

ANNO XXX - 1961/62

NUOVA SERIE A - N. 14

# STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE ED ECONOMICHE



EDITORE DOTT. A. GIUFFRÈ - MILANO



# STVDI VRBINATI

SCIENZE GIURIDICHE ED ECONOMICHE

Anno XXX

1961 - 1962

\*  
TUTTI I DIRITTI SONO RISERVATI  
\*

*Redattore* : prof. avv. FRANCO PASTORI

*Direttore responsabile* : prof. CARLO BO

---

Autorizzazione del Tribunale di Urbino del 22 settembre 1950, n. 24

---

(1964) SOC. TIP. «MULTA PAUCIS» - Varese, Via G. Gozzi, 29

ALESSANDRO MIGLIAZZA

**LE COMUNITA' EUROPEE  
IN RAPPORTO AL DIRITTO INTERNAZIONALE  
E AL DIRITTO DEGLI STATI MEMBRI**



## CAPITOLO I

# LE COMUNITÀ EUROPEE NELLA DOTTRINA ITALIANA DI DIRITTO INTERNAZIONALE

SOMMARIO: 1. Premesse introduttive: opportunità di esporre gli sforzi e le tendenze della dottrina italiana nella materia. — 2. Esame delle opere del Morelli. — 3. ... del Monaco. — 4. ... dello Sperduti. — 5. ... del Quadri. — 6. ... del Balladore Pallieri. — 7. ... del Sereni. — 8. ... dell'Arangio Ruiz. — 9. ... dell'Ago. — 10. Scrittori che hanno avvicinato le Comunità europee ad enti federali. — 11. Il problema dei rapporti fra diritto interno e diritto comunitario nell'esame degli scrittori italiani. — 12. Considerazioni conclusive circa gli aspetti della dottrina italiana. — 13. I metodi di indagine e le prospettive della ricerca.

1. La questione della natura delle Comunità europee e lo studio della qualificazione giuridica dei rapporti fra gli ordinamenti comunitari, l'ordinamento internazionale ed i sistemi degli Stati membri vennero in un primo momento, come rilevò assai bene il De Visscher (1), generalmente evitati sia perchè sembrava, di fronte alla novità sostanziale delle Comunità, errato o quanto meno pericoloso un tentativo di sistemazione che si richiamasse a figure desunte da altre forme storiche, sia perchè si ritenne necessario compiere un esame analitico approfondito anzichè un lavoro di classificazione. Ma quasi subito a quella tendenza ne succedette una opposta, allo scopo di chiarire le affinità e le differenze fra questo ed i vari problemi già esaminati in diritto internazionale, e di porre i fondamenti per una ricostruzione sistematica. Si sviluppò così un'amplissima, anche se spesso frammentaria, letteratu-

---

(1) DE VISSCHER, *La Communauté européenne du charbon et de l'acier et les Etats membres, Actes officiels*, II, Milano, 1957, p. 9.

ra (2) che, pur richiamandosi via via ai concreti aspetti dello sviluppo delle Comunità ed esaminando i vari problemi relativi ai rapporti fra ordinamenti, veniva caratterizzata dal tentativo di inserire i fenomeni giuridici ricollegantisi ai Trattati europei in un quadro più generale, e di dare una precisa qualificazione alla natura delle Comunità. Allo sforzo compiuto dalla dottrina mancava, sino a questi ultimi tempi, il sostegno di dati desunti da una prassi degli organi comunitari — salvo che per la C.E.C.A. — e soprattutto l'ausilio di dati giurisprudenziali. Negli ultimi anni la giurisprudenza della Corte delle Comunità europee ha espresso precise concezioni, si è sviluppata l'azione degli altri organi comunitari e sono emersi chiari atteggiamenti dei tribunali degli Stati membri. Appare dunque giustificato il tentativo di riesaminare, alla luce dei nuovi elementi, gli sforzi di sistemazione compiuti in precedenza dalla dottrina.

Gli aspetti caratteristici della ricerca compiuta dalla dottrina italiana, e lo sforzo di sintesi che essa esprime consigliano di prenderla in esame più particolarmente, e per prima.

2. L'elemento proprio dei Trattati istitutivi posto subito in rilievo come essenziale, ed utilizzato per determinare la natura delle Comunità europee ed il sistema dei rapporti degli ordinamenti comunitari col diritto internazionale e col diritto degli Stati membri, è dato dalla esistenza di norme destinate a regolare rapporti interstatuali unitamente a norme che hanno come destinatari persone ed enti privati e per oggetto i rapporti indicati, con un neologismo quasi generalmente accolto, come rapporti interindividuali.

---

(2) Per una ricca ed aggiornata bibliografia sull'argomento rimando agli studi dello SCHLOCHAUER, *Das Verhältnis des Rechts der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft zu den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten*, *Archiv des Völkerrechts*, 1963, p. 1 ss.; del ROSELIER, *Zur Frage der Supranationalität*, *Oest. Zeitschrift für öff. Recht*, 1963, p. 460 ss.; e dello JAENICKE, *Supranationale Organisation*, *Wörterbuch des Völkerrechts*<sup>2</sup>, vol. III, Berlin, 1962, p. 423 ss. Per un inquadramento generale circa le premesse e i dati del problema vedi MAURY, *L'intégration européenne*, Paris, 1958.

Questo dato venne preso in esame da una serie di scrittori in base al principio della distinzione fra norme internazionali e norme interne, intesa come distinzione di fonti, soggetti e materia. Con ogni rigore il Morelli, che nella dottrina italiana propugna tale posizione (3), nega possa esservi un legame di derivazione fra una comunità di Stati, quale la comunità internazionale il cui ordinamento disciplina rapporti interstatuali, ed altre comunità in cui una serie di norme hanno come destinatari persone ed enti privati, i quali pertanto appaiono titolari di situazioni giuridiche e soggetti del corrispondente ordinamento. Ne discende la necessità di affermare il carattere originario delle Comunità europee, e la loro autonomia rispetto al diritto internazionale.

Gli elementi interstatuali e gli elementi privati danno pertanto vita a due sistemi di norme distinti e separati: da un lato sussiste l'unione internazionale degli Stati membri di ciascuna Comunità, concretantesi in un sistema speciale di norme appartenenti all'ordinamento internazionale; dall'altro l'ordinamento della Comunità (il Morelli prende qui in esame la C.E.C.A.), sorto con carattere di originarietà anche se storicamente collegato all'accordo istitutivo, e risultante da norme che si indirizzano ad individui e ad imprese (4).

Ciascuno degli ordinamenti comunitari, precisa il Morelli, « non si sostituisce all'ordinamento internazionale per la disciplina dei rapporti intercedenti fra gli Stati membri » in quanto « tali rapporti sono regolati esclusivamente dalle norme internazionali poste nel Trattato istitutivo » (5). In esso accanto a disposizioni relative all'instaurazione dell'ordinamento interno della Comunità coesiste un altro gruppo di norme « le quali attengono ad una

---

(3) Del MORELLI vedi particolarmente *Appunti sulla Comunità europea del carbone e dell'acciaio*, *Riv. dir. inter.*, 1954, p. 3 ss.; *Stati e individui nelle organizzazioni internazionali*, *Riv. dir. inter.*, 1957, p. 3 ss.; *La Corte di giustizia delle Comunità europee*, *Riv. dir. inter.*, 1958, p. 3 ss.; *Nozioni di diritto internazionale*<sup>6</sup>, Padova, 1958.

(4) MORELLI, *Stati e individui nelle organizzazioni internazionali*, p. 23.

(5) *Op. loc. cit.*

sfera di rapporti destinati a rimanere estranei all'ordinamento medesimo » (6) in quanto creano situazioni soggettive per gli Stati contraenti. I sistemi delle Comunità europee, anche se instaurati in attuazione dei Trattati istitutivi, si presentano come sistemi di norme formalmente distinte dalle norme interstatuali dei Trattati, pur desumendo da esse il proprio contenuto attraverso una serie di richiami. La coesistenza di norme con oggetto diverso è quindi una coesistenza puramente materiale, poichè in un ordinamento omogeneo non possono sussistere norme destinate a regolare rapporti interstatuali e norme destinate a regolare rapporti interindividuali.

Taluni punti del pensiero del Morelli meritano una particolare attenzione.

In primo luogo lo scrittore ha sempre ammesso il rilievo che le strutture delle Comunità europee presentano per l'ordinamento internazionale (7), superando la concezione funzionalistica e ritenendo ammissibili solo in via ipotetica le tesi che raffigurano gli enti comunitari come organi di attività interna degli Stati (8) in quanto ne ha contestato l'aderenza alla situazione concreta.

Così pure il Morelli ha chiaramente posto in luce il legame che intercorre fra il fenomeno della personificazione e quello della organizzazione di un'unione internazionale (9), ma ne ha precisato la distinzione, potendosi concepire come autonomi gli ordinamenti comunitari ed insieme farne derivare la personalità dai Trattati istitutivi: ciò in via di ipotesi, in quanto in linea concreta egli nega alle Comunità europee la qualità di soggetti. Tali affermazioni

---

(6) *Op. loc. cit.*

(7) *Appunti sulla Comunità europea*, p. 9, in polemica coll'Arangio Ruiz che aveva ricondotto la Comunità alla figura di organo di funzioni: al che il Morelli replica che non si può escludere dal diritto internazionale la disciplina dell'organizzazione dei suoi soggetti, e cioè degli Stati.

(8) Sul significato sostanzialmente identico delle espressioni « organo comune di attività interna » e « organo di attività interna comune » in relazione alle Comunità europee vedi CAPOTORTI, *Sulla interpretazione uniforme dei Trattati europei*, *Riv. dir. inter.*, 1960, p. 3 ss. e partic. p. 13, nota 26.

(9) *Stati e individui nelle organizzazioni internazionali*, pp. 7-8.

si riallacciano, nel pensiero del Morelli, ad affermazioni precedenti, in particolare al rilievo che l'esistenza del diritto interno di una organizzazione internazionale non è una conseguenza, bensì un presupposto dell'attribuzione della personalità giuridica (10).

A questo punto, prosegue il Morelli, è legittimo porsi il problema se le Comunità europee non concretino un fenomeno federalistico; ipotesi a cui favore militerebbero dati obbiettivi, ma che contrasta, per altro, con altri dati essenziali (11).

Dalla natura autonoma delle Comunità europee il Morelli trae ogni conseguenza per delineare il sistema di rapporti fra gli ordinamenti comunitari e i sistemi degli Stati membri. Innanzitutto egli pone in rilievo che l'espressione « trasferimento di poteri dagli Stati membri alle Comunità » viene usata con un significato empirico, e non tecnico (12). Si deve poi escludere in qualsiasi maniera una subordinazione dei sistemi degli Stati membri agli ordinamenti comunitari (13): terminologicamente, sarebbe preferibile l'espressione « metanazionale » a quella « sopranazionale ». Il sistema di richiamo dei diritti statuali al diritto comunitario non si identifica infatti nell'adeguamento ad un sistema di grado superiore, perchè sarebbe illogico configurare una supremazia di ordinamenti limitati e particolari rispetto ad ordinamenti sovrani e a competenza generale, quali gli ordinamenti degli Stati membri.

Il sistema di rapporti fra i diritti comunitari e i diritti degli Stati membri è quindi un sistema di rapporti fra enti separati, da determinare in base ai principi propri di ciascuno di essi. Fra le strutture degli Stati e le strutture delle Comunità vi è una assoluta distinzione; e ciò anche quando un medesimo ente, quale la Corte di giustizia comune, adempia di volta in volta alle funzioni

---

(10) *L'Istituto internazionale di agricoltura e la giurisdizione italiana*, *Foro it.*, 1931, I, c. 1424 ss.

(11) *Appunti sulla Comunità europea*, p. 13.

(12) *Nozioni*<sup>6</sup>, p. 264.

(13) *Appunti sulla Comunità europea*, p. 16, e più di recente *Nozioni*<sup>6</sup>, pp. 266-267.

di organo delle Comunità e di organo di ciascuno degli Stati membri.

Queste le linee generali del pensiero del Morelli, la cui elaborazione, accolta o combattuta, ha avuto un notevole rilievo nel determinare gli sviluppi del pensiero giuridico italiano nella materia.

3. A conclusioni sensibilmente difformi, pur accogliendo un'identica premessa circa l'autonomia delle Comunità, è giunto il Monaco, che ha dedicato all'argomento un'ampia serie di contributi (14).

Per questo scrittore l'autonomia degli enti internazionali comporta una possibilità di sviluppo e di auto-organizzazione, sì che le loro strutture ripetono, sia pure con talune differenze, le strutture degli Stati ed adempiono alle funzioni essenziali di questi: si notano quindi organi con funzioni legislative, esecutive, giurisdizionali (15).

Le Comunità europee hanno un ordinamento separato e distinto da quello degli Stati membri: i rapporti con essi non danno però vita ad un fenomeno federalistico, in quanto alle Comunità

---

(14) Del MONACO vedi particolarmente *Natura della competenza dello Stato secondo il diritto internazionale*, Riv. dir. intern., 1932, pp. 36 ss., 161 ss.; *Limiti della sovranità dello Stato e organizzazione internazionale*, Studi Luigi Rossi, Milano, 1952, p. 359 ss.; *Le Comunità sopranazionali nell'ordinamento internazionale*, La Comunità inter., 1953, p. 441 ss. (il lavoro è riprodotto, con qualche modificazione, in *Scritti giuridici in memoria di V. E. Orlando*, vol. II, Padova, 1957, p. 65 ss.: interessano soprattutto le considerazioni aggiunte in questa sede a p. 91); *L'autonomia normativa degli enti internazionali*, Scritti Perassi, vol. II, Milano, 1957, p. 137 ss.; *Osservazioni sulla costituzionalità degli accordi internazionali*, Studi sulla Costituzione, vol. II, Milano, 1958, p. 169 ss.; *Caratteri costituzionali della Comunità economica europea*, Riv. dir. intern., 1958, p. 9 ss.; *Les relations extérieures de la C.E.C.A., Actes officiels*, vol. III, Milano, 1958, p. 269 ss.; *Lezioni di organizzazione internazionale*, vol. I, Torino, 1957, vol. II, Torino, 1961; *Natura ed efficacia dei regolamenti delle Comunità europee*, Riv. dir. intern., 1961, p. 393 ss.; *Primi lineamenti di diritto pubblico europeo*, Milano 1962; *Norme comunitarie e diritto statale interno*, Riv. dir. europeo, 1962, p. 1 ss.; *I principi di interpretazione seguiti dalla Corte di giustizia delle Comunità europee*, Riv. dir. europeo, 1963, p. 3 ss.; *Mercato comune europeo*, Nuovissimo Digesto italiano, vol. X, Torino, 1963, p. 528 ss.

(15) *L'autonomia normativa*, p. 37.

mancano gli attributi politici propri dello Stato federale (16). Non si ha pertanto un trasferimento di sovranità ad opera dei Trattati istitutivi dagli Stati membri agli enti comunitari: infatti soltanto una parte dei poteri attribuiti alle Comunità veniva effettivamente esercitata dagli Stati, mentre le Comunità hanno assunto una serie di funzioni sostanzialmente nuove (17), che si pongono accanto a quelle a cui adempiono gli Stati (18). Un trasferimento di poteri inteso in senso proprio non potrebbe d'altronde sussistere per il carattere originario e sovrano degli Stati membri: lo Stato, quale membro della comunità internazionale generale è dotato di una sovranità che non può venire intaccata dalle norme di diritto internazionale, generale e particolare, le quali pertanto non limitano la sovranità intesa come sfera di efficacia dell'ordinamento statale (19).

Tali premesse spiegano come il Monaco abbia ritenuto che la costituzionalità della legge di esecuzione dei Trattati europei abbia un fondamento nell'art. 11 della Costituzione (che parla di una rinuncia dello Stato italiano a parte della propria sovranità a favore di organizzazioni internazionali) solo attraverso la considerazione dell'impulso ideologico che ha indotto il costituente alla formulazione della norma, e colla riserva dovuta al carattere evolutivo dei sistemi delle Comunità (20).

Pur nella sua autonomia, che ne determina una possibilità di sviluppo indipendente rispetto alle norme del Trattato istitutivo, l'ente comunitario opera nell'ambiente internazionale. Il suo legame coll'ordinamento internazionale non è però assicurato da un'efficacia diretta delle norme internazionali nel sistema dell'ente, quanto dal fatto che gli Stati membri delle organizzazioni esercitano funzioni fondamentali nell'ambito dell'ordinamento comunitario ed in tale azione si debbono adeguare alle norme del diritto

(16) *Le Comunità sopranazionali*, p. 457.

(17) *Lezioni*, vol. I, p. 333 ss.; vol. II, p. 139.

(18) *Le Comunità sopranazionali*, p. 448.

(19) *Limiti della sovranità dello Stato*, p. 374 ss.

(20) *Costituzionalità degli accordi internazionali*, p. 184.

internazionale (21). La soggettività internazionale degli enti comunitari è data dalla misura concreta della loro capacità: pertanto non in ogni caso i rapporti fra di essi e gli altri soggetti sono disciplinati dal diritto internazionale: occorre infatti, perchè ciò avvenga, che le Comunità acquistino una struttura che renda possibile l'istituirsi di rapporti esterni immediatamente regolati dal diritto internazionale (22).

Nell'ordinamento internazionale, le Comunità assumono la posizione di ordinamenti particolari (23), figura questa che il Monaco ha introdotto nella letteratura giuridica italiana in anni ormai lontani (24). Gli ordinamenti delle Comunità hanno un'esistenza che non viene in alcun modo determinata dai Trattati istitutivi: questi infatti permettono di ricollegare soltanto storicamente il sorgere delle Comunità al diritto internazionale, ma nella loro veste di costituzione dell'ente, i Trattati desumono solo dal proprio ordinamento la loro efficacia, il che spiega come le Comunità possano regolare rapporti interindividuali, estranei di per sè alla vita di relazione internazionale (25) e soprattutto spiega come il diritto comunitario disciplini tali rapporti nell'ambito di efficacia, spaziale e personale, degli ordinamenti degli Stati membri.

Si ha così quell'immediata efficacia degli atti comunitari nei sistemi degli Stati membri, anche in deroga a principi del diritto interno, su cui il Monaco ha particolarmente insistito (26) e che appare l'espressione diretta del fenomeno dell'integrazione europea, in quanto attua un armonico contemperamento dell'elemento interstatale e dell'elemento interindividuale attraverso la collaborazione del diritto internazionale coi sistemi comunitari e statuali (27). Nel pensiero del Monaco l'immediatezza viene con-

---

(21) *Lezioni*, vol. II, p. 162.

(22) *Caratteri istituzionali*, p. 18 ss.

(23) *Le Comunità sopranazionali*, p. 443.

(24) *Natura della competenza*, pp. 50-51.

(25) *Caratteri istituzionali*, pp. 24-25.

(26) *Natura ed efficacia dei regolamenti*, p. 393.

(27) *Primi lineamenti di diritto pubblico europeo*, p. 81 ss.

cepita in modo del tutto aderente ai principi della scuola separatistica, e cioè come un fenomeno che si verifica quando un atto comunitario consegue la propria efficacia negli ordinamenti degli Stati membri senza che sia necessaria una recezione o comunque uno specifico atto di adeguamento (28); con il che lo scrittore si avvicina d'assai alla teoria dell'adattamento automatico che venne invece polemicamente contrapposta alla tesi dell'immediatezza.

Con tali sviluppi, di cui si riportano qui i soli elementi necessari per proseguire nell'indagine, il Monaco fonde felicemente elementi dommatici ed elementi sociologici, i quali gli hanno permesso di anticipare, in vari punti, tendenze che vennero di poi sviluppate nelle dottrine straniere.

4. A presupposti sociologici, energicamente riaffermati, si ispira invece decisamente la costruzione dello Sperduti circa la natura e la funzione delle Comunità europee (29). Questo scrittore cerca infatti di superare l'affermazione di una antinomia fra il carattere interindividuale degli ordinamenti comunitari e la derivazione di essi dal diritto internazionale, negando la legittimità del metodo d'indagine puramente formale che è alla base dell'affermazione.

Il criterio formale viene infatti utilizzato dallo Sperduti accanto ad un criterio sostanziale per determinare se le norme che regolano i rapporti fra i privati possano ricollegarsi ad un sistema diverso da quello in cui trovano la loro disciplina i rapporti fra gli Stati membri. Sul piano formale il carattere unitario degli ordinamenti delle Comunità viene assicurato dall'appartenenza al diritto internazionale delle norme che istituiscono l'unione degli

---

(28) *Natura ed efficacia dei regolamenti*, p. 396.

(29) Dello SPERDUTI interessano qui soprattutto *L'individuo nel diritto internazionale*, Cagliari, 1950; *Intervento, Actes officiels*, vol. III, Milano, 1958, p. 351 ss.; *La C.E.C.A. ente sopranazionale*, Padova, 1960 (il quale lavoro riproduce sostanzialmente una serie di articoli pubblicati ne *La Comunità inter.* negli anni 1957, 1958, 1959 e 1960 ed in *Comunicazioni e Studi*, vol. VIII); *La persona umana ed il diritto internazionale*, *Comunicazioni e Studi*, vol. X, p. 159 ss.

Stati partecipanti alle Comunità e dalla derivazione dal diritto internazionale delle norme che ne istituiscono l'ordinamento territoriale (30). Da un lato sostanziale l'aspetto unitario è dato dalla realtà sociale da cui discendono gli ordinamenti delle Comunità. Tali elementi assicurano un'intima saldatura fra le varie parti del sistema (31).

Con metodo analogo lo Sperduti determina la rilevanza dell'attività esterna delle Comunità nel diritto internazionale. Esse si presentano quali autonome organizzazioni di società umane, partecipanti in linea concreta alla vita di relazione internazionale: e la convivenza delle società umane è appunto regolata dal diritto internazionale (32). La parziale unificazione attuantesi mediante le Comunità si concreta d'altronde mediante una serie di legami internazionali fra gli Stati membri, così come essi hanno voluto (33).

In base a queste affermazioni lo scrittore nega sia legittima la distinzione fra un sistema di norme che disciplini i rapporti interstatuali e un sistema di norme relativo ai rapporti interindividuali, e quindi respinge la tesi per cui l'ordinamento interno delle Comunità sarebbe un ordinamento originario, di cui il Trattato costituirebbe la fonte solo in senso storico (34). Fra gli ordinamenti comunitari e l'ordinamento internazionale sussiste invece un rapporto di derivazione: gli Stati membri garantiscono l'attuazione dei principi comunitari, il che è reso necessario dal carattere limitato dei sistemi delle Comunità. In questo senso le Comunità si pongono al disopra degli Stati membri anche se i rapporti fra gli uni e gli altri formano un sistema di rapporti di coordinazione (35).

---

(30) *La C.E.C.A. ente sopranazionale*, p. 20.

(31) *Op. cit.*, p. 22.

(32) *Actes officiels*, vol. III, p. 379.

(33) *Actes officiels*, vol. III, p. 378.

(34) *La C.E.C.A. ente sopranazionale*, p. 21.

(35) *Op. cit.*, p. 25: « Al disopra delle Nazioni sebbene solo con autorità su di esse, è costituita e funziona un'unitaria organizzazione di governo, propria e rappresentativa delle Comunità », dal che si deduce « la necessità di rapporti di coordinamento fra tale organizzazione e l'organizzazione degli Stati nazionali ».

In polemica col Morelli lo Sperduti sostiene che le concezioni di questo autore circa i requisiti della sovraordinazione di un ordinamento rispetto ad un altro si fondano unicamente sull'affermazione metodologica per cui un ordinamento giuridico si può individuare e precisare attraverso un'indagine formale. Ora un'indagine formale è di per sè inidonea a spiegare l'equivalenza di varie fonti nel definire processi normativi traenti volta a volta valore da una norma superiore, e tutti inquadrati in un medesimo sistema graduale (36): ma ove si accolga un metodo formale non si può che affermare l'identità fra il rapporto di derivazione ed il rapporto di subordinazione fra due ordinamenti giuridici, ed affermare che l'ordinamento derivato altro non sia se non una porzione dell'ordinamento superiore (37).

La tesi dello Sperduti e la sua adesione ad un metodo sociologico di indagine discendono direttamente dai risultati raggiunti dallo scrittore nello studio della posizione dell'individuo nel diritto internazionale.

L'affermazione comune secondo cui solo agli ordinamenti statuali spetta un potere sovrano sugli individui si ricollega, secondo lo Sperduti, al fatto che in linea concreta gli individui sono normalmente posti sotto l'autorità esclusiva degli Stati e che perciò il diritto internazionale deve appoggiarsi al diritto interno per raggiungere gli obbiettivi da esso perseguiti riguardo agli individui (38). La mancanza nel diritto internazionale generale di una tutela degli interessi individuali, pure posti a contenuto di norme giuridiche, deriva dalla mancanza in via normale dei mezzi atti a garantirla (39). In ambiti particolari ed in materie delimitate l'individuo può invece apparire destinatario di norme internazionali e centro di riferimento di situazioni giuridiche (40): ciò avviene appunto nelle Comunità europee.

---

(36) *Op. cit.*, pp. 21-22.

(37) *Op. cit.*, p. 22, nota 27.

(38) *La persona umana e il diritto internazionale*, p. 163.

(39) *Op. loc. cit.*

(40) *L'individuo nel diritto internazionale*, p. 44 ss.

Per spiegare il legame che sussiste fra Comunità e Stati membri, lo Sperduti ricorre (in verità con un brevissimo accenno) ad una costruzione della scuola sociologica, e cioè alla figura della istituzione complessa, o istituzione di istituzioni, delineata dal Romano (41). L'ordinamento comunitario, inteso come ordinamento internazionale parziale, esprimerebbe pertanto una istituzione complessa, comprendente l'unione degli Stati membri e la Comunità vera e propria. È così possibile rappresentare la coesistenza in uno stesso ordinamento particolare di un sistema di rapporti associativi di tipo unionistico fra gli Stati membri e di un sistema di rapporti interindividuali che si ricollega all'autonomia ed unitaria azione di governo esplicita dagli organi della Comunità.

5. Richiamandosi ai contributi essenziali già dati circa la costituzione dell'ordinamento internazionale ed il rilievo che in esso hanno gli enti statuali, il Quadri ha delineato la posizione delle Comunità europee nell'ordinamento internazionale, ed ha esaminato il sistema dei rapporti fra Comunità, Stati membri (42) e persone ed enti privati.

Il Quadri pone in luce con ogni energia la completa separazione fra il sistema di obblighi interstatuali relativi alle Comunità e gli ordinamenti degli Stati membri. Egli nega l'esistenza di ordinamenti comunitari in senso proprio, in quanto si avrebbe solo un insieme di obblighi interstatuali cui debbono adeguarsi gli Stati membri, essendosi impegnati nei Trattati istitutivi ad adat-

---

(41) ROMANO, *L'ordinamento giuridico*<sup>2</sup>, Firenze, 1951, p. 31 ss.

(42) Del QUADRI vedi specialmente *La sudditanza nel diritto internazionale*, Padova, 1936; *Stato (dir. int.)*, *Nuovo Digesto italiano*, vol. XII, parte I, Torino, 1939, p. 810 ss.; *Recensione ad Arangio Ruiz, Rapporti contrattuali, La Comunità inter.*, 1952, p. 180 ss.; *Intervento, Actes officiels*, vol. II, Milano, p. 380 ss.; *Nota sul Convegno di studi sulla politica sociale della Comunità economica europea, Diritto internazionale*, 1959, p. 260 ss.; *Recensione a La Pergola, Costituzione e adattamento*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 1609 ss.; *Manuale di diritto internazionale pubblico*<sup>3</sup>, Palermo, 1963.

tare i propri ordinamenti alle norme dei Trattati ed alle norme poste dagli organi comunitari nel quadro delle rispettive competenze (43).

Negando che negli ordinamenti comunitari, del tutto ideali e privi di una struttura concreta, e soprattutto carenti di qualsiasi possibilità di coazione, si esprima un fenomeno strutturale, il Quadri nega ne possa venire in alcun modo sminuita la sovranità degli Stati membri, della quale riafferma il carattere unitario e l'aspetto politico. Pertanto non sussiste alcuna limitazione di competenza degli Stati membri nei confronti delle Comunità europee: il rapporto fra il diritto comunitario e il diritto degli Stati membri è identico al rapporto che intercorre fra il diritto internazionale pattizio e il diritto statale, ove il diritto pattizio preveda strumenti di produzione giuridica ai quali gli Stati si impegnano ad adeguarsi in modo automatico. Il sistema di rapporti fra diritto interno e diritto comunitario è determinato quindi e si esaurisce in una serie di obblighi di adattamento che, rivolgendosi allo Stato nell'interesse della sua struttura, si esprimono necessariamente in norme interne aventi valore costituzionale (44).

In base a tali premesse il Quadri nega si possa dedurre dall'art. 11 della Costituzione italiana la legittimità costituzionale delle norme di adeguamento al diritto comunitario: e d'altronde il ricorso all'art. 11 si rende superfluo in quanto lo scrittore, richiamando una sua tesi notissima, sostiene che nel diritto italiano prima e dopo la Costituzione viga un principio, ora desunto da una interpretazione estensiva dell'articolo 10 della Costituzione, secondo cui il diritto interno si adatterebbe automaticamente al diritto internazionale pattizio (45).

---

(43) QUADRI, p. 383: « [Nel caso della C.E.C.A.] per osservare i loro obblighi gli Stati membri si conformano a delle decisioni estranee, le adottano in modo automatico e preventivo ».

(44) *Actes officiels*, p. 385.

(45) *Manuale*<sup>1</sup>, p. 59; *Recensione a La Pergola*, p. 1611 ss.

Coerentemente il Quadri respinge con particolare vigore ogni avvicinamento delle Comunità agli enti federali. Richiamando le ricerche già da lui compiute a proposito del concetto di Stato (46), egli riafferma che gli enti federali operano nell'ambito di un sistema giuridico diverso dal sistema internazionale, e che rispetto al diritto internazionale lo Stato membro non si distingue dalla regione, dalla provincia, o da qualsiasi ente cui esso attribuisca parte delle proprie competenze, mentre è evidentemente diverso il rapporto fra Stati membri e Comunità in quanto i poteri esercitati dai primi sono originari e non « octroyés » ed il loro aspetto sovrano appare come un tutto funzionale che non può venire in alcun modo disintegrato (47). Ad un risultato diverso si dovrebbe pervenire qualora le Comunità europee raggiungessero un certo grado di effettività: in questo caso nell'ambito di esse non potrebbero più sussistere caratteristiche internazionalistiche ed un fenomeno strutturale si sostituirebbe ad un fenomeno negoziale (48).

In questi punti del suo discorso il Quadri sviluppa le tesi accolte circa la separazione degli ordinamenti e circa l'identificazione dell'ente stato con l'organizzazione governativa, di una comunità di individui, indipendente e sovrana. Un'evoluzione si nota invece circa il problema dell'autonomia degli enti comunitari (49). Rispetto alle unioni in generale il Quadri aveva sostenuto che esse si autoorganizzano, sia pure seguendo gli schemi fissati nell'accordo istitutivo; ed infatti « gli Stati, mediante l'accordo, si obbligano reciprocamente a porre in essere i vari presupposti del suo sorgere; e l'ente poi, nella sfera sua propria, si autocostruisce, secondo gli schemi previsti dall'accordo, ma non in immediata attuazione dell'accordo, bensì in occasione dell'osservanza di questo da parte dei suoi destinatari ». Le attività dell'ente, pertanto, sarebbero

---

(46) *Stato (dir. int.)*.

(47) *Actes officiels*, p. 383.

(48) *Manuale*<sup>4</sup>, p. 435.

(49) ODDINI, *Elementi internazionalistici ed elementi interindividuali nell'organizzazione internazionale*, *Riv. dir. inter.*, 1953, p. 403 ss., in particolare p. 410.

attività interne di una persona morale coordinata allo Stato (50). Successivamente invece, anche in relazione all'analisi compiuta circa il concetto di ordinamento giuridico parziale (51), il Quadri ha ritenuto che le organizzazioni internazionali possano dare vita ad ordinamenti internazionali speciali, o particolari o parziali, in cui possono manifestarsi fenomeni giuridici individuali ed anche autoritari e che riposano, per quanto si attiene al loro essere e funzionare, sull'efficacia degli accordi. Si tratta di ordinamenti internazionali, in quanto derivano da accordi internazionali « in conformità al principio che nel mondo del diritto derivare equivale ad essere » (52). Ma negli ultimi tempi la tesi venne abbandonata dallo scrittore; egli afferma ancora che il Trattato istitutivo crea soltanto i presupposti dell'ente e nega in concreto che le Comunità europee siano enti distinti dagli Stati membri ed assumano un autonomo rilievo in seno alla comunità internazionale (53).

6. Sotto molti aspetti il Balladore Pallieri ha accolto premesse analoghe al Quadri, ma gli sviluppi che egli dà al problema e le conclusioni che ne trae sono del tutto originali (54).

Questo scrittore afferma l'esistenza di ordinamenti internazionali particolari che si ricollegano alle Comunità europee. È esatto parlare nel medesimo tempo di una derivazione di tali ordinamenti dall'ordinamento internazionale e di una loro autonomia: infat-

---

(50) QUADRI, *La sudditanza*, pp. 77-78.

(51) *Diritto coloniale*, Padova, 1950, p. 15 ss.

(52) *Recensione ad Arangio Ruiz*, p. 180.

(53) *Manuale*<sup>1</sup>, p. 438, pp. 445-446.

(54) Del BALLADORE PALLIERI vedi specialmente *Diritto costituzionale*<sup>1</sup>, Milano, 1963; *Dottrina dello Stato*, Padova, 1958; *Problèmes juridiques de la C.E.C.A., Actes officiels*, vol. I, Milano, 1959, p. 84 ss.; *Il mercato comune europeo e la legislazione italiana antimonopolistica*, *Diritto inter.*, 1959, p. 407 ss.; *La personalità delle Organizzazioni internazionali*, *Diritto inter.*, 1960, p. 230 ss.; *Le Comunità europee e gli ordinamenti degli Stati membri*, *Diritto inter.*, 1961, p. 3 ss.; *Diritto internazionale pubblico*<sup>2</sup>, Milano, 1962, p. 600 ss.; *Les pouvoirs des organisations économiques européennes à l'intérieur des Etats membres*, *Zeitschrift für ausl. öff. Recht und Völkerrecht*, 1963, p. 463 ss.

ti, come egli ha chiarito in sede generale (55), rispetto agli ordinamenti parziali non si pone il problema della validità, poichè su di essi si riverbera la validità dell'ordinamento da cui dipendono, bensì il problema dell'autonomia, cioè dei caratteri per cui essi, senza cessare di far parte del tutto, si differenziano dal tutto.

Come qualsiasi ordinamento particolare, gli ordinamenti delle Comunità europee hanno un carattere unitario: in essi coesistono, ed hanno identica natura, norme che disciplinano rapporti interindividuali e norme che disciplinano rapporti interstatuali. Si tratta di ordinamenti veri e propri: ed infatti perchè si possa parlare di un ordinamento particolare e non di un semplice complesso di norme eventualmente difformi, occorre ed è sufficiente sussistano i caratteri di un ordinamento; che esso abbia le sue fonti, i suoi soggetti, i criteri generali per l'interpretazione delle norme « ed in genere ciò che tiene insieme un complesso di norme e le fa un tutto completo ed omogeneo » (56): in altre parole, occorre un fatto strutturale ed organizzativo, e non semplicemente normativo. Non può pertanto stupire che negli ordinamenti delle Comunità europee le persone private abbiano quella personalità che non è loro concessa nel diritto internazionale comune. Così pure i principi strutturali delle Comunità appaiono singolari nè possono venire integrati dai principi validi nella comunità internazionale generale. Infatti, affermati i rapporti di collegamento fra un sistema generale e un sistema particolare, non è lecito arguirne che i principi e le norme del primo debbano senz'altro poter venire estese nell'ambito del secondo: a tale proposito il Balladore Pallieri osserva che in diritto internazionale è impossibile distinguere fra norme speciali, eccezionali e particolari (57).

Affermata l'appartenenza del diritto delle Comunità europee al diritto internazionale, il Balladore riafferma come l'istituzione delle Comunità non abbia modificato il carattere sovrano degli Sta-

---

(55) *Dottrina dello Stato*, p. 217.

(56) *La personalità delle Organizzazioni internazionali*, p. 251.

(57) *Op. cit.*, p. 252.

ti membri. Infatti in tutte le materie rispetto a cui incidono le norme comunitarie — disciplina delle intese, disciplina generale delle persone fisiche e giuridiche, sanzioni penali —, lo Stato membro conserva intatto il proprio potere, tant'è vero che esso può porre norme generali, e comunque legiferare al di là dei casi previsti nei Trattati. Da tale rilievo il Balladore ha dedotto che il processo di formazione degli atti comunitari avvenga nell'ordinamento internazionale particolare delle Comunità, mentre l'effetto di essi si produrrebbe negli ordinamenti interni attraverso modi di adeguamento (58). Sussiste quindi, ad opera dei Trattati istitutivi, una vera e propria ripartizione di compiti fra gli ordinamenti delle Comunità e i sistemi degli Stati membri e un adattamento dei primi ai secondi (59) — che non va confuso con una inserzione delle norme comunitarie nel diritto interno — come sempre avviene rispetto ai rapporti fra diritto interno e diritto internazionale (60). Non si può comunque configurare un trasferimento di sovranità dagli Stati alle Comunità: esso d'altronde non viene previsto in alcun modo nella Costituzione italiana, in cui l'art. 11 viene dal Balladore inteso come una norma meramente programmatica e priva di pratica efficacia (61).

7. Nell'opera su le organizzazioni internazionali il Sereni risolve il problema dei rapporti fra gli ordinamenti comunitari e l'ordinamento internazionale affermando l'autonomia dei primi:

(58) *Le Comunità europee e gli ordinamenti degli Stati membri*, p. 4 ss.

(59) *Op. cit.*, p. 10 ss.

(60) *Diritto internazionale pubblico*<sup>8</sup>, p. 70.

(61) *Diritto costituzionale*<sup>1</sup>, p. 409: « [per aderire ad una delle organizzazioni previste dall'art. 11] occorrerà sempre una decisione concreta e pienamente discrezionale da parte degli organi competenti, i quali potranno acconsentire o meno alla partecipazione italiana, senza che abbia alcuna importanza ciò che dispone al riguardo la Costituzione. Non solo, ma se realmente la sovranità del nostro Stato ne riuscisse limitata, e se andasse di conseguenza modificata la nostra Costituzione, occorrerebbe a tal uopo il consueto procedimento di revisione costituzionale, nè lo si potrebbe certo evitare invocandosi la generica autorizzazione preventiva contenuta nell'art. 11. Anche il promuovere e favorire gli accordi e le organizzazioni internazionali dipende da circostanze varie di politica estera non valutabili aprioristicamente ».

ma tale affermazione contempera attraverso un'analisi dei concreti rapporti fra le Comunità e il diritto internazionale generale (62).

Dal rilievo che i Trattati istitutivi tendono soltanto a preordinare la creazione dell'ente internazionale, il Sereni deduce che l'esistenza di questo non si ricollega all'accordo, bensì al fatto dell'esecuzione dell'accordo mediante la creazione di una struttura organizzativa e l'esplicazione di un'attività unitaria (63).

L'accordo infatti è solamente l'espressione di un vincolo associativo fra gli Stati membri, da cui possono derivare solamente situazioni giuridiche che si riferiscono ad essi, e non un nuovo ente materiale autonomo avente efficacia *erga omnes*, ossia una persona internazionale. La caratteristica fondamentale dei soggetti di diritto internazionale è infatti quella di avere un'esistenza materiale obbiettiva, essendo la personalità una situazione giuridica valida nei confronti di tutti i consociati (64).

All'esistenza di un'unione internazionale, semplice o istituzionale, corrisponde sotto l'aspetto normativo la formazione di un suo ordinamento, che si presenta come un ordinamento giuridico particolare, creato nell'ambito e facente parte dell'ordinamento internazionale; sotto l'aspetto associativo ad essa si ricollega la costituzione di un comunità internazionale particolare. Dall'unione discende anche un ordinamento giuridico interno, costituito da principi e norme che non fanno parte del diritto internazionale ma costituiscono un ordinamento distinto. L'ordinamento dell'unione non va pertanto confuso con l'ordinamento interno della comunità (65).

Le organizzazioni internazionali sono enti funzionali, la cui fisionomia viene determinata dai compiti loro attribuiti dagli Stati membri. Nell'attuale fase storica l'esplicazione di funzioni da

---

(62) SERENI, *Le organizzazioni internazionali*, Milano, 1959, e *Diritto internazionale*, II, 2, Milano, 1960.

(63) *Le organizzazioni internazionali*, p. 76.

(64) *Op. cit.*, p. 77.

(65) *Op. cit.*, pp. 23-24.

parte delle organizzazioni presuppone l'esistenza degli Stati, in quanto esse tendono a porre fatti che assumono rilevanza per essi (66) e d'altronde l'esercizio di funzioni dirette presuppone il loro assenso. L'ente internazionale compie in tal modo attività normalmente espletate dagli Stati: ma mentre questi tendono a soddisfare un interesse proprio, le organizzazioni internazionali tendono a soddisfare un interesse della collettività dei consociati (67); per questa ragione la loro attività è regolata da principi giuridici (68).

Dalla coesistenza nella comunità internazionale generale di Stati e di organizzazioni discende che i rapporti fra i rispettivi ordinamenti vengono regolati dal diritto internazionale, trattandosi di rapporti fra ordinamenti separati e indipendenti. Il sistema dei rapporti si adegua però ai caratteri dei due ordinamenti (69) e si esprime attraverso una serie di norme particolari, che sono poi le norme della costituzione internazionale dell'ente (70).

