other hand, the Salafi surely have as strong a commitment to social justice as leftist secularists: nonetheless, they promote a different conception of justice[141]. In the thought of Sayyed Qutb, Sultany underlines, Islam advocates freedom, social justice, and equality, but in his idea of equality differentiated treatments of women are totally justifiable. Arguably, there is a certain overindulgence of formalism when we pretend that words have a determinate, clear, fixed, or stable meaning and that they can dictate only certain outcomes through a single deductive method[142] ; formalism "*suggests an apolitical—or objective—and conclusive resolution of conflicts through logical reasoning that is not susceptible to the open-ended character of political and ideological contestation*" [143]. Applied to the competing determinations of Islamic law, formalism prevents a comprehensive approach and upholds a one-sided scenario where, following a syllogistic method, from the authoritative sources of Islamic law only a single answer is derived through predetermined standard operations of logic. Obviously, as explained *supra,* this view is wrong insofar as it ignores the decisive human agency (and value choices) that is behind any interpretation and arrangement practice and thus distorts or misunderstands the practice of Islamic law. This point is shared both from liberal

[140] N. Sultany, *Against Conceptualism: Islamic Law, Democracy, and Constitutionalism in the Aftermath of the Arab Spring,* in *Boston University International Law Journal*, 2013.
[141] *Ivi,* p. 449.
[142] *Ivi,* p. 456.
[143] *Ibidem.*

(or secularist) and from literalist Islamic law hermeneutical methodologies. In each case, devotion to formalism hides the recognition of the necessary contestable, variable and evolving Islamic law traditions, where no one tradition deserves more than another the banner of embodying the values of "true Islamic law".

There are many Islamic laws and many structures Islamic law could assume: the mere fact that in specific historic circumstances Islamic law has developed along certain forms does not mean those forms should be valid for all times and places. We can judge if those forms were functional in the context they operated and if they can be useful in changed contexts, but we cannot pretend they have an eternal validity. Muslims are in charge of deciding the organization of their communities and the application of Islamic law according to Qur'anic moral standards. They have the possibility of determining which among the Qur'anic precepts have a legal dimension and how to structure an Islamic legal system. Obviously, it is a consequence that different communities can reach different results, thus preserving the value of diversity. In any case, what Islamic law is, which are its legitimate forms, which way is more suitable for its application, are all questions to which only Muslims can answer. What Muslims maintain is the proper way of devising Islamic law becomes Islamic law [144].

Abstract
Starting from the second half of the last century, a great emphasis has been put on Shari'a as a central element in the legal system of many Muslim-majority states. The common approach toconsidering Islamic legal systems, however, is still dominated by a monolithical conceptualization of Islamic law, where the description of Shari'a is derived from abstract reasoning on what Shari'a is or ought to be. The aim of this article, after a discussion of the concept of law in Islamic legal thought and an overview of the different interpretations of Islamic law as elaborated within divergent cultures (Arab Republic of Egypt, UAE and Saudi Arabia), is to advance the idea of Islamic Law as an essentially contested concept, and to detach its analysis from any formalism in favour of an acknowledgment of its antagonistic, unfixed and ever-evolving nature.

Key words
Shari'a - Fiqh - Ijtihad - Modernisation - Veil - Riba - Gallie - Contestedness - Formalism.

[144] R. Peters, *From Jurists' Law to Statute Law or What Happens When the Shari'a is Codified,* in *Mediterranean Politics*, 7:3, 2002, p. 91.

JusOnline n. 3/2017
ISSN 1827-7942

Giovanni Bombelli

Professore associato in Filosofia del diritto, Università Cattolica di Milano

Risorse fondamentali e diritto: la questione dell'acqua. Aspetti filosofico-giuridici*

Sommario. 1. Premessa: *commons*, diritto e filosofia politica 2. Livelli di analisi 3. Uno sguardo storico-giuridico 4. Alcuni profili teorici: nozione di "bene", soggetti giuridici e modelli sociali 5. Dimensioni antropologiche: antropizzazione, acqua, ambiente 6. Per concludere

1. Premessa: *commons*, diritto e filosofia politica

L'acqua rappresenta un tema estremamente complesso.

In esso, infatti, si intrecciano piani molteplici e prospettive diverse: dalla sociologia all'economia, dalla scienza al diritto sino alla geopolitica. "L'acqua è vita".[1]

L'acqua, o meglio il "bene-acqua", è diventato così oggetto, volta per volta, della riflessione storico-sociologica (quanto alle modalità d'uso e diffusione) o, più recentemente, dell'indagine tecnico-scientifica (in particolare con riguardo al controllo dei livelli qualitativi: si pensi alla rilevanza progressivamente assunta dalla microbiologia). Similmente, e in termini del tutto consequenziali ai due profili appena accennati, il problema dell'acqua da sempre presenta riflessi significativi anche in ordine alla sfera del diritto e della politica economica, soprattutto per quanto attiene all'approntamento delle forme di allocazione dei beni "pubblici" e, più in generale, in relazione all'architettura dei modelli associativi.[2]

---

* Il contributo, sottoposto a *double blind peer review*, è destinato, in forma parzialmente diversa, ad un volume che raccoglie i contributi relativi al PRIN 2010-2011 *L'acqua: risorsa non riproducibile, bene pubblico, fattore di sviluppo, causa di guerra* diretto dal Prof. Sandro Staiano in corso di pubblicazione presso l'editore Jovene di Napoli. Si ringrazia il Prof. Staiano e l'Editore per avere acconsentito alla pubblicazione della presente versione.

[1] A. Massarutto, *L'acqua*, il Mulino, Bologna, 2008, p. 7 (ivi utile bibliografia e sitografia, sui temi affrontati in questo contributo, alle pp. 136-140); per un quadro generale in chiave antropologico-culturale P. Sorcinelli, *Storia sociale dell'acqua - Riti e culture*, Bruno Mondadori, Milano, 1998 e K. S. Davis, *L'acqua. Scienza, storia, impieghi presenti e futuri dell'acqua*, Einaudi, Torino, 1962; in chiave più strettamente giuridica, da prospettive diverse, M. Andresi (a cura di), *Acqua, servizio pubblico e partecipazione*, Giappichelli, Torino, 2015; U. Mattei-A. Quarta, *L'acqua e il suo diritto*, Ediesse, Roma, 2014; M. Gigante (a cura di), *L'acqua e la sua gestione: un approccio multidisciplinare*, Jovene, Napoli, 2012; G. Santucci-A. Simonati-F. Cortese, *L'acqua e il diritto*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2011.

[2] In merito il recente K. Burnett-R. Howitt -J. A. Roumasset-C. A. Wada (eds.), *Routledge Handbook of Water Economics and Institutions*, London-New York, 2015.

Ma il tema ovviamente va ben oltre.

Il "bene-acqua", o forse sarebbe meglio dire l'universo-acqua, investe infatti dimensioni complesse e, in qualche modo, fondative che toccano il profilo radicalmente antropologico: la questione dell'acqua in ultima analisi si carica così necessariamente, lo si accennerà meglio in conclusione, di dimensioni simbolico-evocative nonché estetiche.

L'acqua riveste, in sostanza, un ruolo peculiare per i profili molteplici che in essa trovano espressione e, soprattutto, con riguardo ai significati ulteriori a quelli legati ai risvolti più direttamente economico-politici. Su tutti questi aspetti si tornerà nelle pagine che seguono.

Del resto, anche restringendo la prospettiva al rapporto più specifico tra diritto (*melius* il binomio diritto-politica) e acqua, in particolare accedendo a una chiave interpretativa peculiarmente filosofico-giuridica, vengono a tema aspetti eterogenei riguardo ai quali è possibile provare preliminarmente a fare ordine. In questo senso, e per coglierne compiutamente la portata, il tema dell'acqua va collocato all'interno della questione dei *commons* (beni comuni).[3]

Quest'ultima ha ormai acquisito uno spazio centrale non solo nell'attuale riflessione filosofico-giuridica ma, più latamente, anche a livello di dibattito pubblico e di movimenti di opinione, costituendone uno dei filoni emergenti.[4] Con tale

[3] In questo senso taluno, da una prospettiva costituzionale, rilegge le questioni concernenti la risorsa "acqua" (accesso e utilizzo) in termini di diritto sociale, in ultima analisi ricomprendendo l'intero plesso problematico nel più ampio alveo dei "beni comuni": "il caso dell'acqua, che emerge oggi come oggetto di un nuovo diritto per la sua scarsità e la sperequata distribuzione, potrebbe divenire esempio paradigmatico di una più vasta tutela che, attraverso il meccanismo dei diritti sociali, potrebbe trovare l'accesso universale a quei beni che, per la loro strumentalità al godimento dei diritti fondamentali, devono essere sottratti al mercato e resi accessibili a chiunque" (S. Scagliarini, *Diritti sociali nuovi e diritti sociali* in fieri *nella giurisprudenza costituzionale*, reperibile in http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2012/08/ScagliariniDEF.pdf, p. 43: ivi riferimenti anche a pronunce della Corte costituzionale). Su questi temi rinvio inoltre a F. Pizzolato, *Autorità e consumo: diritto dei consumatori e regolazione del consumo*, Giuffrè, Milano, 2009.

[4] Come noto il dibattito intorno ai "beni comuni" è andato articolandosi in molteplici direzioni e sul tema esiste ormai una bibliografia vastissima. Per un quadro generale si può vedere U. Pomarici, *Beni comuni*, in Id. (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2012, I, p. 1 e ss.; per la problematizzazione di tale nozione in rapporto al concetto di "bene pubblico" C. Iannello, *Beni pubblici* versus *beni comuni*, in www.forumcostituzionale.it. Inoltre G. Micciarelli, *I beni comuni e la partecipazione democratica. Da un "altro modo di possedere" ad un "altro modo di governare"*, in "Jura Gentium", XI, 1, 2014, pp. 58-83; L. Coccoli (a cura di), *Commons/Beni comuni. Il dibattito internazionale*, goWare, Firenze, 2013; F. Cassano, *Homo civicus. La ragionevole follia dei beni comuni*, Dedalo, Bari, 2004. Per l'attenzione al tema da parte delle istituzioni *I beni pubblici, materiali di lavoro della commissione Rodotà*, a cura della Segreteria scientifica del Ministero della Giustizia, Roma, 2008; nella letteratura non italiana, ad esempio, S. Bailey-G.Farell-U. Mattei (a cura di), *Future Generations and the Commons*, Publications of the Council of Europe, Strasburgo, 2013.

espressione si fa generico riferimento alle questioni concernenti i *criteri politico-giuridici* di accesso alle risorse naturali o, più estesamente, a tutti i "beni" che, in linea di principio e almeno nella recente tradizione giuridica continentale, si ritengono in qualche modo privi di limiti in ordine alla loro fruibilità: dai tradizionali "beni sociali", come l'istruzione o l'assistenza sanitaria, fino ad arrivare anche al "bene-tecnologico" (paradigmaticamente rappresentato da Internet[5]) nonché alle modalità della loro allocazione e/o gestione.[6]

Si tratta, peraltro, di un arco di questioni che è andato progressivamente allargandosi.

Dalla sfera ristretta delle risorse naturali tale plesso tematico investe ormai, in senso più ampio, la questione delle forme di approvvigionamento dei beni essenziali (si pensi alla questione alimentare[7]), sino al tema della tutela *in origine* di alcune aree del pianeta con l'emergere, da ultimo, del sempre più problematico nesso intercorrente tra "comunità indigene" e dimensione spazio-contestuale ove quest'ultime da sempre dimorano (un profilo paradigmaticamente attestato dal tema del cosiddetto *landgrabbing*[8]).