Le Comunità europee sono caratterizzate dall'esistenza di atti relativi a persone private. Mediante essi si istituisce un concorso fra gli ordinamenti statuali e gli ordinamenti comunitari rispetto alle medesime materie: e così le persone private sono soggetti dei due ordinamenti, in taluni casi si ha un potere di imposizione delle Comunità che si affianca a quello degli Stati membri, ecc. I problemi che ne sorgono vengono risolti imponendo allo Stato membro un obbligo di rispettare l'autonomia delle organizzazioni internazionali, e un divieto di esplicitare attività interne là dove esse agiscono (71).

Il Sereni inquadra i problemi relativi al sorgere delle Comunità europee in un'ampia visione del fenomeno dell'organizzazione

---

(66) *Op. cit.*, p. 117.

(67) *Op. cit.*, pp. 118-119.

(68) *Op. cit.*, p. 148.

(69) *Op. cit.*, p. 158.

(70) *Op. cit.*, p. 159.

(71) *Op. cit.*, p. 208 ss.

internazionale: così egli propone un superamento delle più gravi difficoltà che si collegano alla distinzione fra ordinamento internazionale particolare dell'unione e ordinamento interno delle Comunità osservando come il diritto interno delle unioni si basi su di una impalcatura costituita da norme di diritto internazionale (72), ciò che lo porta ad analizzare le differenze di struttura fra le organizzazioni e gli enti statuali.

Nè si deve trascurare il merito acquisito dal Sereni individuando i fenomeni di concorrenza fra i vari elementi, pubblici e privati, delle organizzazioni internazionali: materia in cui egli ha finemente avvertito esigenze spesso trascurate o superate in quanto si nega il loro rilievo nel campo del diritto (73).

8. L'indagine della letteratura giuridica italiana relativamente alle Comunità europee cerca in primo luogo di spiegare la coesistenza in esse di elementi interindividuali con elementi interstatuali. All'Arangio Ruiz va riconosciuto non soltanto il merito di avere per primo utilizzato l'espressione « interindividuale », ma soprattutto di aver chiarito i termini del problema con una serie di studi che hanno dato l'avvio all'analisi del fenomeno (74).

Questo scrittore parte dal rilievo che la comunità internazionale non sia una società giuridicamente integrata, mentre tali sono le società statuali, le quali restano, nonostante operino in esse persone giuridiche, società di individui in cui si dissolve qualsiasi gruppo in precedenza esistente. Nelle società non integrate, invece, le relazioni fra i gruppi coesistono accanto alle relazioni fra indi-

(72) *Op. cit.*, p. 222 ss.

(73) *Gli organismi economici internazionali nell'ordinamento interno degli Stati*, *Riv. dir. inter.*, 1958, p. 529 ss.; *Le imprese comuni dell'Euratom*, *Riv. dir. inter.*, 1960, p. 203 ss.

(74) DELL'ARANGIO RUIZ vedi specialmente *Rapporti contrattuali fra Stati ed organizzazioni internazionali*, *Archivio giuridico F. Serafini*, 1950 (qui citato dall'estratto); *Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale*, Milano, 1951; *Sulla dinamica della base sociale nel diritto internazionale*, Milano, 1954; *Reflections on the problem of organisation in integrated and non integrated societies*, *Riv. dir. inter.*, 1961, p. 585 ss.

vidui; così nella società umana universale operano gli Stati sovrani, entità di fatto pregiuridiche, e sussistono spazi vuoti, in cui possono svilupparsi fenomeni interindividuali (75); manca invece assolutamente un fenomeno di organizzazione, incompatibile col l'assenza di principi comuni che regolino il governo della cosa pubblica: a tale stato di cose si ricollega l'inidoneità dell'accordo a determinare la soggettività e l'organizzazione giuridica delle unioni, nè tale idoneità può venire attribuita all'accordo da una norma consuetudinaria (76).

Le unioni internazionali quindi vanno ricondotte alla figura dell'organo collettivo: gli statuti ed i meccanismi dell'unione altro non esprimono se non i sistemi di rapporti obbligatori fra gli Stati membri, nei quali le varie situazioni giuridiche sono integrate dalle determinazioni dei meccanismi attuati dagli Stati in adempimento agli obblighi strumentali posti nel patto costitutivo (77). Tali determinazioni concretano una serie di fatti da cui viene precisato il contenuto delle situazioni giuridiche che hanno vita dall'accordo.

Alle unioni si ricollega un fenomeno organizzativo; ma tale fenomeno è posto *al di sotto* e non *al di sopra* degli enti, soggetti primari dell'ordinamento: e cioè ad esse non si ricollega alcun fenomeno di organizzazione giuridica nell'ambito del diritto internazionale (78). Inserendosi in un sistema paritario quale il sistema internazionale, esse non ne possono determinare modifiche, ed hanno la natura di organi di funzioni: figura questa per la cui definizione si rimanda al Perassi (79) e che l'Arangio Ruiz ha considerato, ampliandone l'originaria fisionomia, quale idonea a spiegare il fenomeno delle unioni nella sua interezza.

---

(75) *Gli enti soggetti*, p. 61 ss.

(76) *Rapporti contrattuali fra Stati*, p. 42 ss., p. 73 ss.

(77) *Rapporti contrattuali fra Stati*, p. 119 ss.

(78) *Op. cit.*, p. 119.

(79) PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, Parte I, 7° rist., Padova, 1961, p. 170 ss.

In questo meccanismo organizzativo si inseriscono, appunto, gli elementi interindividuali. Qui gli strumenti previsti dai fatti costitutivi acquistano una forza e un valore propri, originari rispetto al diritto internazionale, e si pongono su di un piano diverso, sia esso diritto interno di natura federale, o diritto interno dell'ente, o infine un eventuale diritto dell'umanità (80).

Esiste da ultimo un aspetto delle unioni del tutto collaterale, relativo all'attribuzione della personalità giuridica internazionale. Ciò avviene tutte le volte in cui esse appaiono dotate di una certa indipendenza ed agiscono concretamente sul piano delle relazioni internazionali: a questo proposito lo scrittore approfondisce il concetto di ente derivato operante nella società internazionale (81).

Questo, in sintesi, il pensiero dell'Arancio Ruiz, di cui duole non potere riferire se non i risultati, dovendosi rinunciare ad esporre lo sforzo, coerente e rigoroso, di giustificarli con il richiamo a premesse più generali (82).

9. Negando ogni rilievo istituzionale alle organizzazioni, l'Arancio Ruiz è partito da una visione della comunità internazionale come di una comunità paritaria e decentrata, il cui ordinamento comprenda pochi soggetti ed una serie limitata di rapporti. Indubbiamente tale costruzione si richiama in notevole misura a quella dell'Ago, tendente ad individuare nei principi di libertà, di eguaglianza e di universalità (accanto a quello, precisato in un secondo momento, di effettività) i principi ispiratori dell'ordinamento internazionale (83). Senonchè un esame degli sviluppi della comunità internazionale, e delle funzioni che in essa esercitano le organizzazioni, ha successivamente indotto l'Ago ad una costru-

(80) ARANCIO RUIZ, *Rapporti contrattuali*, p. 142 ss.

(81) *Gli enti soggetti*, p. 5; p. 277 ss.

(82) *Rapporti contrattuali*, p. 33 ss.; *Gli enti soggetti*, p. 1 ss.: si vedano in particolare le modifiche apposte nella ristampa emendata dalla prima parte del lavoro, dal titolo *La persona giuridica come soggetto strumentale*, Milano, 1952.

(83) ACO, *Corso di diritto internazionale*, Milano, 1943, p. 61 ss.

zione istituzionistica del fenomeno, che si è accentuata nei successivi lavori (84).

Lo scrittore inserisce l'istituzione delle Comunità europee nell'evoluzione dell'ordinamento internazionale verso forme di collaborazione sempre più intense fra gli Stati: la stessa disciplina di rapporti interindividuali non è caratteristica delle Comunità europee, essendo stata attuata, anche se in misura infinitamente più modesta, da unioni precedenti.

In ogni caso l'ente prende vita dall'accordo istitutivo anche se non viene da esso creato, e si pone così accanto agli altri enti che operano nella comunità internazionale: perchè è vero che l'accordo opera *inter partes*, ma l'effetto dell'accordo è quello di costituire un ente obbiettivo a cui potranno riferirsi le norme generali del sistema, dall'esistenza concreta delle quali si deduce la personalità. L'accordo è quindi uno strumento inteso a provocare nella realtà il sorgere di enti internazionali (85).

Dall'ente, comunque, non resta sminuita la personalità nè la sovranità degli Stati istitutori in quanto esso si identifica in una comunità internazionale particolare, che può avere una fisionomia tendenzialmente universale o invece regionale. A quest'ultimo tipo appartengono le Comunità europee; l'esistenza, in esse, di esecutivi indipendenti, l'efficacia diretta nei confronti degli individui destinatari di taluni atti delle Comunità non sono caratteri peculiari in quanto tali dati tendono ad apparire sempre più frequentemente nelle organizzazioni più recenti (86): le formule istituzio-

---

(84) Aco, *L'organizzazione internazionale dalla Società delle Nazioni alle Nazioni Unite*, *La Comunità inter.*, 1946, p. 5 ss.; *Comunità internazionale universale e comunità internazionali particolari*, *La Comunità inter.*, 1950, p. 195 ss.; *Considerazioni su alcuni sviluppi dell'organizzazione internazionale*, *La Comunità inter.*, 1952, p. 527 ss.; (vedi in partic. p. 544 ss.); *Le organizzazioni internazionali e le loro funzioni nel campo dell'attività interna degli Stati*, *Studi De Francesco*, vol. I, Milano, 1957, p. 3 ss.; *Intervento al Convegno di Studi di Napoli per professori universitari sulla C.F.C.A.*, dicembre 1955, estratto dagli atti: *Il Trattato istitutivo dell'Euratom*, *Il diritto dell'energia nucleare*, Milano, 1961, p. 87 ss.

(85) *Il Trattato istitutivo dell'Euratom*, pp. 87-88.

(86) *Op. cit.*, p. 96.

nali e funzionali adottate per le Comunità europee sono quindi l'espressione più avanzata di una tendenza generale della nostra epoca (87).

Da quanto si è detto appaiono gli aspetti caratteristici della costruzione dell'Ago, per cui lo scrittore merita un posto a sè nella letteratura giuridica italiana. Le ragioni logiche di tale sua posizione si ritrovano nei lavori ad argomento più generale (88) in cui si afferma la necessità di uno studio empiristico del fenomeno giuridico considerato come un dato obbiettivo e l'adozione di un metodo induttivo di ricerca. Da queste premesse, e dall'accoglimento di questo metodo, discende la necessità di considerare il mondo di relazioni internazionali nel suo aspetto concreto, continuamente evolventesi.

Non è qui il caso di approfondire come ed in quale misura le premesse ed il metodo rigorosamente storico accolto avvicininò il pensiero dello scrittore ad una visione sociologica del mondo giuridico, e alle posizioni della scuola neo-razionalistica nel superamento, anche se non completo, del normativismo (89). Basti segnalare come in tale modo l'Ago riesca ad inserire le Comunità europee come vive forze operanti nel quadro della collaborazione internazionale.

10. In questo *excursus* vengono considerati i contributi degli scrittori che hanno preso in esame particolarmente il problema

(87) *Op. cit.*, p. 97.

(88) *Scienza giuridica e diritto internazionale*, Milano, 1950; *Diritto positivo e diritto internazionale*, *Comunicazioni e Studi*, vol. 7, p. 33 ss. e *Scritti Perassi*, vol. I, Milano, 1957, p. 3 ss.; *Science juridique et droit international*, *Recueil des Cours*, 1956, II, p. 859 ss.

(89) Su tali argomenti, e per uno sviluppo critico dei temi analizzati dall'Ago, vedi MIGLIAZZA, *Il fenomeno dell'organizzazione e la Comunità internazionale*, p. 27 ss. Per una compiuta esposizione dello sviluppo della dottrina italiana di diritto internazionale, e per una rivalutazione — sia pure attraverso una decisa critica — degli sforzi tendenti ad una analisi fenomenologica della comunità internazionale, vedi ZICCARDI, *Diritto internazionale in generale*, *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Milano, 1964, p. 988 ss.

fondamentale della natura e delle funzioni delle Comunità europee. Ne restano esclusi contributi, spesso determinanti, contenuti in opere d'argomento diverso, più generale o più particolare, di cui si terrà conto nell'analisi dei singoli problemi: ma non si può trascurare l'opera di uno scrittore testè immaturamente scomparso, il Marmo, che ha vigorosamente sostenuto la derivazione della soggettività delle Comunità europee dai Trattati istitutivi, ed ha analizzato la coesistenza di elementi privati e di elementi interstatali nei sistemi delle organizzazioni internazionali (90).

Resta ancora da esaminare un filone della letteratura giuridica italiana relativa alle Comunità europee: quello degli scrittori che in modi diversi hanno dato una interpretazione federalistica delle Comunità. Occorre subito dire che tale tendenza ebbe in Italia molto minore fortuna che in Francia ed in Germania, dove essa venne largamente rappresentata, soprattutto a proposito della C.E.C.A. Da noi il solo Cansacchi, fra gli scrittori di diritto internazionale, accoglie una configurazione federale delle Comunità europee, sostenendo che dal diritto comunitario, inteso come diritto di un ente federale, discende una ripartizione delle competenze fra Stati membri e Comunità, e che tale ripartizione può venire attuata con strumenti offerti dal diritto comunitario (91). Comunque anche il Cansacchi ammette che gli elementi federali nelle Comunità europee non comportano una totale subordinazione dei sistemi degli Stati membri al diritto comunitario (92); osservazione questa comune agli scrittori di diritto pubblico, i quali mettono generalmente in rilievo come sussistano sia

---

(90) MARMO, *Intervento, Actes officiels*, vol. II, Milano, 1957, p. 317 ss.; *Sull'idoneità dei trattati a costituire enti internazionali*, *Riv. dir. inter.*, 1957, p. 103 ss.; *Il diritto internazionale e la distinzione fra diritto pubblico e privato*, *Spunti critici introduttivi allo studio delle organizzazioni internazionali*, *Comunicazioni e Studi*, vol. VIII, p. 185 ss.

(91) Vedi CANSACCHI, *Le comunità sopranazionali, gli ordinamenti comunitari e gli ordinamenti degli Stati membri*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 1038 ss.

(92) *Op. cit.*, pp. 1044-1045.

elementi di affinità sia elementi differenziatori fra le organizzazioni comunitarie e gli enti federali (93).

La tesi federalistica venne poi ripresa in modo originale da due scrittori, il Benvenuti e il Vitta.

Il Benvenuti (94) sviluppa la concezione sotto un profilo funzionale, affermando che in talune materie i Trattati istitutivi avrebbero effettuato un trasferimento vero e proprio di sovranità dagli Stati membri agli enti comunitari, di guisa che questi ultimi sotto un profilo strutturale sarebbero persone giuridiche che si pongono con pari valore nel concerto degli Stati, ma in cui il territorio, inteso come elemento costitutivo, sarebbe sostituito da un momento funzionale (95). Ne consegue che gli Stati membri parteciperebbero come elementi costitutivi delle Comunità, ma non nella qualità di enti sovrani, bensì come « popolo » delle Comunità stesse. Si avrebbero così nuovi enti sovrani nei quali però non si riproduce la struttura politica degli Stati moderni — a competenza generale e territorialmente delimitata — bensì una struttura di tipo corporativo (96).

A sua volta il Vitta (97), dopo avere dimostrato l'insufficienza delle concezioni federalistiche così come sono state formulate a spiegare i dati concreti delle Comunità europee, afferma che mediante queste ultime si avrebbe « il configurarsi degli Stati membri come agenti esecutivi delle Comunità in base ad uno schema fe-

(93) In questo senso da ultimo CERETI, *Corso di diritto costituzionale*<sup>6</sup>, Torino, 1963, p. 111 ss.

(94) BENVENUTI, *La C.E.C.A. ente sovrano, Diritto inter.*, 1961, p. 297 ss.: il lavoro è riprodotto quasi testualmente nella prefazione all'opera *Ordinamento della C.E.C.A.*, 2 vol., Padova, 1960. Sotto qualche aspetto giunge a risultati affini al Benvenuti il LUCATELLO, *I lineamenti giuridici delle Comunità europee, Quaderni del centro di documentazione e studi sulle Comunità europee dell'Università di Ferrara*, II, 1961, p. 2 ss., che conclude però sostenendo la impossibilità di inquadrare le Comunità europee in alcuno degli schemi giuridici dedotti da figure preesistenti.

(95) BENVENUTI, *op. cit.*, p. 310.

(96) Circa i rapporti fra ente centrale ed enti dipendenti negli organismi statuali di tipo corporativo, essenziali appaiono ancora le ricerche della dottrina tedesca della fine del secolo scorso: per le citazioni ed una sintesi vedi EBERS, *Die Lehre vom Staatenbunde*, Breslau, 1910, p. 300.

(97) VITTA, *L'integrazione europea*, Milano, 1962.

deralistico » che non si identifica colle usuali figure di enti federali per la mancanza di adeguate possibilità di controllo e di costrizione da parte degli organi comunitari nei confronti degli Stati membri (98). In questa sua parte ricostruttiva il Vitta indubbiamente si richiama alle concezioni del cosiddetto *dédoublement fonctionnel*, enunciate dalla scuola sociologica francese e riprese negli ultimi anni da una parte della dottrina italiana a proposito delle Comunità europee; ma attribuisce al fenomeno, solitamente rilevato rispetto a momenti ed a strutture particolari delle Comunità, una portata comprensiva dell'insieme dei rapporti fra gli organi statuali e gli organi comunitari.

Resta infine da ricordare come la tesi federalistica non sia stata accolta in genere dagli scrittori di diritto pubblico. È da notare in questi scrittori una precisa intuizione, anche se non sviluppata, della separazione degli ordinamenti comunitari rispetto agli ordinamenti degli Stati membri e talvolta del carattere di subordinazione dei secondi nei confronti dei primi nonchè della rilevanza internazionale delle Comunità (99).

11. La concezione dell'efficacia diretta degli atti degli organi delle Comunità nei sistemi degli Stati membri venne intesa da qualche scrittore, con una adesione meramente formale agli

---

(98) *Op. cit.*, p. 138.

(99) Secondo il VIRCA, *Diritto costituzionale*,<sup>5</sup> Palermo, 1961, p. 111: « le autorità amministrative interne degli Stati aderenti vengono spogliate dei loro poteri relativi a quel settore, essendo tali poteri deferiti agli organi della Comunità sopranazionale, i quali possono emettere provvedimenti aventi come destinatari direttamente gli individui, che sono sudditi degli Stati aderenti »; per il BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*,<sup>5</sup> Napoli, 1962, p. 570: « [il nuovo ordinamento] poggia non più sulla coordinazione degli Stati partecipanti, bensì sulla loro subordinazione al nuovo ente, che mira a raggiungere direttamente attraverso l'attività dei suoi organi i soggetti del diritto interno di ogni Stato membro »; per il CERRETI, *Corso di diritto costituzionale*,<sup>6</sup> Torino, p. 112: « gli Stati membri hanno arretrato alquanto le frontiere dei loro ordinamenti interni per far posto, in un settore e per materie ben delimitate, ad un nuovo ordinamento comune che è venuto non a sovrapporsi, ma ad affiancarsi ai precedenti ordinamenti statali »; per il MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*,<sup>6</sup> Padova, 1962, p. 1060 « incerta è la qualifica da attribuire [alla C.E.C.A.], che sembra debba considerarsi di diritto internazionale ».

schemi della dottrina separatistica, nel senso che si verifichi non tanto un adeguamento del sistema giuridico dello Stato membro, inteso nella sua completezza, al diritto comunitario, quanto un inserimento nel diritto statale delle singole norme e dei singoli atti validi nel diritto delle Comunità. Con ciò si supera la costruzione che proprio la dottrina separatistica aveva dato circa il sistema dei rapporti fra ordinamento interno e diritto internazionale a base convenzionale, e secondo cui nel diritto interno dovrebbero prodursi tutte le modificazioni atte a concretare l'adempimento degli obblighi posti nell'accordo. Ne è derivato un continuo confronto fra norme di pari e di diverso grado, con risultati difficilmente accoglibili.

Lo Stendardi (100), che rappresenta questa tendenza, attribuisce innanzitutto alle norme dei Trattati istitutivi il valore di una supercostituzione (101); ma non applica fino all'estremo la tesi — che comporterebbe la prevalenza del diritto comunitario rispetto alle norme costituzionali dello Stato membro — e concepisce l'adattamento del diritto interno come una inserzione di norme eteronome, utilizzando sostanzialmente la figura del richiamo recettizio. L'inserimento delle norme comunitarie nel diritto interno può dar luogo ad un conflitto con norme interne di origine autonoma; esso viene risolto in base ai principi della priorità di rango fra le varie classi di norme di un medesimo sistema giuridico, della specialità fra norme di pari grado e della priorità nel tempo fra norme aventi il medesimo ambito di efficacia (102). Analoghi sviluppi ha avuto l'accoglimento di premesse sostanziali affini nel pensiero di altri scrittori, che hanno affrontato l'argomento in vari contributi (103).

---

(100) STENDARDI, *I rapporti fra ordinamenti giuridici italiano e delle comunità europee*, Milano, 1958.

(101) *Op. cit.*, p. 37.

(102) *Op. cit.*, p. 35 ss.

(103) Per una accurata menzione degli scrittori che hanno accolto la tesi dell'inserimento vedi GORI, *Una pietra miliare nell'affermazione del diritto europeo*, *Giur. it.*, IV, c. 1049 ss.

A posizioni non diverse poteva condurre l'accoglimento della tesi dell'immediatezza dell'efficacia del diritto comunitario nei sistemi statuali. Essa infatti ebbe in un primo momento un consimile sviluppo da parte di uno scrittore che ha ampiamente analizzato i vari aspetti del diritto europeo, il Catalano, il quale però in un secondo tempo fu indotto dalle medesime premesse a considerare lo strumento tecnico che secondo la Costituzione italiana consente la rinuncia dello Stato a talune competenze proprie, e cioè l'art. 11. L'adesione alle Comunità europee determinerebbe pertanto una limitazione dei poteri degli organi legislativi: approvando una legge in contrasto con una norma comunitaria si commetterebbe pertanto uno straripamento di potere (104).

A parte questa tesi, la maggioranza degli scrittori italiani ha in vario modo accolto la dottrina dell'adeguamento. Un atteggiamento diverso è stato accennato, più che sviluppato, dal Capotorti il quale, partendo dal rilievo che in linea generale il richiamo di un sistema giuridico ad una norma o ad un principio di un diverso sistema comporta che il diritto richiamato cambi fisionomia e natura, in quanto l'inserimento avviene in un tessuto diverso, in una diversa struttura organizzativa o in un diverso ambiente (105), ha affermato che tale schema non sembra

---

(104) CATALANO, *L'inserimento della normativa comunitaria negli ordinamenti giuridici degli Stati membri*, Quaderni del centro di documentazione e studi sulle Comunità europee dell'Università di Ferrara, Milano, 1961, III, p. 41 ss.; *Manuale di diritto delle Comunità europee*, Milano, 1962, p. 145 ss. (dove si accoglie ancora sostanzialmente la tesi dell'inserimento sopra esposta, sì che nel diritto interno le norme ordinarie in contrasto col diritto comunitario e successive alla legge di esecuzione dovrebbero venire applicate dal giudice); *L'inserimento diretto delle disposizioni contenute nel Trattato istitutivo della Comunità economica europea negli ordinamenti giuridici degli Stati membri*, *Foro Padano*, 1963, V, c. 33 ss. (dove lo scrittore accogliendo taluni miei rilievi e delineando la tesi dello straripamento di potere giunge a conclusioni opposte, ribadite nei successivi lavori); *Portata dell'art. 11 della Costituzione in relazione ai Trattati istitutivi delle Comunità europee*, *Foro it.*, 1964, I, c. 465 ss.; *Postilla*, *Foro it.*, 1964, IV, c. 22 ss.

(105) CAPOTORTI, *Sulla interpretazione uniforme dei Trattati europei*, pp. 10-11. Il Capotorti aveva già analizzato la validità dello schema negli sviluppi giurisprudenziali in *Problemi di diritto internazionale nella giurisprudenza italiana recente*, *Comunicazioni e studi*, vol. IV, p. 306, vol. V, p. 396 ss.

adattarsi al rapporto fra diritto interno e diritto comunitario, rispetto al quale egli ritiene che le norme di adeguamento valgano piuttosto ad attribuire efficacia, entro la sfera dell'ordinamento statale, al diritto comunitario in quanto tale (106).

L'adesione alla teoria dell'adeguamento è la coerente conseguenza delle premesse generali accolte dalla dottrina italiana che, pure in modi diversissimi, pone in rilievo la separazione fra sistemi statuali e sistemi comunitari. Lo sforzo della ricerca doveva pertanto tendere alla individuazione dei dati caratteristici dei sistemi comunitari, in quanto influiscono sul modo dell'adeguamento: in tale senso si caratterizza l'analisi compiuta dall'Udina circa l'adattamento del diritto italiano al diritto comunitario (107), in cui viene accolta in linea generale la tesi dell'adattamento automatico.

Lo scrittore distingue fra le norme dei Trattati istitutivi che richiedono specifici atti d'esecuzione (leggi formali e regolamenti) in aggiunta all'ordine generale di esecuzione e le norme *self executing* (108). Nessun specifico atto di esecuzione è necessario per attribuire efficacia ai provvedimenti emanati dagli organi delle Comunità in base all'art. 189 del Trattato C.E.E. o delle norme corrispondenti dei Trattati C.E.E.A. e C.E.C.A.: si tratta di norme di formazione comunitaria ma che per il loro contenuto hanno carattere e destinazione di norme interne « sì da costituire un diritto interno uniforme imposto internazionalmente e immesso negli ordinamenti interni in seguito all'ordine generale d'esecuzione degli accordi che lo prevedono » (109).

---

(106) *Sulla interpretazione*, loc. cit. Il principio era già stato applicato dallo scrittore rispetto ad un problema concreto: vedi CAPOROTTI, *Sulla efficacia delle regole di concorrenza applicabili alle imprese della Comunità economica europea*, *Riv. dir. internaz.*, 1959, p. 3 ss.

(107) UDINA, *Sull'efficacia delle norme delle Comunità europee nell'ordinamento italiano*, *Diritto inter.*, 1961, p. 122 ss.

(108) *Op. cit.*, p. 127.

(109) *Op. cit.*, p. 128. L'autore chiarisce che non possiedono tale natura gli atti destinati ad avere vigore all'interno dell'ordinamento comunitario o nei rapporti fra gli Stati membri.

La tesi dell'adattamento viene però accolta dallo scrittore con cautela, ed è respinta tutte le volte che gli atti delle Comunità sembrano avere un rapporto troppo tenue con i Trattati istitutivi, sia in quanto essi comportino una modifica dei Trattati nei modi abbreviati ivi previsti, sia in quanto essi prevedano con efficacia generale una deroga al diritto degli Stati membri, senza che questa sia stata prevista in modo espresso dai Trattati (110).

Con minore approfondimento vennero esaminati dalla dottrina italiana i problemi della separazione e della collaborazione strutturale fra gli organismi statuali e gli organismi comunitari. Ove si eccettui il problema della natura della Corte di giustizia delle Comunità europee rispetto alle pronunzie pregiudiziali, ricondotta dal Morelli alla figura dell'organo comune degli Stati membri e da una serie di scrittori invece ricompresa nell'ambito dei singoli sistemi comunitari, e ove si eccettui lo sforzo di spiegare l'azione dello Stato membro compiuta per conto delle Comunità sia richiamando la teoria del *dédoublement fonctionnel*, sia utilizzando schemi federalistici, tali problemi hanno avuto poche e rapide trattazioni. Anche la giurisprudenza ha affrontato il tema solo in tempi recentissimi.

Ultimamente è stato affrontato il problema dell'ambito dei poteri del giudice italiano, ordinario e costituzionale, rispetto alla interpretazione dei Trattati, ed il problema pregiudiziale del rilievo che tale interpretazione riveste rispetto alla decisione del caso: la risoluzione di essi discende dalle concezioni generali assunte circa i rapporti fra i diritti degli Stati membri e il diritto delle Comunità. Su questo argomento notevole è stato il contributo arrecato dalla giurisprudenza, ordinaria e costituzionale, e si sta rivolgendo l'interesse della dottrina.

12. Per dare una visione d'insieme della dottrina italiana relativa alle Comunità europee è necessario un confronto conti-

---

(110) *Op. cit.*, p. 130 ss.

nuo con le dottrine straniere, soprattutto di lingua tedesca e francese: ciò verrà fatto di volta in volta nell'esame analitico dei singoli problemi, dove le differenti impostazioni potranno essere poste in piena luce. Non sembra invece opportuno dare una visione d'insieme delle letterature giuridiche straniere in quanto esse, nei pur ampi, numerosi e spesso pregevoli contributi non si sono proposte come fine precipuo la risoluzione delle questioni generali che formano oggetto di questo studio. Non si possono però omettere, a questo punto, alcune considerazioni relative alla diversa impostazione della letteratura giuridica italiana e di quelle straniere.

Cercando di dare una qualificazione circa la natura delle Comunità europee, e richiamandosi ad essa per definire il sistema di rapporti fra le Comunità, il diritto internazionale e i diritti degli Stati membri, la dottrina italiana è stata fedele al proprio indirizzo ed ha riaffermato le posizioni accolte in sede generale. Le concezioni fondamentali circa la struttura della comunità internazionale, la disciplina del modo di formazione dei soggetti ed in particolare degli Stati, i problemi del valore dell'accordo, della posizione degli individui nell'ordinamento internazionale, del modo dell'adeguamento del diritto interno al diritto internazionale sono i principali argomenti riesaminati alla luce della nuova esperienza delle Comunità europee. I grandi filoni del pensiero giuridico italiano nel campo del diritto internazionale rivelano il loro influsso nella soluzione dei singoli problemi e nella scelta stessa dei temi.

Ne è derivata un'elaborazione di alto interesse, sia per il significato dei risultati raggiunti, sia per la possibilità, offerta agli scrittori dal metodo prescelto, di inserirli in una problematica più vasta. I criteri di indagine rigorosamente tecnici propri della scuola hanno permesso di inquadrare le singole questioni in modo rigoroso, evitando quasi sempre quei difetti connotati all'uso di una terminologia empirica e all'incertezza nelle premesse metodologiche che si rivelano di frequente nell'esame

di temi nuovi. È da rimpiangere che i risultati raggiunti e le stesse indagini non siano stati abbastanza diffusi al di fuori del campo degli internazionalisti: forse non è stato svolto a sufficienza in Italia quel lavoro collegiale di elaborazione, compiuto in congressi e in commissioni, che ha dato i suoi frutti in Francia ed in Germania, dove però la dottrina pecca talvolta per un minore approfondimento delle premesse generali dell'indagine.

Rispetto alle questioni fondamentali rimane vivo il contrasto, e non si è raggiunta una soluzione unitaria. Conformemente all'indirizzo generale accolto, un consenso si ha solamente nell'utilizzazione del postulato della separazione degli ordinamenti giuridici e nella tendenza ad interpretarlo prestando una maggiore attenzione agli aspetti concreti dell'esperienza giuridica, il che è caratteristico della fase attuale della scienza del diritto (111).

Dalla premessa separatistica la dottrina italiana ha tratto però, rispetto alle Comunità europee, conclusioni opposte, ammettendo o negando che le strutture comunitarie siano rilevanti per il diritto internazionale, e di conseguenza riferendo l'azione degli organi comunitari ad enti dotati di fisionomia propria e di un'autonomia più o meno ampia, oppure concependola come il prodotto di un'azione comune degli Stati membri. Soluzioni del tutto differenti vennero date al problema del carattere originario o derivato delle Comunità e quindi al rapporto fra il diritto internazionale e il diritto comunitario, e così al problema dei rapporti fra il diritto comunitario e il diritto statale, giustificando l'efficacia del primo nei sistemi degli Stati membri via via come la conseguenza di una immediata utilizzazione delle sue fonti, o invece come il prodotto di un adeguamento automatico ad un sistema estraneo, o infine come il risultato dell'inserimento delle norme comunitarie e degli atti degli organi delle Comunità negli ordinamenti statuali.

Infine la natura stessa e l'ambito delle Comunità vengono

---

(111) Sul punto vedi in particolare ZICCARDI, *Diritto internazionale in generale*, p. 1013.

concepiti in modi diversissimi. Dai negatori dell'esistenza di un ordinamento comunitario agli scrittori che invece attribuiscono alle Comunità una natura affine agli Stati — sono queste le posizioni estreme — si ha tutto un insieme di posizioni intermedie che spiegano la cooperazione delle Comunità e degli Stati membri talvolta attraverso una scissione fra l'elaborazione dell'atto giuridico e l'efficacia di esso ed altre volte attraverso la configurazione di enti dotati di una loro autonomia che però riflettono solo una parte dell'azione comunitaria mentre un'altra parte rimane attribuita all'ordinamento internazionale. E così nel delineare la figura degli ordinamenti delle Comunità si è talvolta ricondotto ad essi tutto l'insieme di rapporti comunque rilevanti, mentre altre volte si sono concepiti come limitantisi alla disciplina di classi di rapporti più o meno ampi.

13. Tale essendo lo stato della dottrina sembra che una prima utile meta dell'indagine sia quella di determinare se ed in quale misura le tesi via via accolte circa i problemi di maggiore rilievo — la natura delle Comunità, l'ambito dell'ordinamento comunitario, i rapporti del diritto comunitario col diritto internazionale e il diritto degli Stati membri — discendano dalle premesse generali accolte. In particolare è necessario si esamini a quali presupposti debbano ricollegarsi le affermazioni che le Comunità europee presentano comunque una rilevanza nell'ordinamento internazionale, e per quali ragioni tale tesi sia quasi generalmente accolta, nonostante la diversità delle premesse. Accettato il principio della rilevanza degli enti comunitari nel diritto internazionale, ogni altro sviluppo dell'indagine ne appare la logica conseguenza. I dati della pratica e soprattutto della giurisprudenza che permettono di saggiare la validità del principio, visti nella loro ragione logica e riportati alle premesse che li giustificano, offrono via via gli elementi per risolvere tutti i problemi che si pongono rispetto ai rapporti fra le Comunità e il diritto internazionale: l'accertamento della natura delle Comunità se-

condo il diritto internazionale, la misura della incidenza del sistema internazionale nell'ambito di azione delle Comunità, il rapporto fra diritto internazionale e diritto comunitario.

Con metodo non diverso deve venire accertato il sistema di rapporti fra il diritto comunitario e il diritto degli Stati membri. La natura internazionale del diritto comunitario comporta che il sistema degli Stati membri si adegui ad esso nei modi in cui il diritto interno si adegua al diritto internazionale particolare. L'affermazione rimane naturalmente una ipotesi fino a quando essa non venga controllata alla luce dell'esperienza giuridica concreta: se l'indagine condotta in base ai dati fattuali avrà avuto un risultato positivo, è chiaro che essa potrà fornire preziosi elementi di controprova ai risultati dell'indagine precedente, che aveva portato all'affermazione della natura internazionale del diritto comunitario.

Solo per necessità di ordine nell'indagine si sono tenuti distinti i due momenti della ricerca, relativi l'uno al sistema di rapporti fra il diritto delle Comunità e il diritto internazionale, l'altro al sistema dei rapporti col diritto interno. In realtà il problema è unico, e consiste nell'accertare la natura e la fisionomia delle Comunità, il cui inserimento nel sistema internazionale e la cui rilevanza sul diritto interno discendono da quella premessa.

Analogamente a ciò che avviene in tutte le indagini particolari, anche lo studio dei rapporti fra l'ordinamento internazionale, gli ordinamenti comunitari ed i sistemi degli Stati membri potrà offrire elementi da utilizzare in un campo più generale. Soprattutto la figura della comunità internazionale particolare, posta quale fulcro della costruzione, assume una portata che supera il pur ampio campo di indagine: i modi di azione di una comunità internazionale particolare e la collaborazione che si attua con i sistemi degli Stati membri presentano aspetti caratteristici rispetto alle Comunità europee, ma indubbiamente si inseriscono nel fenomeno dell'attuazione di un sistema internazionale organizzato, contribuendo allo sviluppo e all'evoluzione di esso.

Riguardo al peso, senza dubbio grandissimo, dei dati dell'esperienza giuridica concreta, soprattutto giurisprudenziale, occorre fare un'avvertenza.

La posizione di singolare rilievo che la Corte di giustizia assume negli ordinamenti comunitari non deve indurre ad utilizzarne le decisioni come un fattore assoluto, prescindendo dalle componenti che hanno operato su di essi. Egualmente errato sarebbe dimenticare che l'esperienza giurisprudenziale non si esaurisce nella decisione del caso, ma comprende i valori culturali che si esprimono nella convinzione dell'organo giudicante e che contribuiscono a determinarne gli indirizzi e la linea direttiva. Occorre quindi evitare di imporre una sovrastruttura logico-classificatoria al contenuto giurisprudenziale di ogni provvedimento, e cercare invece di individuarne il reale significato, necessariamente composito.

Con non minore, anche se diversa cautela, debbono venire utilizzati i dati della dottrina straniera, che offre preziosi elementi per chiarire i singoli problemi ed una costante aderenza ai vari atteggiamenti degli organi delle Comunità, ma in cui spesso affiorano componenti politiche. Queste ultime non possono però venire trascurate: riguardo alle Comunità europee l'indagine giuridica rivela, come poche altre volte, il proprio compito, che mira ad una costruzione di concetti sulla base di un'analisi e, insieme, di una visione storica degli ordinamenti e degli istituti: esigenza unitaria questa che potrà venire attuata con chiarezza solo se si avrà precisa cognizione delle tendenze che vi confluiscono, e dell'apporto di esse.

Considerando i nuovi strumenti di indagine, ma avendo coscienza del loro significato e dei loro limiti, si potrà attribuire al problema dei rapporti fra il diritto comunitario, il diritto internazionale e il diritto degli Stati membri una fisionomia più netta e precisa.

## CAPITOLO II

### LA RILEVANZA DELLE COMUNITÀ EUROPEE SECONDO IL DIRITTO INTERNAZIONALE

**SOMMARIO:** 14. La rilevanza delle Comunità europee nel diritto internazionale secondo la dottrina. — 15. In particolare qualora si configurino le Comunità come enti di tipo federale. — 16. L'esclusione della rilevanza nella configurazione delle Comunità come enti collettivi. — 17. ...e rispetto ai rapporti fra persone private. — 18. Le affermazioni della Corte di giustizia comune sul significato internazionale dell'attuazione delle Comunità. — 19. La coesistenza di elementi interindividuali e di elementi interstatuali negli ordinamenti comunitari nella giurisprudenza della Corte. — 20. Individuazione di due tendenze interpretative e coordinamento dei diversi aspetti delle Comunità nella giurisprudenza della Corte.

14. Indipendentemente dalla posizione assunta riguardo al problema della natura delle Comunità europee, anche se in misura essenzialmente diversa, quasi tutti gli autori ammettono un rilievo delle Comunità nell'ordinamento internazionale e gli ordinamenti comunitari. Si discute invece se il diritto internazionale qualifichi i rapporti fra Stati membri e Comunità e disciplini le strutture di queste ultime, e soprattutto se esso regoli, in maniera più o meno diretta e completa, i rapporti relativi alle persone private.

Non sempre però le soluzioni accolte si richiamano in modo soddisfacente a premesse più generali e ad una analisi dei vari aspetti del problema. Assai spesso infatti gli scrittori si limitano a sottolineare che all'origine delle Comunità europee vi è un trattato internazionale, mettendo in rilievo come gli Stati istitutori, così come hanno posto le condizioni per il sorgere delle Comuni-

tà possano, con un *mutuus dissensus*, provocarne l'estinzione (1). Con ciò si chiarisce come i Trattati istitutivi non si distinguano dagli altri trattati che prevedono l'istituzione di enti internazionali, rispetto ai quali il diritto di recesso ed il potere di opporsi alle modifiche dell'atto costitutivo vengono disciplinati dall'ordinamento internazionale (2).

Altri scrittori invece hanno messo in luce come le Comunità europee acquistino mediante la loro azione concreta una fisionomia autonoma alla quale si ricollegano rapporti esterni, cogli Stati membri e gli altri soggetti internazionali: ma hanno chiarito che questo aspetto dinamico non permette di affermare una autonomia completa delle Comunità rispetto agli atti internazionali che le hanno poste, e ciò anche attraverso un esplicito richiamo alla volontà degli Stati costitutori (3). Ciò premesso il sistema dei rapporti fra Comunità europee e Stati membri e la stessa qualificazione delle Comunità nell'ordinamento internazionale vengono determinati sia, in senso normativo, partendo dall'atto che è all'origine delle Comunità, sia, in senso sociologico, dalla funzione cui esse adempiono nell'ambito internazionale, dove costituiscono l'espressione più completa del processo tendente ad attuare una collaborazione fra i soggetti. L'elaborazione della figura di ente derivato operante nella società internazionale, de-

(1) L'affermazione è comune nella dottrina italiana: vedi da ultimo BARILE, *Sulla struttura delle Comunità europee*, *Riv. dir. inter.*, 1964, p. 17 ss. Fra gli autori stranieri vedi fra gli altri. MÜNCH, *Délimitation du domaine du droit des Communautés supranationales par rapport au droit étatique*, *Actes officiels*, vol. II, Milano, 1957, pp. 276-277; BINDSCHEDLER, *Rechtsfragen der europäischen Einigung*, Basel, 1954, p. 75; REUTER, *La Communauté européenne du charbon et de l'acier*, Paris, 1953, p. 102; SCHLOCHAUER, *Das Verhältnis*, cit., p. 27; KOROWICZ, *Organisations internationales et souveraineté des Etats membres*, Paris, 1961, p. 283 ss.

(2) Vedi per tutti SCELLE, *Manuel du droit international public*, Paris, 1948, p. 273.

(3) Così ad es. DE VISSCHER, *L'interprétation judiciaire des Traités d'organisation internationale*, *Riv. dir. internaz.*, 1958, p. 181, per cui « les auteurs des Traités créateurs d'organisations internationales ont voulu que les pouvoirs de ces organisations ne soient pas arbitraires, que leurs compétences, ainsi que les formes dans lesquelles elles s'exercent, restent dans une certaine mesure soumises à la discipline des textes qui les ont institués ».

stinatario di norme e centro di riferimento di situazioni giuridiche internazionali, esprime lo sforzo di sintesi fra le due tendenze (4).

15. Generalmente si nega che il diritto internazionale comprenda le norme comunitarie che disciplinano i rapporti fra i privati. Si noti però che gli scrittori che scindono nelle Comunità europee l'aspetto interindividuale dall'aspetto interstatale ammettono quasi sempre non solo che i rapporti di unione ed i rapporti fra le Comunità e gli altri soggetti vengano disciplinati dal diritto internazionale, ma anche che il fenomeno organizzativo delle Comunità sia internazionalmente rilevante: fra gli obblighi che derivano dai Trattati istitutivi ed il sistema interindividuale delle Comunità esisterebbe pertanto un complesso di rapporti regolato dal diritto internazionale. Al medesimo risultato giungono gli scrittori che, come il Morelli, delineano un insieme di richiami dall'ordinamento comunitario al sistema del patto di unione (5); quelli che, come lo Sperduti, spiegano l'inserimento delle Comunità europee nell'ambiente sociale internazionale ricorrendo alla figura dell'istituzione di istituzioni, e gli scrittori che, come il Ballardore Pallieri, ammettono una ripartizione di compiti fra gli ordinamenti internazionali particolari delle Comunità e gli ordinamenti degli Stati membri.

Una larga compenetrazione del diritto internazionale nelle strutture delle Comunità europee, corrispondente alle funzioni che esse esercitano nell'ambito della comunità internazionale, è ammessa anche dalla maggior parte degli scrittori che ad esse attribuiscono una struttura federalistica o quasi federalistica (6).

---

(4) Sulla figura di ente derivato vedi, oltre ARANCIO RUIZ, *Gli enti soggetti*, p. 5; SPERDUTI, *Osservazioni sulle basi sociali dell'ordinamento internazionale*, *Riv. dir. inter.*, 1955, p. 11 ss.

(5) MORELLI, *Appunti sulla Comunità europea*, cit., p. 9 ss.

(6) Questa conclusione viene invece negata, qualora si ammetta in via di ipotesi la costruzione federalistica, dal MONACO, *Le Comunità sopranazionali*, pp. 457-458.

Tale posizione può agevolmente comprendersi ove si abbia presente lo sforzo, effettuato dalla dottrina separatistica di lingua tedesca, per chiarire come l'efficacia del diritto internazionale negli enti federali non sia dovuta ad un fenomeno di recezione, ma all'esistenza di un substrato sociale e di un insieme di rapporti analogo alla comunità internazionale (7): la tendenza si è sviluppata sulle tracce chiaramente delineate dal Triepel, per cui l'utilizzazione di una fonte di diritto interno nell'ordinamento internazionale, e viceversa, è normalmente impedita dalla differenza ambientale delle due comunità, e può invece aversi quando tale differenza non sussiste, come nei casi in cui il diritto interno disciplina rapporti fra enti di natura statale (8). Dalle affinità della vita di relazione della comunità internazionale degli enti federali discende che il diritto federale più che recepire le norme internazionali si ispiri ad esse: si è anzi sostenuto che il diritto internazionale viva nei sistemi federali di forza propria. Queste affermazioni si riallacciano alle tesi del positivismo sociologico ed utilizzano insieme le indagini Kelseniane, che avevano portato ad un superamento della assoluta distinzione tracciata dalla scuola dommatica fra l'ente federale e la confederazione (9) fra cui il Kelsen sostiene esistere solo una differenza quantitativa (10); da esse discende l'impossibilità di negare l'efficacia

(7) Cfr. anche per i richiami, MALLMANN, *Völkerrecht und Bundesstaat, Wörterbuch des Völkerrechts*<sup>2</sup>, vol. III, Berlin, 1962, p. 640 ss.

(8) TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899, p. 170. Nell'ipotesi di cui sopra il diritto interno « Sätze des Völkerrechts zum Munster nimmt ».

(9) Per una rigorosa riaffermazione del pensiero della scuola dommatica su tale argomento, ed una confutazione delle tesi diverse, vedi PERASSI, *Confederazione di Stati e Stato federale*, Manoppello, 1916, ed inoltre QUADRI, *Stato (dir. inter.)*; ZICCARDI, *La Costituzione dell'ordinamento internazionale*, Milano, 1943, p. 328 ss.

(10) KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Trad. it. di Cotta e Treves, Milano, 1952, p. 322 ss. L'affermazione non discende necessariamente dall'accoglimento dei presupposti monistici circa i rapporti fra diritto interno e diritto internazionale: per i riferimenti dottrinali sul punto vedi JAENICKE, *Bundesstaat oder Staatenbund, Zur Rechtsform einer europäischen Staatengemeinschaft, Festschrift Bilfinger*, Köln und Berlin, 1954, p. 71 ss., che però sostiene una necessaria correlazione fra la concezione monistica e la tesi su esposta.

del diritto internazionale nei sistemi comunitari, ove a questi si attribuisca una natura federale. Ed infatti nella configurazione Kelseniana si distingue negli ordinamenti federali un sistema centrale di diritto, un sistema dell'ente-federazione e un sistema degli Stati membri (11): analogamente nelle Comunità europee si dovrebbe individuare un sistema di diritto centrale o totale, superiore tanto al diritto degli Stati membri quanto al diritto dell'entecomunità. Ma questo sistema giuridico superiore non potrebbe che essere formato da norme che integralmente richiamano le norme dei Trattati istitutivi, o poste con gli strumenti ivi previsti: esso quindi sarebbe distinto dal diritto internazionale solo formalmente, mentre rispetto al contenuto vi sarebbe un'assoluta coincidenza.

Questi risultati trovano una conferma nella pratica giurisprudenziale della Corte di giustizia delle Comunità europee che più volte ha riconosciuto l'efficacia del diritto internazionale nell'ambito comunitario, anche prima che la sentenza del 5 febbraio 1963 riaffermasse il carattere internazionale del sistema della C.E.E., preso nella sua interezza (12). D'altronde anche gli scrittori che riaffermarono più vigorosamente il carattere federale delle Comunità hanno considerato il diritto internazionale quale fonte di diritto nei sistemi comunitari pur limitandone l'efficacia a taluni rapporti (13).

---

(11) KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, p. 323, e da ultimo, *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960, p. 14.

(12) Per una analisi dei casi in cui la Corte di giustizia ha applicato il diritto internazionale vedi MIGLIAZZA, *La Cour de justice de Communautés européennes et l'ordre juridique des Etats membres, Analyse de la jurisprudence de la Cour, Comunicazioni e studi*, vol. XI, p. 199 ss. (*infra*, cap. III). Sulle discussioni dottrinali relative al valore del diritto internazionale nei sistemi delle Comunità, vedi MIGLIAZZA, *La Corte di giustizia delle Comunità europee*, Milano, 1961, p. 354 ss.

(13) Particolarmente interessanti a questo proposito le affermazioni dell'Avvocato generale Lagrange, nella causa 8/55, sentenza 16 luglio 1956, *Raccolta*, vol. II, p. 258: «La nostra Corte non è un foro internazionale, bensì quello di una Comunità creata da sei Stati su un tipo che si avvicina molto più ad un organismo federale che ad un'organizzazione internazionale... Le norme giuridiche [che promanano dal Trattato istitutivo] costituiscono il diritto interno di questa Comunità. Quanto

Ed infine in qualunque modo si concepisca la natura delle Comunità, esiste pur sempre un'ampia sfera in cui i rapporti cogli Stati membri sono sottratti al diritto comunitario e sottoposti al diritto internazionale comune, il che sarebbe difficilmente spiegabile ove si negasse una rilevanza internazionale delle Comunità (14).

16. A negare che le strutture delle Comunità europee e i rapporti fra gli ordinamenti comunitari e gli ordinamenti degli Stati membri siano estranei al diritto internazionale si poteva giungere, ed in effetti si è giunti, attraverso due vie, che si richiamano ad una medesima premessa separatistica.

Da una parte si è cercato di costruire un diritto comune degli Stati membri operante all'interno delle Comunità, di natura in certo qual modo federalistica (si usò molto spesso l'espressione « federazione parziaria ») che non avrebbe alcuna attinenza col diritto internazionale essendo nettamente separato dal sistema di obblighi interstatuali nascenti dal Trattato: la ripartizione di competenze effettuata fra gli ordinamenti comunitari e gli ordinamenti degli Stati membri discenderebbe da un sistema uniforme di norme aventi natura affine alle norme di diritto internazionale privato, posto simultaneamente dagli Stati e distinto dall'ordinamento internazionale particolare delle Comunità (15).

Tali costruzioni, abbastanza diffuse nella dottrina subito dopo il Trattato di Parigi, vennero superate rapidamente per la convinzione che ai sistemi degli enti federali non sia estraneo il

---

alle fonti di questo diritto nulla vieta di ricercarle, ove occorra, nel diritto internazionale, ma normalmente e molto spesso le troveremo piuttosto nel diritto dei vari Stati membri ».

(14) Sul punto, anche per le citazioni favorevoli e contrarie, vedi MIGLIAZZA, *La Corte di giustizia delle Comunità europee*, p. 142. In senso favorevole, pure mettendo in rilievo il carattere eccezionale dell'applicazione del diritto internazionale comune, vedi DE VISSCHER, *La Communauté européenne*, p. 38.

(15) VON DER HEYDTE, *Berichte*, 2, pp. 128-130: « Wir müssen klarer zwischen partikulärem Völkerrecht und internem Staatengemeinschaftsrecht unterscheiden ». Le norme del secondo si debbono « im Sinn einer Kollisionsnorm verstehen ».

diritto internazionale e per l'influsso della giurisprudenza della Corte comune, la quale ha sempre ammesso che i principi generali del diritto degli Stati membri possano venire applicati nei sistemi comunitari solo quale fonte integrativa, in materie non disciplinate direttamente dai Trattati e con adattamento alle particolari esigenze delle Comunità (16). Ha quindi avuto un seguito piuttosto scarso la tesi, che costituiva la coerente conseguenza di quelle costruzioni, per cui in seno agli ordinamenti comunitari dovrebbe venire attribuito un valore preminente ai principi giuridici comuni agli Stati membri, prima intelaiatura del sistema di una comunità a base federale di cui i Trattati costituirebbero una parziale realizzazione. Così pochi scrittori hanno sostenuto sino in fondo la necessità di interpretare il diritto comunitario attraverso un metodo dinamico, attribuendo un valore determinante agli scopi ed alle finalità che si erano proposti gli autori dei Trattati istitutivi (17): interessante, a questo proposito, è l'atteggiamento dell'Avvocato generale Lagrange, fattosi cogli anni sempre più cauto (18).

---

(16) Vedi da ultimo la sentenza 1 luglio 1963, in causa 32/62, *Raccolta*, vol. IX, p. 12, a proposito del principio per cui prima di ogni provvedimento disciplinare il dipendente deve venire messo in grado di difendersi dagli addebiti a lui mossi. La Corte ha in linea di massima riconosciuto il valore del principio, ma ha messo in rilievo come al difetto di una contestazione possa porre riparo, nei sistemi delle Comunità europee, l'ampia difesa giurisdizionale attribuita ai dipendenti. Nella specie, poi, ha ritenuto fondata la sanzione.

(17) L'indirizzo viene ora accolto soprattutto dal BEBR, di cui vedi *The development of a community law by the Court of the European Coal and Steel Community*, *Minnesota Law Review*, 1958, p. 855 ss.; *Judicial control of the European Communities*, London, 1962, nonché la relazione generale al Congresso di Colonia sul tema « Regole generali del processo della Corte », che cito dall'edizione provvisoria degli atti ed in cui il Bebr respinge ogni analogia della Corte comune coi Tribunali internazionali sostenendo che essa « ist seinem Wesen und seinen Funktionen nach ein Gericht des öffentlichen Rechts »; ma si noti come lo stesso Bebr ammetta che, sia pure in pochi casi si abbia un'applicazione esplicita o implicita del diritto internazionale nei sistemi delle Comunità (*Judicial control*, p. 291).

(18) Così nelle conclusioni per la causa 32/62, il Lagrange non ha in alcun modo sostenuto si dovesse ricorrere soltanto ai principi di diritto amministrativo degli Stati membri (*Raccolta*, vol. IX, p. 123 ss.), ma ha ricercato i principi di diritto amministrativo dei sistemi giuridici più evoluti.

Ove fosse integralmente applicata, questa dottrina giungerebbe a negare (escluso il caso di un richiamo espresso) qualsiasi efficacia del diritto internazionale nell'ambito delle Comunità, le cui strutture vengono considerate quale espressione collettiva della volontà degli Stati membri: sotto questo profilo, essa giunge ai medesimi risultati accolti dall'Arangio Ruiz il quale, riprendendo rispetto al fenomeno dell'organizzazione internazionale le tesi del positivismo classico (19), afferma che fra gli Stati potrebbero sussistere solo rapporti contrattuali e non un'organizzazione strutturale.

Un rigoroso separatismo caratterizza le due posizioni, ma ben diversi ne sono gli sviluppi in quanto la prima si richiama ad una concezione federalistica, l'altra invece ritiene possibile un superamento della struttura decentrata della società internazionale attraverso la formazione di un diritto dell'umanità di cui gli enti di tipo interindividuale costituirebbero i sintomi premonitori (20).

Ipotesi questa al cui rigore logico nulla può obiettarsi, in quanto esclude la rilevanza internazionale delle Comunità riferendone l'azione agli Stati membri; ma per affermarne la rispondenza ai dati fattuali, occorrerebbe dimostrare che il sistema dei rapporti fra gli ordinamenti delle Comunità e degli Stati membri non si richiama al diritto internazionale. Tale dimostrazione è mancata e la costruzione si è risolta in una mera ipotesi, nè sono stati chia-

---

(19) Vedi per tutti ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, vol. I, *Scritti di Dionisio Anzilotti*, vol. I, Padova, 1955, p. 148: « [L'unione]... non può essere altra cosa che una società. Esclusa questa ipotesi, resta soltanto quella di uno Stato a largo o larghissimo decentramento ». Per affermazioni sostanzialmente analoghe nella dottrina successiva all'Anzilotti vedi i richiami del GIULIANO, *La Comunità internazionale e il diritto*, Padova, 1950, p. 253 ss.

(20) Sulla fisionomia e gli aspetti di un diritto mondiale dell'umanità vedi soprattutto JESSUP, *Transnational Law*, New Haven, 1956; JENKS, *The common Law of Mankind*, London, 1958, p. 63 ss.; e da ultimo WAGNER, *Ordinamento giuridico mondiale e diritto nazionale*, *Ius*, 1962, p. 303 ss.: su gli sviluppi di tali tendenza vedi SCHLOCHAUER, *Das Verhältnis des Rechts*, cit., p. 4; QUADRI, *Manuale*<sup>2</sup>, p. 445 ss.

riti i rapporti, pure individuati, fra la struttura delle unioni, il loro aspetto interindividuale e la loro attività nel campo interstatale. Ciò giustifica la critica mossa alla tesi dell'Arangio Ruiz, che essa non fornisca una dimostrazione adeguata dell'erroneità del principio, generalmente accolto, che l'organizzazione dei soggetti dell'ordinamento internazionale è retta dal diritto internazionale (21).

17. A questo punto appariva necessario conciliare l'affermazione per cui gli aspetti organizzativi delle Comunità europee hanno una rilevanza internazionale con la premessa, ancora largamente accolta, per cui le norme internazionali non possono riferirsi a rapporti fra privati.

Si è così cercato di delineare un sistema di norme a carattere interindividuale dotato di una propria autonomia e completamente separato dal diritto internazionale, così come privo di un legame di derivazione rispetto all'accordo istitutivo. Gli sforzi nell'uno e nell'altro senso sono di solito collegati, ma non necessariamente, tanto che si può ammettere che l'organizzazione delle Comunità europee derivi dai Trattati istitutivi ed insieme negare che la disciplina dei rapporti fra persone private possa rientrare nell'ambito del diritto internazionale (22). La maggioranza degli autori utilizza però contemporaneamente le due posizioni spiegando mediante l'affermazione del carattere originario delle Comunità l'efficacia dell'azione che esse svolgono nel campo interindividuale (23).

L'aver configurato le Comunità europee come enti reali, aventi un preciso campo d'azione e propri sistemi giuridici portava a metterne in rilievo la separazione e la distinzione rispetto ai sistemi degli Stati membri, il che appariva ancor più evidente

---

(21) MORELLI, *Stati e individui*, p. 8.

(22) *Op. loc. cit.*

(23) In questo senso vedi per tutti MONACO, *Caratteri istituzionali della Comunità economica europea*, pp. 24-25.

quando la valutazione di un medesimo fatto secondo il diritto comunitario veniva contrapposta alle valutazioni proprie dei sistemi degli Stati membri, e non di uno solo di essi (24). La reciproca posizione delle Comunità e degli Stati membri veniva così constatata dal punto di vista dell'ordinamento che li comprende entrambi, e cioè dell'ordinamento internazionale.

Il consolidarsi delle Comunità europee favoriva d'altronde la formazione di un sistema di norme strumentali che ne disciplinasse la struttura organizzativa e soprattutto i rapporti con l'apparato ed i funzionari: di tale sistema erano evidenti gli aspetti pubblicistici, che apparivano difficilmente conciliabili con le caratteristiche dell'ordinamento internazionale. Anche per queste norme, come per quelle relative ai rapporti privati, era pertanto naturale porsi il problema di determinare se esse fossero del tutto separate dal diritto internazionale, o inserite in esso (25).

#### 18. Alla soluzione dei problemi relativi ai rapporti fra diritto comunitario, diritto internazionale generale e diritto degli

(24) Interessante, a questo proposito la posizione del CAPOTORTI, *Sulla interpretazione uniforme dei Trattati europei*, il quale, a proposito della possibile interpretazione da parte di un organo internazionalmente designato nell'ambito delle Comunità europee, esattamente afferma che « l'unità dell'organo e la simultaneità della rilevanza di determinati fatti rispetto a più ordinamenti vengono constatate *ab externo*, cioè da un punto di vista che sovrasta detti ordinamenti e ne coglie in certo senso il « materiale modo di atteggiarsi » (pp. 12-13 nota 26). Più oltre l'autore parla di « valore formalmente distinto » e di « separati sistemi di valutazione ».

(25) Nel senso di una completa separazione, vedi per tutti GUGGENHEIM, *Universalismo e regionalismo europeo nel diritto internazionale, La Comunità internaz.*, 1953, p. 421; SCHLOCHAUER, *Rechtsformen der europäischen Ordnung, Archiv des Völkerrechts*, 1955, p. 61; REUTER, *Le droit de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, Revue gen. de droit int. public*, 1963, p. 4 ss.. Per la tesi contraria vedi ZEMANEK, *Das Vertragsrecht der internationalen Organisationen*, Wien, 1957, p. 94; DECLEVA, *Il diritto interno delle unioni internazionali*, Padova, 1962, p. 102 ss.. Per ulteriori indicazioni vedi CAHIER, *Le droit interne des unions internationales, Revue gen. de droit int. public*, 1963, p. 563 ss. e in particolare p. 577 (l'autore accoglie la tesi della separazione); DURANTE, *L'ordinamento interno delle Nazioni Unite*, Milano, 1963, p. 47 ss.; DURANTE, *Le Comunità europee ed il concetto di attività interna delle organizzazioni internazionali, Riv. dir. europeo*, 1963, p. 197 ss.

Stati membri, arreca un notevolissimo contributo la giurisprudenza della Corte delle Comunità europee. Grande risonanza ha destato l'affermazione della sentenza del 5 febbraio 1963, in causa 26/62 (26) per cui la Comunità economica europea costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati membri hanno rinunciato, sia pure in settori limitati, ai loro poteri sovrani ed ai quali sono soggetti tanto gli Stati membri quanto i loro cittadini. Alla pronunzia si attribuì però un carattere rivoluzionario solo perchè non vennero adeguatamente considerate altre affermazioni precedenti in cui la Corte enunciava con chiarezza, anche se rispetto a questioni particolari e in maniera incidentale, i principi che ora ha ribadito in maniera quasi polemica.

Il principio della separazione fra gli ordinamenti comunitari e gli ordinamenti statuali era già stato, infatti, implicitamente enunciato quando la Corte aveva ritenuto di non potere in alcun caso applicare le norme, anche costituzionali, degli Stati membri (27), essendo perfettamente normale che una situazione giuridica sia valida per il diritto nazionale e nulla per il diritto comunitario (28); quando essa ne aveva dedotto di non po-

---

(26) *Raccolta*, vol. IV, p. I ss. Sul significato del provvedimento e della sentenza successiva del 27 marzo 1963 in cause riunite 28, 29 e 30/62, *Raccolta*, vol. IX, p. 57 ss., cfr. MIGLIAZZA, *La Corte di giustizia delle Comunità europee e i diritti degli Stati membri*, *Foro Padano*, 1963, IV, c. 58 ss.

(27) Sentenza 4 febbraio 1959, in causa 1/58, *Raccolta*, vol. V, p. 60 e sentenza 15 luglio 1960 in cause riunite 36, 37 e 38/49, *Raccolta*, vol. VI, p. 859. La Corte ha affermato che essa, così come l'Alta Autorità, è tenuta ad applicare soltanto il diritto comunitario, mentre è incompetente ad applicare il diritto nazionale: la contrarietà di un atto di un organo comunitario al diritto costituzionale di uno Stato membro è perciò irrilevante per la Corte, la quale non può riesaminare il diritto interno dello Stato membro per accertare tale contrarietà. Se ne deduce che la norma interna è, rispetto alla Corte, un semplice fatto, il quale viene considerato solamente quale espressione del comportamento statale, ai fini d'accertare se vi sia o meno stata una violazione degli obblighi comunitari. La Corte si conforma qui al principio più volte affermato dai Tribunali internazionali in conformità alla teoria separativistica: cfr. GUGGENHEIM, *Völkerrecht und Landesrecht*, *Wörterbuch des Völkerrechts*<sup>2</sup>, vol. III, Berlino, 1962, p. 659; CASSESE, *Il diritto interno nel processo internazionale*, Padova, 1962, p. 259 ss.

(28) *Raccolta*, vol. V, p. 61.

tersi in alcun modo ingerire direttamente nella legislazione e nell'amministrazione degli Stati membri, in quanto il Trattato C.E.C.A. s'informa al principio di una rigorosa separazione fra i poteri delle istituzioni comunitarie e quelli degli organi degli Stati membri (29), essendo perfettamente normale che una situazione giuridica sia valida per il diritto nazionale e nulla per il diritto comunitario; quando infine aveva precisato che le pronunce in via pregiudiziale, poste nell'interpretazione del diritto comunitario sono qualcosa di estraneo al procedimento nazionale in cui si inseriscono ed in cui il diritto comunitario deve venire applicato, per il che la Corte ha il potere di decidere, nel giudizio, circa la propria competenza (30). Il principio della limitazione dei poteri degli Stati nei confronti delle Comunità era stato a sua volta enunciato, precisandosi che esso opera solamente in taluni campi, mentre in altri permane la competenza diretta degli Stati, cui viene imposto un mero obbligo di adeguamento (31). Che d'altronde le Comunità europee operino nel quadro del diritto internazionale, era presupposto dai provvedimenti che ammettevano un'applicazione del diritto internazionale rispetto alle Comunità (32).

---

(29) Sentenza 16 dicembre 1960, in causa 6/60, *Raccolta*, vol. VI, p. 1096 ss. e partic. p. 1112: la Corte ha ritenuto di non avere il potere di ingerirsi direttamente nei sistemi legislativi ed amministrativi degli Stati membri neppure quando, come rispetto al Protocollo sui privilegi della C.E.C.A., ad essa viene attribuita una competenza esclusiva.

(30) Sentenza 6 aprile 1962, in causa 13/61, *Raccolta*, vol. VIII, p. 97 ss. e partic. p. 100: « Il giudice nazionale è libero di formulare la propria domanda [di una pronuncia in via pregiudiziale] in modo semplice e diretto, lasciando alla Corte di statuire sulla domanda solo entro i limiti della sua competenza » (p. 100).

(31) Sentenza 23 febbraio 1961, in causa 3/59, *Raccolta*, vol. VII, pp. 5 ss.: la Corte ha precisato i due modi di attuazione rispetto agli artt. 4 e 67 del Trattato C.E.C.A., il primo dei quali vieta gli interventi degli Stati membri nell'ambito assegnato alla competenza della Comunità mentre il secondo è diretto ad ovviare alle violazioni della concorrenza che l'esercizio dei poteri conservati agli Stati membri provoca necessariamente (p. 15 ss.).

(32) Sentenza 27 febbraio 1962, in causa 20/61, *Raccolta*, vol. VIII, p. 5 ss.; in essa « in omaggio ai principi di diritto internazionale » si è chiarito che gli

La sentenza del 5 febbraio 1963 raccoglie ad unità tali affermazioni, e precisa che l'attuazione delle Comunità crea un insieme di situazioni rilevanti che vengono tutelate sia con gli strumenti comunitari diretti, sia con l'azione degli organi comunitari verso lo Stato inadempiente, ed infine con l'azione del privato nei procedimenti innanzi agli organi giurisdizionali degli Stati in cui si inserisce la pronuncia della Corte in via pregiudiziale (33). Essa ha inoltre il merito di avere riaffermato con estrema decisione come le situazioni giuridiche relative alle Comunità devono venire in linea di massima esaminate partendo dalla premessa che le Comunità costituiscono un ordinamento di nuovo genere nel campo di diritto internazionale, respingendo così la tesi ben diversa, anche se formulata al fine di giustificare il medesimo risultato, della Commissione (34), e le affermazioni nettamente contrarie di tutti i governi degli Stati membri intervenuti nella controversia (35). La Corte ha quindi ritenuto che si possa comprendere nel diritto internazionale un fenomeno caratterizzato dall'unicità del fine, per cui l'imposizione di obblighi internazionali agli Stati membri coesiste coll'attribuzione di situazioni giuridiche alle persone private, e rispetto al quale accanto agli strumenti d'attuazione propri del diritto internazionale coesistono altri strumenti che presuppongono l'attribuzione della qualità di soggetto di diritto alle persone private.

---

Stati membri assumendo nei Trattati un obbligo contrario ai diritti riconosciuti ad essi da accordi anteriori rinunciano per ciò stesso a valersi di tali diritti nei limiti necessari a dare esecuzione all'obbligo (p. 21).

(33) *Raccolta*, vol. IX, p. 23.

(34) ROEMER, *Conclusioni nella causa 26/62*, *Raccolta*, vol. IX, pp. 38 ss..

Per la Commissione costituirebbe un errore interpretare i Trattati con la sola scorta del diritto internazionale, essendo il diritto comunitario autonomo rispetto al diritto internazionale. È bene precisare che a sua volta l'Avvocato generale Roemer sostenne una tesi, in linea di principio, analoga a quella enunciata dalla Corte, ma affermò che l'art. 12 di cui si discuteva non andava compreso fra le norme che hanno un effetto nei singoli ordinamenti nazionali modificandone o completandone le norme, ma si limitava a porre obblighi fra gli Stati membri.

(35) TELCHINI, *L'interpretazione di norme comunitarie e le giurisdizioni nazionali*, *Diritto intern.*, 1963, p. 247 ss.

19. Le concezioni generali della giurisprudenza della Corte coincidono parzialmente con le tesi accolte da larga parte della dottrina italiana, la quale configura la comunità internazionale come una società di enti coordinati, caratterizzata dall'esistenza di spazi vuoti, ove operano solitamente non individui, ma enti (36), il che facilmente porta ad ammettere che nella struttura di questi ultimi si compenetrino le norme di diritto internazionale. D'altra parte al fondamento volontaristico attribuito al sistema internazionale consegue la possibilità della formazione di enti derivati dal carattere volontario, la cui formazione venga disciplinata, appunto, dal diritto internazionale.

Il dissenso fra le affermazioni della Corte e le concezioni predominanti nella dottrina italiana nasce rispetto alla tesi, espressamente enunciata nelle ultime sentenze, secondo cui qualsiasi norma dei sistemi comunitari presenterebbe una rilevanza internazionale.

La posizione contraria della dottrina italiana si richiama alla constatazione che l'istituzione delle Comunità europee non solo non ha scalfito la sovranità degli Stati membri, ma anzi la presuppone, il che costituisce un elemento caratteristico e determinante per la natura giuridica delle Comunità e porta ad escludere che le norme relative a rapporti fra persone private vengano ricomprese in un diritto superiore al diritto degli Stati membri, quale è il diritto internazionale. Tale rilievo viene accolto anche da una serie di autori stranieri (37); esso induce, come già si è visto, taluni scrittori a ricollegare in vari modi l'efficacia delle norme comunitarie relative alle persone private ai sistemi degli Stati membri, ed altri a sostenere l'esistenza di ordinamenti autonomi, distinti dal sistema internazionale delle unioni, a cui

---

(36) Sulla concezione vedi per tutti PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, Parte I, p. 55 ss.

(37) In questo senso vedi particolarmente BINDSCHEDLER, *Rechtsfragen der europäischen Einigung*, p. 75; DE VISSCHER, *La Communauté européenne*, p. 34; MUNCH, *Délimitation du domaine*, p. 78.

si riferiscano le situazioni giuridiche relative alle persone private.

La costruzione della Corte si richiama a dati obbiettivi nel campo ermeneutico, che la stessa giurisprudenza della Corte comune ha posto in rilievo e che meritano un'attenta considerazione.

20. Indubbiamente il permanere della sovranità degli Stati membri, e l'attribuzione alle Comunità di poteri in materia di rapporti privati si riflettono in due diverse tendenze della giurisprudenza della Corte di giustizia. Da una parte, infatti, essa ha attuato criteri di interpretazione estensiva nella determinazione delle situazioni giuridiche interindividuali che si riconducono alle norme della Comunità (38), e d'altra parte ha riaffermato il valore del principio *in claris non fit interpretatio*, il quale, come ebbi occasione di osservare (39), discende dal carattere, proprio dei Trattati istitutivi, di atti internazionali in cui le limitazioni alla sovranità degli Stati contraenti si debbono intendere in senso restrittivo (e ciò conformemente al principio, accolto esplicitamente dai Trattati (40), per cui occorre un accordo degli Stati membri per estendere i poteri delle Comunità al di là di quanto previsto negli accordi istitutivi); ed è noto come la volontà delle parti di un trattato internazionale si desume soprattutto dal testo di esso (41).

---

(38) Sentenza 5 febbraio 1963, in causa 26/62, dove la Corte ha affermato che nel sistema della C.E.E. un diritto dei singoli sussiste non soltanto quando esso viene attribuito direttamente da una norma, ma anche in corrispondenza di precisi obblighi imposti dal Trattato istitutivo ai singoli, agli Stati membri ed alle istituzioni comunitarie (*Raccolta*, vol. IX, p. 23). Precedentemente la Corte aveva affermato (sentenza 16 dicembre 1960, in causa 6/60, *Raccolta*, vol. VI, p. 1116) che esiste un diritto subiettivo dei singoli tutte le volte in cui è prevista un'azione: e che nel dubbio è logico presumere che i titolari dei diritti possano farli valere direttamente anziché mediante il tramite dello Stato di cui sono sudditi.

(39) *La Corte di giustizia delle Comunità europee*, p. 351 ss. Per le opinioni contrarie del MÜNCH e dello SCHLOCHAUER vedi *Berichte*, 2, p. 117.

(40) Vedi ad es. l'art. 235 del Trattato C.E.E. e su di esso GUGGENHEIM, *Organisations économiques supranationales et Etats souverains*, p. 192.

(41) Sul punto vedi da ultimo DE VISSCHER, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, 1963 p. 50 ss.; MONACO, *I principi di in-*

Senonchè in questo campo la posizione della Corte si è fatta cogli anni più sfumata, probabilmente per la necessità di tenere conto dei canoni interpretativi propri dei diritti statuali (42): il che giustifica la tendenza ad attribuire un peso decisivo alle intenzioni degli Stati contraenti desumibili dai lavori preparatori (i quali però, nel caso concreto che solitamente si ricorda, non fornivano alcun elemento) (43).

Se si deve dare un giudizio complessivo, sembra esatta l'osservazione usuale che la Corte delle Comunità europee si mostri ben più propensa a seguire il canone restrittivo di interpretazione, tradizionalmente accolto dai tribunali internazionali, che non la Corte internazionale di giustizia, più incline ad adottare un metodo dinamico, tendente a porre in evidenza i cosiddetti poteri impliciti delle organizzazioni internazionali (44). La Corte comune, infatti, è soltanto giunta ad integrare l'interpretazione di un testo mediante le norme senza le quali la clausola da interpretare non avrebbe avuto alcun senso, o non poteva avere un'applicazione ragionevole ed utile (45).

---

*terpretazione seguiti dalla Corte di giustizia delle Comunità europee; BERNHARD, Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge, Köln-Berlin, 1960, p. 78; NERI, Sull'interpretazione dei Trattati nel diritto internazionale, Milano, 1961, p. 69 ss.*

(42) In questo senso SINCLAIR, *The principles of the treaty interpretation and their application by the English Courts, The inter. and comp. Law Quarterly*, 1963, p. 519.

(43) Sentenza 1° giugno 1961, in causa 15/60, *Raccolta*, vol. VII, p. 233: « in assenza di lavori preparatori atti a manifestare chiaramente le intenzioni degli autori della disposizione, la Corte non può basarsi che sulla portata del testo quale è stato adottato, ed attribuire ad esso il significato che risulta dalla sua interpretazione letterale e logica ».

(44) Sui criteri di interpretazione estensiva seguiti cautamente dai Tribunali internazionali, e con molto maggiore slancio dalla Corte internazionale di giustizia, vedi BENTIVOGLIO, *La funzione interpretativa nell'ordinamento internazionale*, Milano, 1958, p. 128; SERENI, *Le organizzazioni internazionali*, p. 216 ss.; ZEMANEK, *Internationale Organisationen als Handlungseinheiten*, *Oest. Zeitschrift für öff. Recht*, 1956, p. 352; FERRARI BRAVO, *Nota in margine alla recente sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso dell'Africa occidentale*, *Riv. dir. inter.*, 1963, p. 338.

(45) Sentenza 29 novembre 1956, in causa 8/55, *Raccolta*, vol. II, p. 299: « Ad avviso della Corte ... le disposizioni di un Trattato internazionale o di una legge comprendono implicitamente anche le norme senza le quali le predette disposizioni non avrebbero senso o non potrebbero venire applicate in modo ragionevole ed utile ».

Il più cauto atteggiamento della Corte comune si spiega considerando che le autolimitazioni alla propria libertà assunte dagli Stati membri nei Trattati europei sono di tale rilievo ed incidono tanto profondamente sulle strutture statuali da non poter venire intese se non in senso restrittivo.

L'esistenza di due diversi criteri interpretativi che si richiamano ai due aspetti tipici delle Comunità europee, quello interindividuale e quello interstatale, ha offerto alla dottrina un argomento per convalidare la tesi che nell'ambito comunitario esistano due sistemi distinti di norme cui si riferirebbero classi di rapporti diversi. La tesi però non sembra accettabile, in quanto le due classi di norme, pure nelle diversità dovute ai differenti rapporti di fatto cui si riferiscono, si coordinano l'una con l'altra costituendo nel loro insieme un ordinamento che esprime un ambiente sociale omogeneo.

Circa la coesistenza ed i rapporti di cooperazione fra le due classi, l'apporto della giurisprudenza della Corte ha un grande valore per i singoli contributi e per il significato delle decisioni, ma non fornisce una compiuta sistemazione del fenomeno. Un prezioso avvio ad una ricostruzione del sistema è però dato dalle affermazioni, l'una collegata all'altra, della sentenza del 5 febbraio 1963, per cui la coesistenza negli ordinamenti comunitari di situazioni giuridiche riferentesi agli Stati e alle persone private discende dalla necessità di attuare una limitazione dei poteri degli Stati membri ed una contemporanea assunzione di competenze delle Comunità, e per cui le Comunità operano in settori limitati, dal che si deduce che la loro attuazione non toglie agli Stati membri il carattere di comunità politiche a competenza generale (46).

La Corte ha pertanto individuato il fenomeno giuridico che si esprime nell'ambito sociale delle Comunità, indicando il significato delle forme strutturali, normative ed organizzative, che ad esso si ricollegano ed il loro rilievo rispetto agli ordinamenti statuali.

---

(46) *Raccolta*, vol. IX, p. 23.

Che l'attuazione dei sistemi comunitari esprima una evoluzione nei modi tipici della comunità internazionale e sia quindi rilevante per l'ordinamento di essa, è implicito in quelle affermazioni. In tale modo la Corte ha fornito gli strumenti necessari per spiegare sia la coesistenza di norme e di situazioni giuridiche riferentesi a rapporti fra privati e a rapporti interstatuali, sia l'integrazione fra elementi materiali ed elementi strumentali, e nello stesso tempo ha posto le basi necessarie per chiarire il sistema di rapporti fra Comunità e Stati membri.

**CAPITOLO III**

**LE COMUNITÀ EUROPEE**

**COME ORDINAMENTI INTERNAZIONALI PARTICOLARI**

**SOMMARIO:** 21. L'impossibilità di distinguere nelle Comunità europee due diversi sistemi di norme, l'uno relativo ai rapporti interstatuali e l'altro relativo alle persone private. — 22. L'identità nello scopo dei principi normativi e il carattere unitario delle strutture delle Comunità europee. Gli ordinamenti comunitari tendono all'attuazione dei principi accolti nei Trattati istitutivi. — 23. Il coordinamento fra le norme che disciplinano i rapporti fra gli Stati membri e le norme che disciplinano i rapporti relativi alle persone private. — 24. Il problema del carattere originario o derivato degli ordinamenti delle Comunità europee. — 25. L'inserimento delle Comunità europee nella comunità internazionale. Senso e portata dell'autonomia dei sistemi comunitari. — 26. Gli ordinamenti comunitari come ordinamenti di comunità internazionali particolari. — 27. L'elaborazione compiuta dalla dottrina circa la figura della comunità internazionale particolare. Applicazione ai sistemi delle Comunità europee. — 28. Il cosiddetto « diritto interno delle unioni » come complesso di norme che fanno parte dell'ordinamento delle comunità internazionali particolari. — 29. I modi attraverso cui viene assicurata la conformità del diritto delle comunità particolari al diritto internazionale generale, con speciale riguardo alle Comunità europee.

21. Il problema dell'unitarietà dei sistemi comunitari si pone per la coesistenza di elementi interstatuali ed interindividuali, e può venire risolto mediante due indagini che si integrano reciprocamente, ossia attraverso una ricerca dommatico-formale e attraverso un esame delle caratteristiche normative e strutturali degli ordinamenti comunitari, posti in relazione colle caratteristiche dell'ordinamento internazionale.

La legittimità dell'indagine nasce dal fatto che l'esistenza, in seno a un ordinamento, di un complesso di norme che si ricollegano a rapporti interindividuali non è di per sè sufficiente per de-

durne l'esistenza di un sistema a sè stante (1), così come l'esistenza di un insieme di fattori giuridici strumentali non è sufficiente perchè si parli di un diritto interno della Comunità, avulso dal sistema dei Trattati istitutivi. Ponendosi il problema, esso non può che venir risolto escludendo la contrapposizione di due diversi sistemi nell'ambito delle Comunità europee. Identico infatti è il rapporto fra ognuna delle norme di diritto europeo e il diritto internazionale; identica è la sfera sociale di azione delle norme di tipo interstatale e delle norme relative ai rapporti privati, come identico è il fatto organizzativo che entrambe esprimono ed unico il fine che esse si propongono, ossia il loro interesse istituzionale, che si identifica nell'attuazione dei principi comunitari (2). L'azione degli organi delle Comunità, cui viene demandato il compito di attuare tali principi, si esercita, a seconda dei casi, rispetto agli Stati membri ed alle persone private, esplicando nei confronti degli uni e degli altri un impulso e una coazione, ed usando in taluni casi di un potere sanzionatorio. Se nella difesa giurisdizionale agli Stati membri compete la legittimazione rispetto ad un maggior numero di azioni e la possibilità di avvalersi di un numero maggiore di motivi di impugnazione degli atti degli organi comunitari, ciò dipende unicamente da una diversa entità, in senso quantitativo, degli interessi che fanno capo agli Stati.

La Corte comune ha, a questo proposito, enunciato due principi fondamentali, apparentemente contrastanti ma che si possono ricondurre ad unità. Da un lato essa ha affermato che in linea di massima gli individui possono fare valere direttamente negli ordinamenti comunitari i diritti di cui sono titolari, essendo essi soggetti delle Comunità nella stessa guisa degli Stati ed essendo le loro azioni concorrenti con quelle promosse al medesimo fine da

---

(1) BALLADORE PALLIERI, *Le Comunità europee e gli ordinamenti interni*, p. 10, nota; DURANTE, *L'ordinamento interno delle Nazioni Unite*, p. 28, nota 8.

(2) VALENTI, *La tutela degli interessi nelle Comunità europee*, Milano, 1963, p. 85 ss.; sulla prevalenza dell'interesse comunitario rispetto a quello degli Stati membri cfr. GRASSETTI, *La nozione di interesse delle Comunità*, *Riv. dir. ind.*, 1963, I, p. 162 ss.

gli altri Stati membri e dalle istituzioni comunitarie nei confronti dello Stato inadempiente (3).