---

[5] In merito ad esempio M. Pietrangelo (a cura di), *Il diritto di accesso ad Internet*, Esi, Napoli, 2011.

[6] Un'interessante variante dell'universo rappresentato dai *commons* è costituito dalla diffusione dei cosiddetti *creative commons*: essi consistono in una particolare tipologia di licenze che consente ai detentori di diritti di copyright di sottrarsi alle attuali discipline nazionali in vista della condivisione dei contenuti informativi. In sostanza tali strumenti permettono di cedere parte di tali diritti al pubblico dei fruitori mantenendo una quota dell'esclusiva grazie a una molteplicità di modelli giuridici (licenze, contratti, ecc.) che implicano la destinazione pubblica o a contenuto aperto (*open content*) dei contenuti diffusi. L'intenzione è quella di evitare i problemi posti dalle attuali leggi sul copyright in ordine alla diffusione e condivisione delle informazioni: per lo scenario italiano si veda, ad esempio, il sito www.creativecommons.it.

[7] In merito F. Leonini-M. Tallacchini-M.Ferrari (eds.), *Innovating Food, Innovating the Law*, Libellula Edizioni, Tricase, 2014. Per un approccio multidisciplinare ai temi qui evocati B. Biscotti-E. Lamarque (a cura di), *Cibo e acqua: sfide per il diritto contemporaneo. Verso e oltre Expo 2015*, Giappichelli, Torino, 2015.

[8] Si tratta di un fenomeno controverso, dai molteplici risvolti socio-economico-giuridici, che riguarda le pratiche di controllo su larga scala (per via di acquisto o affitto) di aree a destinazione agricola da parte di multinazionali, governi o soggetti privati. Tale processo va collocato nel quadro delle cosiddette *development based evictions* (o espropriazioni legate a investimenti economici): in merito si può vedere V. G. Foster, *Foreign Investment and Indigenous Peoples: Options for Promoting Equilibrium Between Economic Development and Indigenous Rights*, Michigan University Law School, 2012 (testo disponibile in http://repository.law.umich.edu/mjil/vol33/iss4/1); A. Comba (a cura di), *Neoliberismo internazionale e global economic governance*, Giappichelli, Torino, 2013; *Indigenous Issues: Human Rights and Indigenous Issues*, UN. Doc. E/CN.4/2003/90, 21 gennaio 2003. Per un inquadramento generale di questi temi rinvio, ad esempio, a F. Bestagno (a cura di), *I diritti economici, sociali e culturali. Promozione e tutela nella comunità internazionale*, Vita & Pensiero, Milano, 2009 (in particolare il contributo di Francesco Bestagno *Obblighi internazionali in materia di abitazione* pp. 87-127).

Riguardo all'evoluzione normativa vanno ricordati, in particolare, la Convenzione ILO No.169 del 1989 sui diritti dei popoli indigeni e tribali (consultabile in http://www.gfbv.it/3dossier/diritto/ilo169-conv-it.html), che era stata preceduta dalla Convenzione ILO No. 107 del 1957 nonché, come orizzonte normativo

Peraltro tutti nodi problematici, occorre subito notare, che a ben vedere sono sottesamente animati dall'evocazione e dal riferimento, in forma più o meno esplicita, all'orizzonte della "giustizia", secondo una significativa linea di riflessione che percorre ormai molti itinerari di ricerca contemporanei.

In questa direzione il sempre attuale dibattito filosofico-politico intorno al "giusto", quantomeno a partire dall'ormai classica tematizzazione proposta da John Rawls,[9] si intreccia con alcune prospettive innovative che attraversano anche la riflessione economica (segnatamente nella nota impostazione dell'economista Amartya Sen[10]), profondamente sensibili ai temi dell'orizzonte della giustizia in ordine all'individuazione dei "giusti" criteri di allocazione dei beni.[11]

Fili, in sostanza, che si intrecciano a cavallo di diritto e filosofia politica e che, evidentemente, intrattengono una relazione molto stretta con la questione dell'acqua.

In termini più precisi, quest'ultima costituisce un'articolazione evidente e, per molti versi, paradigmatica del tema dei *commons*. Da tempo, infatti, va delineandosi il problema del "bene-acqua": ritenuta per lungo tempo una risorsa pressoché illimitata, essa in realtà (come del resto potrebbe accadere in un prossimo futuro per altri beni: ad esempio l'aria) sembra vieppiù configurarsi non solo come una risorsa

---

di ordine generale, il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966. Tali temi hanno fatto registrare un ampio sviluppo a livello giurisprudenziale in molti e diversi contesti internazionali, come ad esempio nel sistema interamericano di tutela dei diritti a partire dalla *Dichiarazione americana dei diritti e doveri dell'uomo* (1948: in merito http://unipd-centrodirittiumani.it/it/schede/La-Dichiarazione-americanadei-diritti-e-dei-doveri-delluomo/254) e dalla *Convenzione americana sui diritti umani* (ACHR, 1969), che hanno consentito il riconoscimento di un vasto catalogo di diritti fondamentali nel continente americano. La tutela concreta di tali diritti è stata resa possibile dall'istituzione della Commissione e della Corte interamericana, così come tale processo si è reso praticabile in ambito africano a partire dalla *Carta Africana dei diritti dell'uomo e dei popoli del 1981* (disponibile all'indirizzo www.achpr.org/instruments/achpr/#a14). Riguardo al ruolo dell'ONU rinvio alla *Dichiarazione ONU sui diritti dei popoli indigeni del 2007* (testo della Dichiarazione disponibile in lingua italiana all'indirizzo http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_it.pdf), mentre per quanto concerne gli sviluppi giurisprudenziali va ricordata l'evoluzione a livello di Corte interamericana sui diritti di proprietà collettiva (dalla pronuncia *Awas Tingni* al caso *Yakye Axa* fino ai temi del diritto al consenso previo, libero e informato delle comunità indigene connessi alle pronunce *Saramaka* e al caso *Sarayaku*) e lo sviluppo del diritto alle terre nel sistema africano dei diritti umani (dalla pronuncia *Ogoni* al caso *Endorois*), nonché i significativi riflessi che tale produzione giurisprudenziale ha avuto a livello di corti nazionali. Ringrazio il dott. Andrea Mensi per avermi segnalato tali riferimenti normativi e bibliografici.

[9] J. Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1971.

[10] In termini puramente esemplificativi rinvio, nella vasta produzione dell'economista di origine indiana, al suo *The Idea of Justice*, Penguin Books, London et al., 2009.

[11] Si pensi, ad esempio, a tutto il filone rappresentato dall'"economia civile": in merito, nella letteratura italiana, si vedano almeno L. Bruni-S. Zamagni, *L'economia civile. Efficienza, equità, felicità pubblica*, il Mulino, Bologna, 2004; Id., *L'economia civile. Un'altra idea di mercato*, il Mulino, Bologna, 2015.

strutturalmente limitata, ma propriamente come "bene economico" (da qui il suo assoggettarsi ai classici parametri che definiscono quest'ultimo e, cioè, scarsità e reperibilità-disponibilità:[12] lo si vedrà meglio al paragrafo successivo).

Il dibattito intorno ai *commons* si presenta, peraltro, secondo declinazioni molteplici che in questa sede non è possibile seguire in dettaglio. All'interno di tale dibattito, tuttavia, è dato quantomeno intravedere l'emergere di alcuni punti che qui interessano, così da abbozzare quantomeno una sorta di griglia di lettura preliminare.

Appare difficile, in primo luogo, elaborare una definizione di "beni comuni".

In tal senso vi è chi distingue tra "beni comuni necessari" e "beni comuni accidentali". I primi sarebbero agganciati a diritti fondamentali, laddove i secondi presenterebbero un più accentuato nesso con i contesti, o le comunità, di riferimento[13] e, quindi, sarebbero rimessi a una valutazione in qualche modo contingente.

In secondo luogo, in termini non meno importanti, viene a tema il problema della configurazione dei *diritti di accesso* ai beni comuni. Da questa prospettiva ciò che appare particolarmente problematico non è soltanto, in chiave generale, la configurazione della tutela dei *commons*,[14] bensì anche il rapporto tra quest'ultimi e (l'eventuale) compressione o dilatazione dello spazio di esercizio di un diritto ritenuto fondamentale come quello rappresentato dalla proprietà privata[15] (sui *commons* si tornerà anche *infra* al § 4).

Da qui, in senso più ampio, il nesso che intercorre tra "beni comuni" e assetti socio-ordinamentali. Sul punto occorre solo registrare la polarità che sembra attraversare l'attuale dibattito il quale appare sostanzialmente scisso tra due impostazioni. Da un lato si propugna la possibilità di un complessivo ripensamento

---

[12] Un panorama della questione in K. Burnett-R. Howitt -J. A. Roumasset-C. A. Wada (eds.), *Routledge Handbook of Water Economics and Institutions*, cit., Part I.

[13] In merito si vedano, ad esempio, le distinzioni proposte in G. Micciarelli, *I beni comuni e la partecipazione democratica. Da un "altro modo di possedere" ad un "altro modo di governare"*, cit., *passim*

[14] Sul punto M. Spanò, *Istituire i beni comuni. Una prospettiva filosofico-giuridica*, in "Politica & Società", 3, 2013, pp. 427-448 che, problematizzando la questione anche in relazione al nesso tra le nozioni di *community* e *common*, muove dall'impostazione di Yan Thomas e ragiona intorno alla possibilità di ricorrere a *class actions*.

[15] Sulla tensione *private behavior-regulatory design* si veda K. Burnett-R. Howitt -J. A. Roumasset-C. A. Wada (eds.), *Routledge Handbook of Water Economics and Institutions*, cit., Part II.

degli assetti democratici, con l'enfatizzazione del radicamento rappresentato dai contesti o comunità locali. Dall'altro emerge, invece, la proposta di una semplice revisione del modello liberale che ne conservi i tratti storicamente e concettualmente costitutivi.[16]

In ultima analisi il problema, come sempre, sembra essere di natura categoriale.

Il punto è costituito non solo dal problematico nesso che intercorre tra le nozioni di "privato", "pubblico" e "comune" ma, soprattutto, dalla loro necessaria ridefinizione in senso contestuale-riflessivo (eventualmente anche in chiave di "beni relazionali"[17]) a fronte dei nuovi scenari e delle nuove sfide che vanno delineandosi.[18] Da questa prospettiva appare evidente come i temi concernenti l'accesso alle risorse primarie, e che rientrano ormai nell'abituale *agenda setting* della questione dei *commons*, costituiscano per molti versi un punto di rottura con il quadro moderno coagulatosi intorno allo Stato di diritto.

Nella tradizione dogmatica e, più in generale, nella politica del diritto maturata nell'alveo della modernità giuridica la questione delle risorse primarie (o "naturali") non veniva espressamente a tema in ragione dello schema di fondo su cui verteva l'impostazione moderna. Per quest'ultima l'insieme di tali risorse costituiva una sorta di serbatoio illimitato e, tendenzialmente, ad accesso universale: ciò rappresentava l'indiscusso orizzonte di sfondo delle politiche di sviluppo e, al contempo, di sfruttamento e conquista, approntate dallo Stato nascente che segnarono le epopee delle rivoluzioni industriali moderne.[19]

---

[16] G. Micciarelli, *I beni comuni e la partecipazione democratica. Da un "altro modo di possedere" ad un "altro modo di governare"*, cit., *passim*

[17] In merito il numero 2015 di "Teoria e Critica della Regolazione Sociale" sul tema *Beni relazionali*.

[18] Per il possibile saldarsi di tale prospettiva con l'orizzonte più squisitamente politico-istituzionale, segnatamente l'assetto democratico, si veda ad esempio G. Rotolo, *Deliberative Democracy and Environmental Law Enforcement*, in T. Spapens-R. White-W. Huisman (eds.), *Environmental Crime in Transnational Context. Global Issues in Green Inforcement and Criminology*, Routledge, London-New York, 2016, pp. 174-192, in particolare pp. 189-190. Inoltre, nella stessa cornice argomentativa, F. Centonze-S. Manacorda (eds.), *Historical Pollution. Comparative Legal Responses To Environmental Crimes*, Springer, Cham, 2017, in particolare ivi il saggio di G. Rotolo, *Historical Pollution: In Search of a Legal Definition*, pp. 57-89.

[19] In merito si vedano ad esempio G. Massard-Guilbaud-C. Bernhard (eds.), *Le démon moderne. La pollution dans les sociétés urbane et industrielles d'Europe*, Presses Universitaires Blaise-Pascal, Clermont-Ferrand, 2002.

2. Livelli di analisi

Le considerazioni sin qui proposte consentono, ora, di impostare meglio la questione delle risorse fondamentali evidentemente inclusiva del "bene-acqua". In questo senso occorre procedere per gradi e, più precisamente, si può adottare una triplice prospettiva: a) la lettura storico-giuridica, b) l'indagine più spiccatamente concettuale o teorico-giuridica e, infine, c) lo sguardo antropologico (*melius* filosofico-giuridico-antropologico).[20]

a) In primo luogo si dovrà considerare, anche da una prospettiva storico-giuridica, lo sviluppo del quadro regolativo concernente il "bene-acqua". Un versante, va precisato, che, nell'economia del presente contributo, rappresenta un passaggio necessario poiché già a questo livello emergono taluni profili di un qualche rilievo anche sul piano concettuale.

b) In chiave più teorico-giuridica verranno invece a tema le nozioni, tra loro correlate, di "bene", "soggettività" giuridiche e "modello sociale". Si tratta, evidentemente, di *topoi* in qualche misura classici che tuttavia, anche alla luce di quanto osservato in via introduttiva, appaiono suscettibili di una lettura parzialmente alternativa a quella in qualche modo tradizionale.

c) Infine occorrerà soffermarsi su alcuni aspetti peculiarmente filosofico-antropologici, soprattutto in una prospettiva *de jure condendo*. Più precisamente, in ordine ad una legittimazione maggiormente articolata della tutela giuridica del "bene-acqua".

3. Uno sguardo storico-giuridico

A partire da una prospettiva storica la questione dell'acqua presenta da subito un tratto costante e, cioè, il suo stretto rapporto con la sfera *lato sensu* giuridica. In altri termini, a ben vedere ogni modello di vivere associato è andato configurandosi

[20] Un quadro articolato dei temi qui accennati, benché non espressamente dedicato alla questione dell'acqua, è quello offerto in L. Caimi (a cura di), *Coscienza ambientale e educazione alla legalità*, Vita & Pensiero, Milano, 2006 ove si coniuga approccio socio-giuridico e prospettiva antropologico-pedagogica.

secondo un sistema di regolazione del reperimento, dell'allocazione e della distribuzione del "bene-acqua".[21]

Sul piano metodologico occorre, peraltro, formulare una precisazione preliminare.

Richiamare almeno alcuni elementi di fondo della disciplina giuridica concernente il "bene-acqua" comporta fare necessario riferimento, soprattutto per coglierne il senso e le ragioni, ai contesti entro i quali volta per volta essa è andata configurandosi. Ciò significa che, almeno da questa prospettiva, lo sguardo storico non può che essere *al contempo* giuridico: si dovrà, quindi, "sopportare" un qualche grado di sovrapposizione, o di intreccio, tra ricognizione storica e riferimento ai profili più peculiari al diritto o comunque ascrivibili alla sfera giuridica. Del resto, come subito si vedrà, quasi sempre le opzioni giuridiche non sono scindibili dalle condizioni storico-sociali entro le quali sono andate maturando. Esse, quindi, vanno comprese nel quadro degli scenari mutevoli che hanno segnato le transizioni dei modelli sociali a partire dalle prime forme arcaiche di regolamentazione giuridica.

Già dalle epoche più antiche è possibile osservare l'emergere non solo di sistemi di distribuzione, ma anche di controllo, dell'acqua. Senza alcuna pretesa di esaustività vanno almeno ricordati per quanto concerne il mondo occidentale (discorso in parte diverso andrebbe forse fatto per i sistemi extraoccidentali, come ad esempio la Cina) i modelli sorti già nella cultura di lingua sanscrita nonché, ad esempio, nella civiltà egizia (per l'area mediterranea) e sino all'epoca romana. Come noto l'attenzione dei romani per le questioni idriche costituisce per molti versi un *unicum* nel quadro del mondo classico: non solo per la predisposizione di sofisticati sistemi di distribuzione dell'acqua (gli acquedotti), ma anche per l'allestimento di una normativa dettagliata.[22]

---

[21] Per alcuni dati storico-giuridici cui di seguito si farà riferimento mi sono avvalso, in particolare, dell'ottima ricostruzione offerta nella tesi di dottorato di F. Planchenstainer, *La regolamentazione dell'acqua destinata ad impiego alimentare: analisi storico comparativa dei differenti approcci sviluppati negli Usa e nella UE*, copia elettronica disponibile all'indirizzo www. http://eprints.biblio.unitn.it/archive/00002207.

[22] In merito molte notizie ci provengono da Frontino, il *curator acquarum* di Augusto, autore del *De aquis urbis Romae* (l'unica opera latina pervenuta dedicata alla trattazione degli acquedotti); più in generale si veda E. Hermon, (a cura di), *Vers une gestion intégrée de l'eau dans l'Empire romain* (Actes du colloque International Université Laval, 2006), "L'Erma di Bretschneider", Rome, 2008. Sul tema rinvio anche, ad esempio, ai molti contributi apparsi in "Jus", LXI, 2, 2014, a cura di Lauretta Maganzani e dedicati al tema

Tuttavia è solo con la modernità che si pone propriamente la questione di una irreggimentazione del bene-acqua nei termini della costruzione di una rete idrica cittadina. La crescente presenza di agglomerati urbani di estensione sempre maggiore determina, infatti, la necessità di costruire sistemi di distribuzione più ramificati e, soprattutto, di garantire la salubrità o potabilità di quanto erogato.

Da questa prospettiva è tra Settecento e Ottocento che si sviluppa progressivamente un approccio al tema dell'acqua di carattere propriamente scientifico, con una svolta di paradigmi che, sul piano concettuale, contribuisce a collocare la questione idrica nella più ampia cornice della neonata nozione di "igiene" come categoria socio-culturale e al contempo, in modo del tutto conseguente, propriamente giuridica. Un processo che prende luogo soprattutto tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento, peraltro secondo tempi e modalità molto diversi e legati ai differenti contesti storico-sociali.

In Inghilterra, ad esempio, già intorno alla metà del XIX secolo vengono emanati una serie di *Acts* (1847, 1848, 1852, 1876) dedicati al tema dell'acqua. Anche in Francia si registra una notevole evoluzione normativa lungo tutto l'Ottocento, laddove negli USA l'intervento giuridico si delinea solo a partire dalla seconda metà dell'Ottocento. L'Italia sconta, anche da questa prospettiva, il ritardo che la distanzia dagli altri paesi europei. Solo alla fine del XIX secolo (in particolare con la L. 1888, n. 5849) viene introdotta la separazione tra soggetti controllori (della qualità del "bene-acqua") e istituzioni politiche, quest'ultime intese come soggetti deputati all'elaborazione di vere e proprie *policies*, senza peraltro un grande impatto sul piano applicativo di tale previsione normativa.

Più in generale occorre segnalare come in tale scenario vada sempre più istituendosi l'esigenza di adottare politiche di igiene pubblica ispirata a *standards* internazionali, secondo una crescente utopia igienista di matrice illuminista che

---

Terra, acqua, diritto. Giovani romanisti milanesi incontrano Gérard Chouquer (riguardo al quale peraltro va rimarcato, anche alla luce di quanto si dirà più avanti, si privilegia una chiave di lettura o comunque una prospettiva di carattere antropologico).

animava la temperie socio-culturale dell'epoca[23] e che si rifletteva, altresì, nella scelta e selezione del personale politico preposto (medici, ingegneri, ecc.).

Solo tra la fine dell'Ottocento e i primi decenni del Novecento si delinea la possibilità di concepire l'acqua come una *commodity* e, cioè, come bene commerciale. Una transizione complessa in cui, a conferma dell'intreccio di analisi storica e giuridica, intervengono elementi molteplici tra i quali vanno soprattutto menzionati, nella loro interazione, la rilevanza progressivamente rivestita dai processi di industrializzazione-commercializzazione dell'acqua nonché lo sviluppo della società di massa che determina un'inevitabile crescita di domanda del bene-acqua. Da qui i nuovi, e poi costanti, problemi connessi ai costi (e alla sicurezza) della prestazione pubblica: ciò a fronte sia dell'articolarsi della domanda di erogazione dell'acqua in termini sempre più anelastici sia dell'ulteriore problema concernente la definizione, sul piano strettamente giuridico, del processo di erogazione delle risorse idriche in termini di "prodotto" o "servizio" (e la necessità, quindi, di avvalersi ad esempio di un'azione di *negligence* o, in altra prospettiva, di garanzia di cosa venduta[24]).

Si registra così, accanto allo sviluppo simultaneo dei processi di potabilizzazione e accentramento dei poteri di controllo, il rapporto contrastato e a vicende alterne tra commercializzazione dell'acqua e potabilizzazione pubblica. Ad esempio gli USA non solo fanno rientrare l'acqua nell'area degli "alimenti" (mentre coevamente in Italia essa viene ricompresa nei medicinali), ma provvedono, altresì, alla creazione dell'organismo governativo della *Food and Drug Administration*, in tal senso mostrando una particolare sensibilità per la statuizione di *standards* nazionali (evoluzione diversa e altalenante si osserva, invece, in altri paesi).

In Italia un processo analogo si registra solo a partire dalla metà degli anni Trenta del secolo scorso, ma un impulso decisivo è offerto dalla vigenza della Costituzione. L'attribuzione alle Regioni (art. 117) della competenza in materia, nonché il saldarsi del problema dell'acqua alla tutela della salute come compito prioritario ascritto allo Stato (art. 32), fa sì che anche l'Italia tra gli anni Sessanta e

[23] G. Cosmacini-F. Carnevale: s. v. *Igiene* e *Sanità* in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2001.

[24] Tali profili peculiarmente giuridici trovano particolare sviluppo in ambito inglese.

Settanta del Novecento si allinei definitivamente agli altri Paesi occidentali per quanto attiene al riconoscimento della questione centrale relativa all'approvvigionamento idrico.

Parallelamente, e sempre nel quadro di un'analisi che con tutta evidenza non può che articolarsi *al contempo* in chiave storica e giuridica, occorre almeno segnalare lo sviluppo che si registra sul piano degli interventi internazionali e sovranazionali.

Da un lato l'OMS (Organizzazione mondiale della Sanità), cui viene attribuito il compito di determinare la regolamentazione delle acque potabili, transita dalla centralità riconosciuta agli *standards* nazionali alla successiva determinazione/indicazione di semplici linee-guida.[25] D'altro canto, insieme alla progressiva rinascita del mercato delle acque (con la creazione di organismi di controllo internazionali), va annoverata l'opera della FAO[26] a tutela e a presidio dell'"igiene" pubblica a livello mondiale.