D'altra parte invece rispetto al ricorso dello Stato membro contro un'azione o un'omissione dell'Alta Autorità che provochi nella sua economia perturbazioni essenziali e persistenti (art. 37 del Trattato C.E.C.A.) la Corte ha ammessa la legittimazione ad agire dei soli Stati membri, in base al motivo che soltanto essi sono in grado di determinare se la situazione delle rispettive economie renda necessaria l'applicazione dell'articolo 37 (4). Successivamente la Corte ha precisato, a proposito della C.E.E., che l'inserimento necessario dell'interesse del privato nell'ambiente economico di uno degli Stati membri avviene pur sempre in via di eccezione: e pertanto ha stabilito che la Commissione ha facoltà di tenere conto degli interessi dei gruppi economici senza dover necessariamente riferirli ad uno Stato (5).

Da queste decisioni, intese nella loro ragione logica, è possibile risalire al principio che Stati membri e privati hanno una posizione potenzialmente eguale, e sono titolari di situazioni giuridiche diverse solo perchè portatori in linea di fatto di interessi più o meno ampi, il che si riflette in un diverso interesse all'azione (6).

Essendosi nelle Comunità europee raggiunta quella tutela diretta degli interessi dei privati che manca nella società internazionale, lo Stato non appare più come il mezzo necessario per attuarla, e pertanto esso è titolare di interessi propri, ed insieme

---

(3) Per le citazioni vedi *supra*, par. 19.

(4) Sentenza 13 luglio 1961, in cause riunite 2 e 3/60, *Raccolta*, vol. VII, p. 251 ss.; su di essa VALENTI, *Problemi di legittimazione e interessi rilevanti nello art. 37 del Trattato istituito dalla C.E.C.A.*, *Riv. dir. inter.*, 1962, p. 246 ss.

(5) Sentenza 15 luglio 1963, in causa 34/62, *Raccolta*, vol. IX, p. 267 ss. e partic. p. 300.

(6) Sulla correlazione fra interesse in senso materiale e interesse all'azione nel sistema della C.E.C.A., vedi la sentenza 13 luglio 1961, *Raccolta*, vol. VII, p. 274: « il diritto di mettere in mora l'Alta Autorità spetta esclusivamente allo Stato nel quale le perturbazioni sono manifestate od hanno minacciato di manifestarsi...: [solo esso] ha quindi un interesse atto a giustificare il ricorso ».

rappresenta taluni interessi privati ancora inseriti nella sua struttura organizzativa. L'eguale soggezione degli Stati membri e delle persone private al diritto comunitario attribuisce alle Comunità un carattere misto, in cui aspetti propri delle società statuali coesistono cogli strumenti tipici di una società a carattere paritario e decentrato quale la società internazionale.

Inserendosi nella comunità internazionale, le Comunità europee ne determinano pertanto una decisa, seppure parziale evoluzione verso forme strutturali diverse, nei limiti in cui gli aspetti delle comunità particolari possono influire sulla struttura della comunità generale nel cui ambito esse operano. Si deve quindi escludere che alle norme comunitarie relative agli Stati e agli individui si ricolleghino due istituzioni sociali distinte, e quindi due sistemi diversi.

22. L'aspetto degli ordinamenti delle Comunità europee viene in primo luogo determinato dallo scopo, che si identifica nell'attuazione dei principi istituzionali. La giurisprudenza della Corte comune ha cercato di individuare, nel complesso dei singoli sistemi, i principi direttivi (7), come ha cercato di stabilire

---

(7) Già nel suo primo provvedimento (sentenza 21 dicembre 1954, in causa 1/54, *Raccolta*, vol. I, p. 23), la Corte ha chiarito come gli artt. 2, 3, 4 del Trattato di Parigi pongano, nell'ambito della C.E.C.A., principi di carattere costituzionale che non potrebbero venire in alcun modo modificati dall'attività degli organi comunitari. Sul punto vedi oltre a BERRI, *La giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1963, p. 798 ss., e alla rassegna del BOULOUIS, *Annuaire français de droit inter.*, vol. I, p. 312 ss., STEINDORFF, *Die Vertragsziele der europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl als Rechtsvorschriften und Richtlinien*, *Berichte*, 2, p. 94 ss. Rispetto al Trattato C.E.E. vedi da ultimo la sentenza della Corte comune in data 4 luglio 1963 in causa 24/62, *Raccolta*, vol. IX, p. 129 ss., per cui l'art. 25 del Trattato prevede deroghe rispetto alle norme fondamentali degli artt. 2, 3 e 9 a cui in ogni caso debbono ispirarsi gli organi della Comunità: esso quindi deve venire interpretato conformemente ai criteri di cui all'art. 29; sulla sentenza vedi la nota di GORI, *Poteri e obblighi dell'esecutivo della C.E.E. in materia di deroghe alla tariffa doganale comune*, *Foro Padano*, 1964, V, c. 7 ss. Un interessante tentativo di determinare i principi informativi della C.E.E. identificandoli nel divieto di ogni discriminazione e nel principio della parificazione nel progresso è stato di re-

quali principi processuali costituiscano la regola, e quali l'eccezione (8), ed un medesimo sforzo è stato compiuto dai tribunali nazionali (9). Così pure essa ha chiarito che l'attuazione di uno scopo sociale viene perseguita da tutte le norme comunitarie, quale che sia l'interesse perseguito in via immediata. Non è quindi possibile contrapporre un interesse delle Comunità a quello dei singoli Stati membri (10): l'uno e l'altro, infatti, pur essendo formalmente e soggettivamente diversi, finiscono per coincidere (11).

Ad identità di scopo corrisponde un'identità negli strumenti utilizzati. Nei sistemi delle Comunità ogni soggetto (organi comunitari, Stati, enti e persone private) ha in linea di massima il potere di avvalersi degli strumenti operanti sia nel diritto interno, sia nell'ambito comunitario per ottenere la realizzazione dei principi accolti nei Trattati istitutivi. Nella sentenza del 5 febbraio 1963 la Corte comune ha affermato che ogni norma comunitaria fa sorgere situazioni giuridiche subiettive cui, in linea di massima, corrisponde un diritto di azione: i metodi di attuazione diretta ed indiretta concorrono nella tutela di un me-

---

cente compiuto dal LEANZA, *Legislazione per il Mezzogiorno e Mercato comune europeo*, Roma, 1963, p. 4 ss. Allo scritto del Leanza rimando per ulteriori richiami bibliografici (nota 1, pp. 1-2).

(8) Così la Corte ha da ultimo affermato (sentenza 4 luglio 1963, in causa 12/63, *Raccolta*, vol. IX, p. 177 ss.) che il ricorso previsto all'art. 66, par. 51, II comma del Trattato della C.E.C.A. costituisce una deroga ai principi generali posti dal Trattato in materia processuale. La disposizione non può pertanto venire estesa alle ipotesi di omissioni dell'Alta Autorità che non siano regolate in modo esclusivo dall'art. 35.

(9) STEINDORFF, *Die europäischen Gemeinschaften in der Rechtsprechung*, *Archiv des Völkerrechts*, 1959/60, p. 55; BEBR, *Judicial Control of the European Communities*, ove si riporta una serie di decisioni di giudici statuali.

(10) Particolarmente rilevanti sono, a questo proposito, le osservazioni della Corte comune intorno all'art. 37 del Trattato di Parigi. La Corte ha chiarito come l'inciso della norma « facendo salvi nel tempo stesso gli interessi generali della Comunità » tenda ad inserire l'interesse dello Stato membro nell'interesse della Comunità (sentenza 13 luglio 1961, in cause 2 e 3/60, *Raccolta*, vol. VII, p. 275).

(11) VALENTI, *La tutela degli interessi*, p. 46; GROS, *I metodi di protezione degli interessi nazionali nelle Comunità economiche europee*, *La Comunità inter.*, 1958, p. 264 ss.

desimo interesse, per il che è possibile ricorrere in via alternativa o complementare agli strumenti giurisdizionali propri dei sistemi degli Stati ed all'azione diretta, promossa dagli altri Stati e dagli organi comunitari in base agli artt. 169 e 170 del Trattato della C.E.E. (12).

La giurisprudenza della Corte ha messo pertanto in rilievo il carattere composito delle Comunità europee, e così pure la necessità che le organizzazioni comunitarie rispondano alle esigenze strutturali che a tale carattere si ricollegano, per cui si ha contemporaneamente l'attribuzione di compiti agli Stati membri e la formazione di un apparato funzionale proprio delle Comunità (13).

Si tratta comunque di due aspetti di un medesimo fenomeno; e da ciò discende che due diverse tendenze interpretative si intreccino e si confondano nella giurisprudenza della Corte comune (14). In realtà l'unico criterio direttivo valido per il diritto comunitario è che l'interpretazione di ogni norma deve adattarsi alle esigenze di fatto ed alla struttura concreta dei singoli rapporti; criterio che chiarisce entro quali limiti si possa fare ricorso al diritto internazionale generale. Si pensi al rifiuto opposto dalla Corte di applicare la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni (15): mentre, pur nel silenzio dei Trattati, si è riconosciuta in linea generale la validità del principio (e con ciò si è implicitamente ammessa la natura internazionale dei sistemi comunitari), si è escluso che esso possa applicarsi quando, come nelle controversie relative al Protocollo sulle immunità della C.E.C.A., alla Corte viene attribuita una competenza esclusiva, perchè in tal caso non è possibile alcuna interferenza fra la Corte

---

(12) « La rilevanza dell'azione dei singoli interessati, tendente alla salvaguardia dei loro diritti, costituisce un efficace controllo che si aggiunge a quello che gli artt. 169 e 170 affidano alla diligenza della Commissione e degli Stati membri », *Raccolta*, vol. IX, p. 24.

(13) Sul punto vedi, in senso in parte difforme, DURANTE, *Le Comunità europee e il concetto di attività interna delle organizzazioni internazionali*, p. 199.

(14) *Supra*, par. 19.

(15) Sentenza 16 dicembre 1960 in causa 6/60, *Raccolta*, vol. VI, p. 1117.

e le giurisdizioni nazionali e si ha una situazione del tutto diversa da quella che nel diritto internazionale giustifica il principio.

23. La possibilità di un efficace coordinamento fra l'azione svolta dai privati, dagli organi comunitari e dagli Stati nell'ambito delle Comunità europee viene rafforzata dal carattere di comunità di diritto ad esse proprio, per cui l'azione degli organi è, sia pure con ampio margine di discrezionalità, un'azione obbligatoria, rispetto alla quale agli altri soggetti (Stati membri, istituzioni, persone ed enti privati) spetta un potere di impulso, assicurato anche in via giurisdizionale dagli artt. 35 del Trattato della C.E.C.A., 175 del Trattato della C.E.E., 148 del Trattato della C.E.E.A., che prevedono il cosiddetto ricorso per omissione (16). È quindi possibile, per il privato, agire in via indiretta contro lo Stato che non si adegui agli obblighi imposti dai Trattati, facendo accertare dalla Corte di giustizia l'inadempimento degli organi comunitari che non hanno promosso le azioni opportune contro lo Stato inadempiente.

Appare anche da ciò come le azioni operanti nei sistemi degli Stati per assicurare l'attuazione degli accordi istitutivi e quelle tradizionali dell'ordinamento internazionale che si rivolgono allo Stato membro al fine di farne constatare l'inadempienza si integrino e si completino; e che il privato, contrariamente a ciò che accade in diritto internazionale comune, può, sebbene in modo indiretto, promuovere anche le seconde. Le azioni tipiche del diritto internazionale garantiscono l'efficacia del sistema, in quanto le azioni dirette nei confronti dello Stato membro non assicu-

---

(16) Sulle condizioni e i limiti di tale ricorso vedi MIGLIAZZA, *La Corte di giustizia delle Comunità europee*, p. 96 ss.; BOULOUIS, *Le recours en carence*, Rapporto generale al Congresso di Colonia; GROEBEN-BOECK, *Kommentar zum E.W.C. Vertrag*, vol. II, Baden Baden-Bonn, 1960, p. 137 ss. WOHLFAHRT E ALTRI, *Die europäische Wirtschaftsgemeinschaft*, Berlin und Frankfurt a. M., 1960, p. 495 ss. È interessante notare come i principi elaborati rispetto al ricorso per omissione siano stati estesi alla tutela dei diritti dei funzionari delle Comunità (sentenza 13 luglio 1961, in cause 22 e 23/60, *Raccolta*, vol. VII, p. 350 ss.), il che riconferma il sempre vigile sforzo della Corte di accentuare il carattere unitario del diritto delle Comunità.

rano in ogni caso l'esecuzione degli atti degli organi comunitari (17): e lo stesso va detto per l'impulso esercitato dai privati sia nei sistemi comunitari, sia all'interno dei sistemi statuali. Alla maggiore possibilità di azione dei privati ed al potere degli organi delle Comunità di agire contro lo Stato inadempiente, corrisponde una minore possibilità degli Stati membri di ricorrere a misure di autotutela e, in linea generale, un minore potere sanzionatorio verso lo Stato, in quanto si attui con gli strumenti tradizionali rispetto al diritto internazionale comune (18).

Queste considerazioni confermano l'esattezza della tesi sostenuta in linea generale che qualsiasi norma di diritto comunitario ha un'identica natura e si riferisce ad un medesimo sistema giuridico. Ciò non toglie che fra norma e norma sussistano differenze date dalla diversità del rapporto da regolare: esse si riflettono soprattutto sul fenomeno dell'interpretazione, che tende, in ultima analisi, a ricondurre ad unità gli aspetti contrastanti di ogni ordinamento giuridico (19).

24. Chiarito l'aspetto unitario degli ordinamenti europei, occorre affrontare il tormentato problema se essi abbiano un carattere originario o derivato dall'ordinamento internazionale.

La soluzione del problema non si collega necessariamente, come spesso si ritiene, alla soluzione del problema dell'attribuzio-

---

(17) Sui limiti delle azioni svolte dagli organi delle Comunità nei confronti degli Stati membri negli ordinamenti comunitari, vedi FREYMOND, *L'idée de supranationalité et les traités européens*, Mélanges Séfériadès, Athènes, Ecole des Sc. pol., 1961, vol. I, p. 53 ss.

(18) Cfr. partic. WEHBERG, *Entwicklungsstufen der internationaler Organisation*, Die Friedenswarte, 1954, p. 193 ss., il quale osserva che nel sistema della C.E.C.A. il potere sanzionatorio nei confronti degli Stati membri è minore che nel sistema delle Nazioni Unite.

(19) Al riguardo cfr. BARILE, *Diritto internazionale e diritto interno*, II, Riv. dir. int., 1957, p. 88, per cui « il Trattato della Comunità dovrà essere interpretato nel senso che esso, lungi dal formare l'unico diritto applicabile dalla Corte, deve considerarsi inquadrato nel sistema logico costituito dal diritto internazionale spontaneo, e da quel diritto spontaneo di origine interna che la stessa Corte in una funzione quasi creativa rileverà avendo riguardo ai fattori che tendono ad essere comuni ai diritti interni dei paesi aderenti all'organizzazione in parola ».

ne della personalità internazionale agli enti comunitari: fra i due problemi esiste però uno stretto collegamento che è opportuno precisare.

Già la dottrina separatistica meno recente aveva chiarito la rilevanza dell'attribuzione della personalità internazionale ad una unione rispetto al consolidarsi di un sistema giuridico suo proprio (20). Fra gli scrittori italiani, ricollegandosi a talune affermazioni del Borsi (21), lo Scerni aveva nettamente individuato questa connessione, affermando che l'esistenza di un ordinamento in un'unione discende dall'attribuzione ad essa della personalità internazionale (22). Ma sia questa tesi che la tesi opposta e maggiormente diffusa, per cui l'esistenza di un ordinamento interno dell'unione non è una conseguenza bensì un presupposto dell'attribuzione della personalità (23), partono da un'identica premessa, e cioè che tanto l'attribuzione della personalità quanto la disciplina della struttura degli ordinamenti delle unioni non solo appaiono collegate al diritto internazionale, ma si debbono riportare ad una determinazione normativa di esso. In questo senso si sono sviluppate le indagini degli scrittori che hanno affermato che un accordo possa creare un ente internazionale, ed hanno configurato le Comunità europee come enti determinati dai Trattati istitutivi e quindi derivanti dall'ordinamento internazionale (24).

L'attribuzione della personalità si riporta a un modo di essere del sistema, e non ad una sua determinazione normativa,

(20) Vedi per tutti EBERS, *Die Lehre vom Staatenbunde*, p. 303.

(21) BORSI, *Il rapporto di impiego nella Società delle Nazioni*, *Riv. dir. inter.*, 1923, p. 261 ss.

(22) SCERNI, *Saggio sulla natura giuridica delle norme emanate dagli organi creati con atti internazionali*, Genova, 1930, p. 9. Per lo Scerni gli ordinamenti interni delle organizzazioni internazionali dovevano essere « fondati e delimitati dal criterio della personalità internazionale dell'unione, onde si riterranno esistenti ogniqualvolta tale personalità sia accertata ».

(23) Vedi per tutti MORELLI, *L'Istituto nazionale di agricoltura e la giurisdizione italiana*.

(24) MARMO, *Sull'idoneità dei Trattati*, p. 103 ss.; BALLADORE PALLIERI, *La personalità delle organizzazioni internazionali*, p. 239 ss.

negandosi quindi che gli ordinamenti delle unioni derivino dal diritto internazionale, quando si afferma che il trattato istitutivo si limita a porre i presupposti dell'ente, e questo si autocostruisce in occasione dell'osservanza del trattato da parte dei suoi destinatari (25). Con ciò non si esclude la possibilità che l'ente derivi dal trattato (ed infatti a quest'ultimo possono porsi solo i limiti subiettivi di efficacia nei confronti dei contraenti, e nessun limite quanto al contenuto (26)), ma semplicemente si vuole descrivere un modo di essere dell'ordinamento internazionale in cui gli accordi sono un mero fatto negoziale che crea rapporti solamente fra gli Stati. È chiaro che da queste premesse discende che le unioni a carattere interindividuale non possano inserirsi nell'ordinamento internazionale data l'incompatibilità di esso con la disciplina di rapporti fra persone private.

25. L'indagine si riporta così ad una comparazione fra i caratteri dell'ordinamento internazionale e degli ordinamenti comunitari e fra le relative strutture.

In altra sede ho cercato di dimostrare come la teoria della derivazione degli ordinamenti comunitari dall'ordinamento internazionale, così come viene formulata, si richiami ad una interpretazione del fenomeno giuridico basata sui presupposti del normativismo (27), dai quali discende che il trattato istitutivo determini la vita dell'ente internazionale, magari attraverso successive evoluzioni (28): di conseguenza, autonomia di un ente

(25) ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, vol. I, p. 296 ss.; QUADRI, *La sudditanza*, p. 77; AGO, *Il Trattato istitutivo dell'Euratom*, p. 90; SERENI, *Le organizzazioni internazionali*, p. 70 ss.; VITTA, *Trattati internazionali e autonomia dei soggetti*, *Riv. trim. di dir. pubbl.*, 1957, p. 501 ss.

(26) MORELLI, *Stati ed individui*, p. 7 ss.

(27) MIGLIAZZA, *Il fenomeno dell'organizzazione*, p. 11. Per un quadro più generale del pensiero del positivismo giuridico sul problema vedi ARANCIO RUIZ, *Rapporti contrattuali*, p. 33.

(28) In questo senso VERDROSS, *Zur neuesten Lehre von den Staatenverbindungen*, *Zeitschrift für int. Recht*, 1927, p. 257 ss., soprattutto p. 268, e sostanzialmente ZICCARDI, *L'intervento collettivo delle Nazioni Unite e i nuovi poteri della Assemblea generale*, *La Comunità inter.*, 1957, soprattutto p. 241 ss.

equivarrebbe alla possibilità che esso abbia di uno sviluppo indipendente dall'accordo istitutivo (29). Una volta invece che si accolgano presupposti diversi, e quindi si utilizzi un metodo puramente induttivo di indagine, si possono sostituire ai concetti di derivazione e di originarietà i concetti di separazione e di compenetrazione fra ordinamenti (30).

Accolte queste ultime premesse, si tratta di determinare se gli ordinamenti comunitari, la cui esistenza viene indubbiamente condizionata dalla validità del Trattato istitutivo e quindi « riposa » sul diritto internazionale, appaiano o meno inseriti nell'ordinamento internazionale (31), essendo perfettamente corretto riaffermare l'autonomia delle Comunità europee (in quanto per autonomia si intenda la possibilità di uno sviluppo indipendente dal Trattato istitutivo) ed insieme la compenetrazione di esse nella comunità e nell'ordinamento internazionale (32).

Tale compenetrazione viene dimostrata cogli stessi argomenti utilizzati per chiarire come le strutture delle Comunità vengano disciplinate dal diritto internazionale e come negli ordinamenti comunitari la disciplina dei rapporti interindividuali si coordini colla disciplina dei rapporti interstatuali. Ammesso che il diritto internazionale disciplini la struttura delle unioni, ben difficilmente si potrà negare che le funzioni da esse svolte e il fenomeno organizzativo che ad esse si riferisce rientrino nell'ambito della comunità internazionale e siano valutate dal suo ordinamento. Il problema consisterà piuttosto nell'accertare a quali presupposti organizzativi il diritto internazionale subordini la possibilità per le unioni di agire nella vita internazionale e di essere destinatarie

---

(29) MONACO, *Norme comunitarie e diritto statale interno*, Riv. dir. europeo, 1962, p. 3 ss. e partic. p. 5.

(30) QUADRI, *Recensione ad Arangio Ruiz*, p. 180. Quest'autore ha però successivamente, come si è visto, abbandonato tale posizione.

(31) *Op. loc. cit.*

(32) In senso contrario vedi CASSONI, *I principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri quale fonte sussidiaria del diritto applicato dalla Corte di giustizia delle Comunità europee*, *Diritto inter.*, 1959, p. 428 ss. e partic. p. 433.

di norme e di situazioni giuridiche (33), il che equivale a distinguere gli organi collettivi di Stati dalle organizzazioni internazionali (34).

Il fatto che alle Comunità vengano attribuite competenze che precedentemente rientravano nell'ambito d'azione degli Stati è un indice, come ha rilevato la Corte comune nella sentenza del 5 febbraio 1963, del carattere internazionale della funzione che esse esplicano. Inoltre le Comunità europee si ricollegano ad un trattato, e cioè hanno un'origine che è caratteristica degli enti internazionali, e svolgono un'azione esterna che si esplica secondo i modi propri degli enti che agiscono nella comunità internazionale e secondo i principi che esprimono la disciplina della vita di relazione di quella società. In questo senso va intesa l'affermazione del principio dell'eguaglianza rispetto alle Comunità europee (35): essa non comporta, come si è invece ritenuto, che il processo storico della costituzione delle Comunità si debba svol-

(33) L'attribuzione della personalità all'unione e l'imputazione ad essa dell'azione dei suoi organi discendono dall'idoneità che essa abbia di svolgere una azione diretta nella comunità internazionale e dalla concreta attribuzione di norme e situazioni giuridiche. Sul punto vedi MIGLIAZZA, *Il fenomeno dell'organizzazione*, p. 164 ss.; AGO, *Il trattato istitutivo dell'Euratom*, pp. 87-88, e, con qualche esitazione, MOSLER, *Die Erweiterung des Kreises der Völkerrechtssubjekte, Berichte*, 4, p. 39 ss. Ne consegue che le norme dei Trattati europei che attribuiscono alle Comunità la qualifica di soggetto di diritto (Protocollo sui privilegi e le immunità della C.E.C.A. e art. 6 del Trattato istitutivo, artt. 210-211 del Trattato della C.E.E. e 184-185 del Trattato della C.E.E.A.) hanno essenzialmente il valore di imporre agli Stati membri l'obbligo di riconoscere alle Comunità la qualità di soggetti nel proprio ordinamento e di concedere ad esse talune prerogative nei rapporti esterni. In tale modo vengono posti i dati necessari per l'attribuzione della personalità nel diritto internazionale generale, e si riconferma che solo gli enti che possiedono una struttura dotata di una certa complessità si presentano come immediatamente soggetti al diritto internazionale. Ciò spiega la riluttanza della dottrina sino a pochi anni or sono a riconoscere la personalità delle unioni, in quanto si poteva dubitare che esse possedessero una tale struttura. Sul punto vedi per tutti GIULIANO, *La Comunità internazionale e il diritto*, p. 253; ARANCIO RUIZ, *Gli enti soggetti*, p. 277.

(34) Sui rapporti fra l'attribuzione della personalità internazionale e l'immediata soggezione al diritto internazionale, vedi per tutti VERDROSS, *Völkerrecht*, Wien, 1959, p. 128 e, relativamente alle Comunità europee, MONACO, *Caratteri istituzionali*, p. 18; SERENI, *Diritto internazionale*, vol. II, 2, p. 836.

(35) MIGLIAZZA, *Il fenomeno dell'organizzazione*, p. 247 ss.; SERENI, *Le organizzazioni internazionali*, p. 41 ss.

gere in conformità a dati volontaristici o pattizi, ma semplicemente che tale processo è rilevante per il diritto internazionale (36).

Decisiva è poi la considerazione del sistema dei rapporti fra le Comunità e gli Stati membri. L'attuazione del diritto comunitario avviene infatti in larga misura attraverso il modo tipico di attuazione delle norme internazionali, ossia imponendo un obbligo di adeguamento allo Stato ed attribuendogli una responsabilità nel caso di violazione; ove sussista una divergenza fra la norma dello Stato membro e il suo effettivo comportamento si deve dare la prevalenza a quest'ultimo (37). Lo stesso dica si per le conseguenze dell'illecito: lo Stato inadempiente deve revocare l'atto contrario alla norma comunitaria e riparare ogni conseguenza illecita vi si possa ricollegare (38), secondo il principio per cui la riparazione dell'illecito deve, nei limiti del possibile, eliminarne ogni conseguenza, principio la cui validità viene generalmente riconosciuta in diritto internazionale (39).

Ed infine si consideri come tutta la struttura delle Comunità si adegui alle forme organizzative delle unioni internazionali, anche se divenute molto più complesse: è pertanto esatta la tesi che vede nelle Comunità l'espressione più evoluta del fenomeno della collaborazione internazionale. Sotto questo profilo le organizzazioni europee esprimono una tendenza della comunità inter-

---

(36) In senso critico QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*<sup>4</sup>, p. 447.

(37) Vedi la sentenza della Corte comune del 27 febbraio 1962, in causa 10/61, *Raccolta*, vol. VIII, p. 20, in cui la Corte ha deciso che essendo differenti i dazi doganali legalmente applicabili da quelli realmente applicati, si debba far riferimento a questi ultimi, in quanto gli autori del Trattato C.E.E. nel formulare gli artt. 12 e 14 si sono resi conto della differenza, ed hanno inteso contemplare i dazi effettivamente applicati.

(38) Sentenza 16 dicembre 1960, in causa 6/60, *Raccolta*, vol. VI, p. 1148, e sentenza 19 dicembre 1961, causa 7/61, *Raccolta*, vol. VII, p. 640. Nel secondo caso la Corte ha affermato che la Commissione della C.E.E. aveva diritto a che si accertasse la violazione di una norma del Trattato, pur essendo già stato revocato da parte dello Stato membro l'atto contrario e ciò perchè l'organo comunitario ha il diritto di ottenere dalla Corte la dichiarazione che sussiste una violazione del Trattato.

(39) C.P.J., série A., nr. 17, p. 47.

nazionale odierna, e ne attuano una funzione essenziale: esse quindi non possono venire considerate avulse da quella società di cui concretano un aspetto di particolare rilievo.

26. Se per derivazione degli ordinamenti comunitari dall'ordinamento internazionale si intende, in una costruzione formale del diritto, il modo di inserirsi di un ordinamento speciale nell'ambito di un ordinamento generale, il rapporto fra i due ordinamenti viene determinato tenendo conto dell'insieme dei legami che sussistono fra di essi: fondamentale è pertanto la considerazione del rapporto fra i due sistemi di fonti, ma non esclusiva perchè riflette solo uno dei dati del problema (40). È però più esatto riservare il termine di derivazione per designare il rapporto fra due ordinamenti, l'uno superiore e l'altro inferiore, quando il primo determina direttamente le condizioni di esistenza e di validità del secondo (41). Diverso è il rapporto fra gli ordinamenti comunitari e l'ordinamento internazionale, determinato dalla caratteristica di quest'ultimo di presentare spazi « vuoti ». Non è senza significato la circostanza che gli scrittori i quali hanno posto in rilievo tale carattere, nonchè il principio di libertà proprio del diritto internazionale, non parlino di una derivazione, ma di un'azione degli ordinamenti speciali che « si inserisce nell'ambito dell'ordinamento internazionale » (42), o di comunità internazionali particolari « che si trovano comprese

(40) ZICCARDI, *La Costituzione dell'ordinamento internazionale*, p. 150 ss.; GIULIANO, *Considerazioni sulla costruzione dell'ordinamento internazionale, Comunicazioni e Studi*, vol. II, soprattutto pp. 187-188; e da ultimo ZICCARDI, *Consuetudine, diritto internazionale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IX, Milano, 1961, p. 486, nel quale lavoro si insiste sulla necessità di considerare le fonti « come un dato fra gli altri nel campo dei fenomeni giuridici », « nell'ambito di quella ricerca che costituisce la fenomenologia del diritto ». Per un'affermazione contraria, circa il valore esclusivo del sistema di fonti per determinare l'ambito del diritto internazionale rispetto al diritto interno, vedi GUGGENHEIM, *Völkerrecht und Landesrecht*, p. 654.

(41) Così ROMANO, *L'ordinamento giuridico*<sup>2</sup>, p. 120.

(42) PERASSI, *L'ordinamento delle Nazioni Unite, Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 1958, pp. 346-347, a proposito dei rapporti fra l'ordinamento delle Nazioni Unite e l'ordinamento internazionale generale.

nell'ambito dell'odierna comunità internazionale universale » (43).

La figura dell'ordinamento internazionale particolare, utilizzata già da vari decenni dalla dottrina italiana, suggerisce e conferma rispetto ai rapporti fra l'ordinamento internazionale e il diritto delle Comunità europee la figura della compenetrazione, che corrisponde più che quella di derivazione ai dati offerti dalla realtà fenomenica.

27. I concetti di comunità internazionale particolare e di ordinamento internazionale particolare o speciale, vennero analizzati con ampiezza in Italia dallo Ziccardi a proposito delle confederazioni di Stati (44), in una indagine che prendeva le mosse, pur con originali sviluppi, dai lavori del Verdross e del Kunz (45) e forse da taluni spunti del Romano (46). Successivamente vi fu nella dottrina italiana e in quella straniera un ripensamento ed una rielaborazione della materia da parte degli autori già ricordati e di altri scrittori (47), i quali tennero largamente conto degli sviluppi del fenomeno organizzativo nell'ordinamento internazionale.

---

(43) AGO, *Comunità internazionale universale e comunità internazionali particolari*, p. 197.

(44) ZICCARDI, *La costituzione dell'ordinamento internazionale*, pp. 332-333. Ampi cenni sull'argomento si trovavano già in MONACO, *Natura della competenza dello Stato secondo il diritto nazionale*, pp. 50-51, e qualche spunto in SALVIOLI, *Studi sul carattere dell'ordinamento giuridico internazionale*, *Riv. dir. inter.*, 1921-22, p. 51 ss.

(45) VERDROSS, *Zur neuesten Lehre von den Staatenverbindungen*, e *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Wien, 1926, p. 125; KUNZ, *Die Staatenverbindungen*, Stuttgart, 1929, pp. 86 ss., 373 ss., 455 ss.

(46) ROMANO, *L'ordinamento giuridico*<sup>2</sup>, p. 120.

(47) Richiamo soprattutto KUNZ, *General international Law and the law of international Organisations*, *Am. Journal of int. Law*, 1953, p. 455 ss.; VERDROSS, *On the concept of international Law*, *Am. Journal of int. Law*, 1949, p. 435 ss., e *General international Law and the United Nations Charter*, *Am. Journal of int. Law*, 1954, p. 342 ss.; SODER, *Die Vereinten Nationen und die Nichtmitglieder*, Bonn, 1956, p. 215 ss.; GUGGENHEIM, *Landesrechtliche Begriffe im Völkerrecht*, *Festschrift Wehberg*, Frankfurt a. M., 1956, p. 131 ss.; PERASSI, *L'ordinamento delle*

Rispetto alle Comunità europee la figura dell'ordinamento internazionale particolare venne utilizzata, anche con richiamo a lavori generali (48), dal Monaco (49), da chi scrive queste righe, ed ultimamente dal Balladore Pallieri (50) il quale però percorse un cammino del tutto autonomo, richiamando gli studi del Quadri relativi al diritto coloniale (51). Nella dottrina italiana si nota però una costante cautela mentre spunti ben più decisi, anche se non sempre meditati, si possono trovare nella dottrina straniera: questa cautela si deve probabilmente attribuire al timore di dovere configurare gli individui quali destinatari di norme e di situazioni giuridiche internazionali. L'argomento non sembra però insuperabile anche da chi non ritiene in linea generale possibile attribuire un rilievo agli individui nel diritto internazionale: ed infatti viene ora largamente accolta la tesi che negando una attribuzione della personalità agli individui nel diritto internazionale comune, ammette invece che ciò possa avvenire negli ordinamenti internazionali particolari (52), mentre si pone in rilievo che l'individuazione di un collegamento fra un sistema generale ed un sistema particolare non comporta che i principi e le norme del primo debbano senz'altro ed in ogni caso avere valore per colmare le lacune del secondo (53). Ciò risponde ai caratteri della comunità internazionale, dove manca

---

*Nazioni Unite*, p. 337 ss.; AGO, *Comunità internazionale universale e comunità internazionali particolari*; QUADRI, *Recensione ad Arangio Ruiz*; MONACO, *Le comunità sopranazionali*, p. 443 ss.; BALLADORE PALLIERI, *La personalità delle organizzazioni internazionali*, p. 251 ss.

(48) Per una bibliografia completa sull'argomento vedi OFFIDANI, *Studi sull'ordinamento giuridico speciale*, Torino, 1953.

(49) *Le Comunità sopranazionali*, p. 445 ss.

(50) *La personalità delle organizzazioni internazionali*, pp. 254-255.

(51) QUADRI, *Diritto coloniale*, p. 15 ss.

(52) VERDROSS, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, p. 161; QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*<sup>1</sup>, p. 345 ss.; BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale pubblico*<sup>2</sup>, p. 60; SPERDUTI, *L'individuo nel diritto internazionale*, p. 44 ss.; BENTIVOGLIO, *Diritto internazionale pubblico*, in *Nuovissimo Digesto italiano*, vol. V, p. 915.

(53) BALLADORE PALLIERI, *La personalità delle organizzazioni internazionali*, pp. 254-255.

una organizzazione centralizzata e quindi non sussistono mezzi idonei ad impedire o a limitare l'efficacia dell'azione decentrata che deroghi ai principi generali: in essa invece si attua un trasferimento di principi validi nel diritto particolare nella comunità generale attraverso un lento e graduale fenomeno di adattamento e di trasformazione (54).

Nel sistema di una comunità internazionale particolare è quindi possibile considerare, nel quadro delle deviazioni dai principi, anche fondamentali, della comunità generale, quali soggetti di diritto enti o persone che non lo sono nell'ambito dell'ordinamento generale: l'esistenza di tali deviazioni si spiega con il fatto che in diritto internazionale non ha rilievo la distinzione fra diritto speciale e diritto eccezionale.

28. La configurazione delle Comunità europee come comunità internazionali particolari si presta a qualche ulteriore rilievo.

Perchè si possa parlare di un ordinamento particolare e non di un semplice complesso di norme eventualmente difformi, devono sussistere i caratteri propri di un ordinamento: occorre cioè che esso abbia le sue fonti, i suoi soggetti, che esista un insieme di criteri generali per l'interpretazione delle norme e in genere ciò che tiene insieme un complesso di norme e le fa un tutto a sè completo e omogeneo (55): in altre parole, occorre un fatto strutturale ed organizzativo, e non semplicemente normativo. Su di un piano normativo, infatti, non esiste alcuna differenza fra le varie classi di norme operanti in un ambito più ristretto nella vita internazionale (56): le norme internazionali speciali si di-

---

(54) ZICCARDI, *Les caractères de l'ordre juridique international*, *Recueil des Cours*, 1958, pp. 370-373. Nella dottrina precedente vedi KOPELMANAS, *L'organisation des Nations Unies*, Paris, 1947, p. 191 ss.; SODER, *Die Vereinten Nationen und die Nichtmitglieder*, p. 228 ss.; KUNZ, *General international Law*, pp. 459-460; MIGLIAZZA, *Il fenomeno dell'organizzazione e la comunità internazionale*, p. 190.

(55) BALLADORE PALLIERI, *La personalità delle organizzazioni internazionali*, p. 251.

(56) VERDROSS, *Völkerrecht*<sup>4</sup>, p. 78.

stinguono dalle norme generali solo per la diversa sfera di efficacia, il rapporto fra le due classi di norme essendo regolato dal principio della specialità (57).

L'autonomia delle Comunità europee spiega non solo come nell'ambito di esse gli individui siano destinatari di norme e situazioni giuridiche, ma dà anche ragione di tutte le differenze di struttura rispetto al diritto della comunità internazionale. Ciò permette di respingere la teoria proposta in sede generale (58) e ripresa a proposito dei Trattati di Parigi (59) e di Roma (60) per cui nell'ambito delle unioni internazionali opererebbero gruppi di norme diversi. Un primo gruppo costituirebbe parte integrante del diritto internazionale salvo il limite subiettivo di efficacia, in quanto esso disciplina direttamente il comportamento di soggetti della comunità internazionale, sia pure in un ambito ristretto. Un altro gruppo di norme, chiamato dalla dottrina tedesca *Staatengemeinschaftsrecht* e dagli scrittori italiani diritto interno delle unioni, presenterebbe un legame solamente indiretto col diritto internazionale, in quanto viene posto attraverso un modo di produzione giuridica di terzo grado proprio dell'ordi-

---

(57) MIGLIAZZA, *Il fenomeno dell'organizzazione e la comunità internazionale*, pp. 190-195, a cui rimando per un esame delle dottrine contrarie.

(58) VERDROSS, *Zur neuesten Lehre von den Staatenverbindungen*, p. 274. Più recentemente la teoria ha subito una notevole attenuazione nel pensiero del Verdross, di mano in mano che si precisava nei suoi lavori la distinzione fra le due classi di norme che opererebbero nel diritto internazionale generale, e cioè le norme che compongono il diritto internazionale in senso stretto e le norme che fanno parte del diritto internazionale delle unioni (VERDROSS, *Völkerrecht*<sup>4</sup>, p. 57). In tal modo si allarga d'assai il concetto di diritto internazionale, sino a comprendere tutto il diritto delle unioni: sul punto vedi SCHLOCHAUER, *Das Verhältnis des Rechts*, p. 6.

(59) Vedi per tutti REUTER, *Le droit de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, in base alla tradizionale distinzione fra rapporti interstatuali e rapporti interindividuali, disciplinati da distinti gruppi di norme (vedi particolarmente pp. 10-12). Lo stesso autore afferma però in altro luogo esplicitamente che non si debbono introdurre distinzioni d'ordine giuridico fra le varie norme del Trattato; onde l'interpretazione del suo pensiero rimane dubbia.

(60) Così VON DER HEYDTE, *Berichte*, 2, p. 123, che parla a proposito del diritto europeo di un diritto *sui generis*, composto di elementi diversi.

namento internazionale, ma disciplina rapporti che sostanzialmente ne esulano. In questo gruppo di norme si distinguono, per taluni scrittori, due classi ulteriori (61) a seconda che vengano disciplinate persone e cose sottratte del tutto alla sfera di azione degli Stati membri — si pensi soprattutto ai principi che regolano i rapporti fra le organizzazioni internazionali ed i funzionari — oppure cose e persone sottoposte alla sfera di competenza dell'unione ma senza che essa vi eserciti una competenza esclusiva. Si comprendono in questa classe le norme che regolano i rapporti interindividuali nelle Comunità europee.

È chiaro che il diritto interno delle unioni presenta una fisionomia ibrida: internazionale solo rispetto al modo di produzione, esso avrebbe o una funzione strumentale oppure una funzione strettamente interna, ma comunque una rilevanza limitata a rapporti estranei alla vita interstatale. La concezione parte da analoghe premesse e giunge a conclusioni del tutto affini alle teorie che nelle Comunità europee distinguono fra unione degli Stati membri e comunità autonoma a base interindividuale e, ritenendo che il diritto di questa possa costituire il nucleo di un futuro diritto dell'umanità, accentuano il processo evolutivo dell'ordinamento internazionale verso modificazioni di struttura per cui si tende a superare il concetto qui difeso di ordinamento internazionale particolare, che si richiama pur sempre ad una struttura decentrata della comunità internazionale.

L'indirizzo fu negli ultimi tempi ripreso ed approfondito ed in parte contraddetto in base all'osservazione che il diritto interno delle unioni presenterebbe i caratteri propri delle norme pubblicistiche in quanto l'organizzazione degli enti internazionali tenderebbe a superare lo schema privatistico proprio della comunità internazionale, mirando a sostituire alla tutela di interessi singoli la tutela di interessi collettivi (62). La tendenza esiste,

---

(61) ZEMANEK, *Das Vertragsrecht der internationalen Organisationen*, p. 91 ss.

(62) DURANTE, *L'ordinamento interno delle Nazioni Unite*, pp. 25-26.

e costituisce un indubbio sintomo dell'evoluzione della comunità internazionale verso forme di organizzazione pubblicistica; ma non è sufficiente ancora a superarne il carattere.

Dimostrata la stretta coesione delle norme interne colle norme che regolano rapporti interstatuali, non sembra possibile negare che la tendenza ad un maggiore accentramento e ad una maggiore pubblicizzazione costituisca una caratteristica delle une e delle altre. Non si può pertanto contrapporre una attività interna che si esaurisca nell'ambito dell'ente-apparato inteso come organizzazione sociale, ad un'attività esterna che possa incidere direttamente sulla sfera dell'ordinamento internazionale: ambedue le azioni, infatti, si riflettono in un medesimo sistema di norme che si trova in rapporto di specialità rispetto all'ordinamento internazionale (63).