In questo contesto vanno anche ricordati gli interventi formulati in seno alla Comunità Europea, prima della sua trasformazione in Unione Europea, soprattutto alla luce della particolare rilevanza da essi via via assunto in materia. A partire dal principio che "l'acqua non è un prodotto commerciale al pari degli altri" (come recita la prima delle premesse della Direttiva 2000/60/CE, la cosiddetta *Water Framework Directive*:[27] "Water is not a commercial product like any other but, rather, a heritage which must be protected, defended and treated as such"), gli organismi comunitari europei emanano una serie di Direttive tese a garantire il controllo a livello dei processi di potabilizzazione. Esse prevedono l'introduzione di discipline differenti finalizzate rispettivamente alle "acque minerali" e alle acque destinate a

[25] Più precisamente si deve fare riferimento agli *Standard Internazionali per l'acqua potabile* (*International Standards for Drinking-Water*, 1958*)* e agli *European Standards for Drinking-Water* del 1961.

[26] Unitamente all'OMS tale organismo creò la *Commissione per il Codex Alimentarius* (inclusivo del tema delle acque minerali).

[27] A. Massarutto, *L'acqua*, cit., pp. 34-36. Per il testo della direttiva e per gli sviluppi normativi ad essa successivi, in particolare la Direttiva 2006/118/CE elaborata in rapporto a quanto previsto dall'art. 17 della *Water Framework Directive*, rinvio al seguente riferimento: http://ec.europa.eu/environment/water/water-framework/index_en.html.

"consumo umano" (tipologie *de facto* prive di sostanziali tratti distintivi), la cui tutela era imperniata soprattutto sul criterio decisivo della sanità pubblica.[28]

Quest'ultimo quadro normativo aveva già trovato sostanziale recezione in Italia (D.P.R. 24/5/1988, n. 276), ove peraltro si deve registrare la particolare sottolineatura posta al circuito sicurezza-qualità-salute pubblica-condizioni di vita, con l'espressa indicazione anche dei requisiti di commercializzazione delle acque (tramite la loro assimilazione al regime degli alimenti). Ma, occorre ancora osservare, sul piano giuridico gli *standards* di accettabilità si presentavano in termini molto simili sia per le acque pubbliche sia per le acque commercializzate (anche in rapporto, da ultimo, al *Water Safety Plan* emanato dall'OMS che si ispira anch'esso alla legislazione alimentare).[29]

Ricapitolando, questo sintetico *excursus* storico-giuridico si rivela utile poiché consente di mettere a fuoco almeno due profili di carattere generale.

In primo luogo trova conferma, anche a livello storico, il nesso tra la risorsa "acqua" (progressivamente da intendersi come "bene-acqua") e sfera pubblica, la cui articolazione assume forme diverse. Solo in epoca recente, in particolare a cavallo di Ottocento e Novecento e in coincidenza di trasformazioni epocali connesse all'irrompere della società di massa, si registra una tendenziale uniformazione del regime giuridico delle acque pubbliche a quelle commercializzate.

Inoltre in questa transizione assume rilievo sempre maggiore il ruolo degli organismi e delle autorità sovranazionali e/o internazionali (con uno spazio decisivo, anche per questa materia, dell'intervento giurisdizionale garantito dalle Corti). In tal senso l'acqua viene progressivamente assimilata al regime degli "alimenti" e, in modo via via crescente, configurata in termini di "prodotto" (a prescindere dalla sua connotazione come bene commercializzabile o pubblico), come del resto conferma il sostanziale convergere della natura delle normative sul piano dell'elaborazione delle tipologie di *guidelines* (a partire dall'OMS).

---

[28] Ciò nel quadro di una linea di impegno complessiva da parte degli organismi europei in materia di tutela alimentare nella quale si inquadra, ad esempio, l'EFSA (*European Food Security Agency*).

[29] In merito, per una schematica presentazione dell'evoluzione normativa in ambito italiano (dal 1933 al 2006), A. Massarutto, *L'acqua*, cit., pp. 40-41.

In definitiva. Nel suo insieme l'evoluzione storico-normativa mostra come l'acqua, da semplice "risorsa" quale poteva essere originariamente concettualizzata, debba ormai intendersi come "bene" (privato e/o pubblico) e, quindi, come "prodotto". È in questa linea che emergono, come elementi centrali del dibattito, i temi della sicurezza e della qualità alimentare che, per estensione logica, investono anche il "bene-acqua".

4. Alcuni profili teorici: nozione di "bene", soggetti giuridici e modelli sociali

A questo livello è ora possibile provare a considerare meglio alcuni profili più strettamente concettuali connessi al tema dell'acqua. A partire da una prospettiva teorico-giuridica vengono a tema essenzialmente almeno tre versanti i quali si dispongono secondo un'evidente consequenzialità logica: a) la nozione di "bene" giuridico, che contempla alcune strutturali e ineludibili proiezioni di carattere filosofico-politico; b) l'individuazione dei "soggetti" giuridici e c) l'articolazione dei "modelli sociali" (anche in proiezione ultranazionale).

a) Riguardo al primo profilo, anche alla luce delle precedenti considerazioni, appare evidente come esso si intrecci con la questione dei *commons* qui evocata introduttivamente.

In questa direzione risulta utile fare riferimento, in termini di confronto critico e per affinare la griglia di lettura che si va proponendo, a qualche aspetto della prospettiva elaborata ormai più di trent'anni fa da Michael Walzer nel suo *Spheres of Justice* (1983),[30] nella quale non a caso analisi giuridica e orizzonte filosofico-politico si intrecciano. Se accostata come strumento euristico-ermeneutico, l'impostazione walzeriana presenta ancora elementi di attualità, al di là dei limiti che l'affliggono sia sul piano squisitamente teorico sia in rapporto al

[30] M. Walzer, *Sfere di giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1987 (Oxford, 1983). Va ricordato che il titolo completo del volume è *Spheres of Justice: a Defense of Pluralism and Equality*.

diverso quadro problematico che segna la distanza tra l'attuale contesto storico-sociale e lo scenario entro il quale maturò la riflessione del filosofo americano.[31]

Pur non occupandosi espressamente del tema dell'acqua né, ancor meno, riferendosi alla questione dei *commons*, l'impianto walzeriano si pone infatti significativamente al confine tra filosofia del diritto e filosofia politica, costituendo per molti versi una sorta di anticipo del dibattito intorno ai temi di cui si va dicendo e condensandone alcuni elementi che lo innervano. Dallo schema del filosofo americano è possibile, quindi, ricavare qualche spunto, soprattutto in ordine alle nozioni di "giustizia", di "bene", di "eguaglianza complessa" e di "forniture comunitarie".

In primo luogo emerge la nozione di "giustizia complessa" (o riflessiva) intorno alla quale, come noto, Walzer organizza tutto il suo ragionamento.

Più precisamente nell'impostazione walzeriana l'idea di giustizia si articola in rapporto a "sfere".

Non esiste, cioè, un ideale o un parametro assoluto in funzione del quale determinare il concetto di "giustizia", ma solo contesti (e relativi paradigmi di riferimento) che ne tracciano, volta per volta, il perimetro di definizione. Come afferma in apertura della sua opera, ad avviso del teorico americano "i principi stessi della giustizia hanno una forma pluralistica […][B]eni sociali diversi devono essere distribuiti per ragioni diverse, secondo procedure diverse, e […] tutte queste differenze derivano da concezioni diverse dei beni sociali stessi, risultato inevitabile del particolarismo storico e culturale."[32]

Ne consegue che lo schema delle "sfere" si applica anche alla definizione di "bene" (sociale, economico, giuridico, ecc.). In altri termini la nozione di "bene" non può che modularsi all'interno di un approccio riflessivo-contestuale: "*Le persone concepiscono e creano beni che poi distribuiscono fra di loro.* Qui il concepimento e la creazione precedono la distribuzione e la controllano. I beni non appaiono *sic et*

[31] In merito, per un approfondimento dei punti qui toccati, sia consentito rinviare al mio *Occidente e 'figure' comunitarie (volume introduttivo), "Comunitarismo" e "comunità": un percorso critico-esplorativo tra filosofia e diritto*, Jovene, Napoli, 2010 (in particolare cap. 3, con rinvio esplicito al tema dei *commons*).

[32] M. Walzer, *Sfere di giustizia*, cit., pp. 17-18.

simpliciter in mano agli agenti della distribuzione, che ne fanno quello che vogliono o li cedono seguendo un qualche principio generale."

Ciò significa che i beni "con i loro significati e a causa di essi, sono il mezzo cruciale delle relazioni sociali": in altre parole, i beni "sono nelle teste delle persone prima che nelle loro mani, e le distribuzioni prendono forma in base a concezioni comuni della natura dei beni e della loro finalità [per cui] si potrebbe quasi dire che sono i beni a distribuirsi fra gli esseri umani".[33]

Del resto, come Walzer tiene a precisare fin da subito, l'obiettivo è il conseguimento dell'"eguaglianza complessa" che il teorico americano intende, nel quadro di un'impostazione molto articolata, come "una relazione complessa fra persone, mediata dai beni che creiamo, condividiamo e spartiamo; non è l'identità dei possessi. Perciò essa richiede una varietà di criteri distributivi che rispecchi la varietà dei beni sociali." Da questa prospettiva il modello dell'eguaglianza complessa "è l'opposto della tirannide, poiché istituisce un insieme di relazioni che rende impossibile il dominio [da cui consegue un principio distributivo aperto]: *Nessun bene sociale X deve essere distribuito a uomini e donne che possiedano un altro bene Y solo perché possiedono Y senza considerare il significato di X*."[34]

Da qui, soprattutto per quanto qui interessa, il ruolo decisivo rivestito dalle comunità locali nell'offrire e erogare quelle che Walzer chiama "forniture comunitarie" (*comunal provisions*) e che, per analogia, sembrano estensibili anche alle questioni concernenti il reperimento e la distribuzione delle risorse primarie. Infatti ogni comunità politica "ha sempre provveduto, o cercato o preteso di provvedere, ai bisogni dei suoi membri (per come costoro li intendevano) [impegnando] la sua forza collettiva (la sua capacità di dirigere, regolare, far pressione e costringere) in questo progetto".[35]

Anche in Walzer dunque, come poi si delineerà più compiutamente nella riflessione intorno ai *commons*, si staglia il ruolo centrale rivestito dall'intreccio tra filosofia politica e diritto in ordine alla definizione della gerarchia dei beni sociali.

---

[33] *Ibidem*, p. 18 (corsivi nel testo)

[34] *Ibidem*, pp. 30-31 (da cui traggo questa e la precedente citazione, i corsivi sono nel testo; ivi si vedano anche le pp. 32-37).

[35] *Ibidem*, pp. 75-76.

Emerge, in sostanza, una sorta di circuito concettuale: le modalità (giuridiche, economiche, ecc.) di reperimento, accesso, distribuzione delle risorse primarie o fondamentali sono direttamente correlate alle scelte di fondo operate a livello di modelli e assetti associativi (in merito Walzer inclina palesemente per una prospettiva democratica profondamente rivisitata in senso riformistico), le quali, a loro volta, retroagiscono sulla complessiva disciplina giuridica dei beni.

In questa direzione, come si afferma in un passaggio conclusivo nel quale si sintetizza l'approccio proposto dal teorico americano, "di certo la giustizia è meglio della tirannia; ma non ho modo di dire se una società giusta sia migliore di un'altra." All'interrogativo, quindi, se esista una particolare concezione, quindi un particolare modello distributivo, dei beni che possano definirsi intrinsecamente *buoni* Walzer rimarca che si tratta di "una domanda che in questo libro non mi sono posto". In quanto concetto a sé stante, "l'idea del bene non domina sui nostri discorsi sulla giustizia" determinandosi, riflessivamente, in relazione ai significati sociali. Peraltro una "relatività", vale la pena di notare, che l'autore americano rintraccia sia nella definizione classico-tradizionale (e non riflessiva) del "«dare a ciascuno il suo»" sia, più in generale, in rapporto alla sua proposta di "distribuire i beni per ragioni «interne».[…]Finché non c'è una società, non può esserci una società giusta; e l'aggettivo *giusto* non determina nella sostanza ma modifica soltanto la vita delle società che descrive".[36]

La riflessione walzeriana, soprattutto se posta in relazione al dibattito sui *commons* inizialmente evocato e di cui costituisce una sorta di prologo, risulta preziosa. Essa consente infatti di mettere in luce, per quanto qui interessa, i due livelli tra loro intrecciati ai quali la questione delle risorse naturali (e quindi, mediatamente, anche il tema connesso del "bene-acqua") sembra dislocarsi: il piano della filosofia politica e il profilo più strettamente filosofico-giuridico.

Il primo versante chiama in causa evidentemente, con lessico risalente (precisamente aristotelico), una questione di "giustizia" distributiva. L'accesso, l'allocazione, la disponibilità e la circolazione delle risorse primarie sollevano, cioè, il

[36] *Ibidem*, p. 312 (da cui traggo questa e la precedente citazione, i corsivi sono nel testo).

problema di determinare a livello politico i *criteri* in funzione dei quali perseguire (o non perseguire), sul piano nazionale e internazionale, strategie di reperimento e sfruttamento delle risorse. In ultima analisi, a venire a tema è la configurazione, o il plasmarsi stesso, di un intero modello sociale: ciò che lascia ovviamente impregiudicato quale possa essere la migliore opzione da adottare in prospettiva politico-istituzionale.

Ma anche in chiave più squisitamente filosofico-giuridica ad essere coinvolti sono ancora lo scenario nazionale e il livello internazionale.

Sotto il primo profilo vengono così in gioco alcune categorie fondative che hanno segnato la modernità giuridica, come ad esempio la coppia pubblico-privato, soprattutto per quanto concerne la sua declinazione in chiave di diritto pubblico (profili problematici che investono in particolare il diritto amministrativo e il diritto costituzionale). Sullo scenario internazionale, invece, il tema dei *commons* e, più in generale, le istanze sottese a tale dibattito sembrano aver trovato ricettacolo, come una sorta di loro *naturale* articolazione, soprattutto all'interno della dottrina dei diritti umani.

Da qui, in sostanza, l'idea che le questioni concernenti l'accesso alle (o la tutela delle) risorse, *in primis* l'acqua, integri e configuri compiutamente un "diritto umano",[37] quasi inteso come una sorta di terza generazione della nozione di "diritto soggettivo" dopo la stagione archeomoderna dei diritti imperniati sulla figura dell'"individuo-proprietario" e lo schema successivo dei diritti soggettivi interpretati in chiave sociale (diritti sociali) affermatosi progressivamente nel Novecento.[38]

---

[37]In merito T. Scovazzi, *Verso l'attuazione del diritto umano all'acqua*, reperibile in http://contrattoacqua.it/public/upload/1/2/tab_elms_docs/1405601179verso-l-attuazione-del-diritto-all-acqua-a-cura-di-t.-scovazzi.pdf

[38] Sulla problematicità della categoria rappresentata dai "diritti umani" si veda, ad esempio, M. Meccarelli-P. Palchetti-C. Sotis, *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Carlos III University of Madrid, Madrid, 2014; per la proiezione della tematica in chiave internazionale A. Cassese, *I diritti umani oggi*, Laterza, Roma-Bari, 2012[3]. Per la nozione di "stagioni" dei diritti il classico N. Bobbio, *L'Età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990; sia consentito rinviare anche al mio *Human Rights: Pragmatic Utility, Theoretical Approach and Complex Societies*, in M. Galuppo-M. Sette Lopes-L. Gontijo-K. Salgado-T. Bustamante (eds.), *Human Rights, Rule of Law and the Contemporary Social Challenges in Complex Societies: Proceedings of the XXVI World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy*, Initia Via, Belo Horizonte, 2015, pp. 1733-1757 (reperibile anche in http://dx.doi.org/10.17931/ivr2013_wg128_03). *Sui diritti sociali si veda, ad esempio, T. Casadei, I diritti sociali: un percorso filosofico-giuridico, Firenze University Press, Firenze, 2012.*

A livello filosofico-giuridico occorre registrare, infatti, un profondo ripensamento della nozione stessa di "bene (giuridico)".[39] In particolare ciò che va tramontando è il concetto giuridico di "bene" in quanto riferibile a realtà in qualche modo naturalisticamente suscettibile, quasi in modo autoevidente, di immediata valutazione patrimoniale: in altri termini, il "bene" come "risorsa (fisica)" direttamente connessa al criterio puro e semplice del suo "utilizzo" immediato (o, ancor prima, come mera entità fisica). La nozione di "bene" non sembra più affidata ad una sorta di "evidenza storico-empirica": al contrario essa, in qualche misura, rappresenta in misura sempre maggiore riflessivamente l'esito di un'operazione socio-culturale.

Si tratta di una transizione che, a ben vedere, va collocata all'interno di un più ampio processo cui da tempo si va assistendo di progressiva de-materializzazione (o de-fisicizzazione) dei "beni". Anticipato dalla rilevanza progressivamente attribuita ai beni cosiddetti "immateriali" (si pensi all'evoluzione della disciplina relativa ai segni distintivi, ai marchi, alle varie forme di *brand*, ecc.[40]), in tale dinamica si possono ormai ricomprendere, ad esempio, i "beni" legati *lato sensu* alle trasformazioni tecnologiche che investono le dimensioni più delicate dei vissuti (paradigmaticamente tutta l'area connessa alle biotecnologie).[41]

In questa linea vanno così emergendo progressivamente criteri di definizione del "bene" che, accanto a coefficienti in qualche modo tradizionali (legati alla determinazione del suo valore economico-patrimoniale: la disponibilità/limitatezza o principio di scarsità, il rapporto domanda-offerta, ecc.), privilegiano altresì la

---

[39] Sul tema come riferimenti iniziali segnalo soltanto, in termini esemplificativi, A. Gambaro, *I beni*, Giuffrè, Milano, 2012 (in particolare p. 339 e ss. per il regime giuridico delle acque interne ove tra l'altro si sottolinea la crucialità dell'elemento antropico); V. Cerulli Irelli, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Cedam, Padova, 1983, in particolare p. 417 e ss. ove sinteticamente l'Autore distingue, all'interno della nozione di "proprietà pubblica", tre ordini di deroghe rappresentati dalle nozioni di "riserva", "destinazione pubblica" e "diritto collettivo". In generale ad avviso dell'Autore non è possibile parlare di "un regime della proprietà pubblica nel vigente ordinamento" (p. 423); ivi peraltro, alle pagine successive, i rilievi concernenti la "proprietà collettiva di diritto pubblico" e la nozione di "diritti collettivi". Occorre solo ricordare che secondo l'art. 810 c.c. "sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti": una definizione, contrariamente a quanto potrebbe apparire in prima istanza, che appare molto complessa e riguardo alla quale qualcuno ha parlato di "norma enigmatica" (A. Gambaro, *I beni*, cit., p. 7 e ss. per il dibattito dottrinale nonché per la contestualizzazione e la logica dell'art. 810).

[40] Per un'introduzione generale V. Di Cataldo-A.Vanzetti, *Manuale di diritto industriale*, Giuffrè, Milano, 2012.

[41] Su queste fenomenologie S. Rodotà-P. Zatti (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2011-2012 (l'opera è pianificata in sei volumi).

rilevanza di profili in qualche misura più "flessibili" e articolati: l'eventuale "finalità sociale", il valore socialmente percepito, e, soprattutto, il significato storico-sociale volta per volta attribuito a un "bene". Anzi, per molti versi si può affermare che, ormai in un buon numero di casi, la nozione stessa di "bene" costituisca l'esito di un processo socio-culturale a sua volta fortemente condizionato dall'evoluzione socio-economica.

Tutto ciò, evidentemente, si connette al segnalato rilievo conferito al profilo riflessivo-contestuale che lega l'impostazione walzeriana al dibattito sui *commons* e di cui si è detto: l'idea, appunto, di una definizione in qualche modo "contestuale" dei beni. L'apparente paradosso è che, a dispetto del carattere di immediata proiezione in termini di utilizzo che sembra connotare i *commons* (o almeno alcuni di essi: es. aria, acqua), la loro definizione costituisce, in realtà, il prodotto dell'intersecarsi di una serie di criteri e paradigmi.

Da qui, allora, il nesso con il tema dell'acqua.[42]

Come è stato ben rilevato, anche in rapporto a parametri puramente economici lo scenario appare complesso e va valutato in ordine a una serie di elementi ulteriori, come emerge in relazione alla questione specifica concernente l'utilizzo delle risorse idriche: "non è necessariamente il volume assoluto dei prelievi a rappresentare un problema o a impattare sull'ambiente, quanto piuttosto la concomitante pressione di più usi, diretti o indiretti, sulla stessa risorsa nello stesso momento."[43]

Si tratta, dunque, di appuntare l'attenzione su situazioni di *stress* che si possono produrre in rapporto a contesti locali: infatti, "la risorsa naturale grezza, per essere effettivamente utilizzabile, richiede interventi[…]. Quello che è dunque scarso non è tanto l'acqua, quanto semmai l'acqua utilizzabile localmente a costi ragionevolmente bassi[…]." In altre parole, la scarsità non è legata al bene-acqua in sé, bensì allo squilibrio tra richiesta e capacità del "sistema di infrastrutture [che] è in grado di erogarne. Lo sviluppo economico porta con sé un aumento inevitabile non

[42] In merito, ad esempio, A. Massarutto, *L'acqua*, cit., pp. 11-26.
[43] *Ibidem*, p. 18.

solo della domanda di acqua, ma più in generale dell'impatto sulla risorsa, in termini di inquinamento, occupazione di suolo, ecc.".[44]

Più in generale occorre registrare un processo di progressiva ridefinizione del "bene-acqua" che, in tal senso, va delineandosi secondo moduli peculiari.

Per un verso, infatti, non vi è dubbio che le risorse idriche (come attesta la riferita parabola storica relativa soprattutto al passaggio tra Ottocento e Novecento) siano andate configurandosi in termini di *commodity*. Ciò che a sua volta, sotto il profilo giuridico, ha aperto problemi molteplici, legati soprattutto a questioni di diritto della sicurezza dell'alimentazione e, quindi, allo schema di tracciabilità dei percorsi di produzione (questioni storicamente già presenti nella Francia del Settecento per le acque minerali, non solo per quelle potabili). Ma, d'altro canto, appare vieppiù evidente come l'acqua (forse come l'aria) costituisca un bene del tutto peculiare in quanto dotato di *status* a sé. Da qui le problematiche concernenti l'individuazione delle soggettività giuridiche o, meglio, dei "soggetti giuridici", cui ascrivere eventualmente la gestione complessiva del "bene-acqua".

b) Il problema della concettualizzazione dei "soggetti" giuridici cui ascrivere la titolarità del "bene-acqua", il secondo profilo sul quale qui ci si sofferma, come noto non appartiene soltanto alla discussione dottrinale ma rientra a pieno titolo nel dibattito sviluppatosi in seno all'opinione pubblica.

È a questo livello, infatti, che si inquadra la questione dell'individuazione dell'acqua come bene pubblico e/o privato, di cui il *referendum* svoltosi in Italia il 12-13 Giugno del 2011 ha rappresentato a livello nazionale uno dei passaggi più significativi. A prescindere dalle prese di posizione fiorite in materia sul piano del diritto positivo (a livello legislativo e di diritto amministrativo, un profilo che in questa sede non è possibile analizzare),[45] la riflessione filosofico-giuridica va da

[44] *Ibidem*, citazioni da p. 23 e p. 26.