La distinzione fra attività esterna ed attività interna delle unioni richiama la distinzione che la dottrina positivista aveva tracciato fra l'attività interna e l'attività esterna dello Stato, anzi, fra la personalità dello Stato secondo il diritto internazionale e la personalità secondo il diritto interno, sostenendo che la personalità dello Stato si manifesti in una duplice direzione: all'esterno nei confronti degli altri Stati consociati nella società internazionale ed all'interno nei confronti dei propri organi e dei propri membri, e cioè in due distinti ordinamenti giuridici (64).

Una simile distinzione potrebbe sussistere rispetto alle unioni nella misura in cui sussista una assoluta separazione fra l'ordinamento interno e l'ordinamento internazionale: essa invece appare insostenibile ove il diritto interno venga ricondotto ad una comunità particolare che si inserisce nella comunità internazio-

---

(63) MIGLIAZZA, *Il fenomeno dell'organizzazione e la comunità internazionale*. In senso contrario DURANTE, *Il diritto interno delle Nazioni Unite*, p. 3 ss.; *Le Comunità europee e il concetto di attività interna delle organizzazioni internazionali*, al quale lavoro rimando per un'ampia bibliografia.

(64) Vedi per tutti DONATI, *I trattati internazionali nel diritto costituzionale*, vol. I, Torino, 1906, pp. 1-4.

nale. Altrettanto difficile sembra configurare come ordinamento interno il solo complesso di norme a carattere strumentale tendenti ad attribuire agli Stati membri funzioni nell'ambito della unione o tendenti alla formazione di un meccanismo d'unione (65), considerandolo avulso dal complesso di norme che disciplinano i rapporti interindividuali. Perchè ove si ponga mente all'ambito sociale in cui operano le norme, occorre riconoscere che sia le norme riferentesi a rapporti interindividuali, sia le norme d'organizzazione hanno un'efficacia interna; se invece si considera il rapporto di queste norme con le norme internazionali generali o del Trattato istitutivo, è indubbio che rispetto ad esse si pone in ogni caso il problema di spiegare la validità delle norme non direttamente previste e che si pongono in base al principio dell'adeguatezza allo scopo (66).

Attribuendo autonomia all'azione interna (difficilmente sostenibile, rispetto alle Comunità europee, con argomenti testuali (67)), sembra più corretto comprendere in essa, come fa la scuola viennese, l'azione strumentale e l'azione relativa a rapporti interindividuali: ma nella misura in cui si mette in rilievo la stretta complementarità dell'azione interna con l'azione esterna, risulta l'impossibilità di ricollegarle ad un sistema diverso. È solo possibile che in relazione alle situazioni di fatto si abbia una diversità fra azione esterna ed azione interna che si riflette sul fenomeno interpretativo.

29. L'esistenza di un insieme di situazioni riferentesi ai rapporti interni delle unioni è stato determinante nel provocare quella nuova tendenza dell'ordinamento internazionale in senso pubblicistico che viene generalmente riconosciuta.

---

(65) DURANTE, *Le Comunità europee e il concetto di attività interna*, p. 199.

(66) Sul punto richiama l'attenzione DURANTE, *op. loc. cit.*

(67) *Op. cit.*, p. 197. Il Durante enumera taluni casi in cui i Trattati parlano di un aspetto interno ed un aspetto esterno della Comunità: ma riconosce che tali espressioni non possono ricondursi ad una nozione unitaria.

Si noti d'altronde come di mano in mano che i sistemi delle unioni internazionali giungevano a comprendere la disciplina di classi di rapporti sempre più ampie, si sia rafforzata la tesi che attribuisce una natura internazionalistica a tutte le norme che li compongono. Notevole sotto questo profilo il mutamento verificatosi nella scuola viennese, che un tempo sosteneva la natura ibrida del diritto interno delle unioni ed ora ne afferma il carattere internazionale, il che è reso possibile dall'accoglimento di una concezione più ampia circa l'ambito di azione e i caratteri di struttura della comunità internazionale (68).

Nello stesso tempo la dottrina si è rivolta allo studio dei modi atti ad assicurare la conformità al diritto internazionale di qualsiasi norma od atto posti nell'ambito degli ordinamenti delle unioni. Si è così messo in rilievo come le organizzazioni accettino le norme internazionali che ad esse si riferiscono (69); come all'interno di esse operi una norma che istituisce un adattamento automatico al diritto internazionale (70), mentre la stessa « impalcatura » del sistema, da cui discendono e sulla quale si fondano le norme interne, è costituita da norme di diritto internazionale (71); altri scrittori hanno rilevato come strumenti internazionali operino nelle unioni in modo particolare rispetto al fenomeno normativo (72); il che conferma il principio, valido in ogni ordinamento, per cui le norme generali costituiscono il fondamento delle norme particolari. Rispetto alle Comunità europee il fenomeno viene posto in rilievo attraverso l'individuazione di dati ulteriori: si è così osservato come gli strumenti giudiziari

(68) *Supra*, par. 27, ed inoltre ROSELIEB, *Zur Frage der Supranationalität*, p. 489 ss.

(69) MORELLI, *Appunti sulla Comunità europea del carbone e dell'acciaio*, p. 9 ss.; MONACO, *L'autonomia normativa degli enti internazionali*, p. 142 ss.; SERENI, *Le organizzazioni internazionali*, p. 156.

(70) SERENI, *op. cit.*, p. 157.

(71) SERENI, *op. cit.*, p. 46.

(72) ZEMANEK, *Das Vertragsrecht der internationalen Organisation*, p. 31 ss.; MÜNCH, *Zur Systematik der Organe der europäischen Gemeinschaften, Festschrift Schätzl*, Düsseldorf, 1960, p. 339 ss.

delle organizzazioni tendano ad assicurarne l'adattamento al diritto internazionale (73), e che gli Stati membri, i quali esercitano funzioni fondamentali nell'ordinamento comunitario, si debbano adeguare alle norme internazionali (74).

A seconda delle premesse di metodo accolte si è, nell'interpretazione del fenomeno, preferito accentuare l'esistenza di un rapporto di derivazione fra il diritto internazionale e i sistemi delle organizzazioni (75), o il fatto che l'efficacia del diritto interno si manifesta nel medesimo ambito delle norme internazionali (76), o infine la funzione strumentale del diritto interno delle unioni (77). A queste affermazioni si è giunti tanto sostenendo il carattere derivato del diritto interno quanto negandolo, il che significa che il carattere unitario del diritto delle organizzazioni internazionali si riconosce non in base a ragioni formali, ma in base a considerazioni relative alla struttura di esse e all'efficacia che il diritto internazionale esercita negli ordinamenti particolari.

---

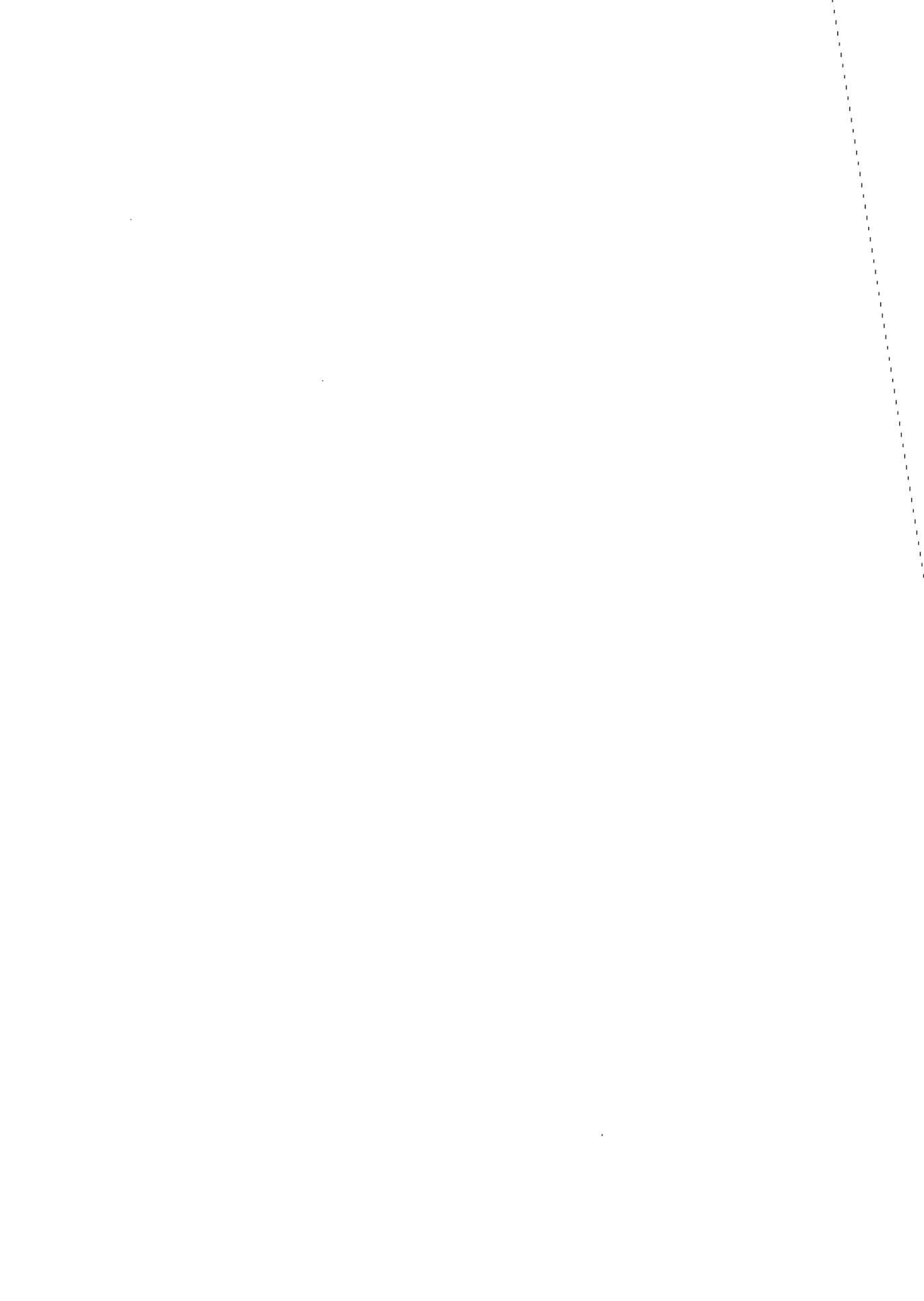
(73) Sull'affermazione in generale vedi fra gli scrittori di diritto internazionale partic. ZITCARDI, *La costituzione dell'ordinamento internazionale*, p. 325, e fra gli scrittori di diritto costituzionale ESPOSITO, *Consuetudine (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IX, Milano, 1961, p. 466.

(74) MONACO, *Lezioni di organizzazione internazionale*, vol. II, p. 162.

(75) DECLEVA, *Il diritto interno delle unioni internazionali*, p. 49 ss., e precedentemente CANSACCHI, *Le comunità sopranazionali, gli ordinamenti comunitari e gli ordinamenti degli Stati membri*, p. 1046.

(76) CAHIER, *Le droit interne des unions internationales*, p. 581.

(77) DURANTE *L'ordinamento interno delle Nazioni Unite*, p. 42. Sulla strumentalità del diritto interno rispetto al sistema di obblighi interstatuali derivanti dal Trattato istitutivo vedi da ultimo GIULIANO, *Appendice a La Cooperazione internazionale in materia economica nei suoi aspetti giuridici*, Milano, 1964, p. 81.



## CAPITOLO IV

### I RAPPORTI FRA I SISTEMI COMUNITARI ED I SISTEMI DEGLI STATI MEMBRI

SOMMARIO: 30. I fenomeni della produzione di norme, dell'accertamento e della garanzia nei sistemi comunitari, e i rapporti di collaborazione fra i diritti comunitari e i diritti degli Stati membri. — 31. La disciplina di elementi distinti di rapporti a fattispecie complessa da parte del diritto comunitario e del diritto statale. — 32. Conseguenze dirette degli atti delle Comunità nei sistemi comunitari e conseguenze riflesse nei diritti degli Stati membri. Esame della teoria che configura una efficacia immediata degli atti comunitari nei diritti degli Stati membri. — 33. La disciplina delle questioni pregiudiziali presuppone la separazione dei due sistemi. — 34. L'ampiezza dei sistemi comunitari quale presupposto della limitazione delle competenze degli Stati membri. — 35. Vari significati del termine « integrazione ». — 36. Il trasferimento di poteri dagli Stati membri alle Comunità europee. — 37. Caratteristiche del fenomeno, il quale non si identifica in un mero adattamento automatico ad obbligazioni interstatuali. — 38. Inidoneità delle tesi federalistiche a spiegare l'adeguamento del diritto statale al diritto comunitario, in quanto esso si attua secondo schemi internazionalistici. — 39. Insufficienza della concezione del *dédoublement fonctionnel* a spiegare il complesso dei rapporti fra Stati membri e Comunità.

30. La natura di comunità internazionali particolari propria delle Comunità europee ne riflette insieme la posizione nei confronti dell'ordinamento internazionale ed il sistema di rapporti cogli ordinamenti degli Stati membri: tale è stato anche l'iter logico seguito dalla Corte comune, la quale ha prima determinato le caratteristiche degli ordinamenti delle Comunità e ha dedotto da esse il sistema dei rapporti fra gli ordinamenti comunitari, l'ordinamento internazionale e gli ordinamenti statuali. L'affermazione della sentenza del 5 febbraio 1963, secondo cui la C.E.E. costituisce un ordinamento giuridico internazionale di nuovo genere che non si esaurisce in un insieme di rapporti obbligatori

interstatuali, è infatti immediatamente seguita dall'altra affermazione che gli Stati membri hanno rinunciato a favore delle Comunità, sia pure in settori limitati, ad alcuni dei propri poteri.

Questo dato non è però acquisito con certezza dalla dottrina internazionalistica, nella quale spesso si mette in dubbio l'esistenza stessa di ordinamenti comunitari. Il dubbio non è però legittimo in quanto nei sistemi delle Comunità vengono attuati i procedimenti della produzione di norme, dell'accertamento e della garanzia, caratteristici di ogni ordinamento giuridico.

Il fenomeno della produzione giuridica, inteso in senso lato, si esplica, nel quadro dei Trattati istitutivi, attraverso una serie di atti propri delle organizzazioni. L'accertamento delle norme avviene in maniera particolarmente ampia, in ordine anche al carattere di comunità di diritto proprio degli enti europei. Molto si è parlato dei procedimenti di garanzia per negarne la esistenza, e spesso per ironizzare. È vero che questo fenomeno si attua in maniera del tutto diversa che nei sistemi statuali: ma è altrettanto vero che esso opera in modo adeguato alle caratteristiche delle Comunità, enti volontari e dall'ambito di azione limitato (1). E se, in linea di massima, le sanzioni comunitarie debbono eseguirsi negli ordinamenti degli Stati membri, si consideri che in primo luogo alle situazioni giuridiche subiettive proprie dei sistemi comunitari corrispondono nei diritti statuali situazioni riflesse che ne garantiscono un'attuazione indiretta; in secondo luogo che la validità delle misure sanzionatorie viene determinata dal diritto comunitario (2), nel cui ambito si avrà una esecuzione diretta delle sanzioni ed una esecuzione coattiva dei provvedi-

---

(1) Per un'impostazione generale del problema rimando particolarmente a SCHEUNER, *Die Rechtssetzungsbefugnis internationaler Gemeinschaften, Festschrift Verdross*, Wien, 1960, p. 230 ss.; GUGGENHEIM, *Organisations économiques supranationales*, p. 189 ss.; MONACO, *Primi lineamenti di diritto pubblico europeo*, p. 58 ss.; SERENI, *Le organizzazioni internazionali*, p. 44 ss.

(2) BALLADORE PALLIERI, *Le comunità europee e gli ordinamenti interni*, p. 5.

menti degli organi delle Comunità ogni qualvolta ciò sia possibile. Può infine avverarsi, e si è in effetti avverata, l'ipotesi reciproca che provvedimenti esecutivi propri di sistemi diversi si eseguano negli ordinamenti comunitari (3).

Un esempio di attuazione di misure sanzionatorie nella sfera materiale propria delle Comunità europee e rispetto a beni che non rientrano nella sfera degli Stati membri è dato dall'esecuzione di una ammenda nei confronti di un'impresa mediante la compensazione di crediti che essa vanta verso la Cassa di perequazione per il rottame importato istituita nell'ambito della C.E.C.A.: nessun dubbio circa la possibilità dell'esecuzione e sul punto che le controversie relative vadano sottoposte alla Corte comune. Altrettanto dicasi per le misure previste dall'art. 88, II parte, del Trattato della C.E.C.A. contro lo Stato membro inadempiente agli obblighi ivi contemplati.

Rispetto ai poteri coercitivi delle Comunità valgono osservazioni analoghe. Le Comunità si avvarranno solitamente degli strumenti propri dei sistemi statuali, mediante un impulso all'esercizio del potere di imperio di questi ultimi; ma si può fare la ipotesi di un'azione compiuta direttamente. Si pensi ad una verifica o a un controllo effettuato rispetto a documenti di una impresa soggetta alla C.E.C.A. di cui l'Alta Autorità sia in possesso per altri motivi: gli organi comunitari potranno agire in modo del tutto indipendente e libero da ogni soggezione territoriale, ed analogamente essi potranno agire in via diretta nei confronti degli individui ogniqualvolta venga previsto un apparato istituzionale idoneo (4). Queste considerazioni spiegano la presa di posizione sostanzialmente favorevole della Corte comune circa

---

(3) Vedi l'ordinanza 13 marzo 1962 della Corte comune, *Raccolta*, vol. VIII, p. 8 ss., con cui si autorizza l'esecuzione di un sequestro cautelare concesso dai giudici lussemburghesi sui beni ed averi detenuti dalla C.E.C.A., e l'ordinanza 1° luglio 1963, con cui si autorizza l'esecuzione di una sentenza di condanna di un tribunale belga sulle somme dovute dalla C.E.C.A. al soggetto debitore (*Raccolta*, vol. IX, p. 45 ss.).

(4) UDINA, *Sull'efficacia delle norme delle Comunità europee*, p. 127.

l'ampiezza dei poteri di verifica e di controllo dell'Alta Autorità della C.E.C.A. (5).

Anche quando il potere coercitivo viene esercitato indirettamente, utilizzando i mezzi propri degli Stati membri, è fondamentale il fatto che questi abbiano l'obbligo di attuare le misure di esecuzione e di controllo — e pertanto la loro azione è un'azione vincolata —, e che le Comunità possiedano gli strumenti per garantirne l'osservanza. L'azione coercitiva svolta dalle Comunità in modo diretto o indiretto è quindi in ogni caso riconducibile ai sistemi comunitari (6).

31. Negli ordinamenti comunitari, in quanto composti da un insieme di norme a cui si ricollegano situazioni giuridiche relative a persone e cose sottoposte al potere sovrano degli Stati, vengono posti atti la cui efficacia è limitata all'oggetto dei Trattati, mentre gli Stati membri conservano un potere generale nelle

---

(5) Vedi la sentenza 4 aprile 1960, in causa 31/59, *Raccolta*, vol. VI, p. 150 ss. La Corte ha ammesso che l'Alta Autorità possa avvalersi dei mezzi coercitivi che gli ordinamenti nazionali prevedono in materia fiscale per l'esecuzione diretta e forzata da parte dei suoi agenti ed ispettori di missioni di controllo tali da incidere sulla sfera delle libertà individuali e di derogare al principio dell'inviolabilità del domicilio (*Raccolta*, vol. VI, p. 168). L'unico limite imposto all'azione dell'Alta Autorità è che essa non deve sconfinare in campi che esulano dalla sfera d'applicazione del Trattato della C.E.C.A. (p. 169); essa tuttavia può esaminare l'intera contabilità dell'impresa destinataria della decisione, al fine di assicurare il controllo nelle materie soggette alla Comunità (p. 170). Dal lato formale, contrariamente alle conclusioni dell'Avvocato generale ROEMER, *Raccolta*, vol. VI, p. 176 ss., la Corte ha ritenuto sufficiente che la decisione enunci lo scopo perseguito (p. 170).

(6) Sulle discussioni relative al fondamento dell'azione coercitiva svolta dalla C.E.C.A. ed ai limiti entro cui deve venire ammessa una azione di investigazione e di verifica ordinate dall'Alta Autorità, occasionate dalla sentenza della Corte del 4 aprile 1960, in causa 31/59, vedi GORI, *Sui poteri di investigazione dell'Alta Autorità della C.E.C.A.*, *Riv. dir. inter.*, 1960, p. 630 ss.; BERRI, *Sui poteri di informazione e di verifica riconosciuti all'Alta Autorità dall'art. 47 del Trattato C.E.C.A.*, *Giur. it.*, 1960, III, c. 129 ss.; TELCHINI, *Forme di intervento e limite del potere degli organi di controllo dell'Alta Autorità della C.E.C.A.*, *Giust. civile*, 1960, I, p. 1097 ss.; VEZZOSO, *Sui poteri di ispezione dell'Alta Autorità della C.E.C.A.*, *Riv. delle Società*, 1960, p. 494 ss.

medesime materie. Così in una controversia svolgentesi innanzi ad un tribunale statale e vertente sulla validità di una intesa, il diritto comunitario verrà applicato solo in relazione agli aspetti della controversia regolati direttamente dalle norme dei Trattati, mentre tutti gli altri aspetti — relativi alla disciplina della forma degli atti, della capacità delle parti, dei vizi della volontà, ecc. — verranno giudicati in base alle norme statuali. Si aggiunga che lo stesso diritto comunitario deve venire in molti punti completato attraverso un richiamo al diritto privato degli Stati membri (7) o attraverso un richiamo ai principi generali di diritto in essi vigenti (8).

Il Balladore Pallieri ha dedotto da tale stato di cose che il diritto comunitario si limiti a disciplinare il processo di formazione degli atti giuridici, i cui effetti si esplicano nell'ambito degli ordinamenti statuali. Tesi, questa, che non sembra di dover accogliere in quanto le situazioni giuridiche rilevanti per il diritto comunitario lo sono nella loro interezza: i sistemi comunitari disciplinano quindi direttamente rapporti concreti mediante l'attribuzione di diritti, facoltà, poteri ed obblighi giuridici ai propri soggetti (9). Tali situazioni si ricollegano assai spesso a fattispecie complesse, di cui altri elementi vengono disciplinati dai di-

---

(7) REUTER, *Le droit de la C.E.C.A.*, p. 12; LAGRANGE, *Conclusioni nella causa 8/55*, *Raccolta*, vol. II, p. 257.

(8) MIGLIAZZA, *La Corte di giustizia delle Comunità europee*, p. 361 ss.; CASSONI, *I principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri*, p. 428 ss.; GRISOLI, *Contributo alla ricerca dei principi generali comuni ai diritti della Comunità economica europea in materia di responsabilità civile extracontrattuale*, Pavia, 1963.

(9) Il BALLADORE PALLIERI, *Il mercato comune europeo e la legislazione italiana monopolistica*, p. 407, nega che negli ordinamenti comunitari esista la figura del diritto subiettivo, per lo meno con riferimento alle persone private, ove si escluda il diritto di azione. L'affermazione appare esatta rispetto alle materie in cui sussiste la competenza degli Stati membri, pur con un obbligo di adeguamento ai diritti comunitari. Quando invece alle Comunità viene conferita una competenza diretta, alle norme comunitarie si ricollega un insieme di situazioni subiettive dei soggetti, previste direttamente o indirettamente: si richiami qui ancora la sentenza della Corte comune del 5 febbraio 1963, *Raccolta*, vol. IX, p. 23.

ritti statuali: ma in quanto rientrano nell'ambito del diritto comunitario, vi rientrano in maniera completa.

La disciplina comunitaria dei rapporti relativi ad un'impresa sottoposta alla C.E.C.A. coesisterà pertanto con la disciplina del diritto statale. Si pensi ad un contratto di impiego stipulato con un dipendente, o a un contratto per la fornitura di acciaio: la validità e l'efficacia dei due contratti dovranno venire giudicate per taluni elementi secondo il diritto comunitario, per altri secondo il diritto statale; ma l'uno e l'altro sistema disciplinerà per intero gli elementi che rientrano nella propria competenza.

Il problema viene complicato dal fatto che essendo gli ordinamenti comunitari a normazione continuata, bisognerà accertare se i singoli elementi sono, in un momento dato, sottoposti all'una o all'altra delle diverse discipline che si succedono nel tempo. Sotto questo profilo il problema dell'individuazione della competenza rispetto alle varie situazioni giuridiche è più difficile di quello, pur sotto tanti aspetti affine, che si verifica nel caso tipico di cooperazione fra due ordinamenti in un medesimo ambito territoriale e cioè nel sistema dei rapporti fra Stato e Chiesa (10).

Talvolta la Chiesa, pur affermando di avere il diritto di disciplinare in via esclusiva taluni istituti, rinuncia a regolare direttamente singoli elementi di essi, e rinvia alle leggi civili degli Stati: questo accade, ad esempio, rispetto all'impedimento matrimoniale nascente dall'adozione di cui ai canoni 1059 e 1080 del Codex juris canonici. E così lo Stato, pur affermando di poter esercitare ogni diritto di sovranità rispetto ai beni ecclesiastici situati sul suo territorio, attribuisce normalmente una certa efficacia, anche in regime di separazione, alle norme canoniche: si

---

(10) Tale ipotesi di rilevanza dell'ordinamento statale per l'ordinamento canonico, e così reciprocamente, viene esaminata dal ROMANO, *L'ordinamento giuridico*<sup>2</sup>, pp. 153-154, che ritiene trattarsi di una rilevanza che si ha non rispetto al momento dell'esistenza o del contenuto dell'altro ordinamento, ma per quanto concerne certi suoi effetti.

pensi agli artt. 433 e 434 C.C. 1865, che consideravano rilevanti le norme canoniche rispetto all'attribuzione della titolarità dei beni a istituti ecclesiastici, o all'art. 1831, II comma C.C. vigente che ricollega taluni effetti alla destinazione per il culto di edifici.

In questi casi, così come nei rapporti fra Comunità europee e Stati membri, si verifica una concorrenza nella disciplina di fattispecie complesse fra due sistemi giuridici separati e distinti, all'uno dei quali compete il potere di sovranità rispetto a un territorio.

32. Al fatto che determinate situazioni giuridiche si ricolleghino immediatamente o mediatamente ad una norma comunitaria, consegue che esse hanno un rilievo diretto al di fuori degli ordinamenti degli Stati membri; di riflesso, esse producono una serie di conseguenze giuridiche in quei sistemi, in virtù dell'obbligo generale di adattamento ad essi imposto.

Pertanto anche nelle materie che rientrano nella competenza diretta delle Comunità, l'esistenza di una situazione giuridica disciplinata dal diritto comunitario costituisce un presupposto perchè si verifichino nei diritti statuali le modificazioni imposte dall'obbligo di adeguamento, alle quali si ricollega tutto un insieme di situazioni giuridiche riflesse dei privati (11). Anche in questo caso fra Stati membri e Comunità intercorre un sistema di rapporti proprio di ordinamenti separati fra i quali sussiste una precisa delimitazione di competenza: ogniqualvolta infatti le norme o gli atti comunitari operano direttamente rispetto a casi concreti, si tratta di materie rispetto alle quali la competenza degli Stati viene esclusa (12), mentre quando non si ha una com-

---

(11) Di un presupposto parla esattamente il Reichsgericht tedesco quando (STEINDORFF, *Die Eurpäischen Gemeinschaften in der Rechtssprechung*, p. 432) afferma che « muss über die Art dieser Rechtsfolgen (l'esistenza di situazioni subietive dei privati) nach nationalen Recht entschieden werden, während das Gemeinschaftsrecht um deren Voraussetzungen statuiert ».

(12) SCHEUNER, *Die Rechtssetzungsbefugnis*, p. 239.

petenza degli ordinamenti comunitari rimane intatto il potere degli Stati membri (13).

Configurando una serie di conseguenze riflesse dei principi comunitari attuantesi nei sistemi statuali, è possibile superare la concezione per cui si avrebbe in questi una immediata efficacia del diritto comunitario, sia esso posto dai Trattati o mediante la attività degli organi istituzionali (14): si avverta però che talvolta il principio dell'immediatezza viene inteso nel senso, del tutto corretto, di adattamento al diritto comunitario senza bisogno di alcun atto specifico (15).

A favore della tesi dell'immediatezza non si può addurre l'espressione usata dalla Corte comune nella sentenza 5 febbraio 1963 dove si parla, a proposito dell'art. 12 del Trattato C.E.E., di effetti della norma che si producono negli ordinamenti degli Stati membri, e di cui i privati possono avvalersi. In realtà la Corte ha rilevato che da una norma dei Trattati scaturiscono effetti nell'uno e nell'altro ordinamento: ossia ha considerato la norma dei Trattati come un fatto storico a cui si ricollegano talune conseguenze; ma è inutile insistere sulla differenza che si ha fra l'efficacia di un fatto giuridico nel sistema che gli è proprio e in un sistema estraneo.

33. Se manca una affermazione espressa della Corte circa la separazione fra il sistema statale ed il sistema comunitario, tuttavia l'interprete può dedurre il principio con ogni sicurezza

(13) In questo senso cfr. l'esatta decisione — anche se motivata in maniera non del tutto chiara — della Corte di Appello di Amiens, sentenza 9 maggio 1963, *Foro it.*, 1963, II, c. 295 ss., e su di essa, in senso conforme, RODIÈRE, *L'art. 177 du Traité de Rome instituant la Communauté économique européenne et l'interprétation du Traité*, *Foro it.*, 1964, V, c. 1 ss. e particolarmente c. 7.

(14) MONACO, *Natura ed efficacia dei regolamenti*, pp. 401-402; MONACO, *Primi lineamenti di diritto pubblico europeo*, p. 58 ss.; CATALANO, *L'inserimento diretto della normativa comunitaria*, p. 41 ss.; SECNI, *Norme comunitarie*, *Riv. dir. europeo*, 1961, p. 363 ss.; VERDROSS, *Völkerrecht*<sup>4</sup>, p. 200 ss.

(15) MONACO, *Natura ed efficacia dei regolamenti*, p. 401.

da una serie di decisioni (16) — come del resto è già stato rilevato da taluni commentatori (17) — nelle quali si chiarisce che la Corte, organo delle Comunità europee ed avente lo scopo di garantire l'uniformità dell'interpretazione del diritto comunitario non può applicare che quest'ultimo.

Il principio ha soprattutto rilievo rispetto alle pronunce in via pregiudiziale; e qui la Corte ha chiarito di non potere che interpretare il sistema di diritto che le è proprio, mentre l'utilizzazione dei principi così precisati spetta agli organi giurisdizionali dello Stato membro, cui spetta anche il potere di giudicare se sia necessario procedere ad una interpretazione del Trattato, o se invece si debba semplicemente applicarlo (18): in linea di massima una semplice applicazione è sufficiente quando la Corte si è già pronunciata sulla materia, ma solo il giudice nazionale può stabilire l'identità della questione proposta con quella già risolta, in relazione alle esigenze dell'ordinamento interno, preso nel suo insieme.

---

(16) Vedi particolarmente le sentenze del 4 febbraio 1959, in causa 1/58, *Raccolta*, vol. V, p. 41 ss., dove la Corte afferma che a « norma dell'art. 31 del Trattato C.E.C.A. essa deve semplicemente garantire il rispetto del diritto nell'interpretazione del Trattato e dei regolamenti di esecuzione, ma non è di regola tenuta a pronunciarsi in merito alle norme dei diritti nazionali »; del 15 luglio 1960, in cause riunite 36, 37, 38 e 40/59, *Raccolta*, vol. VI, p. 831 ss., in cui la Corte precisa di non essere « chiamata a garantire l'osservanza delle norme di diritto interno, sia pure costituzionale, vigenti nell'uno o nell'altro degli Stati membri (p. 959) »; e la sentenza del 27 marzo 1963, in cause riunite 28, 29 e 30/62, *Raccolta*, vol. IX, p. 59 ss., ove si precisa che « quando, nell'ambito concreto di una controversia vertente avanti un giudice nazionale, la Corte dà un'interpretazione del Trattato essa si limita a trarre dalla lettera e dallo spirito di questo il significato delle norme comunitarie, mentre l'applicazione alla fattispecie delle norme così interpretate rimane riservata al giudice nazionale; tale concezione corrisponde alla funzione assegnata alla Corte dall'art. 177, che mira a garantire l'unità dell'interpretazione del diritto comunitario nei sei Stati membri (p. 73) ».

(17) Vedi soprattutto BOULOUIS, *Cour de justice des Communautés européennes*, (*Chroniques*), *Annuaire français de droit inter.*, 1960, p. 351 ss.

(18) Nella sentenza del 27 marzo 1963 la Corte si è richiamata alla distinzione, propria del diritto francese ed in ultimo chiarita dalla Corte di Cassazione francese, fra interpretazione e mera applicazione della legge: una mera applicazione si avrebbe nel caso di un *acte clair et précis*. La distinzione venne richiamata e sviluppata dal LAGRANGE, *Conclusioni* per la sentenza 27 marzo 1963, *Raccolta*, vol. IX, p. 86.

La presa di posizione della Corte si ricollega alle sue affermazioni precedenti, per cui solo il giudice statale può determinare, in assoluta discrezionalità, se sussistano i presupposti richiesti dal diritto interno per formulare l'istanza di pronuncia in via pregiudiziale, e disciplinare i modi della formulazione; è sufficiente per attribuire alla Corte il potere di decidere che la questione possa venire da essa qualificata come una questione d'interpretazione del Trattato in base ai criteri propri del diritto comunitario (19).

Si deve concludere che anche rispetto ai provvedimenti in via pregiudiziale la Corte comune agisce in base al diritto comunitario (20), anche se la sua pronuncia si inserisce in un processo proprio di un sistema giuridico diverso. Due affermazioni della Corte nella sentenza 27 marzo 1963 appaiono rilevanti a questo proposito: essa ha infatti precisato che nei procedimenti in via pregiudiziale non vi sono parti in senso proprio (21), accentuando così come la pronuncia abbia un carattere estraneo ri-

---

(19) Vedi la sentenza del 6 aprile 1962 in causa 13/61, *Raccolta*, vol. VII, p. 100: « Perchè lo stesso significato di "interpretazione del Trattato" di cui all'art. 177 potrebbe costituire oggetto d'interpretazione, il giudice nazionale è libero di formulare la propria domanda in modo semplice e diretto, lasciando alla Corte di giustizia la cura di statuire sulla domanda stessa solo entro i limiti della sua competenza ».

(20) Il DURANTE, *Giudizio pregiudiziale e rapporti fra ordinamenti e principio di effettività nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, *Riv. dir. inter.*, 1963, p. 415, nota 3, in commento alla sentenza 6 aprile 1962, deduce dall'affermazione della Corte di dover garantire una unità interpretativa la conseguenza che essa opera nell'ambito del diritto internazionale generale, perchè « se la Corte dovesse interpretare le norme del Trattato in quanto facenti parte di un ordinamento diverso da quello internazionale (comunitario o statale) verrebbe meno lo scopo per il quale il giudizio pregiudiziale è stato predisposto: l'unità di interpretazione ». Si obietta che anche rispetto al diritto comunitario, inteso come diritto internazionale particolare, si pone il problema di una interpretazione uniforme.

(21) LA CHINA, *Rapporti fra la Corte di giustizia delle comunità europee e il giudice italiano*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, p. 1542. La mancanza di parti in senso proprio si ha anche in un altro caso in cui un Tribunale internazionale giudica di situazioni attinenti a sistemi giuridici interni, e cioè nel procedimento innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

spetto al processo in cui opera, ed ha riaffermato che l'efficacia della pronuncia non si estende al di là del processo nazionale in cui si inserisce, chiarendo così la natura giurisdizionale del provvedimento (22).

Non minore rilievo assumono le affermazioni contenute nella sentenza del 6 marzo 1962 in causa 13/61, per cui la competenza della Corte rispetto alle pronunce in via pregiudiziale non è condizionata al passaggio in giudicato del provvedimento interno che ha richiesto la pronuncia (23) e nelle sentenze del 5 febbraio 1963 e del 27 marzo 1963 (24), in cui la Corte ha ammesso che la domanda di una pronuncia in via pregiudiziale può venire posta d'ufficio dall'organo di giurisdizione nazionale, come era avvenuto

---

(22) Sulla natura delle pronunce in via pregiudiziale e sulla giurisprudenza della Corte comune in questa materia cfr. MORELLI, *La Corte di giustizia delle Comunità europee*; MIGLIAZZA, *La Corte di giustizia delle Comunità europee*, p. 441 ss. e *La Cour de justice des Communautés européennes et l'ordre juridique des États membres*, p. 293; TELCHINI, *Rapporti di coesistenza fra la Corte di giustizia delle Comunità europee e le giurisdizioni nazionali*, *Diritto inter.*, 1962, I, p. 1114 ss.; ZANNINI, *Della uniformità nell'interpretazione dei sistemi di diritto delle Comunità europee*, *Diritto inter.* 1961, I, p. 26 ss. e *La giurisdizione della Corte di giustizia delle Comunità europee in rapporto agli ordinamenti degli Stati membri*, *Diritto inter.*, 1962, I, p. 242 ss.; PEPEY, *L'art. 177 du Traité de Rome et la juridiction française*, *Revue critique de dr. inter. privé*, 1963, p. 475 ss.; CATALANO, *Manuale di diritto delle Comunità europee*, Milano, 1962, p. 97 ss.; MIELE, *La Corte delle Comunità europee e la giurisdizione degli Stati membri*, *Annali della Università di Macerata*, vol. XXIV (1960), p. 69 ss.; sulla sentenza 5 febbraio 1963, relativamente al punto che qui interessa, cfr. GORI, *L'efficacia « ultra partes » delle decisioni pregiudiziali nel diritto comunitario*, *Giur. it.*, 1963, IV, c. 92 ss.; CATALANO, *L'inserimento diretto delle disposizioni contenute nel Trattato istitutivo della Comunità economica europea*; TRABUCCHI, *Un nuovo diritto*, *Riv. dir. civile*, 1963, p. 259 ss.; sulla sentenza 27 marzo 1963 cfr., anche per i riferimenti bibliografici, MIGLIAZZA, *Ordinamenti comunitari e ordinamenti nazionali*, *Riv. dir. proc.*, 1963, II, p. 651 ss.

(23) *Raccolta*, vol. VIII, p. 99: sul punto vedi la sentenza della Cassazione olandese dell'8 maggio 1962, *Revue critique de dr. inter. privé*, 1962, p. 710 ss., con nota dello scrivente.

(24) TELCHINI, *L'interpretazione di norme comunitarie e le giurisdizioni nazionali*, p. 252, cui rimando anche per annotazioni bibliografiche. A favore della tesi che i giudici di merito non possano, *de jure condito*, chiedere la pronuncia senza istanza di parte, vedi soprattutto ZANNINI, *Dell'uniformità nell'interpretazione*, p. 33.

nella specie (25): ciò indubbiamente rinforza la configurazione del diritto comunitario come di un diritto separato da quello nazionale e che si impone ad esso, e conferma che le pronunce in via pregiudiziale tendono a concretare una cooperazione fra due ordinamenti estranei.

34. Gli ordinamenti comunitari e gli ordinamenti degli Stati membri esprimono le esigenze organizzative di società aventi caratteri del tutto diversi: volontarie le une ed a competenza limitata, necessarie e a competenza generale le altre: da ciò discende che la disciplina generale dei rapporti concernenti persone e cose continua a venire riferita ai diritti statuali, senza però che sussista una rigida limitazione di materie. Così le persone giuridiche rimangono sottoposte in via generale alla disciplina dei sistemi degli Stati membri, ma i Trattati prevedono talune e non lievi eccezioni: ad esempio in materia atomica le cosiddette *entreprises communes* sono svincolate dalla attinenza ad alcuno degli Stati membri e soggette in primo luogo al diritto comunitario (26); così la stessa figura di impresa secondo il Trattato della C.E.C.A. si deve dedurre dal diritto comunitario, e non dai diritti statuali (27), e pertanto un ente qualificato come im-

---

(25) SERENI, *Le imprese comuni, Il diritto dell'energia nucleare*, Milano, 1961, p. 295 ss. È interessante rilevare come rispetto agli altri soggetti privati il Trattato della C.E.E.A. applichi il principio della territorialità, e non quello della cittadinanza: vedi sul punto UBERTAZZI, *Diritto dell'energia nucleare, I soggetti privati, Foro Padano*, 1961, III, p. 19 ss.

(26) Sul punto vedi particolarmente GRASSETTI, *La Communauté et les entreprises, Actes officiels*, vol. IV, Milano, 1958, p. 12; BERR, *Protection of private interests under the European Coal and Steel Community, Virginia Law Review*, 1956, p. 883; REUTER, *La Communauté européenne du charbon et de l'acier*, p. 210 ss.; VANNI, *Il ricorso delle imprese nel sistema della C.E.C.A.*, Milano, 1964, p. 1 ss.; vedi inoltre la sentenza della Corte comune del 22 marzo 1961 in cause riunite 42 e 49/59, *Raccolta*, vol. VII, p. 146 ss.

(27) Vedi la sentenza della Corte in data 12 giugno 1962, in cause riunite 17 e 20/61, *Raccolta*, vol. VIII, p. 597 ss., dove si sono applicati, nei rapporti fra società madre e società derivate che avevano attinenza all'ordinamento tedesco, principi diversi da quelli accolti nel diritto tedesco, sia pure rispetto a rapporti determinati (nel caso agli effetti del sistema della perequazione del rottame): su di essa

presa dai sistemi delle Comunità, per lo meno rispetto a taluni rapporti, può non rivestire tale qualifica per alcuno degli Stati membri; nella C.E.E. si ha la figura di impresa comunitaria e quella di impresa pubblica; e così, nonostante che l'azione degli organi comunitari si eserciti normalmente rispetto a persone e cose soggette alla sovranità degli Stati membri, in taluni casi destinatari di sanzioni possono essere persone giuridiche estranee alle Comunità (28).