[45] Va almeno notato che appena due mesi dopo il referendum il d. l. 138/2011 adeguò la normativa italiana a quella europea, in sostanza delegando allo Stato la scelta dei criteri di gestione dell'acqua (ma su questi aspetti si veda anche più avanti). In merito segnalo anche la presa di posizione di S. Rodotà, *La battaglia dell'acqua*, in "La Repubblica", 17 Marzo 2016: prendendo spunto dalla proposta di un disegno di legge l'Autore problematizzava la *gestione* delle risorse idriche, paventando il possibile privilegio a questo livello di sistemi sostanzialmente privatistici a dispetto dell'opzione pubblica espressa sul piano referendario e

tempo ripensando, ancora una volta a partire dal tema dei *commons*, la natura di alcuni istituti giuridici (*in primis* quello della "proprietà"). Più precisamente, è andata maturando l'idea che essi non si possano più pensare, almeno in rapporto ad alcuni beni, in termini di esercizio di un dominio soggettivo assoluto ed esclusivo.

Ridotto ai suoi elementi nucleari il dibattito tocca la coppia pubblico-privato almeno secondo un duplice livello.

Ad un primo livello ciò che sembra andare emergendo è, da un lato, la necessità di rinunciare a opzioni in qualche misura aprioristiche (in chiave, ad esempio, di scelta secca per il regime pubblico o privato) e, dall'altro, la conseguente esigenza di determinarsi volta per volta in relazione alle finalità di utilizzo del "bene-acqua". La rinuncia quindi, in relazione a quest'ultimo, ad una statuizione definitiva relativa ad una sua presunta natura *intrinsecamente* pubblica o privata. Da qui, ad esempio, la possibile distinzione tra "risorse" e "servizi di erogazione": le prime da ascrivere per definizione alla sfera del "pubblico", laddove i secondi potrebbero assumere natura privata e/o pubblica (in funzione di una serie di parametri legati volta per volta alle situazioni e ai contesti contingenti).

Di là dai precedenti riferimenti storici, che peraltro sembrano in qualche modo corroborare la distinzione cui si è appena fatto cenno, si è recentemente osservato che "un conto è la risorsa[…]un altro conto sono i servizi che, come tutti i servizi industriali, hanno bisogno di capitali, tecnologie, capacità organizzative e gestionali che non sempre il pubblico possiede."[46] Detto in altri termini, va delineandosi la necessità di passare ad un nuovo schema che, conformemente alle indicazioni della menzionata *Water Framework Directive* europea, acceda ad una prospettiva di gestione integrata, secondo una direzione lungo la quale *sembra* essersi avviata l'Italia a partire almeno dal 2001 (con il trasferimento al Ministero dell'Ambiente dell'intera competenza relativa alle risorse idriche).[47]

---

collocando l'intera questione nel quadro più ampio relativo al corretto funzionamento degli assetti democratico-costituzionali.

[46] A. Massarutto, *L'acqua*, cit., pp. 8-9; ivi si veda anche l'intero capitolo 2, pp. 27-46 (con dovizia di riferimenti normativi): ma sulla diade pubblico-privato ivi si veda tutto il cap. 6. In merito anche M.R. Marella (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato*, Verona, Ombre corte, 2011.

[47] A. Massarutto, *L'acqua*, cit., p. 34 (anche per i limiti e le contraddizioni che segnano lo scenario normativo italiano).

Ma il problema dell'individuazione dei soggetti giuridici cui ascrivere il "bene-acqua" presenta, quantomeno in prospettiva, una complicazione ulteriore poiché esso si proietta anche in un contesto multiculturale. In termini forzatamente sintetici, va però quantomeno osservato come anche in contesti liberal-democratici occorrerà misurarsi, sebbene in tempi non immediati, con quadri socio-culturali (si pensi paradigmaticamente al mondo islamico o all'India[48]) nei quali molte delle categorialità giuridiche a noi più note, a partire dal binomio pubblico-privato, appaiono per molti versi sconosciute o comunque più opache. Ciò che, in prospettiva, è in grado ovviamente di determinare importanti ricadute anche sul piano della disciplina dei *commons* come l'acqua.

c) Quanto appena rilevato consente infine di cogliere meglio il terzo profilo menzionato: i riflessi sul piano dei "modelli sociali". Non vi è dubbio, infatti, che l'intera architettura di un assetto socio-istituzionale possa profondamente risentire del (e reciprocamente influire sul) dibattito intorno alla natura del bene "acqua",[49] analogamente agli istituti giuridici che ne presidiano la gestione, anche o meglio soprattutto alla luce delle cosiddette "guerre dell'acqua"[50] che sembrano profilarsi all'orizzonte.[51]

Del resto basta ricordare la celebre e discussa ricerca di Karl August Wittvogel, elaborata a partire da premesse marxiane e incentrata intorno a quanto l'autore tedesco definiva "dispotismo orientale", per cogliere come da sempre le

[48] In merito a titolo esemplificativo si vedano, con particolare attenzione allo scenario asiatico (segnatamente cinese) posto a confronto con il quadro europeo-occidentale, i seguenti lavori: Y. Deng-D. Brombal.P.D. Farah-A. Moriggi-A. Critto-Y. Zhou-A. Marcomini, *China's Water Environmental Management Towards Institutional Integration. A Review of Current Progress and Constraints vis-a-vis The European Experience*, in "Journal Of Cleaner Production", 113, 2016, pp. 285-298; P.D. Farah-R. Tremolada, *A Comparison between Shale Gas in China and Unconventional Fuel Development in the United States: Water, Environmental Protection, and Sustainable Development*, in "Brooklyn Journal of International Law", 41, 2, 2016, pp. 579-655; P. D. Farah, *Energy Security, Water Resources and Economic Development in Central Asia*, in P.D. Farah-P. Rossi, *Energy: Policy, Legal and Social-Economic Issues Under the Dimensions of Sustainability and Security* (World Scientific Reference on Globalisation in Eurasia and the Pacific Rim), Imperial College Press & World Scientific Publishing, London, 2015, pp. 179-193.

[49] Utili in tal senso i saggi proposti in K. Burnett-R. Howitt -J. A. Roumasset-C. A. Wada (eds.), *Routledge Handbook of Water Economics and Institutions*, cit., Part III.

[50] A. Massarutto, *L'acqua*, cit., cap. 5 con bibliografia ivi menzionata.

[51] In merito G. E. Valori, *Geopolitica dell'acqua: la corsa all'oro del nuovo millennio*, Rizzoli, Milano, 2012. Ma già F. Lasserre, *L'eau, enjeu mondial : geópolitique du partage de l'eau*, Le Serpent à Plumes, Paris, 2003; in termini più generali rinvio altresì a C. Csurgai (sous la direction de), *Les enjeux géopolitiques des ressources naturelles* (Centre International d'études géopolitiques), Éditions l'Age d'Homme, Lausanne, 2006.

forme e i modelli di organizzazione sociale (segnatamente quelli a impostazione fortemente centralizzata) si siano indissolubilmente intrecciati con i sistemi di controllo delle risorse naturali (e specificamente l'acqua). Come noto Wittvogel approdò alla teorizzazione del configurarsi sul piano storico di un vero e proprio "dispotismo idraulico" che, a suo avviso, avrebbe distinto l'evolversi dei sistemi socio-giuridici asiatici rispetto a quelli affermatisi nell'emisfero occidentale.[52]

Da questa prospettiva assume, allora, maggiore significato e peso il dibattito intorno a quale sia, dal punto di vista politico-istituzionale, l'assetto migliore da riconoscere ai *commons* (inclusa l'acqua). Un dibattito, come precedentemente osservato, che sembra orientarsi progressivamente verso una posizione di privilegio da conferire alla nozione di "comune" (nelle sue accezioni molteplici). Tale nozione, infatti, viene concettualizzata come una sorta di assetto intermedio tra dirigismo statale e anarchia del mercato o, in altra direzione, tra le categorie di pubblico e privato considerate al punto precedente.

Da qui, peraltro, l'emergere di alcune riletture dello stesso strumento democratico.

Enfatizzando il valore della "partecipazione" *bottom-up* proveniente dall'intero *parterre* degli *stakeholders*, tali reinterpretazioni dei sistemi democratico-rappresentativi non solo mettono in questione taluni assunti decisivi del modello economico-occidentale contemporaneo (paradigmaticamente: l'idea di "mercato"[53]), ma incrementano, altresì, la discussione intorno alle scelte collettive relative ai *commons*.

Si pensi, ad esempio, alle ricorrenti evocazioni, di natura frequentemente retorica e di fatto pragmaticamente infeconde, a forme di democrazia deliberativo-partecipativa in ordine alla maturazione di una più consapevole tematizzazione dei

[52] K. A. Wittvogel, *Il dispotismo orientale*, Sugarco, Milano, 1980 (Berlin, 1962). Su questi aspetti sia consentito rinviare al mio *La bipolarità Gemeinschaft-Gesellschaft tra paradigma occidentale e orientale: Tönnies, Weber, Wittvogel* in *Concezioni del diritto e diritti umani. Confronti Oriente-Occidente* (Atti del XXI Convegno nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica, a cura di Alfonso Catania e Luigi Lombardi Vallauri), ESI, Napoli, 2000, pp. 271-358.

[53] In merito si veda lo scenario a livello mondiale offerto in K. Burnett-R. Howitt -J. A. Roumasset-C. A. Wada (eds.), *Routledge Handbook of Water Economics and Institutions*, cit., Part IV.

criteri che presiedono ai modelli di sviluppo (e, quindi, alla gestione complessiva delle risorse).[54]

Un orientamento che sembra andare sviluppandosi secondo linee strategiche di intervento che, in rapporto al tema specifico dell'acqua e anche in prospettiva internazionale, si possono condensare efficacemente come segue: "L'idea di «commercio virtuale di acqua» ha iniziato a diffondersi nell'ultimo decennio: invece di finanziare nei paesi poveri progetti irrigui costosissimi (ed estremamente impattanti sull'ambiente), si propone di favorire in quei paesi l'avvio di iniziative economiche non intensive nell'uso di acqua, consentendo loro di importare i prodotti agricoli dai paesi in cui l'acqua abbonda."

In altri termini, ciò significa che l'opportunità di investire nell'irrigazione dovrebbe essere valutata alla luce della possibilità "di garantire l'autosufficienza alimentare": obiettivo il cui peso è enormemente diverso a seconda che si parli di un'"economia sviluppata e pienamente inserita nei meccanismi del mercato internazionale" o, al contrario, di un modello economico basato fondamentalmente "sull'agricoltura di sussistenza e interessat[o] da dinamiche demografiche esplosive." Ne segue che la differenza principale fra l'uso idropotabile e quelli produttivi è che "il primo dipende dalla demografia e dagli stili di vita [ed è governabile favorendo il risparmio senza eccedere] un certo tot pro capite", laddove per le attività produttive "l'acqua non è mai abbastanza[…]".[55]

---

[54] Sul punto, con particolare riguardo al procedimento di concessione di acqua pubblica, si è osservato che esso "si colloca in un regime normativo che mostra di tendere alla prevenzione dei conflitti tra i diversi *stakeholders* attraverso la considerazione di tutte le istanze (pubbliche e private), coinvolte nel procedimento stesso e ciò non solo obbliga l'organo a tener conto di tutti i differenti interessi in gioco[…]ma gli impone una graduazione non sempre limpida e mai del tutto stabile di interessi protetti.[…]Un modello completamente diverso che assegnasse le concessioni sulla base della disponibilità a pagare il prezzo più elevato sarebbe più semplice da amministrare e, prevedibilmente più certo nei suoi esiti operativi, ma presupporrebbe che il soggetto concedente sia unico e solitario, ovvero richiederebbe di non prendere in considerazione alcun interesse estraneo al rapporto bilaterale tra concedente e concessionario. Può darsi che simile modello radicalmente alternativo a quello attuale possa risultare attraente, ma è sicuro che la sua attuazione richiederebbe un ribaltamento radicale del sistema attuale": A. Gambaro, *I beni*, cit., pp. 353-354. Più in generale, in relazione alla tutela ambientale, G. Rotolo, *Deliberative Democracy and Environmental Law Enforcement*, cit.

[55] A. Massarutto, *L'acqua*, cit., citazioni da pp. 25-26.

5. Dimensioni antropologiche: antropizzazione, acqua, ambiente

Gli ultimi rilievi mettono in luce come l'analisi filosofico-giuridica sin qui proposta, con il suo imprescindibile sfondo sociologico e politico, sarebbe incompleta se non si aprisse anche alla considerazione di aspetti ulteriori che, come accennato inizialmente, rappresentano dimensioni del tutto peculiari del "bene-acqua".

In altre parole, è in ragione della natura intrinsecamente complessa peculiare a quest'ultimo (a differenza di altre risorse naturali) che appare lecito estendere l'arco di osservazione. Più precisamente occorre sondare meglio alcuni profili di natura antropologico-filosofica che, come in parte già emerso, appaiono sottesi anche ai versanti più squisitamente giuridici della questione relativa all'acqua.

Da questa prospettiva ciò che soprattutto viene a tema è il circuito antropizzazione-acqua-ambiente.

Si tratta di assumere, come punto di partenza, i processi di antropizzazione prodottisi nella modernità a partire almeno dalla metà dell'Ottocento in coincidenza con la progressiva e impetuosa diffusione della seconda rivoluzione industriale (e i successivi sviluppi novecenteschi che hanno fatto segnare riflessi significativi anche a livello di teoria del diritto[56]). In termini generali per "antropizzazione",[57] colto anche in connessione al concetto recentemente proposto di "antropocene",[58] si può intendere l'insieme delle dinamiche di intervento dell'uomo sul contesto naturale, in funzione di adattarlo e renderlo compatibile agli interessi della sfera umana, secondo

---

[56] Paradigmatico, in tal senso, l'emerge nella seconda metà del secolo scorso dell'orientamento di matrice anglosassone rappresentato dall'*Economic Analysis of Law*: in merito almeno F. M. Salerno, *L'analisi economica del diritto. Economia o diritto: una scelta 'tragica'*, in B. Montanari (a cura di), *Spicchi di Novecento*, Giappichelli, Torino, 1998, pp. 201-232, con ivi il riferimento e la riflessione intorno al teorema di Coase e, in una prospettiva più generale, P. Chiassoni, *Law and Economics. L'analisi economica del diritto negli Stati Uniti*, Giappichelli, Torino, 1992.

[57] Sui processi di antropizzazione tra i molti si può vedere ad esempio, benché un po' datato, *L'antropizzazione e la degradazione dell'ambiente fisico*, CNR Gruppo per la difesa dalle catastrofi, Roma, 1990 (il volume raccoglie gli atti del primo congresso internazionale di Geoidrologia tenutosi a Firenze dal 2 al 6 Dicembre 1987).

[58] Il concetto è stato elaborato e proposto in P. J. Crutzen-E. F. Stoermer, *The "Anthropocene"*, in "Global Change Newsletter", 41, 2000, pp. 17-18: esso intende indicare l'intera era geologica nella quale all'attività umana sono ascrivibili le modificazioni territoriali e climatiche. In merito si vedano anche J.Y. Heurtebise, *Sustainability and Ecological Civilization in the Age of Anthropocene: An Epistemological Analysis of the Psychosocial and Culturalist Interpretations of Global Environmental Risks*, in "Sustainability. MDPI Open Access Journal", 9 (8), 2017, pp. 1-17; W. Steffen-P. Crutzen-J.R. McNeill, *The Anthropocene: Are Humans Now Overwhelming the Great Forces of Nature?*, in "Ambio", 36, 2007, pp. 614-621; J. Zalasiewicz et al., *Are We Now Living in the Anthropocene?*, in "GSA Today", 18, 2, 2008, pp. 4-8.

un processo che determina effetti complessi e, in alcuni casi, profondamente negativi in rapporto a modificazioni talora irreversibili del contesto ambientale.[59]

In questo quadro storico-culturale a livello antropologico emerge più distintamente, con riguardo anche al tema dell'acqua, il profilo decisivo costituito dal rapporto tra due categorie: il "soggetto" e l'"ambiente" (inclusivo del "paesaggio"). Due nozioni cruciali e a loro volta fortemente discusse: partiamo da quest'ultima.

Si è giustamente rimarcato come per lungo tempo "siamo stati abituati all'idea che il vincolo naturale potesse essere superato, e che spettasse allo stato trovare i mezzi per farlo, socializzando i costi". Per questa via il fabbisogno idrico, con riferimento ad un'estesa stagione storica, è stato concettualizzato come una variabile indipendente "da soddisfare sempre e comunque non appena fossero disponibili i mezzi per farlo", laddove gli scenari odierni non solo impongono "l'esistenza di un limite [ma l'idea] che anche l'acqua, come tutti i fattori produttivi, dovrebbe essere pagata in modo che il suo costo sia riflesso nel prezzo finale dei beni".[60]

Da qui la crucialità dell'idea di "buono stato ecologico". Esso rappresenta un vero punto di snodo sancito dalla *Water Framework Directive* europea configurando un obiettivo di carattere generale non derogabile. In particolare qui interessa soprattutto rimarcare come il rilievo conferito nella direttiva al rispetto di parametri tecnici (chimici, biologici e morfologici) sia da porre in relazione alla necessità di tracciare *politiche* di controllo della domanda.[61]

Fortemente correlato a quanto appena osservato appare il concetto di "ambiente".[62]

---

[59] Una delle tappe attraverso le quali si è raggiunta una consapevolezza diffusa riguardo a tali temi è certamente rappresentata dal Protocollo di Kyoto redatto l'11 dicembre 1997 in occasione della "*Conferenza COP3*" della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (UNFCCC), protocollo vigente dal 16 febbraio 2005 e poi esteso, con l'accordo di Doha, dal 2012 al 2020. Per la configurazione del tema a livello sovranazionale rinvio, ad esempio, a G. Querini, *La tutela dell'ambiente nell'Unione Europea. Un'analisi critica*, FrancoAngeli, Milano, 2007.

[60] A. Massarutto, *L'acqua*, cit., p. 26.

[61] *Ibidem*, p. 34 (ma ivi anche pp. 35-36).

[62] Da questa prospettiva risulta particolarmente interessante la riflessione che va sviluppandosi, ad esempio, in sede penale con riferimento a possibili modelli *dinamici* (e quindi si potrebbe anche dire riflessivo-contestuali nella direzione di quanto si è andati qui argomentando) di tutela del bene "ambiente": in merito G. Rotolo, *Modelli dinamici di tutela dell'ambiente e responsabilità penale: problemi e prospettive*, in "Jus", 1, 2016, pp. 113-150 (con un'importazione raffronto comparativo tra il sistema giuridico statunitense e quello italiano).

Al di là della sua configurazione giuridica (il Ministero dell'Ambiente e della tutela del mare e del territorio venne istituito in Italia solo nel 1986), occorre osservare come il rilievo rivestito dal tema dell'"ambiente", anche sulla scia della riflessione da tempo elaborata in chiave filosofico-giuridica dalle "ecofilosofie",[63] segnala il progressivo emergere della centralità della dimensione antropologica (o antropica) connessa agli istituti giuridico-economici (in tal senso appare veramente paradigmatica la riflessione di un economista-filosofo come Amartya Sen qui già evocato[64]).

Più precisamente è il diritto ambientale,[65] sviluppatosi a partire da tali premesse teoriche, che ha messo in luce come la nozione di "ambiente" (la cui conservazione è di competenza prioritariamente statuale[66]) si correli in modo decisivo anche ad una dimensione propriamente estetica la quale, in raccordo con l'art. 9 della Costituzione, trova sintetica espressione nella nozione di "paesaggio" non del tutto sovrapponibile a quella di "ambiente"[67].

---

[63] M. C. Tallacchini, *Diritto per la natura. Ecologia e filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1996.

[64] Oltre al testo già menzionato dell'economista premio Nobel nel 1998 rinvio, ad esempio, anche al suo *On Ethics and Economics*, Blackwell, Oxford-New York, 1990.

[65] Nella bibliografia sempre crescente si veda almeno il *Trattato di diritto dell'ambiente*, Giuffrè, Milano, 2014 (diretto da Rosario Ferrara e Maria Alessandra Sandulli); nella letteratura di marca anglosassone, e con riferimento al quadro internazionale, P. Sands-J. Peel-A. Fabra-R. Mackenzie(eds.), *Principles of International Environmental Law*, Cambridge University Press, Cambridge-New York, 2012. Sulla problematicità del diritto ambientale si veda, per alcune questioni che esso pone in prospettiva civilistica, C. Castronovo, *Danno all'ambiente*, in "Vita notarile", 1, 2010, pp. 379-392 e Id., *Danno all'ambiente rivisitato*, in "Vita notarile", 3, 2013, pp. 1025-1048. Ma si rinvia anche ai riferimenti critici segnalati in precedenza.

[66] L. n. 431 8/8/1985. Vanno qui ricordate almeno alcune pronunce della Corte costituzionale come la sentenza n. 641/1987, ove si stabilisce che nel nostro ordinamento la protezione dell'ambiente (configurandosi come diritto fondamentale) si impernia sugli articoli 9 e 32 della Costituzione; inoltre, con riferimento all'art. 117, comma 2, lettera s della Carta fondamentale che attribuisce allo Stato il potere di legislazione esclusiva in materia di tutela ambientale (oltre che dell'ecosistema e dei beni culturali), si veda la sentenza n. 259/2004 che stabilisce come al soggetto statuale spetti precisare l'uniformità degli *standards* di tutela a livello nazionale in rapporto, quindi, anche a competenze diverse (ad esempio regionali: si vedano anche D. legs. 152/99 e D. legs. 284/06).

[67] Sul punto Corte costituzionale sentenza n. 367/2007 (in rapporto al problema dei piani paesaggistici adottati dalle Regioni) cui occorre fare esteso riferimento: "Come si è venuto progressivamente chiarendo già prima della riforma del Titolo V della parte seconda della Costituzione, il concetto di paesaggio indica, innanzitutto, la morfologia del territorio, riguarda cioè l'ambiente nel suo aspetto visivo. Ed è per questo che l'art. 9 della Costituzione ha sancito il principio fondamentale della «tutela del paesaggio» senza alcun'altra specificazione. In sostanza, è lo stesso aspetto del territorio, per i contenuti ambientali e culturali che contiene, che è di per sé un valore costituzionale. Si tratta peraltro di un valore «primario», come ha già da tempo precisato questa Corte (sentenza n. 151 del 1986; ma vedi anche sentenze n. 182 e n, 183 del 2006), ed anche «assoluto», se si tiene presente che il paesaggio indica essenzialmente l'ambiente (sentenza n. 641 del 1987). L'oggetto tutelato non è il concetto astratto delle «bellezze naturali», ma l'insieme delle cose, beni materiali, o le loro composizioni, che presentano valore paesaggistico. Sul territorio gravano più interessi pubblici: quelli concernenti la conservazione ambientale e paesaggistica, la cui cura spetta in via esclusiva allo Stato, e quelli concernenti il governo del territorio e la valorizzazione dei beni culturali ed ambientali

È a questo livello che si staglia il profilo prettamente antropologico connesso alle definizioni di "ambiente" e "paesaggio", segnatamente in rapporto all'idea di "azione" (o di agire), in chiave prettamente giuridica e dei parametri che la determinano: in sostanza, il tema del "soggetto".