Pur essendo le Comunità europee enti a competenza limitata è impossibile una elencazione delle situazioni giuridiche subiettive che derivano, direttamente od indirettamente, da norme comunitarie. È possibile invece enumerare e classificare le norme *self-executing* dei Trattati istituiti, le norme cioè il cui contenuto è idoneo a regolare immediatamente rapporti con persone private: il che, del resto, fu già tentato (29). Da queste norme, integrate, ove occorra, dai principi posti attraverso l'attività degli organi comunitari, risulta precisato l'ambito in cui l'attività degli Stati non subisce limitazioni.

35. L'indagine compiuta ha posto in rilievo da una parte l'esistenza di un complesso di norme, istituti e situazioni giuridiche comprese nell'ambito dei sistemi delle Comunità e dall'altra l'aspetto di limitatezza caratteristico degli ordinamenti comunitari (30): gli Stati membri conservano ogni potere in tutte

---

LAGRANGE, *Conclusioni, Raccolta*, vol. VIII, p. 626; GORI, I « *Konzerne* » ed il sistema di perequazione del rottame, in *Foro Padano*, 1963, V, c. 7 ss.

(28) Vedi per la C.E.C.A. l'esempio citato dal ROBLOR, *La Communauté et les entreprises, Actes officiels*, IV, Milano, 1958, p. 47.

(29) Per la C.E.E. vedi l'elencazione di norme aventi per oggetto immediato la disciplina di rapporti interindividuali dell'ARDUINO, *Sui limiti derivanti dal Trattato C.E.E. agli ordinamenti interni degli Stati membri*, *Riv. dir. europeo*, 1961, p. 153 ss., p. 276 ss. Rispetto agli interessi, un analogo sforzo venne compiuto dal VALENTI, *La tutela degli interessi*.

(30) Il carattere di limitatezza proprio dei sistemi europei è stato più volte riconosciuto dalla Corte comune anche precedentemente alla sentenza del 5 febbraio 1963: vedi ad esempio la sentenza del 23 febbraio 1961, in causa 3/59, in cui si afferma a proposito della C.E.C.A. che « situazioni siffatte, per quanto contrarie allo scopo generale del Trattato sono la conseguenza necessaria e legittima del carattere parziale

le materie che non vengono disciplinate dal diritto comunitario, col solo limite generale che impedisce loro di compiere alcunchè di contrario ai Trattati.

Rispetto ad un rapporto che abbia relazione sia coi sistemi comunitari, sia coi sistemi degli Stati membri, sussistono quindi due discipline giuridiche che si richiamano a ordinamenti distinti, il cui concorso viene regolato, per espressa previsione dei Trattati (per la C.E.E. vedi gli artt. 5 e 6), mediante un principio di collaborazione. Ai modi della collaborazione si applicano, ove manchino norme particolari, i principi del diritto internazionale comune: fra di essi il principio per cui gli Stati rinunciano ad esercitare i loro poteri solo quando ciò abbiano espressamente voluto. Del tutto inesatto, quindi, è il designare tale stato di cose col termine di integrazione, in quanto esso venga usato, come lo fu subito dopo il Trattato di Parigi, per indicare un fenomeno federale in atto, di cui la C.E.C.A. sembrava costituire la prima realizzazione. Successivamente al termine venne attribuito un significato diverso e più rigoroso, per indicare il processo di collaborazione internazionale che si va attuando attraverso lo sviluppo delle unioni, l'attribuzione ad esse di poteri diretti sugli individui, ed il compenetrarsi delle strutture comunitarie e delle strutture degli Stati membri (31); ma solo negli ultimi tempi si è impiegato il termine per superare la tesi dell'efficacia immediata degli

---

dell'integrazione da questo voluta» (*Raccolta*, vol. VII, p. 44). Su tale carattere, e sulla correlativa limitatezza del trasferimento di poteri degli Stati membri alle Comunità vedi, in dottrina, in particolare KUNZ, *Supra-national Organs*, *Am. Journal of int. Law*, 1952, p. 697, e REUTER, *La Communauté européenne du charbon et de l'acier*, pp. 39-40.

(31) Sui vari significati del termine integrazione vedi MEYER-CORDING, *Die europäische Integration als geistiger Entwicklungsprozess*, *Archiv des Völkerrechts*, 1962-63, p. 42 ss.. Per un'ampia bibliografia degli studi su questa materia vedi SCHLOCHAUER, *Das Verhältniss des Rechts*, p. 2. Avendo riguardo al compenetrarsi delle strutture dei due sistemi, e ponendo in luce l'aspetto normativo del fenomeno, il Monaco ha identificato l'integrazione nell'utilizzazione che un ordinamento giuridico faccia di fonti di diritto proprie di un altro ordinamento: MONACO, *Natura ed efficacia dei regolamenti*, p. 402.

atti comunitari nei diritti degli Stati membri e per raffigurare l'autonomia degli ordinamenti comunitari nei confronti dei diritti statuali, e la posizione di superiorità dei primi (32).

Le zone di confine fra il diritto comunitario e il diritto statale sono molteplici; in caso di conflitto il potere di delimitare l'ambito dei sistemi è attribuito ad organi comunitari, che applicano il diritto loro proprio: l'Alta Autorità e la Corte di giustizia per la C.E.C.A., la Corte di giustizia e la Commissione — la cui attività spesso si integra con l'azione del Consiglio dei Ministri, organo collegato agli Stati membri anche quando non ne è l'espressione — per la C.E.E. e la C.E.E.A.

36. La compenetrazione fra i sistemi comunitari ed i sistemi degli Stati membri è stata spesso ricondotta alla figura del trasferimento di poteri, mezzo tecnico per giungere ad una disciplina comune delle materie a cui i singoli sistemi statuali non assicuravano una gestione che soddisfacesse le esigenze del mondo moderno: senonchè il termine viene spesso usato in maniera non univoca e imprecisa.

Si deve innanzitutto escludere che con esso si configuri una vera e propria trasmissione di un potere sovrano, o una ripartizione di esso fra le Comunità e gli Stati, ove si intenda per sovranità una supremazia rispetto ad una società umana, e quindi qualcosa che non è trasferibile nè divisibile (33).

---

(32) HAYOT DE TERMICOURT, *Le conflit « Traité-loi interne »*, *Foro it.*, 1964, V, col. 18, cui rinvio anche per note bibliografiche.

(33) Sul valore di postulato assunto secondo la scuola del separatismo dommatico, dalla concezione accolta nel testo circa la sovranità, vedi le osservazioni critiche del Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Tübingen, 1920, soprattutto, p. 287 ss. Per una critica dell'impostazione della scuola dommatica vedi ZICCARDI, *Diritto internazionale in generale*, p. 1008 ss. Rispetto alle Comunità europee e alle organizzazioni internazionali in generale, è stato di recente, in senso contrario alla tesi qui sostenuta, affermato (SCHWARZENBERGER, *Zum Recht der internationalen Institutionen, Festschrift Schätzkel*, Düsseldorf, 1960, p. 429 ss. e particolarmente p. 437 ss.), che la rinuncia dello Stato membro ad esercitare talune competenze a favore di una organizzazione internazionale comporta in ogni caso una cessione di sovranità. La tesi accoglie, evidentemente, premesse del tutto lontane da

Attribuito il debito peso al modo del tutto empirico in cui viene usata l'espressione (34), occorre riconoscere che con essa ci si riferisce, a seconda delle premesse generali accolte, a fenomeni di varia natura. Così gli scrittori che accentuano i caratteri di originarietà e di autonomia degli enti comunitari mettono in rilievo che trasferimento non significa attribuzione alle Comunità di una competenza rispetto a materie prima disciplinate dal diritto statale, perchè più che assorbire competenze degli Stati le Comunità ne assumono di ulteriori (35); gli scrittori che attribuiscono alle Comunità una supremazia rispetto agli Stati membri accentuano invece l'aspetto di sovrastrutture dei sistemi comunitari, chiarendo come essi non incidano sulle strutture degli Stati (36). La dottrina che ha delineato la figura delle Comunità in base a schemi federalistici ha messo in rilievo come di trasferimento parziale di sovranità si debba comunque parlare in senso del tutto speciale, *sui generis*, non avendosi mai una totale subordinazione dei sistemi degli Stati membri al diritto comunitario (37).

Trasferimento di poteri indica quindi in primo luogo l'imposizione di un limite all'azione degli Stati membri, che consegue ai Trattati istitutivi come a qualsiasi norma internazionale (38).

---

quelle della dottrina separatistica, sulle quali è ritornato invece di recente il DE VISCHER, *Théories et réalités du droit international public*<sup>5</sup>, Paris, 1960, p. 164, osservando come « le Comunità europee non abbiano quel fondamento sociologico che è proprio dello Stato moderno. Mancano pertanto in esse le forze ideologiche e politiche necessarie e sufficienti perchè venga in essere un ente dotato di sovranità: per converso vi dominano gli elementi istituzionali e formali ».

(34) MORELLI, *Nozioni*<sup>2</sup>, p. 264.

(35) MONACO, *Le Comunità sopranazionali*, p. 448; *Lezioni di organizzazione internazionale*, vol. I, pp. 333-334.

(36) JAENICKE, *Supranationale Organisationen*, pp. 423-424.

(37) CANSACCHI, *Le Comunità sopranazionali*, pp. 1044-1045.

(38) MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*<sup>6</sup>, p. 1058; CROSA, *Diritto costituzionale*<sup>3</sup>, Torino, 1951, p. 107 (con particolare riferimento a quella superiore unità interstatale) che lo Stato abbia contribuito a formare o accetti volentariamente); KOROWICZ, *Organisations internationales et souverainetés des Etats membres*, pp. 283-284.

Questo però è solo un aspetto del fenomeno che nel suo insieme si identifica nel procedimento attuato mediante i Trattati per cui si ha l'assunzione da parte delle Comunità della disciplina di talune materie, e la correlativa imposizione allo Stato membro dell'obbligo di limitare la propria competenza.

Normalmente si ritiene che l'autolimitazione da parte degli Stati preceda, in linea logica, l'assunzione di poteri da parte delle Comunità, il che d'altronde è implicito nella figura del trasferimento di competenze (39), ed a maggior ragione lo sarebbe ove per trasferimento si intendesse un trasferimento parziale di sovranità. È vero invece il contrario, perchè gli Stati membri assumono l'obbligo di astenersi dal porre una disciplina diretta circa taluni rapporti solo in quanto essa venga assunta dalla Comunità in base ad una autonoma determinazione; ciò che d'altronde è reso evidente dal testo dei Trattati (art. 86, comma 2° del Trattato C.E.C.A., art. 5 del Trattato C.E.E.) (40).

La riduzione delle competenze degli Stati membri discende pertanto dall'azione concreta svolta dalle Comunità. Questa, a sua volta, non potrà esplicarsi se non alla condizione che gli Stati adeguino i loro sistemi a quell'azione, in virtù dell'obbligo ad essi imposto di fare ciò che è necessario per l'attuazione dei principi delle Comunità, secondo il vincolo di subordinazione che

---

(39) Vedi per tutti VERDROSS, *Völkerrecht*<sup>4</sup>, p. 280; REUTER, *La Communauté européenne du charbon et de l'acier*, p. 97, che parla di un « désaisissement des compétences [de l'Etat membre] au profit d'une organisation »; SCHWARZENBERGER, *Zum Recht der internationalen Institutionen*, p. 430, per cui « Jede Beschränkung der Zuständigkeit einer Gruppe zugunsten einer anderen Gruppe bedeutet eine Ausdehnung der Zuständigkeit dieser letzteren Gruppe ».

(40) In senso conforme CATALANO, *Rapports entre les règles de concurrence établies par le Traité C.E.E. et les législations des Etats membres. Revue int. de droit comparé*, 1963, p. 270, per cui « la primauté des normes communautaires découle de l'attribution de compétences à chaque Communauté et du fait qu'en conséquence les matières attribuées à la compétence des Communautés sont soustraites à la compétence des Etats membres »; WOHLFAHRT (e altri), *Die europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, Berlin und Frankfurt a.M., 1960, p. 514, per cui « die Mitgliedstaaten können daher im innerstaatlichen Bereich ihre Gesetzgebungsbefugnis so lange und soweit ausüben, als die Gemeinschaftsorgane hiervon keinen Gebrauch machen ».

discende dai Trattati e viene garantito dagli strumenti previsti dal diritto comunitario ed operanti nei sistemi delle Comunità e nei sistemi statuali.

37. Il fenomeno indicato come trasferimento di poteri presuppone l'esistenza di due ordinamenti distinti.

Questa costruzione viene messa in dubbio dal Quadri, il quale nega l'esistenza di veri e propri ordinamenti comunitari, e quindi, almeno nell'ultima espressione del suo pensiero, respinge l'identificazione delle Comunità europee con ordinamenti internazionali particolari: si tratterebbe invece semplicemente di obblighi interstatuali cui debbono adeguarsi in modo automatico gli Stati membri, e che nel loro insieme costituiscono il nucleo di un futuro diritto dell'umanità. La tesi parte da una critica della teoria dell'efficacia immediata degli atti comunitari nel diritto statale che qui si condivide: essa però considera solamente taluni aspetti della questione.

In primo luogo il fenomeno dell'adattamento dei sistemi degli Stati membri è duplice, perchè il diritto comunitario comprende due classi di norme, che attuano due distinte funzioni (41), anche se tendono ad un medesimo scopo. Da un lato si ha una rinuncia degli ordinamenti degli Stati a disciplinare determinate materie ed una assunzione, immediata o graduale, della disciplina da parte dei sistemi delle Comunità: in questa ipotesi l'obbligo dello Stato membro ha per contenuto l'astensione dal regolare talune materie e l'attuazione di quanto è necessario affinché le Comunità possano esercitare i loro com-

---

(41) MIGLIAZZA, *La Corte di giustizia delle Comunità europee*, p. 429 ss.; LA PERCOLA, *Costituzione ed adattamento dell'ordinamento interno all'ordinamento internazionale*, Milano, 1961, p. 165; SEGNI, *Norme comunitarie*, p. 364; STENDARDI, *I rapporti fra ordinamenti giuridici*, p. 35 ss.. La distinzione fu più volte presupposta nei provvedimenti della Corte comune, che, lo si è visto, rilevò come l'art. 67 del Trattato C.E.C.A. imponga agli Stati membri un mero obbligo di adeguamento, mentre l'art. 4 c. ne limita la competenza (sentenza 23 febbraio 1962, in causa 30/59, *Raccolta*, VII, pp. 43-44). Per un ampio ed analitico esame dell'argomento, ed una chiara enunciazione del principio qui accolto, vedi le *Conclusioni* nella causa 26/62, ROEMER, *Raccolta*, vol. IX, pp. 39-40.

piti (42); si ha poi una seconda classe di norme le quali invece lasciano sussistere la competenza dello Stato, ma gli impongono di conformare il proprio diritto ai principi comunitari.

La costruzione del Quadri è, semmai, idonea a spiegare solo l'ultima classe di norme: quanto alla prima se ne deve postulare l'inesistenza nella misura in cui si afferma che gli ordinamenti delle Comunità sarebbero « puri spiriti », privi delle caratteristiche di esecutività e di coercitività proprie di ogni ordinamento giuridico ed aventi significato nel campo negoziale e non nel campo organizzativo.

Queste affermazioni urtano con i dati della prassi da cui si desume l'esistenza di un sistema comunitario avente le caratteristiche di un ordinamento internazionale particolare, dotato di strumenti atti alla produzione ed all'accertamento di norme, ed in misura minore alla garanzia, ed a cui si ricollegano situazioni giuridiche subiettive che hanno per soggetti Stati e persone private.

Fine ultimo dei sistemi comunitari è appunto quello di trasferire nella vita giuridica internazionale la disciplina di rapporti che precedentemente rientravano nella sfera esclusiva degli Stati membri senza violarne la sovranità. La struttura unitaria degli ordinamenti comunitari ne riflette lo scopo, che è quello di attuare i principi dei Trattati istitutivi, ed insieme esprime la funzione che le Comunità esercitano nella vita di relazione internazionale.

38. Attribuendo alle Comunità europee la natura di comunità internazionali particolari si rifiuta ogni analogia con gli enti di tipo federale, il che d'altronde discende da quanto si è detto circa il trasferimento di poteri. Su questo punto sembra però opportuna qualche altra considerazione.

L'avvicinamento delle Comunità europee ad enti federali

---

(42) Per un'analisi degli obblighi di astensione e di adattamento imposti agli Stati membri in questa ipotesi, vedi ROEMER, *Conclusioni cit.*, pp. 43-44.

venne sostenuto da una serie di scrittori subito dopo il Trattato di Parigi. Alla tesi non fu estraneo un impulso ideologico, che indusse ad attribuire importanza decisiva alle tendenze proprie degli autori del Trattato ed alla loro aspirazione che la C.E.C.A. rappresentasse la prima attuazione di una comunità politica europea a base decentrata.

La tesi non è mai riuscita ad affermarsi nella giurisprudenza della Corte comune (43) ed è stata dapprima accolta dalla dottrina con sostanziali riserve, limitazioni e modifiche, e poi quasi del tutto abbandonata o sostanzialmente rielaborata (44). A questa evoluzione contribuì certamente in maniera determinante la critica serrata svolta dalla dottrina italiana, che mise in rilievo le differenze sostanziali fra le Comunità e gli enti federali, soprattutto in quanto alle prime manca ogni potere politico, proprio invece dei secondi (45). Rispetto alla C.E.E. ed alla C.E.E.A. la tesi non è stata riproposta se non in scarsa misura; anzi, venne più volte esplicitamente escluso che esse abbiano una natura federale, anche se possono esservi taluni elementi del tutto affini.

In realtà anche a proposito della C.E.C.A. i tentativi di riproporre con nuove configurazioni le teorie federalistiche appaiono difficilmente sostenibili. Così dicasi per la concezione del Benvenuti (46) la quale coglie felicemente taluni caratteri essenziali della Comunità: l'aspetto funzionalmente limitato, la dif-

(43) È significativa la considerazione che la Corte abbia respinto gli sforzi dell'Avvocato generale Lagrange, cui spetta il merito di avere rigorosamente dedotto ogni conseguenza dalla concezione federalistica rispetto al richiamo effettuato dal diritto comunitario al diritto internazionale e al diritto degli Stati membri: LAGRANGE, *La Cour de justice de la C.E.C.A., Revue de droit public et de la sc. politique*, 1954, p. 222 ss., e *L'ordre juridique de la C.E.C.A. vu à travers la jurisprudence de sa Cour de justice, Revue de dr. public et de la sc. politique*, 1958, p. 840 ss.

(44) Per larghi richiami bibliografici circa tale evoluzione vedi BENVENUTI, *La C.E.C.A. ente sovrano*, pp. 306-307; VITTA, *L'integrazione europea*, p. 127 ss.

(45) MONACO, *Le Comunità sopranazionali*, p. 475; MORELLI, *Appunti sulla Comunità europea del carbone e dell'acciaio*, p. 457; QUADRI, *Actes officiels*, vol. II, p. 383.

(46) BENVENUTI, *La C.E.C.A. ente sovrano*, p. 311.

ferenza strutturale dagli Stati moderni, nonostante essa si presenti nella vita della comunità internazionale accanto agli Stati, ed infine la posizione di supremazia dell'ordinamento comunitario rispetto agli Stati membri. Caratteri, questi, da cui non discende che si debba riconoscere all'ente l'attributo della sovranità, sia pure intesa in senso funzionale, così come invece fa il Benvenuti (47).

Nel mondo internazionale odierno il concetto di sovranità è legato a quello di indipendenza: l'ordinamento statale non dipende da nessuno altro, ma ha in sé la sua fonte, si pone e si modifica da sé, e quindi la sua efficacia e validità non gli è comunicata dal di fuori, ma è puramente interna. L'indipendenza a sua volta si ricollega al potere di autodeterminarsi, e pertanto al carattere di capacità generale proprio dello Stato moderno (48).

(47) Circa l'ammissione che il fenomeno federalistico rispetto alle Comunità europee presenti aspetti del tutto singolari, anche secondo gli autori che hanno accolto tale tesi, vedi per tutti SCHLOCHAUER, *Zur Frage der Rechtsnatur der europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl*, Frankfurt a. M., 1956, p. 361 ss., dove si parla di « bundesstaatsähnlich », di « quasi federal » e di « überstaatlichen Zweckverband ». Altri scrittori hanno negato qualsiasi affinità fra le Comunità europee e gli enti federali, pur ammettendo che essi presentino taluni elementi propri di questi ultimi: in tal senso vedi particolarmente JAENICKE, *Berichte*, 2, p. 131, per cui « die bisherigen Erscheinungsformen der übernationalen Gemeinschaften haben gezeigt, dass sie nichts zu tun haben mit überstaatlichen, mit bundestaatlichen Organisationen, wenn man auch teilweise Modellformen des Bundestaates verwendet hat » e MÜNCH, *Prolégomènes à une théorie constitutionnelle des Communautés européennes*, *Riv. dir. europeo*, 1961, p. 127: quest'ultimo autore aveva già messo in rilievo come in ogni caso le Comunità europee manchino dei poteri politici propri dell'ente federale (MÜNCH, *La délimitation du domaine*, p. 279 ss.). Sull'argomento hanno da ultimo insistito gli scrittori di lingua francese: così ad es. ROSENTIEL, *Le principe de supranationalité*, Paris, 1962, pp. 2-23 e HAYOT DE TERMICOURT, *Le conflit « Traité-loi interne »*, c. 18. Per una dimostrazione che gli elementi di supremazia propri delle Comunità nei confronti degli Stati membri si riallacciano ad un principio internazionalistico e non federalistico, vedi KOROWICZ, *Organisations internationales*, p. 283 ss., al quale rimando per ulteriori citazioni circa la dottrina straniera.

(48) ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, 1947, p. 68. Per ulteriori sviluppi dell'analisi dei rapporti fra sovranità e indipendenza in relazione alle unioni di Stati vedi ZICCARDI, *La costituzione dell'ordinamento internazionale*, p. 305 ss.; GIULIANO, *Considerazioni sulla costruzione dell'ordinamento internazionale*, p. 211 ss.; QUADRI, *Stato (diritto internazionale)*, p. 48.

Non sembra possibile attribuire il carattere della sovranità — per lo meno ove tale espressione venga intesa nel senso che deriva da una classificazione di dati storicamente definiti — ad organizzazioni internazionali la cui esistenza è subordinata alla volontà degli Stati membri, e la cui azione viene delimitata e definita dal Trattato istitutivo. Il carattere di limitatezza proprio dei sistemi comunitari e l'assenza di ogni potere politico, che si ricollega ad una medesima ragione, esprimono la sostanziale differenza delle Comunità dagli enti di tipo statale.

39. Con particolare attenzione deve venire considerato lo sforzo di attribuire una natura federale agli enti comunitari ricorrendo alla concezione del *dédoublement fonctionnel*: sforzo abbastanza comune, anche se generalmente non approfondito, nella dottrina franco-belga, e ripreso in Italia con rielaborazione del tutto autonoma dal Vitta, partendo da una critica delle concezioni accolte nella letteratura giuridica relativamente al sistema dei rapporti fra i diritti interno e comunitario, e cioè della concezione dell'efficacia diretta, della recezione automatica e del trasferimento di poteri sovrani (49). Secondo il Vitta gli Stati membri agirebbero come agenti esecutivi delle Comunità, interpreti di un interesse di queste.

La concezione del *dédoublement fonctionnel* inteso come utilizzazione che un sistema giuridico faccia di organi e strumenti propri di un altro sistema era già stata accolta dalla dottrina italiana per spiegare le singole utilizzazioni dell'attività di organi statuali da parte delle Comunità europee o l'inserimento di atti di organi comunitari in procedimenti propri dei diritti statuali: si pensi, soprattutto, alle pronunce in via pregiudiziale della Corte comune (50). Non sembra però che la concezione

---

(49) VITTA, *L'integrazione europea*, pp. 136-137.

(50) MIGLIAZZA, *Il fenomeno dell'organizzazione e la comunità internazionale*, p. 68; *La Corte di giustizia delle Comunità europee*, p. 445; *La responsabilità della C.E.C.A. e la giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*,

possa venire utilizzata in via generale per spiegare come gli ordinamenti statuali debbano conformarsi in modo da attuare gli scopi previsti nei Trattati: e perciò sembra del tutto esatto l'atteggiamento negativo già assunto da qualche scrittore (51).

Il Vitta esattamente individua un obbligo degli Stati membri di fare, o di omettere, quanto è necessario per raggiungere gli scopi delle Comunità. Ma si tratta pur sempre di un obbligo internazionale, la cui violazione, da parte degli organi statuali, comporta una responsabilità dello Stato considerato nel suo insieme, e cioè una responsabilità che trova il suo fondamento nel diritto internazionale, anche se i principi che la disciplinano appaiono particolarmente rigorosi, conformemente ai caratteri di maggiore concentrazione propri degli ordinamenti comunitari.

La disciplina dei mezzi di reintegrazione dell'ordine giuridico violato si deve pertanto ricondurre al diritto internazionale, e non al diritto pubblico federale.

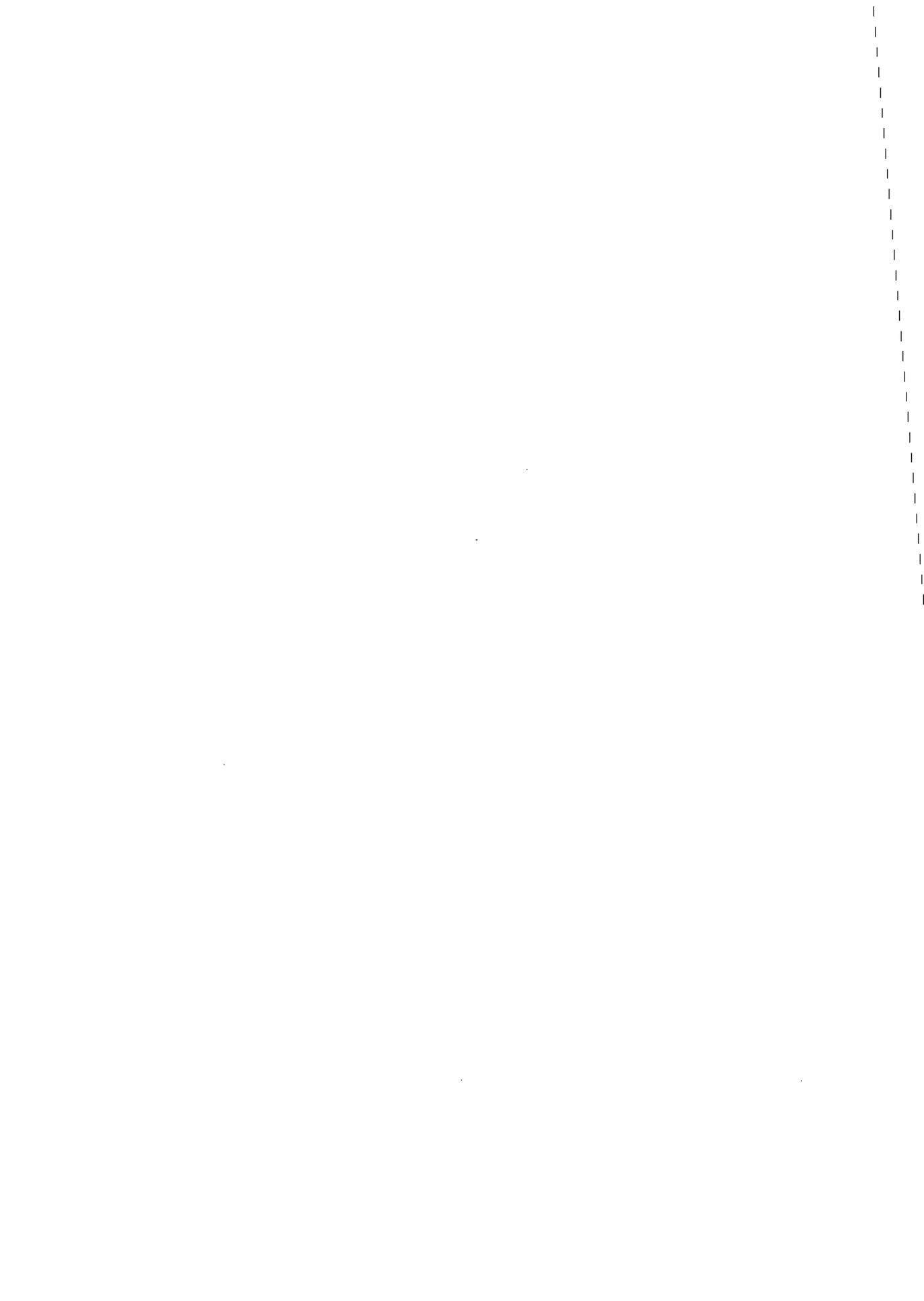
Si consideri inoltre come nelle Comunità europee i mezzi per invalidare il diritto dello Stato membro in contrasto col diritto comunitario non siano tali da agire su tutto il diritto che presenta queste caratteristiche, sussistendo una zona abbastanza ampia ove manca la possibilità di attuare la prevalenza del diritto delle Comunità, i cui organi ed in particolare la Corte di giustizia, hanno poteri tassativamente previsti e rigorosamente limitati (52): anche ciò conferma come il sistema dei rapporti cogli Stati membri venga determinato da un insieme di obblighi di adeguamento secondo un modo caratteristico della vita giuridica internazionale.

---

*Riv. trim. dir. proc. civ.* 1962, p. 1568; FLORIO, *Le organizzazioni economiche europee, Materiale per esercitazioni*, Milano, 1960, p. 27; DE VERGOTTINI (Giuseppe), *La responsabilità aquiliana delle istituzioni della C.E.C.A. nel Trattato e nella giurisprudenza della Corte*, *Riv. trim. dir. pubb.* 1963, p. 91 ss.

(51) MONACO, *Le comunità sopranazionali*, p. 451.

(52) MÜNCH, *Limitation du domaine*, p. 278; MIGLIAZZA, *La Corte di giustizia delle Comunità europee*, p. 425.



## CAPITOLO V

### L'ADEGUAMENTO DEI SISTEMI DEGLI STATI MEMBRI AL DIRITTO COMUNITARIO

SOMMARIO: 40. Un obbligo di adeguamento del diritto interno si ricollega ad ogni aspetto del diritto comunitario. — 41. In particolare gli obblighi di adeguamento che discendono da norme comunitarie materiali e strumentali, ad attuazione immediata e ritardata. — 42. Caratteristiche dell'adeguamento del diritto statale. La giurisprudenza della Corte comune in questa materia. — 43. La necessaria trasformazione del diritto comunitario. Il problema in generale e rispetto alle Comunità europee. — 44. Importanza della funzione dell'interprete al fine di chiarire la reale portata dell'obbligo d'adeguamento. — 45. L'adeguamento non si confonde con un inserimento di norme estranee. — 46. Esso presuppone una netta distinzione fra le strutture organizzative dei due sistemi. — 47. L'aspetto unitario dell'adeguamento. — 48. Le caratteristiche dell'adeguamento a sistemi giuridici considerati nel loro aspetto evolutivo. — 49. Impossibilità di configurare in modo diverso l'efficacia delle norme *self executing*. — 50. Mezzi di garanzia operanti ai fini dell'adeguamento nell'ordinamento comunitario all'ordinamento statale. — 51. Gli ordinamenti comunitari e la loro supremazia rispetto agli ordinamenti statuali.

40. Ponendosi il sistema dei rapporti fra gli ordinamenti comunitari e il diritto degli Stati membri come un sistema di rapporti fra enti separati e distinti, il modo di esso viene determinato dall'insieme di obblighi di adeguamento del diritto statale, e risponde a talune caratteristiche delle Comunità, che occorre puntualizzare.

I due strumenti previsti dai Trattati europei per l'attuazione dei principi istituzionali — l'assunzione da parte delle Comunità di compiti rispetto ai quali gli Stati membri rinunciano ad una competenza diretta, e l'adattamento dei sistemi statuali alle norme comunitarie nelle altre materie — si debbono ricondurre ad unità rispetto al procedimento interpretativo. Gli obbli-

ghi imposti agli Stati membri sono infatti, nell'uno e nell'altro caso, diversi: ma sempre debbono interpretarsi secondo un canone restrittivo qualora si tratti di limitazioni imposte agli Stati, e secondo un canone di interpretazione dinamica, qualora l'interesse considerato sia, in primo luogo, un interesse dei soggetti delle Comunità all'attuazione dei principi istituzionali.

Da questo fatto, dalla limitatezza degli ordinamenti comunitari e dalla circostanza che essi presuppongono che permanga una competenza generale dei sistemi degli Stati membri, consegue che anche nel caso di competenza esclusiva delle Comunità, all'esistenza di norme e situazioni giuridiche nei sistemi comunitari biettive riflesse, che esprimono l'adeguamento ai principi delle corrisponde negli ordinamenti statuali il sorgere di situazioni su-Comunità e la rinuncia a talune competenze. Tale aspetto viene confermato da un esame della giurisprudenza della Corte comune, la quale nella sentenza 5 febbraio 1963 ha inteso significare che talune norme dei Trattati (nel caso l'art. 12 del Trattato C.E.E.) operano rispetto ai soggetti senza che occorra quale presupposto alcuna azione degli Stati membri; e che esse producono una serie di situazioni giuridiche negli ordinamenti comunitari, a cui corrispondono situazioni riflesse nei diritti statuali.

Nei sistemi delle Comunità non sussiste in modo alcuno una ripartizione di competenze fra gli organi in base alle funzioni ad essi attribuite che si avvicini a quella propria degli Stati moderni. I medesimi compiti possono pertanto venire adempiuti con atti a carattere generale o con atti a carattere individuale (1) ed in genere in qualsiasi forma idonea purchè vengano rispettati i principi fondamentali di una comunità di diritto (2). Qualsiasi

---

(1) Hanno pertanto carattere eccezionale le disposizioni dei Trattati che impongono l'adozione di una particolare forma rispetto ai fini da raggiungere; negli altri casi vige il principio della libera scelta da parte dell'organo competente: GROEBEN-BOECK, *Kommentar*, pp. 172-173.

(2) Particolare rilievo ha il principio della parità di trattamento di situazioni analoghe (*op. loc. cit.*). Su di esso vedi da ultimo la sentenza della Corte co-

atto posto nei diritti comunitari e caratterizzato dall'obbligatorietà ha pertanto un identico valore (3) e fa sorgere nei diritti statuali un obbligo di adattamento: un'applicazione del principio è data da ciò, che rispetto ai procedimenti innanzi ai tribunali statuali può apparire pregiudiziale, e quindi imporre la sospensione del procedimento, non solo un atto proveniente dalla Corte di giustizia delle Comunità, ma anche un atto proveniente da organi diversi, quando ad essi venga attribuita nei Trattati una competenza esclusiva (4).

41. L'interesse dell'indagine si sposta quindi sui limiti e l'estensione dell'obbligo di adattamento dei sistemi degli Stati membri al diritto comunitario. Su questo argomento la più recente giurisprudenza della Corte comune ha arrecato preziosi contributi, che permettono di chiarire il campo della ricerca.

Come in ogni sistema giuridico, negli ordinamenti delle Comunità europee si possono distinguere norme materiali, che valutano direttamente situazioni giuridiche subiettive, e norme strumentali (5) che attribuiscono agli organi determinati poteri, il cui esercizio è necessario per porre in essere valutazioni di si-

---

mune del 17 luglio 1963 in causa 13/63, che ha stabilito i presupposti della disparità di trattamento, chiarendo che essa consiste sia nel trattare in modo diverso situazioni analoghe, sia nel trattare in modo identico situazioni diverse (*Raccolta*, vol. IX, p. 337 ss. e partic. p. 358).

(3) In senso conforme vedi WOHLFAHRT, *Die europäische Wirtschaftsgemeinschaft*, p. 426, che parla di un « Grundsatz einer ausgeglichenen Verteilung der Befugnisse »; CARTOU, *Le droit commun et la technique du droit public*, *Revue du droit public* 1958, p. 204; PESCATORE, *Les aspects juridiques de la C.E.E.*, *Les aspects juridiques du Marché commun*, Liège, 1958, p. 51 ss.

(4) Così la Corte d'Appello di Parigi, I sezione, sentenza 26 gennaio 1964, *Journal de dr. inter.* 1963, p. 278 ss., ha sospeso un giudizio relativo ad un'azione di concorrenza sleale per violazione di esclusiva di importazione fino a che la Commissione della C.E.E. avesse giudicato circa la validità del contratto di esclusiva.

(5) Sulla definizione delle due classi di norme, da lui denominate norme di condotta e norme di struttura, vedi CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*,<sup>3</sup> Roma, 1951, p. 43 ss. Sul punto che le norme strumentali hanno solo effetti legali o formali, indipendenti dal contenuto della norma, vedi per tutti CRISAFULLI, *Atto normativo*, *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano, 1959, p. 238 ss. e partic. p. 243.

tuazioni giuridiche determinate: quali esempi di questa seconda classe di norme, si pensi agli artt. 187, 189, 191 e 192 del Trattato della C.E.E. A sua volta l'azione degli organi comunitari può essere o non essere subordinata al compimento di azioni da parte degli organi degli Stati membri (6), mentre in altri casi l'azione degli organi delle Comunità e degli Stati appare complementare o concorrente ai fini dell'attuazione dei Trattati istitutivi (7). Agli Stati membri incombe comunque il dovere di non pregiudicare in qualsiasi modo l'esercizio dell'attività degli organi comunitari.

Ad ogni norma e ad ogni atto propri dei sistemi comunitari si ricollegano pertanto conseguenze dirette negli ordinamenti stessi, e conseguenze riflesse negli ordinamenti statuali. Così la norma di cui all'art. 12 del Trattato della C.E.E. che impone agli Stati membri il divieto di introdurre nei reciproci rapporti nuovi dazi doganali, presenta un aspetto strumentale, in quanto attribuisce agli organi della Comunità una serie di poteri ai quali corrisponde l'obbligo degli Stati membri di astenersi dal disciplinare la materia man mano che essa venga assunta dagli organi comunitari (8); alla norma si ricollegano inoltre situazioni giuridiche materiali nei rapporti fra Stati membri. Di riflesso poi essa produce una serie di situazioni giuridiche subiettive nei sistemi degli

---

(6) Su tale modo d'azione degli organi comunitari vedi per tutti ROEMER, Conclusioni nella causa 26/62, *Raccolta*, vol. IX, p. 39, che ricorda l'obbligo degli Stati di collaborare colle istituzioni della Comunità nel campo dell'amministrazione della giustizia, e le norme relative alla libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali.

(7) Un classico esempio di azione degli Stati membri che si pone quale complementare dell'azione di organi delle Comunità si ha, secondo quanto ha ritenuto la Corte comune nella discussa sentenza del 6 aprile 1962 in causa 13/61, *Raccolta*, vol. VIII, p. 87 ss., nell'azione della Commissione della C.E.E. e degli organi statuali rispetto agli accordi e convenzioni previste all'art. 85, I par. del Trattato ed esistenti all'atto dell'entrata in vigore del primo Regolamento d'applicazione degli artt. 85 e 86. Sul punto vedi particolarmente CAPOTORTI, *Sui recenti sviluppi della disciplina della concorrenza nella Comunità economica europea*, *Riv. dir. inter.* 1963, p. 177 ss.; WAELBROECK, *Le problème de la validité des ententes économiques dans le droit privé du marché commun*, *Revue critique de dr. inter. privé* 1962, p. 415.

(8) Sentenza 5 febbraio 1963, *Raccolta*, vol. IX, p. 23.

Stati in virtù dell'obbligo di adattamento loro proprio (9): nei confronti delle persone sottoposte al proprio potere, infatti, lo Stato membro perderà il diritto di esigere nuovi dazi, ed i privati non saranno più sottoposti agli obblighi correlativi.

La questione è più complessa quando la norma del Trattato è una norma ad attuazione differita: i termini vennero precisati nella discussa sentenza nel caso *De Geus c. Bosch* dalla Corte comune a proposito degli artt. 85 e 86 del Trattato della C.E.E. (10). In questo caso l'efficacia della norma viene subordinata al compimento di azioni da parte degli Stati membri, degli organi comunitari o di entrambi. La norma pertanto presuppone un'attività concorrente, che si esplica nei sistemi degli Stati membri e nel diritto comunitario mediante l'adempimento di una serie di poteri-doveri di natura strumentale da parte degli organi comunitari. Nei sistemi statuali si avranno tanto situazioni giuridiche dirette nei confronti dei privati, quanto situazioni riflesse: le prime in relazione all'attività degli organi statuali, le seconde quale conseguenza dell'azione degli organi comunitari.

Più semplice appare l'ipotesi in cui alla norma dei Trattati si ricollegli un mero obbligo di adeguamento dei sistemi degli Stati membri nelle materie in cui non si ha un'assunzione di competenze da parte delle Comunità. In questo caso l'azione esplicata dagli organi comunitari per promuovere e per rendere possibile un'attività degli Stati membri costituisce un presupposto di quest'ultima. L'intensità e i limiti dell'azione degli Stati si devono desumere dal contenuto delle norme dei Trattati istitutivi integrate, ove occorra, dagli atti degli organi comunitari.

---

(9) Stessa sentenza, p. 24: « Il fatto poi che questo stesso articolo designi gli Stati membri come soggetti dell'obbligo di non fare non significa affatto che gli amministrati non se ne possano avvalere ».

(10) Sentenza 6 aprile 1962, in causa 13/61, *Raccolta*, vol. VIII, p. 101 ss.. La Corte ha « in linea di principio » ammesso l'immediata validità degli artt. 85 e 86; ma, contrariamente alle conclusioni dell'Avvocato generale Lagrange, ha subordinato l'efficacia delle norme ad una serie di azioni degli Stati membri e della Commissione.

42. L'azione dello Stato membro è pertanto rilevante, rispetto al diritto comunitario, sotto tre profili: *a*) in quanto essa appaia uno strumento per l'attuazione del diritto comunitario; *b*) in quanto costituisca un presupposto a questo fine; *c*) in quanto sia l'oggetto di una norma posta direttamente o indirettamente dai Trattati.

Nel primo caso si è discusso se lo Stato agisca in quanto tale, o come soggetto delle Comunità. Sembra senz'altro da accogliere la prima opinione nell'ipotesi in cui lo Stato partecipi ad organi che esercitano il loro potere all'unanimità (11). Ma in ogni caso lo Stato agisce nella sfera di diritto particolare delle Comunità ed è soggetto agli obblighi posti da quel diritto; l'inadempimento di essi costituisce, da parte sua, un illecito la cui misura e le cui conseguenze vengono determinate essenzialmente dal sistema delle Comunità.

Essenziale è pertanto la definizione e l'analisi del comportamento dello Stato che violi un'obbligazione posta dal diritto comunitario. Su tale argomento la giurisprudenza della Corte comune ha in questi ultimi anni posto una serie di principi che permettono di individuare le linee essenziali del sistema.

In primo luogo si è chiarito il principio generale per cui lo Stato membro deve assicurare in ogni caso l'esecuzione delle obbligazioni previste nei Trattati istitutivi. Si è già visto che i limiti alla sovranità degli Stati vanno interpretati in senso restrittivo: ma insieme si è riaffermato il principio della buona fede nell'esecuzione degli obblighi internazionali. La Corte comune ha più volte insistito sulla necessità che lo Stato membro dia un pieno e leale adempimento a tutti gli obblighi che gli derivano dal diritto comunitario: pertanto esso deve astenersi, anche nei suoi rapporti esterni, dal compiere qualsiasi cosa possa ostacolare il raggiungimento degli scopi delle Comunità, e l'azione degli organi di que-

---

(11) Così GUGGENHEIM, *Organisations économiques supranationales*, p. 191; SCHLOCHAUER, *Zur Frage der Rechtsnatur*, p. 635.

ste (12); con essi deve cooperare attivamente là dove ha conservato un potere di azione (13); deve favorire in ogni caso l'attuazione degli scopi delle Comunità, e pertanto deve interpretare in senso restrittivo le misure degli organi comunitari che costituiscono eccezioni rispetto ai fini dei Trattati istitutivi (14).

Rispetto alla C.E.E. si è chiarito che non sussiste una violazione dell'obbligo dello Stato membro solo quando esso abbia preso, in tempo utile, tutte le misure necessarie per raggiungere gli scopi del Trattato istitutivo, sia che essi vengano definiti direttamente, sia che si concretino attraverso gli atti della Commissione (15). Nel sistema della C.E.C.A. si è ritenuta irricevibile l'azione tendente ad accertare un inadempimento contro lo Stato membro il quale abbia fornito serie e positive assicurazioni di conformarsi ad una decisione dell'Alta Autorità (16), e si è chiarito che un inadempimento non sussiste senza una preventiva messa in mora da parte dell'Alta Autorità, e senza la fissazione di un termine per adempiere (17). Sussiste quindi una differenza notevole fra i poteri della Corte per accertare un inadempimento nell'ambito della C.E.C.A., e i poteri assai più ampi previsti dall'articolo 169, II° comma del Trattato C.E.E. avendo riguardo al carattere maggiormente accentrato della Comunità economica: e ciò viene confermato dalla decisione in cui la Corte ha ammesso che un ritardo dello Stato membro ad ottemperare a un parere della

---

(12) Sentenza 27 febbraio 1962, in causa 10/61, *Raccolta*, vol. VIII, p. 3 ss.

(13) Sentenza 19 dicembre 1961, in causa 7/61, *Raccolta*, vol. VII, p. 621 ss. e sentenza 12 luglio 1962, in causa 9/61, *Raccolta*, vol. VIII, p. 403 ss.

(14) Sentenza 14 dicembre 1962, in cause riunite 2/62 e 3/62, *Raccolta*, vol. VIII, p. 791 ss.

(15) Così nella sentenza 19 dicembre 1961, in causa 7/61, *Raccolta*, vol. VII, p. 621 ss., si è dichiarato che sarebbe stata irricevibile l'azione prevista contro gli Stati membri dall'art. 169, 2° comma del Trattato della C.E.E. qualora lo Stato avesse preso, nel termine di cui all'articolo, tutte le misure necessarie, il che però nella specie non si era verificato.

(16) Vedi la sentenza 4 febbraio 1959, in causa 17/57, *Raccolta*, vol. V, p. 11 ss.

(17) Vedi la sentenza 27 febbraio 1962, in causa 10/61, *Raccolta*, vol. VIII, p. 3 ss.

Commissione della C.E.E. attribuisce a quest'ultima l'interesse ad ottenere una pronuncia che accerti la violazione degli obblighi derivanti dal Trattato (18).

In ogni caso, e riaffermando così un principio valido in diritto internazionale generale, l'inadempimento dello Stato membro non deve determinarsi riferendosi a ciò che è legalmente applicabile nel suo sistema, ma bensì a ciò che viene realmente applicato (19).

I principi delineati dalla Corte coincidono sostanzialmente con il sistema che nel diritto internazionale comune riflette l'adeguamento dei diritti statuali al diritto particolare d'origine convenzionale (20). Ciò non toglie che sussistano differenze ogniqualvolta lo esigano le particolarità di struttura degli ordinamenti comunitari, soprattutto in relazione al carattere maggiormente accentrato proprio di essi: così ad esempio, superando il principio generale per cui si debbono interpretare restrittivamente le clausole dei Trattati che impongono limitazioni al principio di libertà degli Stati, la Corte ha ammesso il potere delle istituzioni comunitarie, e nel caso dell'Alta Autorità della C.E.C.A., di indirizzare raccomandazioni agli Stati membri affinché questi garantiscano l'attuazione dei Trattati istitutivi, quando ciò costituisce il completamento logico ed inevitabile degli obblighi imposti da una norma comunitaria (21).

Altre differenze si possono notare circa le conseguenze della

---

(18) Il principio si giustifica con la rilevanza dell'effettiva violazione di un concreto interesse quale elemento dell'illecito internazionale: sul punto vedi per tutti Ago, *Le délit international. Recueil des Cours* 1939, vol. II, p. 417 ss., e in particolare pp. 447-448. La Corte ha pertanto ritenuto che una violazione dell'obbligo di adeguamento imposto dal Trattato si abbia tutte le volte in cui viene lesa un interesse apprezzabile degli organi comunitari ad affermare il mantenimento della norma giuridica.

(19) Vedi la sentenza 19 dicembre 1961, in causa 7/61, *Raccolta*, vol. VII,

(20) Sul punto che il rapporto fra l'ordinamento statale e gli ordinamenti comunitari sia sostanzialmente analogo a quello che intercorre fra diritto interno e diritto internazionale pattizio cfr. MONACO, *Osservazioni sulla costituzionalità degli accordi internazionali*, p. 186.  
p. 640.

(21) Sentenza 12 luglio 1962, in causa 9/61, *Raccolta*, vol. VIII, p. 405.

violazione da parte degli Stati membri degli obblighi posti dai Trattati. Le caratteristiche di concentrazione proprie dei sistemi europei, e l'esistenza di mezzi di attuazione diretta fanno sì che la conseguenza della violazione della norma non sia tanto, come nel diritto internazionale comune, il risarcimento del danno, quanto la reintegrazione dell'ordine giuridico violato (22). Così permane l'interesse all'azione nell'organo comunitario quando lo Stato inadempiente contro cui sia stato promosso un ricorso abbia eseguito gli obblighi imposti dai Trattati, perchè gli organi comunitari hanno il diritto di ottenere una pronuncia che accerti la violazione (23).

43. Chiarito che il sistema di adeguamento dei diritti statuali al diritto comunitario rispecchia sostanzialmente i modi di adattamento del diritto interno al diritto internazionale d'origine pattizia, occorre precisarne le differenze in relazione alle strutture dei sistemi comunitari ed alla natura *self executing* di una serie di norme dei Trattati europei.

Nel respingere la tesi che gli accordi internazionali possano produrre effetti giuridici per i cittadini, la dottrina separatistica aveva precisato che una soluzione opposta avrebbe potuto accogliersi solo ammettendo, o che i cittadini fossero capaci di diritti e di veri internazionali, o che il Trattato come tale fosse produttivo di effetti giuridici di diritto statale (24), ciò che si negava per la natura stessa delle norme di diritto internazionale sia generale che particolare (25). Da ciò la necessità di una trasformazione del di-

(22) Sulla portata del principio relativo alle conseguenze di un illecito nel diritto internazionale comune e per una serrata critica di esso vedi KELSEN, *Unrecht und Unrechtsfolgen im Völkerrecht*, *Zeitschrift für öff. Recht*, 1932, p. 481 ss. e partic. p. 546.

(23) Sentenza 19 dicembre 1961, in causa 7/61, *Raccolta*, vol. VII, p. 608.

(24) DONATI, *I trattati internazionali nel diritto costituzionale*, p. 186.

(25) « Il diritto internazionale rivolge i suoi precetti soltanto agli Stati, ed a questi soltanto accorda diritti ed impone doveri: ciò... per la natura stessa delle norme di cui si compone »: ANZILOTTI, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, *Scritti di diritto internazionale pubblico*, Tomo I, Padova, 1956, p. 328. Il punto era già stato chiarito dal TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, p. 11 ss.

ritto internazionale in diritto interno: necessità che si negava dalla scuola monistica respingendo i presupposti da cui essa veniva desunta (26).

La concezione dell'adeguamento inteso quale trasformazione si è venuta via via parzialmente modificando. La scuola separatistica riconosce ora che una costituzione statale può senz'altro ammettere la validità delle norme di diritto internazionale particolare nel diritto interno senza che occorra un ordine di esecuzione (del che, del resto, possono darsi numerosi esempi (27)) e mette in rilievo non tanto l'aspetto formale della trasformazione, come faceva la dottrina meno recente, quanto l'aspetto materiale di essa, il quale viene in evidenza ogniqualevolta l'interprete attribuisce valore nel diritto statale ad una norma desunta da un trattato; ed infatti il trapianto di una norma sorta in un sistema di diritto internazionale particolare nel tessuto giuridico proprio degli Stati comporta l'incidenza di nuove strutture, lo stabilirsi di nuove correlazioni, di interferenze e di legami colle altre norme del sistema, il che necessariamente influisce sul loro significato (28).

(26) Kelsen, *Transformation du droit international en droit interne*, *Rev. gen. de droit inter. public* 1936, p. 48: « La nécessité d'une transformation ne résulte en effet ni de la nature du droit international, ni de celle du droit interne, mais uniquement des dispositions positives de l'ordre juridique interne ». Infatti (*op. cit.*, p. 15) « une norme du droit international, et en particulier un traité international peut fort bien déterminer en effet directement l'agissement non seulement d'individus faisant fonctions d'organes de l'Etat et dont la conduite est par suite imputée à l'Etat, mais également de sujets de l'Etat, tout comme pourrait le faire une loi interne de l'Etat ». Il negare che il contenuto della norma internazionale possa prevedere il comportamento di individui venne storicamente dedotto, rileva esattamente il Kelsen, dalla premessa per cui la norma internazionale esprimerebbe una volontà diversa da quella dello Stato: su tale concezione vedi per tutti ANZILOTTI, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, p. 512.

(27) MORELLI, *L'adattamento del diritto interno al diritto internazionale in alcune recenti costituzioni*, *Riv. dir. internaz.* 1933, p. 2 ss.; e per le costituzioni successive al secondo conflitto mondiale SOCINI, *L'adeguamento degli ordinamenti statuali all'ordinamento internazionale*, Milano, 1954, p. 77; MOSLER, *L'application du droit international public par les Tribunaux nationaux*, *Recueil des Cours*, 1957, I, p. 635 ss.; BARILE, *Diritto internazionale e diritto interno*, II, p. 77 ss.; MONACO, *L'adattamento del diritto interno al diritto internazionale nell'art. 10 della Costituzione*, *Foro Padano*, 1949, IV, c. 195 ss.

(28) CAPOTORTI, *Sull'interpretazione uniforme*, pp. 10-11.

44. Posta la necessità di una trasformazione del diritto internazionale convenzionale in diritto interno, ne consegue che essa viene disciplinata dai principi costituzionali dei singoli Stati. In linea di massima il diritto internazionale non prescrive in quale maniera l'adattamento debba avvenire (29); ma il diritto interno, a sua volta, cerca di operare l'adattamento in maniera conforme agli obblighi internazionali (30).

Particolare rilievo si deve attribuire al principio, che negli ultimi decenni si è andato affermando nonostante molte incertezze sia nella dottrina che nella giurisprudenza statuali, secondo cui in caso di richiamo dal diritto interno al diritto internazionale pattizio il giudice statale deve interpretare le norme che si pongono nel proprio ordinamento in base ai principi interpretativi propri dell'ordinamento internazionale (31): il che costituisce indubbiamente qualcosa di più del principio, accolto in genere dalla dottrina separatistica, per cui in caso di richiamo dell'ordinamento interno ad una norma internazionale convenzionale, il diritto interno deve venire interpretato per quanto è possibile in modo conforme ai doveri imposti allo Stato dalla norma convenzionale (32).

Nella dottrina e nella giurisprudenza italiana più recenti si è avuto un avvicinamento quanto ai risultati fra le tesi per cui la

---

(29) Vedi per tutti, BERBER, *Lehrbuch des Völkerrechts*, vol. I, München und Berlin, 1960, p. 106.

(30) Vedi per tutti ROSS, *Lehrbuch des Völkerrechts*, trad. tedesca, Stuttgart und Köln, 1961, p. 63 ss.

(31) Sull'affermazione del principio nella giurisprudenza italiana, vedi CAPO-TORTI, *Problemi di diritto internazionale nella giurisprudenza italiana*, per l'affermazione di un opposto principio, vedi Cassazione, 31 maggio 1954, n. 1797, *Foro it.* 1955, c. 517 ss. A favore della tesi esposta nel testo, vedi partic. BENTIVOGLIO, *La funzione interpretativa*, p. 116 ss. e *Diritto internazionale pubblico, Nuovissimo Digesto Italiano*, vol. V, Torino, 1960, p. 926 ss.; MONACO, *L'interpretazione delle convenzioni internazionali ad opera del giudice interno*, *Giur. it.*, 1945, IV col. 24 ss.; RUINI, *L'interpretazione delle convenzioni internazionali e delle norme straniere in genere da parte del giudice interno*, *Foro it.*, 1955, p. 518 ss. Per la tesi contraria vedi partic. CAPO-TORTI, *op. loc. cit.*, e *Sulla interpretazione uniforme dei Trattati europei*, p. 3 ss.

(32) Sul principio vedi da ultimo ORTEGA, *Il valore dei trattati internazionali nel diritto interno*, *Riv. inter. fil. del diritto*, 1963, p. 446 ss. e in particolare p. 453.

norma di richiamo attribuirebbe valore giuridico alle norme su cui cade il richiamo stesso, le quali pertanto andrebbero interpretate alla luce del diritto richiamante, e le diverse teorie per cui il giudice nell'interpretare la norma richiamata non potrebbe considerarla avulsa dal sistema giuridico in cui essa fu posta; questo nonostante la riaffermazione delle premesse separatistiche da cui parte, con diverse formulazioni, la dottrina italiana.

Si è infatti dapprima posto in rilievo come le norme immesse nell'ordinamento interno ai fini dell'adattamento siano condizionate all'efficacia dell'accordo (33). A questo rilievo si ricollega il principio per cui nel diritto richiamante si devono produrre tutte le variazioni, e solo le variazioni necessarie perchè l'ordinamento interno si adegui alle esigenze derivanti dall'accordo (34). Data l'impossibilità di determinare tali variazioni, è apparso necessario o configurare che la precisazione di esse possa avvenire solo ad opera dell'interprete (35), oppure attribuire un'autonomia concettuale alle operazioni denominate « esecuzione dei trattati »: autonomia che discende dall'indicazione del risultato che si vuole ottenere col l'ordine di esecuzione. Scopo di esso sarebbe infatti quello di raggiungere, e raggiungere immediatamente, un determinato risultato, identificabile appunto nell'esecuzione del trattato (36).

45. Avendo chiarito come la trasformazione del diritto internazionale particolare in diritto interno non comporti in alcun modo un inserimento delle singole norme pattizie nell'ordinamento statale, ma bensì un adeguamento di quest'ultimo, considerato nel suo insieme, al sistema di diritto internazionale particolare po-

(33) Sul punto la dottrina italiana è unanime; per le citazioni vedi LA PERGOLA, *Costituzione e adattamento*, p. 110.

(34) MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*<sup>6</sup>, p. 91.

(35) MORELLI, *op. cit.*, p. 90: « La determinazione di tali norme è rimessa all'interprete ». Sul punto vedi inoltre FABOZZI, *L'attuazione dei Trattati internazionali, mediante ordine di esecuzione*, Milano, 1961, p. 61, e LA PERGOLA, *Costituzione e adattamento*, p. 117 ss.

(36) FABOZZI, *op. cit.*, p. 62.

sto dal trattato, sembra facile superare l'impostazione data al problema dei rapporti fra diritto comunitario e diritto degli Stati membri da taluni autori i quali, invece, parlano di un inserimento, più o meno immediato, della norma comunitaria nel diritto statale e di un possibile conflitto fra di essa e le norme interne di origine autonoma; conflitto risolto in base ai principi della priorità di rango fra le varie classi di norme di uno stesso sistema, della specialità fra norme di pari grado, e della priorità nel tempo fra norme aventi il medesimo ambito di efficacia (37).

Nell'accogliere, come esso fa, sino alle estreme conseguenze una concezione recettizia circa il valore del rinvio da ordinamento a ordinamento la dottrina che qui si esamina si richiama, anche se in modo non del tutto conscio, alla concezione privatistica circa la funzione delle norme di diritto internazionale privato, le quali hanno dato origine, in un campo particolare, ad uno studio teorico delle relazioni fra ordinamenti separati, e ciò specialmente per il grado maggiore di elaborazione tecnica raggiunto dagli istituti di questo ramo del diritto rispetto a quelli dell'ordinamento internazionale. Si sono quindi trascurati gli aspetti del richiamo dal diritto interno ai sistemi di diritto internazionale particolare, che pure erano stati particolarmente approfonditi dalla dottrina italiana, e forse non si sono adeguatamente utilizzati gli spunti, pure esattamente colti, che venivano offerti dalla struttura degli ordinamenti comunitari (38).

Un'analisi compiuta del problema deve invece prendere le mosse da quell'approfondimento, e dall'osservazione di quella struttura.

La separazione dei due ordinamenti, statale e comunitario, ed il sistema di rapporti fra di essi, caratterizzato da un obbligo di adattamento del primo al secondo, fa sì che il diritto interno debba adeguarsi in ogni modo idoneo a qualsiasi atto valido secondo i diritti comunitari. Non ha rilievo la differenza fra le sin-

(37) Per le citazioni *Supra*, par. II.

(38) ZICCARDI, *Introduzione critica al diritto internazionale*, Milano, 1956, p. 8.

gole funzioni cui adempiono gli organi della Comunità, differenza la quale, come si è visto, non ha del resto significato neppure all'interno degli ordinamenti delle Comunità (39), nè maggior rilievo presenta il fatto che le norme comunitarie siano poste direttamente dai Trattati oppure dagli organi istituzionali, e neppure la mancanza di analogia strutturale fra il modo in cui viene posta la norma nei sistemi comunitari, ed il modo in cui si attua l'adeguamento nei sistemi statuali.

46. L'accertamento della validità delle norme e degli atti delle Comunità è un presupposto dell'obbligo di adeguamento dello Stato membro: ciò spiega in tutta la sua portata il principio per cui i tribunali interni si debbano conformare al giudizio emesso in via pregiudiziale dalla Corte comune circa la validità degli atti comunitari, e l'interpretazione di essi.

L'obbligo di adattamento del diritto statale al diritto delle Comunità, enunciato nell'art. 5 del Trattato della C.E.E. e la cui attuazione viene assicurata mediante il procedimento di cui all'art. 189 (le quali norme si integrano e si completano (40)), comporta bensì un obbligo dell'apparato statale di conformarsi alle norme ed agli atti posti dagli organi delle Comunità europee, ma non un obbligo di garantire l'adattamento alle une e agli altri con i mezzi strumentali predisposti dallo Stato per i fini suoi propri. Esattamente pertanto fu deciso che le Comunità non possono avvalersi per realizzare una pretesa di carattere tributario nei confronti di un privato dei mezzi e degli strumenti che l'apparato dello Stato italiano pone per la percezione dei propri tributi (41),

---

(39) Per una affermazione analoga, anche se fondata su premesse non del tutto coincidenti con quelle qui accolte, vedi CARRILLO SALCEDO, *La potestad reglamentaria en los ordenamientos jurídicos de las comunidades supranacionales europeas*, *Rev. española de der. int.* 1958, p. 198 ss. e partic. p. 224.

(40) MONACO, *Natura ed efficacia dei regolamenti delle Comunità europee*, p. 377; UDINA, *Sull'efficacia delle norme delle Comunità europee*, p. 127, il quale parla di un contrasto soltanto apparente fra l'art. 5 e l'art. 189 del Trattato.

(41) *Tribunale di Torino*, 10 maggio 1963, *Foro it.* 1963, I, col. 2052 ss.

ponendo in tale modo in rilievo come lo Stato membro sia libero nella scelta dei mezzi idonei all'adempimento degli obblighi comunitari e precisando l'autonomia delle strutture organizzative dello Stato. Così pure in linea di massima soltanto i provvedimenti giurisdizionali della Corte comune rispetto ai quali ciò sia stato espressamente previsto debbono venire muniti della clausola di esecutività da parte dell'organo a ciò designato dai singoli Stati membri (42). Le organizzazioni e le strutture degli Stati membri e delle Comunità rimangono pertanto sostanzialmente estranee; tutte le volte in cui le seconde si avvalgono di mezzi e strumenti statuali per i propri fini non rispondono della loro azione: è questo ciò che la Corte comune ha inteso riaffermare nella discussa sentenza del 17 dicembre 1959 in causa 23/59 (43).

Se nel campo strumentale permane una assoluta distinzione di mezzi e strumenti organizzativi, per ciò che riguarda le valutazioni materiali, invece, l'azione delle Comunità opera un avvicinamento dei diritti degli Stati membri ai principi del diritto comunitario, e di conseguenza un'armonizzazione ed un avvicinamento delle legislazioni.

47. Il carattere unitario del sistema dei rapporti fra i due ordinamenti viene dato dal contenuto della norma che esprime l'obbligo di adeguamento, secondo la quale nel diritto statale si producono, in modo diretto o in modo riflesso, tutte le variazioni necessarie per attuare i principi dell'ordinamento comunitario.

Ordinamenti separati e distinti, l'ordinamento comunitario e quello statale si presentano l'uno nei confronti dell'altro nel lo-

---

(42) MIGLIAZZA, *La Corte di giustizia*, p. 259 ss. La tesi viene quasi generalmente accolta; per i richiami vedi *op. cit.*, p. 263 ss. In senso contrario LA CHINA, *Rapporti fra Corte di giustizia delle Comunità europee e giudice italiano*, p. 1556.

(43) *Raccolta*, vol. V, p. 487 ss.; sulla sentenza vedi TELCHINI, *La « faute de service » nel diritto comunitario*, *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1960, p. 205 ss.; MIGLIAZZA, *La responsabilità della C.E.C.A. e la giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*; DE VERCOTTINI, *La responsabilità aquiliana*.

ro insieme; ma l'adattamento del secondo al primo non potrà determinarsi se non con riferimento alla fisionomia del sistema richiamante, alle sue articolazioni e alle concrete strutture, ed alle esigenze che in relazione al fine da raggiungere si impongono in esso.

Certamente però quando le variazioni normative nel sistema dello Stato membro ed il concreto atteggiarsi delle situazioni giuridiche appaiono un mero riflesso del sistema comunitario, il compito dell'interprete verrà precisato dalla necessità di un costante adeguamento all'aspetto di un sistema diverso ed ai principi interpretativi che in esso si accolgono. Proprio con riferimento a ciò si è parlato di immediatezza dell'efficacia della norma comunitaria nel diritto interno. La configurazione, come si è visto, non è accoglibile: come pure si deve respingere la tesi per cui le norme di adattamento attribuirebbero efficacia, entro la sfera dell'ordinamento statale, all'ordinamento comunitario in quanto tale (44). Essa infatti non configura il carattere riflesso delle norme e delle situazioni giuridiche che in virtù dell'adeguamento si pongono nei sistemi statuali, anche se bene esprime le esigenze della totale conformazione del diritto statale al diritto comunitario.

Nel sistema dei rapporti fra Comunità e Stati membri sono previsti strumenti atti ad assicurare l'adattamento dei sistemi statuali. Anche qui, come sempre nei rapporti fra diritto interno e diritto internazionale d'origine convenzionale, al diritto interno è imposto uno scopo da raggiungere, ed in linea di massima gli viene lasciata libertà di scelta nei mezzi. Il potere di impulso attribuito agli altri soggetti nei confronti dello Stato che viola gli obblighi comunitari si conforma a questo sistema. Il giudice interno dovrà pertanto accertare le variazioni che in virtù dell'obbligo di adeguamento si devono verificare nel proprio diritto per raggiungere gli scopi che si propongono le norme comunitarie, il cui esatto

---

(44) Nel senso combattuto CAPOTORTI, *Sull'interpretazione uniforme dei Trattati europei*, p. 15.

significato non potrà determinare senza riferirsi all'attività degli organi che adempiono alla funzione dell'accertamento nei sistemi delle Comunità.

48. Il modo di adattamento del diritto statale al diritto comunitario è disciplinato dalle norme costituzionali dello Stato membro. Il principio *Landesrecht bricht Völkerrecht*, che configura il sistema dei rapporti fra diritto interno e diritto internazionale, si deve però applicare con cautela data l'esistenza di strumenti che operano nel diritto interno e che tendono a garantirne l'adattamento al diritto comunitario. Tali strumenti operano solo in campi ben determinati: non si ha quindi un sistema idoneo ad assicurare l'adattamento nella sua integrità.

L'adattamento al diritto comunitario avviene in modo diverso, a seconda delle norme costituzionali dei singoli Stati membri: ma si esclude che esso possa venire impedito dalla riserva d'ordine pubblico che opera, in via normale, nei confronti di qualsiasi norma od atto estraneo (45). Ciò è tanto più notevole in quanto gli ordinamenti comunitari sono sistemi a normazione continuata, il cui modo d'essere varia a seconda dell'attività svolta dagli organi istituzionali. Il diritto interno deve, pertanto, conformarsi ai principi delle Comunità europee, così come vengono via via determinati dall'azione degli organi di queste: esso rimane quindi predisposto per tutto il tempo necessario per l'adempimento dell'obbligo internazionale (46) e cioè, nel caso della C.E.E. e della C.E.E.A., senza limiti di tempo.

Si ha quindi una precisa diversità rispetto al fenomeno normale dell'adeguamento del diritto interno al diritto internazionale

---

(45) BALLADORE PALLIERI, *Pouvoir des organisations économiques européennes*, p. 484.

(46) Cfr. in linea generale PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale, Parte II, Introduzione al diritto internazionale privato*, 3<sup>a</sup> ristampa, Padova, 1957, p. 21; MALINTOPPI, *Il riavvicinamento delle legislazioni come problema di diritto internazionale*, *Riv. dir. inter.* 1959, p. 238 ss., partic. p. 441.

d'origine pattizia, cristallizzato in accordi il cui contenuto non può normalmente venire modificato senza l'assenso dello Stato (47). Ne consegue che l'autonomia del legislatore e la libertà dell'interprete vengono singolarmente ridotte.

Tale caratteristica si attua anche quando la norma comunitaria impone agli ordinamenti degli Stati un mero obbligo di adeguamento, come nell'ipotesi di cui all'art. 100 del Trattato C.E.E. che attribuisce agli Stati membri un obbligo di riavvicinamento delle legislazioni, ed individua nelle direttive del Consiglio, emanate su proposta della Commissione, lo strumento atto a promuovere l'esecuzione dell'obbligo (48). Gli organi dello Stato debbono attuare le direttive: ma in linea di massima essi hanno la possibilità di scelta nei mezzi. Anche nel caso dell'obbligo di riavvicinamento delle legislazioni, pertanto, l'estensione e il contenuto di esso vengono determinati dai sistemi comunitari, ed i modi di adempimento dai diritti statuali (49), mentre agli altri soggetti della Comunità (Stati membri, istituzioni comunitarie, persone private) viene attribuito un potere di impulso per ottenere l'adempimento.

49. Sotto altri profili, invece, possono ripetersi i principi chiariti a proposito dell'adeguamento del diritto interno al diritto

---

(47) Ed infatti è vero che l'ordine di esecuzione non si limita ad operare un adattamento iniziale ad un trattato, ma ne segue le variazioni soggettive e oggettive; purtuttavia esso non attua normalmente un coordinamento fra ordinamenti giuridici: vedi SPERDUTI, *Lezioni di diritto internazionale*, Milano, 1958, p. 107.

(48) Sul punto che l'art. 100 del Trattato C.E.E. costituisca l'unica ipotesi in cui si impone agli Stati membri un obbligo di riavvicinamento in senso proprio, vedi MALINTOPPI, *Il riavvicinamento delle legislazioni come problema di diritto internazionale*, p. 238 ss. e in partic. p. 251. Non ritiene invece fondata la limitazione e considera norme tendenti allo stesso fine gli artt. 101 e 102 del Trattato il DRAETTA, *Il riavvicinamento delle legislazioni nel Trattato istitutivo della Comunità economica europea*, *Dir. inter.* 1962, p. 43 ss. e in partic. p. 54.

(49) Pongono in rilievo che l'obbligo di riavvicinamento viene posto in precisa funzione strumentale rispetto al sistema delle Comunità; MONACO, *Le rapprochement des législations nationales dans le cadre du marché commun*, *Annuaire français de droit inter.* 1957, p. 561; MALINTOPPI, *Il riavvicinamento*, p. 258.

internazionale particolare. Così per accertare la mancata esecuzione dell'obbligo di adeguamento si deve considerare il contegno dello Stato membro nell'insieme delle sue funzioni costituzionali, legislativa, amministrativa e giurisdizionale, e un inadempimento non sussiste quando il fine che si proponeva la norma comunitaria è stato in qualsiasi modo attuato ad opera dello Stato membro, avendo esso normalmente la libertà nella scelta dei mezzi idonei allo scopo (50).

L'inadempimento di un obbligo comunitario si concreta pertanto nell'azione o nell'omissione, da parte dello Stato membro, di ciò che appare idoneo al raggiungimento dello scopo di una norma o di un atto propri del sistema delle Comunità la cui attuazione sia comunque rilevante per lo Stato. La violazione di un interesse delle Comunità sussiste sempre in tale ipotesi, e così il diritto di esse alla reintegrazione dell'ordine giuridico violato, date le caratteristiche di ordinamenti di diritto proprie dei sistemi comunitari.

L'espressione letterale dei Trattati istitutivi — le norme dei quali considerano il contegno dello Stato membro nel suo complesso: lo Stato provvede, lo Stato impone, ecc. — conferma queste affermazioni. Talvolta però agli Stati membri viene indicata direttamente l'azione da compiersi, con una precisazione dei mezzi che lo Stato deve adibire per soddisfare al suo obbligo. La libertà di scelta nei mezzi spettante allo Stato non sussiste in tale caso (51).

In linea di massima vale anche per le Comunità il principio generale per cui destinatari delle situazioni giuridiche subietti-

---

(50) Sul problema in generale e sulla soluzione generalmente accolta, vedi per tutti DONATI, *I trattati internazionali*, p. 343, e per la dottrina più recente BERBER, *Lehrbuch des Völkerrechts*, vol. I, p. 106.

(51) Vedi ad es. il 2° comma dell'art 192 del Trattato C.E.E., che impone allo Stato membro di far apporre la formula esecutiva a talune decisioni del Consiglio e della Commissione, con la sola verificaione dell'autenticità del titolo; di designare un organo competente all'apposizione e di informarne la Commissione e la Corte di giustizia.

ve poste nel diritto interno al fine d'assicurare l'adeguamento al diritto internazionale sono, oltre che le persone private, tutti gli organi dello Stato i quali non ne siano esclusi (52). Nell'ordinamento interno si producono infatti automaticamente, in virtù dell'ordine di esecuzione dei Trattati istitutivi o di un principio costituzionale che imponga l'adeguamento del diritto interno al diritto internazionale pattizio, principi aventi il valore di norme interne a contenuto generale e principi a contenuto particolare (53), a seconda che per attuare gli obblighi comunitari appaiano necessari gli uni e gli altri. Gli organi interni competenti dovranno poi emanare le norme di attuazione dei principi comunitari che siano richieste dal diritto dello Stato (54).

La prevalenza dei principi e degli atti posti nell'ordinamento interno in virtù dell'obbligo di adattamento rispetto alle norme ed agli atti giuridici posti in modo autonomo si decide a seconda delle norme costituzionali dei singoli Stati.

Un discorso a parte deve farsi a proposito delle norme *self executing*, essendo stata sostenuta la tesi che esse configurino modi di produzione di un diritto interno uniforme: gli Stati membri porrebbero cioè, attraverso un'attività comune, norme giuridiche

---

(52) Sul punto vedi da ultimo RILL, *Der Rang der allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts in der österreichischen Rechtsordnung*, *Oest. Zeitschrift für öff. Rechts*, 1960, p. 439 ss. e partic. p. 445. Allo scritto del Rill rinvio per i riferimenti bibliografici.

(53) Il principio è pacifico, e venne enunciato, anche se con diversa formulazione, dai fondatori della teoria separatistica: vedi ad es. ANZILOTTI, *Alcune considerazioni sulla approvazione parlamentare dei Trattati la cui esecuzione importa provvedimenti di natura legislativa*, in *Scritti di diritto internazionale pubblico*, Tomo I, Padova, 1956, p. 587 ss. e partic. p. 595. Sul punto cfr. da ultimo WINKLER, *Der Verfassungsgrad von Staatsverträgen*, *Oest. Zeitschrift für öff. Rechts* 1960, p. 514 ss. e partic. p. 592: « Die Staatsverträge sollen offensichtlich aller Rechtswirkungen innerstaatlicher Rechtsquellentypen teilhaftig werden, und zwar nach den Rang abgestuft wie diese ». Allo studio del Winkler rimando per notazioni bibliografiche circa la letteratura della scuola viennese, particolarmente ricca su quest'argomento.

(54) Così da ultimo il decreto presidenziale del 22 settembre 1963 n. 1884 ha posto le norme di attuazione del Regolamento n. 17 del 6 febbraio 1962 del Consiglio dei Ministri della C.E.E.: ed il decreto presidenziale del 26 marzo 1964 n. 137 ha modificato la tariffa doganale comune « in conformità ad analoghe decisioni della Comunità economica europea ».

che si dirigono direttamente agli individui e possono venire attuate senza alcuna attività degli organi degli Stati membri, i quali agirebbero nella veste di enti che fanno parte di un organo internazionale comune (55).

La tesi, per quanto suggestiva, non sembra da accogliere. In ogni caso infatti le norme comunitarie, quale che sia la loro formulazione, operano direttamente nell'ambito del sistema loro proprio, e cioè in un sistema estraneo agli ordinamenti degli Stati membri. Quando esse hanno per destinatari persone private, queste sono considerate quali soggetti delle Comunità, e quindi non quali soggetti degli ordinamenti degli Stati membri. Gli atti e le norme comunitarie non possono pertanto operare in alcun caso negli ordinamenti statuali se non in via riflessa, attraverso una necessaria trasformazione che nel caso delle norme *self executing* avviene senza che occorra uno speciale atto di adeguamento da parte degli organi dello Stato membro.

50. La coesistenza fra i sistemi comunitari ed i sistemi degli Stati membri si configura come una coesistenza di sistemi collegati da un obbligo di adattamento, il cui contenuto si desume dall'insieme di principi di diritto internazionale particolare delle Comunità.

Considerando l'esistenza di strumenti propri del diritto comunitario ed atti ad assicurare l'adeguamento e il potere, spettante ad organi delle Comunità, di delimitare l'ambito reciproco dei due sistemi, si giustifica l'impiego del termine « sovranazionalità », il quale, come venne osservato, ottenne maggior biasimo

---

(55) In questo senso UDINA, *Sull'efficacia delle norme delle Comunità europee*, p. 128: « Le norme formulate in tal modo, ossia automaticamente immesse negli ordinamenti degli Stati membri non sono norme internazionali o comunitarie se non per l'origine, avendo in sé e per sé, cioè per il loro contenuto, il carattere delle norme interne, in quanto destinate sin dalla loro formazione ad essere trapiantate ed a vigere nell'intento degli ordinamenti statuali, sì da costituire un diritto interno uniforme imposto internazionalmente e immesso negli ordinamenti interni in seguito all'ordine generale d'esecuzione degli accordi che lo prevedono ».

di quello che non meritasse (56). È vero, infatti, che esso venne spesso usato in modo impreciso e comunque con significati diversi (57); ma è altrettanto vero che esso poteva venire utilmente impiegato, e lo fu in effetti, per indicare la sovraordinazione di un sistema di diritto internazionale particolare al diritto degli Stati membri, in materie ben delimitate, così come si tende ora ad ammettere (58).

La sovraordinazione dei sistemi comunitari ai sistemi degli Stati membri venne recisamente negata dal Morelli, che propose di sostituire l'espressione « sovranazionalità » con quella di « metanazionalità » (59). Questo scrittore ritenne di escludere che il sistema di richiamo dei diritti degli Stati membri al diritto comunitario configuri l'adeguamento ad un ordinamento di grado superiore, perchè sarebbe illogico e contraddittorio configurare come superiore un ordinamento limitato e particolare rispetto ad ordinamenti sovrani ed a competenza generale, quali gli ordinamenti degli Stati membri.

Si possono qui ripetere talune considerazioni fatte a proposito del problema della derivazione degli ordinamenti comunitari dall'ordinamento internazionale. Le affermazioni del Morelli appaiono rigorosamente esatte solo in quanto si accolgano le premesse generali da cui egli muove, e soprattutto i presupposti metodologici da lui accolti, i quali giustificano una costruzione formale degli ordinamenti giuridici esprimendosi mediante una struttura articolata delle fonti di diritto. È senza alcun dubbio coerente, ove si accolgano tali premesse, affermare che un rapporto di

(56) SPERDUTI, *La C.E.C.A. ente sopranazionale*, p. 24.

(57) Sulle varie accezioni attribuite al termine vedi da ultimo ROSELIEB, *Zur Frage der Supranationalität*, pp. 461-464.

(58) Solo in questo senso è esatto sostenere l'identificazione del termine « sopranazionale » con il termine « internazionale », come fanno il DECLEVA, *Il diritto interno delle unioni internazionali*, p. 33, e gli autori da lui ricordati. Infatti con l'espressione « diritto internazionale » si intende un diritto separato ed insieme sovraordinato a quello statuale.

(59) *Appunti sulla Comunità europea del carbone e dell'acciaio*, p. 16 e, più di recente, *Nozioni di diritto internazionale*<sup>6</sup>, pp. 266-267.

subordinazione non possa essere che un rapporto di derivazione, e affermare che l'ordinamento derivato altro non sia se non una porzione dell'ordinamento superiore (60).

Una volta invece che si valutino le fonti di diritto come uno dei modi di manifestazione di norme giuridiche, che esprimono un singolo elemento, sebbene essenziale, dell'esperienza giuridica, è evidente che esse non possano venire considerate se non come un insieme di dati che si utilizzano, insieme ad altri dati, per dedurre le forme di diritto di un sistema (61). Ove si considerino i vari elementi della vita giuridica appare che i rapporti fra Stati membri e Comunità europee sono, sì, caratterizzati da una superiorità di queste rispetto a quelli, in maniera più o meno pregnante (62), ma che in nessun modo i sistemi degli Stati membri si presentano come una derivazione degli ordinamenti comunitari, o una porzione di essi. Esiste bensì un sistema di adeguamento del diritto degli Stati al diritto comunitario, garantito attraverso mezzi propri di quest'ultimo: ma si tratta dell'adeguamento di un sistema ad un sistema separato.

In questo senso è esatto configurare una supremazia degli ordinamenti comunitari rispetto ai sistemi degli Stati membri. La dottrina più recente ha chiarito che si può concepire il diritto internazionale come superiore al diritto statale pur rimanendo fedeli ad una concezione separatistica del fenomeno giuridico (63): nel caso del diritto comunitario vi ha in più la previsione di mezzi e strumenti atti ad assicurare l'adeguamento con un'azione che si svolge sia nel sistema delle Comunità, sia nei sistemi degli Sta-

---

(60) SPERDUTI, *La C.E.C.A. ente sopranazionale*, p. 22 nota 27.

(61) ZICCARDI, *Consuetudine*, p. 492; PUGLIATTI, *Conoscenza, Enciclopedia del diritto*, vol. IX, p. 65.

(62) Sul punto che i vincoli agli Stati siano maggiori secondo i Trattati di Roma che secondo il Trattato di Parigi, e fra i primi qualitativamente più forti per la C.E.A. che per la C.E.E., vedi le esatte osservazioni di EFRON e NANES, *The Common Market and Euratom Treaties: Supranationality and the Integration of Europe, The inter. and comp. Law Quarterly* 1957, p. 670 ss.

(63) DAHM, *Völkerrecht*, vol. I, Stuttgart 1958, pp. 53-54; ORTEGA, *Il valore dei Trattati internazionali nel diritto interno*, p. 462.

ti membri. Ne consegue che nel campo interpretativo il giudice statale è portato a considerare le caratteristiche delle strutture dei sistemi comunitari ed i rapporti di specialità che si rilevano in essi, e quindi a considerare gli aspetti concreti del diritto richiamato in maniera più penetrante di ciò che normalmente accade rispetto all'adeguamento di un sistema a un sistema estraneo.