In altre parole appare vieppiù evidente come l'agire *tout-court*, incluso il suo articolarsi secondo una proiezione peculiarmente giuridica, vada pensato in termini non più esclusivamente unilineari (secondo lo schema monodirezionale uomo→ ambiente), bensì in termini bidirezionali o di reciprocità e circolarità (uomo ↔ ambiente). Se, come acutamente messo in luce da un autore come Arnold Gehlen,[68] la prassi umana *istituisce* una *Umwelt* (un "ambiente") e non soltanto (come avviene per il comportamento animale) una *Welt*, l'uomo diventa in qualche modo *responsabile* degli effetti complessivi che il suo agire produce sul contesto circostante: egli ne costituisce, biblicamente, il "custode" (si pensi soltanto ai temi della "biodiversità"[69]).

Da questa prospettiva consegue più in generale la possibilità, se non la necessità, di ripensare la nozione stessa di "soggetto", architrave del diritto moderno, nonché i modelli di responsabilità ad essa sottesi. In questa direzione proprio la questione dei *commons* (alla quale, come più volte osservato, appare lecito ascrivere anche il "bene-acqua") sembra corroborare le tesi da tempo formulate da un autore come Hans Jonas,[70] la cui riflessione per i temi di cui si va dicendo rappresenta ancora un paradigma e al contempo un punto di riferimento.

(fruizione del territorio) che sono affidati alla competenza concorrente dello Stato e delle Regioni. La tutela ambientale e paesaggistica, gravando su un bene complesso ed unitario, considerato dalla giurisprudenza costituzionale un valore primario ed assoluto, e rientrando nella competenza esclusiva dello Stato, precede e comunque costituisce un limite alla tutela degli altri interessi pubblici assegnati alla competenza concorrente delle regioni in materia di governo del territorio e di valorizzazione dei beni culturali e ambientali. In sostanza, vengono a trovarsi di fronte due tipi di interessi pubblici diversi: quello alla conservazione del paesaggio, affidato allo Stato, e quello alla fruizione del territorio, affidato anche alle Regioni".

[68] A. Gehlen, *Der Mensch. Seine Natur und seine Stellung in der Welt*, Junker und Dünnhaupt, Berlin, 1940.

[69] Tra i molti possibili riferimenti mi limito a segnalare M. Grooten (ed.), *Living Planet Report 2012: biodiversità, biocapacità e scelte migliori*, World Wide Fund Nature, Gland, 2012 (edizione italiana a cura di Eva Alessi e Gianfranco Bologna).

[70] H. Jonas, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, curato da P. P. Portinaro, Einaudi, Torino, 2002 (Frankfurt am Main 1979, poi riedito nel 1984).

Come noto Jonas, peraltro analogamente ad altri autori e secondo traiettorie concettuali diverse (da Emanuele Severino[71] a Umberto Galimberti[72]), lega la necessità di un rinnovamento dei modelli etici agli effetti dirompenti prodottisi a seguito dell'affermarsi della tecnica, soprattutto in rapporto al problema della conservazione della biosfera.

Riflettendo sui processi di evoluzione tecnologica, per Jonas si tratta di elaborare una sorta di "principio euristico" in grado di coglierne gli esiti complessivi e la portata. A partire da una rilettura finalistica della natura il filosofo tedesco propone, in sostanza, un ripensamento radicale della nozione stessa di "dover essere", che configuri un modello di responsabilità nei confronti della "pienezza vitale della terra".[73] L'obiettivo è dare forma ad un'etica universale che, misurandosi con le questioni incombenti (esaurimento delle risorse naturali, sovrappopolazione, problema ambientale, approvvigionamento di energia) nonché con altre istanze future e probabili ma ancora ignote, configuri un inedito modello etico di responsabilità diacronico-intergenerazionale con evidenti riflessi in chiave politico-giuridica: ciò che Jonas chiama sinteticamente il "coraggio della responsabilità".[74] Tracciando il nesso di responsabilità che lega tra loro le generazioni presenti a quelle future, tale modello dovrebbe essere in grado di rompere definitivamente con lo schema moderno imperniato sulla responsabilità sincronico-intragenerazionale.

In conclusione.

Gli intrecci sempre più stretti che ormai intercorrono tra tecnica, etica, diritto e ecologia, in chiave antropologico-filosofica postulano quantomeno un radicale

---

[71] Si vedano gli spunti proposti in E. Severino, *La filosofia futura*, Rizzoli, Milano, 1989.

[72] U. Galimberti, *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Feltrinelli, Milano, 1999, in particolare il cap. 45 *Tecnica e natura: il capovolgimento di un rapporto* ove l'Autore, soffermandosi sulla tecnica come "de-naturalizzazione della natura e al contempo come sua unica e possibile alternativa", osserva tra l'altro: "[L]a tecnica, a differenza della religione, dell'etica e della politica, traduce il negativo in un'occasione per il suo incremento e, non espellendo nulla dai propri confini, si pone come quell'*orizzonte totale* al cui interno religione, etica e politica, e più in generale uomo e natura sono costretti a trovare i loro punti di mediazione, che sono possibili solo se si è in grado di portarsi al livello del linguaggio tecnico, che è poi quello dell'astrazione, sempre più lontano dal linguaggio della natura e dal linguaggio dell'uomo che la tradizione ci ha consegnato." (corsivi nel testo).

[73] H. Jonas, *Il principio responsabilità*, cit. p. 175.

[74] *Ibidem*, p. 285. Più precisamente: "*Non* permettere che la paura distolga dall'agire, ma piuttosto sentirsi responsabili in anticipo per l'ignoto costituisce, davanti all'incertezza finale della speranza, proprio una condizione della responsabilità dell'agire: appunto quel che si definisce il «coraggio della responsabilità»" (corsivo nel testo).

ripensamento dei modelli di responsabilità.[75] Più in generale a ben vedere, sulla scia della riflessione proposta da Jonas, ciò che è in gioco è una rimodulazione, su più piani, del rapporto presente-futuro. In questo senso i nuovi paradigmi etico-giuridici di responsabilità vanno concepiti in termini intergenerazionali: ne consegue che i "beni comuni" (o *commons*), categoria cui è riconducibile il "bene-acqua", costituiscono realtà da preservare e tutelare in rapporto alle prossime generazioni.

Si tratta, con tutta evidenza, di problemi e questioni che vanno ben al di là della cornice statuale o nazionale, con i differenti regimi normativi che quest'ultima è in grado di apprestare. Invero il tema della tutela/distribuzione di un bene come l'acqua e, in senso più ampio, l'intero dibattito intorno ai *commons*, si proiettano su uno scenario globale. Ciò soprattutto alla luce della progressiva problematizzazione dei criteri di equità e dei "principi di giustizia", categorie quest'ultime che vanno assumendo una rilevanza sempre maggiore in ottica mondiale soprattutto in vista della possibile configurazione di una "giustizia globale".[76]

6. Per concludere

In chiave filosofico-giuridica la riflessione sin qui proposta esita in una prospettiva della quale è qui possibile tracciare almeno alcune linee di direzione. Esse attengono essenzialmente ad un duplice profilo.

Da un lato il problema della progettazione *de jure condendo* di politiche maggiormente avvertite concernenti la gestione delle risorse naturali. Dall'altro il versante più esplicitamente antropologico-filosofico dei temi di cui si è andati dicendo.

In primo luogo sul piano del diritto positivo emerge, con tutta evidenza, la crucialità della questione relativa al reperimento e all'apprestamento di strumenti idonei di tutela giuridica delle risorse naturali: in altri termini, di una *Governance* dei beni ritenuti "primari" o "essenziali". Le considerazioni sviluppate nelle pagine

[75] Per una problematizzazione in chiave filosofico-giuridica della nozione di responsabilità M. A. Foddai, *Sulle tracce della responsabilità: idee e norme dell'agire responsabile*, Giappichelli, Torino, 2005, con particolare attenzione alla seconda parte per lo scenario postmoderno ivi disegnato entro il quale vengono ormai a calarsi le figure "classiche" della responsabilità in senso giuridico e gli orizzonti teorico-epistemologici ad esse sottesi.

[76] I. Trujillo Perez, *Giustizia globale*, il Mulino, Bologna, 2007.

precedenti evidenziano come l'articolazione delle forme di intervento del diritto positivo debba costituire l'esito di una profonda riflessione intorno ai loro presupposti filosofico-giuridici. In altre parole le criticità connesse, in particolare, alla teoria dei *commons* mostrano come l'esplicitazione delle coordinate concettuali che informano gli assetti socio-politici, nonché gli istituti giuridici che ne derivano, non rivesta alcun carattere di superfetazione.

Al contrario, la sottolineatura degli orizzonti teorici sottesi ai profili immediatamente applicativi risponde ad un'esigenza che, in ambito giuridico, appare sempre più avvertita e ineludibile (anche in prospettiva *de jure condendo*), postulando una crescente e per molti versi ricorsiva intersezione di competenze e ambiti. Il diritto, in sostanza, appare chiamato in misura sempre maggiore ad un'opera di *overlapping* con altri apporti o competenze disciplinari del tutto funzionale all'affinamento degli strumenti da esso predisposti.[77]

In questa linea, e in secondo luogo, non deve quindi apparire estrinseca l'evocazione dell'orizzonte antropologico-filosofico, in grado di mettere in luce i profili anche più marcatamente simbolici delle questioni qui discusse. Proprio le polemiche, spesso strumentali, relative agli interventi giuridici in tema di acqua mostrano come, in realtà, tale plesso problematico investa dimensioni culturali e simboliche che vanno ben oltre le più prosaiche ricadute concernenti l'impiego o l'utilizzo della risorsa naturale.

Se quindi, ad esempio, il segnalato richiamo costituzionale alla rilevanza dell'"ambiente" e del "paesaggio" (da estendersi al "bene-acqua") offre l'irrinunciabile cornice concettuale per il necessario ancoraggio normativo in vista della tutela di tali beni, esso rischia tuttavia di costituire un dato puramente formale. Ne consegue il ruolo cruciale rivestito da una riflessione filosofico-giuridica a tutto campo che, anche animando il dibattito pubblico, metta in luce più distintamente le premesse radicalmente teoretico-antropologiche delle *issues* relative alle risorse naturali e ai temi ambientali. Solo in questa direzione, in definitiva, appare possibile

[77] Occorre forse intendere anche in questo quadro, quindi in una prospettiva di più ampio respiro, l'"inclusive and participative approach" legato alla dimensione della *community* opportunamente evocato in G. Rotolo, *Deliberative Democracy and Environmental Law Enforcement*, cit., p. 190.

"radicare" più compiutamente le scelte adottate a livello di diritto positivo: dall'eventuale processo di privatizzazione alla ridefinizione, in chiave più ampia, di alcune nozioni-chiave come i concetti di "privato", "pubblico", "collettivo" e "comune".

Abstract
The contemporary problem of natural resources, especially as regards the "water-question", involves relevant philosophical-legal and political questions. Different levels of analysis (i.e. historical-legal, theoretical-legal and anthropological) highlight the complex nature of the protection of water as a "legal good" as well as its political corollaries and, in particular, the increasingly more reflexive approach to the idea of "good". In a wider perspective it is therefore necessary to call into question the pair "subject"-"environment" in order to rethink this relationship and, above all, to elaborate a new model of legal and political responsibility.

Keywords
Law, Natural Resources, Water, Responsibility