51. Portando l'attenzione sull'insieme dei dati che caratterizzano il sistema di rapporti fra Stati membri e Comunità europee, l'esame si sposta sui mezzi concreti che operano per assicurare l'adeguamento del diritto statale. Si può così constatare l'esistenza di una serie di poteri attribuiti agli organi delle Comunità cui corrisponde una serie di obblighi di astensione o di adeguamento degli organi statuali e delle persone e gruppi posti sotto la sovranità degli Stati.

Il diritto comunitario si concretizza pertanto mediante la limitazione delle competenze degli Stati e l'adeguamento dei sistemi statuali ai principi delle Comunità; il duplice modo di attuazione viene assicurato attraverso tutta una serie di strumenti di garanzia, dall'esistenza di sanzioni ad una serie di controlli in via giurisdizionale, i quali operano sia all'interno della struttura giurisdizionale dello Stato membro, mediante l'inserimento delle pronunce in via pregiudiziale della Corte comune nei procedimenti innanzi ai giudici degli Stati, sia nelle strutture organizzative delle Comunità, in quanto lo Stato membro, considerato come una entità estranea, risponde della mancata osservanza degli obblighi che derivano dalle norme dei Trattati.

La dottrina separatistica del diritto internazionale ritiene che l'individuo non formi oggetto delle norme di diritto internazionale: rispetto alle Comunità europee l'affermazione venne utilizzata per respingere ogni tentativo di inserimento dei sistemi comunitari nell'ordinamento internazionale e per negare una supremazia del diritto comunitario rispetto al diritto degli Stati membri. Ora è esatto che gli individui sono normalmente posti

sotto l'autorità esclusiva degli Stati, e che perciò il diritto internazionale deve appoggiarsi, tramite gli Stati, al diritto interno per raggiungere gli obiettivi da esso perseguiti riguardo agli individui (64); ma nulla vieta che in comunità ristrette e in materie ben precisate si abbia uno stato di cose diverso, creandosi un sistema di obblighi e diritti relativi agli individui assicurato con strumenti di garanzia. Il carattere sovrano degli Stati membri rimane integro, in quanto essi conservano un potere generale rispetto agli individui (65).

L'esistenza di strumenti comunitari atti ad assicurare l'adeguamento del diritto interno e a delimitare l'ambito reciproco di competenza non modifica questo carattere, ma attribuisce ai sistemi comunitari una posizione di supremazia rispetto ai sistemi degli Stati membri, nel senso che fu chiarito (66).

Per questo motivo, pur riaffermando che le Comunità europee si inseriscono nel filone unionistico che rappresenta lo sforzo di attuare forme di collaborazione internazionale, si deve dissentire dalla dottrina, rappresentata in Italia soprattutto dall'Ago, che cerca di attenuarne le differenze rispetto alle organizzazioni di tipo tradizionale. Il rapporto di supremazia rispetto ai sistemi

---

(64) SPERDUTI, *La persona umana e il diritto internazionale*, *Comunicazioni e Studi*, vol. X, p. 163.

(65) Per una sintesi dei dati attuali del problema del rapporto fra Stato, comunità internazionale generale, comunità particolari e individuo, vedi MONACO, *Primi lineamenti di diritto pubblico europeo*, p. 81 ss., e la bibliografia ivi ricordata.

(66) Che la supremazia degli ordinamenti comunitari rispetto ai diritti degli Stati membri si fondi essenzialmente sull'esistenza di strumenti delle Comunità atti ad assicurare l'adeguamento, ed in particolare di strumenti giurisdizionali è generalmente avvertito: vedi ad es. GROEBEN-BOECK, *Kommentar*, p. 171.

Si noti come, per la dottrina separatistica una norma circa l'adeguamento automatico del diritto interno al diritto internazionale, quale l'art. 10 della Costituzione italiana, non comporti una subordinazione proprio per la mancanza di strumenti atti ad assicurare l'adeguamento, ove si eccettui la previsione di una responsabilità dello Stato: così PERASSI, *La Costituzione italiana e l'ordinamento internazionale*, Milano, 1952, ora in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 1956, p. 419 ss. e partic. p. 433, parla di un dispositivo di produzione « liberamente adottato dallo Stato ».

statuali è l'elemento individuante delle Comunità europee, anche se non si riscontra in alcun modo quella « totale signoria », quel « dominio assoluto » dell'un termine nei confronti dell'altro, necessari perchè si possa parlare di un condizionamento degli ordinamenti statuali alle Comunità (67).

---

(67) ROMANO, *L'ordinamento giuridico*<sup>2</sup>, p. 149: « L'esistenza di un ordinamento può dipendere da un altro soltanto in due casi... La prima ipotesi non si verifica tutte le volte che ci sia un rapporto di supremazia e, correlativamente, di subordinazione fra i due ordinamenti: ma occorre che quello che signoreggia l'altro lo domini assolutamente ».

## CAPITOLO VI

### I MODI DI ADEGUAMENTO DEL SISTEMA ITALIANO AL DIRITTO COMUNITARIO

**SOMMARIO:** 52. Il problema della legittimità costituzionale delle leggi di autorizzazione alla ratifica e di esecuzione dei Trattati istitutivi. — 53. La tesi del Perassi che deduce la legittimità dall'art. 11 della Costituzione. Esclusione dall'indagine del problema relativo alla ratifica. — 54. Inaccogliibilità delle obiezioni mosse alla teoria del Perassi. — 55. L'art. 11 comprende nella sua previsione tutte le norme dei Trattati istitutivi. — 56. Critica della teoria che nega la legittimità costituzionale delle leggi di esecuzione dei Trattati perchè gli ordinamenti comunitari sono sistemi a normazione continuata. — 57. La teoria per cui l'adeguamento del diritto italiano avviene in virtù del richiamo automatico di cui all'art. 10 della Costituzione. — 58. La legge di esecuzione quale condizione perchè si attui il precetto posto nell'art. 11. — 59. Conseguenze della concezione sopra svolta. — 60. La sentenza della Corte costituzionale del 24 febbraio - 7 marzo 1964 n. 14 sulla legge di nazionalizzazione della energia elettrica. — 61. Elementi positivi ed elementi negativi della decisione. — 62. La sentenza della Corte costituzionale del 9 aprile 1963 n. 49 sui limiti imposti dal diritto comunitario al potere legislativo della regione siciliana. — 63. Altre decisioni della giurisprudenza italiana in materia di adeguamento ai sistemi delle Comunità europee.

52. Oltre che dalla questione generale dell'adeguamento del diritto italiano al diritto comunitario, l'attenzione degli scrittori e della giurisprudenza italiana venne attratta dal problema di individuare quale sia l'atto giuridico determinante ai fini dell'adeguamento, e ciò soprattutto in relazione al problema della legittimità costituzionale delle leggi ordinarie che autorizzarono il Governo alla ratifica ed ordinarono l'esecuzione dei Trattati europei: la legge 25 giugno 1952, n. 766, che autorizza la ratifica ed ordina l'esecuzione del Trattato di Parigi, e la legge 14 ottobre 1957, n. 1203, relativa ai Trattati di Roma, che oltre alla autorizzazione e all'ordine di esecuzione contiene la delega al Go-

verno ad emanare con decreti aventi valore di legge ordinaria e secondo i principi direttivi contenuti nei Trattati le norme necessarie per attuare una serie di obblighi da essi imposti (1). Le discussioni dottrinali e da ultimo la posizione assunta dalla Corte costituzionale hanno illuminato i vari aspetti del problema, ma sono lungi dall'aver raggiunto soluzioni pacificamente accolte.

53. Una prima opinione, sostenuta dal Perassi a proposito della C.E.C.A. (2) e già affermata nei lavori parlamentari durante il dibattito relativo all'autorizzazione alla ratifica del Trattato di Parigi (3), giustifica l'idoneità delle leggi ordinarie a consentire la ratifica e a disporre l'esecuzione dei Trattati istitutivi richiamandosi all'art. 11 della Costituzione, per il quale l'Italia consente, in condizioni di parità cogli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni, e promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo. L'art. 11 sarebbe pertanto rilevante come criterio per valutare l'idoneità della legge ordinaria ad autorizzare la ratifica dei trattati aventi lo scopo indicato e ad emanare le norme interne necessarie alla esecuzione.

La tesi del Perassi viene sottoposta a notevoli limitazioni da parte di vari scrittori, che pure sostanzialmente la condividono: così ad esempio non si ritiene conforme alla Costituzione la legge

---

(1) Vedi sul punto MIELE, *L'esecuzione nell'ordinamento italiano degli atti internazionali istitutivi della Comunità europea e dell'Euratom*, *Diritto inter.* 1961, p. 17 ss.

(2) PERASSI, *La Costituzione italiana e l'ordinamento internazionale*, p. 419 ss.

(3) *Op. cit.*, p. 419, nota 1, « Nel corso della discussione del disegno di legge ordinaria relativo alla ratifica ed all'esecuzione del Trattato che istituisce la Comunità europea del carbone e dell'acciaio, firmato a Parigi il 18 aprile 1951, fu sollevata alla Camera dei Deputati dall'on. Martuscelli la questione pregiudiziale, sostenendosi che per autorizzare la ratifica e dare esecuzione al detto trattato, istituyente, fra l'altro, alcuni organi sopranazionali, si richiedesse una legge costituzionale. Il relatore on. Ambrosini si pronunciò contro tale pregiudiziale richiamandosi espressamente all'art. 11 della Costituzione. La Camera nella seduta del 12 giugno 1952, con votazione normale, respinse la detta pregiudiziale ».

ordinaria che autorizzi la ratifica dei trattati istitutivi di organizzazioni internazionali rispetto a cui i limiti di sovranità non siano precisamente determinati, o di quelli che importino modifiche dell'organizzazione costituzionale o delle dichiarazioni fondamentali in ordine alla posizione dei cittadini nello Stato (4), e così venne rilevato che il problema della costituzionalità si pone per la sola legge di esecuzione, e non per la legge che autorizza la ratifica, perchè il procedimento relativo a quest'ultimo atto è regolato dagli artt. 72 e 80 della Costituzione, che prevedono in ogni caso il ricorso a leggi ordinarie (5).

L'interpretazione dell'art. 11 formulata dal Perassi viene combattuta con vari argomenti. Sul piano esegetico si sostiene che essa finisca, senza alcun sostegno testuale, a togliere ogni valore all'art. 138 della Costituzione, che disciplina i procedimenti di revisione costituzionale (6). Ben più radicali sono le critiche degli scrittori i quali sostengono che l'art. 11 avrebbe una mera funzione programmatica nel campo politico, essendo privo di qualsiasi rilevanza giuridica (7), o che esso si riferisca ad altre ipotesi (8). Ed è curioso notare che uno scrittore (9) sottoponendo a severe critiche l'interpretazione stessa, ne abbia attribuita la paternità a chi scrive queste righe ed abbia ritenuto che essa contraddica ai « contributi venuti in particolare dal Perassi circa la tecnica dell'adattamento » ed allo schema che ne risulta, il quale « esce incolume dal vaglio critico ».

(4) MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*,<sup>6</sup> p. 1058; MONACO, *Costituzionalità degli accordi internazionali*, *Studi Croca*, vol. II, Torino, 1960, p. 1275.

(5) ESPOSITO, *Costituzione, legge di revisione della Costituzione e « altre » leggi costituzionali*, *Scritti Jemolo*, vol. III, Milano, 1963, p. 190 e in particolare p. 203, nota.

(6) ESPOSITO, *op. cit.*, p. 202, nota 24, e sostanzialmente UBINA, *Sull'efficacia delle norme delle Comunità europee nell'ordinamento italiano*, p. 131.

(7) BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*,<sup>7</sup> p. 409 (*supra*, par. 6).

(8) TRABUCCHI, *Un nuovo diritto*, p. 270, per il quale l'art. 11 « sembra più attinente ai conflitti armati ».

(9) QUADRI, *Recensione a La Pergola*, p. 1611.

54. Queste ultime affermazioni non sembra possano venire condivise. La lettera stessa dell'art. 11 indica che lo scopo preciso della norma è quello di consentire limitazioni alla sovranità italiana a favore di organizzazioni internazionali che si propongano determinati scopi. La chiarezza del dettato consente di non attribuire un rilievo eccessivo all'opinione, espressa dalla Sottocommissione « Problemi costituzionali » della Assemblea costituente, ma fortemente contrastata in seno ad essa, per cui l'articolo 11 avrebbe il valore di un'affermazione generica circa il favore dello Stato italiano verso ogni forma di organizzazione internazionale (10); atteggiamento che fu del resto decisamente superato nella discussione avanti all'Assemblea.

La norma pone pertanto un criterio generale di valutazione, e prevede come costituzionali tutti i comportamenti degli organi dello Stato che, nell'ambito delle attribuzioni loro proprie e nelle forme previste dalla Costituzione, mirino ad attuarne lo scopo. Ne discende la legittimità costituzionale dell'atto degli organi legislativi che si esplichino nelle forme normalmente idonee ad ordinare l'esecuzione dei Trattati, e cioè della legge ordinaria.

Neppure si possono trarre argomenti per escludere che l'articolo 11 preveda la disciplina della legge di esecuzione dei Trattati europei da una indagine circa il fine concreto propositosi dalla Assemblea costituente. E' vero infatti che gli autori della norma vollero permettere agli organi dello Stato italiano di adeguare la propria azione politica agli impegni internazionali assunti o da assumere nei confronti delle Nazioni Unite che sembravano rivendicare una funzione guida della comunità internazionale nel campo politico, limitando così necessariamente la sovranità degli Stati intesa come mancanza di vincoli giuridici alla loro libertà (11). Ma se questa fu la preoccupazione emersa soprattutto nel dibattito

---

(10) COMMISSIONE PER GLI STUDI ATTINENTI ALLA RIORGANIZZAZIONE DELLO STATO, *Relazione all'Assemblea costituente*, vol. I, Roma, 1946, p. 68.

(11) VEDOVATO, *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, a cura di Calamandrei e Levi, Firenze, 1950, vol. I, p. 95: « La discussione dinanzi alla As-

in seno all'Assemblea, e se è innegabile che il costituente non abbia inteso disciplinare l'adeguamento del sistema italiano al diritto di organizzazioni, come le Comunità europee, da cui la sovranità italiana intesa come superiore potere politico dello Stato non viene in alcun modo diminuita, è del pari impossibile negare che una corretta interpretazione dell'art. 11 permette di superare il principio generale per cui l'ordine di esecuzione dovrebbe avvenire nella forma richiesta per le leggi interne la cui statuizione è necessaria per compiere l'adattamento (12), e cioè con leggi di revisione costituzionale.

Valutando conformi alla Costituzione le manifestazioni di volontà degli organi dello Stato con cui l'Italia aderisce ad organizzazioni che si propongono gli scopi previsti dalla norma e che comportano limitazioni alla sovranità degli Stati membri, l'art. 11 non può non comprendere nella propria disciplina le organizzazioni che lasciano intatta la sovranità dello Stato italiano, pur imponendo limitazioni alla sua competenza. Resta la precisazione degli scopi contenuta nella norma: ma è evidente che il fine ultimo dei Trattati europei, che mirano ad assicurare una pacifica evoluzione della cooperazione internazionale, è appunto quello di assicurare la pace e la giustizia fra i popoli.

Tali considerazioni, e probabilmente un esame delle forze che operarono durante l'elaborazione costituzionale della norma (13), spiegano come il rilievo dell'art. 11 rispetto alle leggi di

---

semblea rilevava analoghe preoccupazioni politiche, aventi di mira soprattutto la redazione del Trattato di pace e l'ammissione del nostro Paese nell'Organizzazione delle Nazioni Unite, per cui la sostanza e la forma dell'articolo non ebbero a subire variazioni di notevole entità. [Fra di esse vi fu] il consenso di limitare pariteticamente la sovranità a favore di un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra i popoli, aggiunto in sede di redazione finale » e ciò in accoglimento di una proposta di emendamento dell'on. Zagari.

(12) Sul principio in generale vedi MONACO, *I Trattati internazionali e la nuova Costituzione*, *Rassegna di diritto pubblico* 1948, p. 197 ss. e in partic. p. 216, in base all'esatto rilievo della mancanza di un procedimento specifico per l'emanazione della legge di esecuzione.

(13) È importante a questo fine tenere presente che nella relazione preliminare presentata alla Sottocommissione « Problemi costituzionali » gli estensori, Ago

esecuzione dei Trattati di Parigi e di Roma venga ammesso anche dagli scrittori che accentuano il fine immediato propostosi dal legislatore con l'art. 11 (14).

55. Una semplice lettura delle righe dedicate dal Perassi all'interpretazione dell'art. 11 dimostra che egli ha direttamente considerato solo la rinuncia dello Stato italiano alla disciplina di talune materie, e non invece le norme dei Trattati europei con cui l'Italia assume l'obbligo di adeguare il proprio ordinamento giuridico al diritto comunitario. L'art. 11 è però idoneo ad attribuire legittimità costituzionale all'adattamento del diritto italiano ai sistemi comunitari, considerato nel suo complesso.

L'assunzione della disciplina diretta di talune materie da parte delle Comunità e l'adattamento del diritto degli Stati membri ai principi comunitari costituiscono infatti i due aspetti complementari di un medesimo fenomeno, unitario sia per il fine che per gli strumenti impiegati e per il rilievo che esso ha sul diritto statale, a cui è imposto in ogni caso un obbligo di adeguamento al diritto comunitario.

E' pertanto impossibile non ricomprendere nella previsione dell'art. 11 tutto il complesso fenomeno di attuazione delle Comunità europee da parte dello Stato italiano, che in tale modo adeguava il proprio sistema al diritto di un ente internazionale sovraordinato: resta pertanto superata la tesi che ammette la rilevanza della disposizione solo rispetto alle norme immesse nel sistema italiano per l'adeguamento al diritto comunitario nelle materie in cui si attua una limitazione dello Stato italiano, sostenendo invece che il principio non operi rispetto alle norme che impongono un mero obbligo di adattamento: la prima classe di norme avrebbe infatti

---

e Morelli, avevano sostenuto l'opportunità di una dichiarazione « di favore verso tutte le forme di organizzazione internazionale e supernazionale perseguita dallo Stato italiano » (*Relazione all'Assemblea Costituente*, vol. I, p. 67).

(14) Così ad es. MONACO, *Osservazioni sulla costituzionalità degli accordi internazionali*, p. 184.

un valore di supercostituzione, mentre rispetto alla seconda si porrebbe il problema del conflitto con norme di rango costituzionale successive nel tempo (15).

56. Un atteggiamento radicale rispetto alle leggi di esecuzione dei Trattati europei venne assunta recentemente dal La Pergola, il quale ne contesta la legittimità costituzionale in base alla asserzione che rispetto a qualsiasi trattato una speciale autorizzazione ad opera del Parlamento sarebbe necessaria ogni qualvolta si produca una modificazione delle norme convenzionali che alteri lo stato di fatto in vista del quale era stata concessa l'autorizzazione alla ratifica ed ordinata l'esecuzione (16). Ed infatti tutte le volte che un trattato internazionale è soggetto a modificazioni del proprio contenuto, nonchè della sfera di efficacia personale e spaziale, l'ordine di esecuzione verrebbe a costituire un mezzo di produzione giuridica non previsto nella nostra Costituzione, da cui vengono invece disciplinati in modo tassativo gli strumenti di produzione giuridica: una legge di esecuzione è pertanto un valido mezzo di produzione ogniqualvolta si possano prevedere le norme immesse nel nostro sistema e determinarne l'ambito di efficacia, e solo in questa ipotesi (17). Poichè la serie dei procedimenti produttivi di diritto, dato il carattere rigido della Costituzione italiana, può venire estesa o ridotta solo mediante una legge costituzionale, questa si imporrebbe quando, come per i Trattati europei, una modificazione del contenuto delle norme può avvenire a maggioranza degli Stati membri: in tal caso non si potrebbe neppure ricorrere al principio accolto nell'art. 11 della Costituzione, perchè il congegno ivi

---

(15) In questo senso STENDARDI, *I rapporti fra ordinamenti*, p. 37 ss. Alla tesi si avvicina CATALANO, *Manuale di diritto delle comunità europee*,<sup>2</sup> p. 145, e *L'inserimento diretto delle disposizioni*, che però alla seconda classe di norme attribuisce più correttamente, date le premesse, il valore di norme ordinarie, per cui la legge successiva dovrebbe prevalere rispetto alla norma contraria immessa in esecuzione dei Trattati. Successivamente lo scrittore ha notevolmente modificato tale posizione (*supra*, par. 11).

(16) LA PERGOLA, *Costituzione e adattamento*, p. 164.

(17) *Op. cit.*, pp. 144 e 164.

predisposto accoglie il principio della maggioranza allontanandosi dal criterio di parità richiesto nella norma costituzionale (18).

Convorrà liberare subito il campo dall'ultimo argomento. Parlando di una situazione di parità dello Stato italiano con gli altri Stati nelle organizzazioni internazionali a favore delle quali l'Italia rinuncia a parte della propria sovranità, si è evidentemente inteso escludere le organizzazioni in cui si affermi una supremazia di taluni membri rispetto ad altri. L'Italia si trova in posizione di eguaglianza con gli altri membri delle Comunità europee proprio perchè essa si trova in posizione di parità nelle votazioni, che concorrono a formare una valida maggioranza (19). D'altronde scopo immediato del costituente nel porre l'art. 11 è stato quello di permettere l'ammissione dell'Italia nelle Nazioni Unite: quindi la « condizione di eguaglianza » prevista nella norma va intesa in modo da comprendervi quell'organizzazione, che si ispira fondamentalmente al principio della parità fra i membri, nonostante accolga quasi sempre il criterio della maggioranza nelle votazioni anzichè quello dell'unanimità e ponga gravi limitazioni al principio dell'eguaglianza attribuendo ai membri permanenti del Consiglio di Sicurezza un'innegabile posizione di supremazia rispetto agli altri Stati (20).

Superato questo argomento, indubbiamente fragile, si osservi come il La Pergola ammetta, attraverso una serie di esatte considerazioni, come le tesi « produttivistiche » non siano incompatibili colla concezione per cui il diritto interno rinunciarebbe a favore dei sistemi comunitari a parte delle proprie competenze, e neppure colla teoria della superiorità di grado delle norme immesse in adattamento al diritto comunitario rispetto alle altre fonti dell'or-

(18) *Op. cit.*, p. 167.

(19) In senso conforme MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*,<sup>6</sup> p. 1060, che comprende la C.E.C.A. fra le organizzazioni in cui gli Stati membri si trovano in situazione di eguaglianza.

(20) Vedi sul punto MORELLI, *Eguaglianza e diseguaglianza fra i membri delle Nazioni Unite*, *La Comunità inter.* 1947, p. 27 ss.

dinamento richiamante: con ciò egli allude alla tesi sostenuta in questo studio circa una supremazia del diritto comunitario rispetto al diritto degli Stati membri, tesi che non diverge da quella del La Pergola, se non sotto l'aspetto formale, in quanto anch'essa si richiama alle affermazioni separatistiche (21). Il problema quindi consiste, come riconosce lo stesso La Pergola, nel determinare se l'art. 11 della Costituzione comprenda o meno nella propria previsione i Trattati istitutivi delle Comunità europee. Se alla norma si può dare l'interpretazione qui accolta, indubbiamente si deve ritenere che le leggi ordinarie con cui viene ordinata l'esecuzione dei Trattati europei non siano contrarie alla Costituzione.

57. Negando ogni rilevanza all'art. 11 il Quadri, in una rigorosa riaffermazione del carattere separato degli ordinamenti interni e comunitari (22), ricollega la costituzionalità dell'adeguamento del diritto italiano al diritto comunitario, così come a qualsiasi norma contenuta in trattati a cui l'Italia abbia aderito, all'art. 10 della Costituzione, il quale prevedendo un adattamento alle norme internazionali generalmente riconosciute vi comprenderebbe anche la *norma pacta sunt servanda*, e porrebbe così un sistema di adattamento automatico globale al diritto internazionale.

L'affermazione generale del Quadri, formulata anche rispetto al diritto precedente al 1948, e che ottenne nel vigore della attuale Costituzione del 1948 taluni consensi (23), semplifica il

---

(21) Il La Pergola ritiene invece che nel lavoro su *La Corte di Giustizia delle Comunità europee* io abbia inteso il contrario (*Costituzione e adattamento*, p. 166). Senonchè parlando di un possibile superamento dei classici schemi della scuola separatistica, io alludevo ad un eventuale accoglimento della concezione monistica circa rapporti fra diritto interno e diritto internazionale. Ma le conclusioni del lavoro si ricollegano con ogni chiarezza alla dottrina separatistica.

(22) QUADRI, *Intervento, Actes officiels*, p. 383: «... per osservare i loro obblighi internazionali gli Stati membri si conformano a delle decisioni estranee, le adottano in modo automatico e preventivo »...

(23) In senso sostanzialmente affine al Quadri, sia pure con talune diversità, vedi BISCOTTINI, *L'adeguamento del diritto interno alle norme internazionali*, Jus 1951, p. 219 ss.; SOCINI, *L'adeguamento degli ordinamenti statuali all'ordinamento internazionale*, pp. 109-110; VITTA, *La responsabilità internazionale dello Stato per atti*

procedimento legislativo d'attuazione degli accordi internazionali, in quanto sarebbe sufficiente, ove richiesta dall'art. 80, l'autorizzazione parlamentare alla ratifica, non occorrendo l'ordine d'esecuzione, e rispetto alle Comunità europee ha il merito — comune però alla tesi che si richiama all'art. 11 — di raffigurare un obbligo globale dello Stato, concepito come un organismo unitario, di adeguarsi al diritto da esse posto.

Si tratta quindi di scegliere fra due tesi egualmente idonee a spiegare in maniera corretta la legittimità dell'adeguamento, avvenuto in via concreta, del sistema italiano al diritto delle Comunità europee. Non è il caso di esaminare sotto tutti gli aspetti la teoria del Quadri: basti ricordare (ed il rilievo è comune) che mentre il ricorso all'art. 11 della Costituzione non trova ostacolo in argomenti offerti dai lavori preparatori, molti ostacoli, e difficilmente superabili, trova il ricorso all'art. 10.

I relatori della prima Sottocommissione per i problemi costituzionali, Ago e Morelli, erano infatti propensi ad una norma per cui il sistema italiano si sarebbe dovuto automaticamente adeguare agli obblighi assunti dallo Stato in trattati validamente conclusi (24). La Sottocommissione limitò però l'efficacia del principio

---

legislativi, Milano, 1953, p. 112; DURANTE, *La consuetudine internazionale come fonte di norme interne*, Arch. ric. giur. 1953, III, p. 376; CANSACCHI, *Impegni internazionali ed autonomia regionale*, Giur. it. 1960, I, 1, c. 1075 ss. Ultimamente il LA PERCOLA, *Costituzione ed adattamento*, p. 359, ha sostenuto che l'art. 10 si riferisce anche alle norme pattizie che derogano a norme consuetudinarie operanti nell'ordinamento internazionale.

(24) Secondo i relatori infatti « tutte le norme interne che sono o saranno necessarie per la esecuzione degli obblighi e per l'esercizio dei diritti derivanti da norme di diritto internazionale generale, o da trattati internazionali stipulati in conformità alle prescrizioni della Costituzione, fanno senz'altro parte dell'ordinamento giuridico dello Stato con valore di legge o di regolamento a seconda dei casi senza bisogno che siano emanate mediante un apposito atto ». (Sul punto vedi *Relazione all'Assemblea Costituente*, p. 75 ss.; VEDOVATO, *Commentario*, pp. 89-90; SOCINI, *L'adeguamento degli ordinamenti statuali all'ordinamento internazionale*, p. 107; e MIELE, *La Costituzione italiana e il diritto internazionale*, Milano, 1951, p. 13). Si deve però ricordare che ove fosse stato accolto il principio, non vi sarebbe stato bisogno per i Trattati istitutivi di una legge di esecuzione, ma certamente di una legge di autorizzazione alla ratifica.

alle norme del diritto delle genti generalmente riconosciute, formulazione che venne in ultimo modificata dal Comitato di redazione nel testo attuale, proposto dal Perassi e tecnicamente più felice, il quale dispone che l'ordinamento giuridico italiano si conformi alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute (25). E' pertanto indubbio che secondo l'intenzione espressa del costituente agli organi legislativi venga imposto un obbligo di adattare l'ordinamento interno al diritto internazionale d'origine convenzionale (26), ma è pure certo che non si effettua un adattamento automatico del diritto interno alle norme dei trattati che gli organi competenti abbiano validamente stipulato.

E' vero che l'argomento letterale e l'argomento tratto dai lavori preparatori sono gli unici che confermano la tesi qui difesa; ma non si vede come se ne possa accogliere un'altra che non è sorretta da nessun argomento, nè testuale, nè storico, e neppure sistematico (27).

58. Sotto un altro profilo il ricorso all'art. 10 semplificherebbe senz'altro i termini del problema. Ed infatti accogliendolo si dovrebbe configurare il prodursi nel diritto interno di norme, ordinarie e costituzionali a seconda dei casi, idonee ad attuare l'adattamento (adattamento permanente), e ciò perchè la norma produrrebbe automaticamente nel diritto interno le necessarie modificazioni, imponendo un obbligo agli organi dello Stato, qualsiasi funzione essi abbiano.

Una corretta interpretazione dell'art. 11 permette però di giungere ad analoghi risultati.

---

(25) VEDOVATO, *Commentario*, p. 77; CARULLO, *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Bologna, 1950, p. 45 ss.

(26) Su tale obbligo costituzionale vedi MIELE, *La Costituzione italiana e il diritto internazionale*, pp. 22-23.

(27) La tesi sopra combattuta venne di recente espressamente respinta dalla Corte costituzionale nella sentenza 12-18 maggio 1960 n. 32, riportata con nota di MORTATI, *Influenza delle convenzioni internazionali in ordine alla tutela dell'uso della lingua tedesca nella Provincia di Bolzano*, *Giur. costituzionale* 1960, p. 541 ss.

Scopo dell'art. 11 è infatti quello di permettere che il sistema italiano limiti istituzionalmente le proprie competenze e adegui in ogni caso la propria struttura ai principi posti nei sistemi comunitari, una volta che sia adempiuta la condizione, imposta in base all'art. 10, dell'emanazione della legge di esecuzione. Nel sistema italiano si debbono pertanto verificare automaticamente tutte le variazioni imposte per attuare l'adeguamento al diritto comunitario; e non sembra possibile fare una eccezione per le norme comunitarie comportanti una modifica dei Trattati esecutivi, secondo i procedimenti abbreviati previsti dai Trattati stessi (28). L'adeguamento a sistemi comunitari comporta infatti l'adattamento ai principi posti nei Trattati istitutivi e secondo qualsiasi mezzo di produzione ivi previsto.

Sorge poi la questione di un possibile conflitto fra i principi interni che riflettono l'adeguamento al diritto comunitario e le norme poste in modo autonomo nel sistema italiano.

La dottrina ha generalmente ammesso che i Trattati europei abbiano modificato taluni principi accolti dalla Costituzione italiana (si pensi al principio monopolistico accolto dal Trattato della C.E.C.A., in contrasto con l'art. 43 della Costituzione), il che è conforme al criterio che le disposizioni della carta costituzionale possono venire validamente contrastate da disposizioni che non abbiano il loro fondamento in leggi apposite di revisione (29). Partendo da questa premessa sembrerebbe coerente attribuire la prevalenza alla norma comunitaria rispetto alla norma costituzionale meno recente; alcuni autori attribuiscono invece una prevalenza

---

(28) Nel senso combattuto UDINA, *Sull'efficacia delle norme delle Comunità europee nell'ordinamento italiano*, pp. 130-131. A presupposti non difformi si richiama lo SPERDUTI, quando afferma che solo un regolamento previsto dal Trattato con efficacia derogatoria potrebbe derogare al diritto nazionale: di tale efficacia sarebbero quindi privi in via normale i regolamenti (SPERDUTI, *Atti del III Convegno di studi di economia e politica del lavoro*, Roma, maggio 1959, che cito da MONACO, *Natura ed efficacia dei regolamenti*, pp. 402-403).

(29) Sul criterio vedi per tutti ESPOSITO, *Costituzione, legge di revisione della Costituzione*, p. 193.

alla norma posta nella Costituzione e prevedono un potere della Corte costituzionale di risolvere i conflitti di legittimità fra i precetti della Costituzione e le norme dei Trattati, o poste dagli organi delle Comunità nell'ambito dei loro poteri purchè abbiano valore di legge ( regolamenti della C.E.E.) ( 30 ): essi giungono a tale soluzione in quanto considerano il carattere di leggi ordinarie proprio delle leggi di esecuzione dei Trattati europei.

Ancor più grave appare il contrasto fra i principi del diritto comunitario e una norma interna, ordinaria o costituzionale, successiva.

Il problema viene risolto diversamente a seconda che ai principi comunitari si attribuisca, o meno, un valore costituzionale. Nel caso negativo si attribuirà in ogni caso la prevalenza alla legge successiva, così come ha ritenuto la Corte costituzionale nella decisione sulla legge istitutiva dell'E.n.e.l. che viene in seguito esaminata; qualora invece si attribuisca valore costituzionale ai principi comunitari, se ne deduce la possibilità di una modifica solo mediante una legge costituzionale. Senonchè mentre taluni autori ritengono che in questa ipotesi la competenza a risolvere il conflitto di legittimità relativo spetti alla Corte costituzionale ( 31 ) (la quale però, secondo una tesi, dovrebbe sospendere il giudizio e rinviare alla Corte di giustizia per la soluzione della questione pregiudiziale), altri negano questa possibilità, in quanto il giudice ordinario dovrebbe rimettere immediatamente la questione alla Corte di giustizia delle Comunità europee, essendo l'accertamento dell'ambito del diritto comunitario pregiudiziale all'accertamento

---

(30) In questo senso, per quanto con taluni dubbi divenuti più forti nel secondo scritto, CATALANO, *La Corte costituzionale e le Comunità europee*, *Foro it.*, 1963, IV, c. 67 ss. e in particolare c. 69, e Postilla, *Foro it.*, 1964, c. 22 ss.. Per il Catalano questa è l'unica ipotesi di giurisdizione della Corte costituzionale rispetto a conflitti di legittimità con norme d'origine comunitaria.

(31) Ritengono la Corte costituzionale competente a dirimere un conflitto di costituzionalità fra i principi comunitari e la legge successiva ZANNINI, *Dell'uniformità nella interpretazione dei sistemi*, pp. 38-59 (che però *de jure condendo* ritiene preferibile la rimessione della questione alla Corte di giustizia delle Comunità) e GORI, *Alcuni problemi di interpretazione degli artt. 177 e 85 del Trattato della Comunità economica europea*, *Foro Padano*, 1962, V, c. 45 e partic. c. 47.

dei poteri degli organi dello Stato italiano, per lo meno nelle materie in cui sussiste una competenza esclusiva del diritto comunitario (32).

In tanta varietà di opinioni, esiste però consenso nel ritenere che i principi comunitari siano comunque tutelati, sussistendo gli strumenti idonei a garantire l'adattamento del diritto interno attraverso l'azione innanzi alla Corte di giustizia comune nei confronti dello Stato che abbia violato i propri obblighi, sia essa proposta direttamente con un ricorso o venga deferita in via pregiudiziale, avendo il privato sostenuto, in un giudizio interno, la violazione da parte dello Stato membro di obblighi imposti dal diritto comunitario.

59. La configurazione del sistema dei rapporti fra Comunità e Stati membri qui sostenuta permette di dare al problema una impostazione diversa. Una volta infatti che si ritenga costituzionale l'adesione dello Stato italiano ad ordinamenti che, come quelli comunitari, si pongono in posizione di supremazia nei confronti dell'ordinamento statale, sembra evidente che solo una norma di revisione costituzionale successiva ed espressa sia in grado di impedire gli effetti della norma che ha disposto l'adeguamento ai sistemi comunitari. Pertanto solo con una legge posta nelle forme di cui all'art. 138 della Costituzione è possibile disporre il recesso dell'Italia dalle Comunità europee, o impedire l'adeguamento del sistema italiano al diritto comunitario o inserire nel sistema italiano norme singole in contrasto con i principi comunitari a cui il diritto italiano si è validamente adeguato. La tesi, accolta ora anche dalla Corte costituzionale, secondo cui la legge ordinaria

---

(32) Nel senso che il giudice ordinario possa rimettere le questioni comprese nell'art. 177 del Trattato C.E.E. e nelle norme analoghe alla Corte di giustizia comune in quanto l'accertamento dell'ambito del sistema comunitario è pregiudiziale all'accertamento dei poteri degli organi dello Stato italiano nelle materie in cui sussiste la competenza esclusiva del diritto comunitario, vedi MONACO, *Natura ed efficacia dei regolamenti*, pp. 407-408; MIGLIAZZA, *La Corte di giustizia delle Comunità europee e i diritti degli Stati membri*, c. 58-59; CATALANO, *Postilla*, c. 24.

successiva potrebbe derogare al diritto comunitario, trascura di considerare la limitazione imposta agli organi dello Stato italiano, ivi compresi gli organi legislativi, dall'adesione ad una delle organizzazioni internazionali previste dall'art. 11 della Costituzione: tale limitazione, posta in modo costituzionalmente rilevante, può venire superata solo attraverso il procedimento di revisione costituzionale.

A sua volta, una legge costituzionale che escluda l'attuazione dell'adeguamento ai sistemi comunitari nel loro complesso, o modifichi norme e principi del sistema italiano posti a quel fine, farebbe indubbiamente sorgere un conflitto politico in seno alle Comunità europee e comporterebbe una responsabilità internazionale dello Stato italiano, ove la sua efficacia non venisse paralizzata attraverso i mezzi previsti dal diritto comunitario a tutela dei soggetti. Qualora pertanto non possano operare tali strumenti — ed in particolare il ricorso alla Corte comune — sarebbe lecito agli altri Stati membri ed alle Comunità stesse ricorrere nei riguardi dello Stato inadempiente agli strumenti e alle sanzioni proprie del diritto internazionale generale.

Salva questa ipotesi, l'ordinamento italiano appare come un sistema cui viene imposto in maniera costituzionalmente legittima un obbligo di adeguamento ad un diritto estraneo, obbligo che si impone a tutti gli organi dell'ordinamento ad esclusione dell'organo costituzionale.

Sotto questo profilo il sistema posto dall'art. 11 della Costituzione incide sull'autonomia dell'ordinamento italiano in misura ancora maggiore di quello che non avvenga relativamente ai rapporti fra lo Stato italiano e la Chiesa cattolica, in quanto l'art. 7 della Costituzione richiama e fa assurgere a valore costituzionale un sistema di rapporti già determinato e, per lo meno in senso relativo, cristallizzato in accordi che non possono venire mutati senza l'assenso dello Stato italiano. Nel caso del diritto europeo, invece, il nostro ordinamento deve adeguarsi a principi via via posti in sistemi estranei ed interpretati da organi propri di quei siste-

mi, sì che l'autonomia del legislatore e la libertà dell'interprete vengono singolarmente ridotti.

L'adeguamento del diritto italiano al diritto comunitario presenta invece una quasi completa affinità coll'adattamento al diritto internazionale generale, così come configurato dall'art. 10 della Costituzione. Nei due casi, infatti, l'adattamento deve avvenire in modo completo e continuo, cioè con tutte le variazioni nel diritto richiamante che si rendono necessarie per riflettere i principi del sistema estraneo. Sussiste però, nel caso del diritto comunitario, la possibilità di influire sul modo dell'adeguamento in maniera diretta attraverso strumenti propri del diritto richiamato, caratteristica del tutto ignota al sistema dei rapporti fra diritto statale e diritto internazionale comune; e da ciò discende che l'interprete del diritto interno sia portato ad attenersi, nel determinare i modi d'adeguamento, ai principi precisati dal diritto comunitario, ed abbia pertanto una minore libertà d'azione.

L'ordine di esecuzione è pertanto una condizione perchè possa attuarsi l'adattamento ai sistemi delle Comunità: ma le caratteristiche evolutive del sistema richiamato rendono differente il richiamo dal normale richiamo del diritto interno al diritto convenzionale, mentre l'esistenza di strumenti propri del diritto comunitario e destinati ad assicurare l'adeguamento e il modo di esso costituisce una differenza essenziale rispetto al richiamo al diritto internazionale comune.

60. La tesi sopra accolta non sembra, ad una prima lettura del provvedimento, condivisa dalla Corte costituzionale nella sentenza 7 marzo 1964 nr. 14 in cui si dichiarano non fondate le questioni di legittimità costituzionale relative alla legge 6 dicembre 1962, n. 1643, sull'istituzione dell'Ente nazionale per l'energia elettrica (33).

---

(33) Vedi la sentenza in *Foro it.*, 1964, I, c. 465 ss., con nota contraria di CATALANO, *Portata dell'art. 11 della Costituzione in relazione ai trattati istitutivi delle Comunità europee.*

Fra gli altri motivi di incostituzionalità, si era infatti addotto che la legge contrastava con il sistema del Trattato della C.E.E., ma soprattutto che essa violava il principio di cui all'art. 11 della Costituzione, che limita i poteri dello Stato nelle materie disciplinate dal Trattato istitutivo; e la Corte, affermando il valore puramente permissivo dell'art. 11, che conferirebbe un'autorizzazione al legislatore ordinario, ha ritenuto che un contrasto non sussista fra l'art. 11 e la legge posteriore contraria, ma fra l'ordine di esecuzione, previsto a sua volta dall'art. 11, e la legge successiva. Poichè il contrasto fra due norme ordinarie deve essere risolto a favore della legge posteriore e comunque non comporta una questione di costituzionalità, la Corte ha ritenuto irrilevante la censura. Applicando il principio fino in fondo, la sentenza aggiunge che non è neppure possibile sospendere il procedimento in attesa che la Corte di giustizia comune accerti se la legge viola gli obblighi assunti dallo Stato italiano: a tale risultato la Corte è giunta respingendo, perchè inconferente, la tesi avanzata dall'Avvocatura dello Stato secondo cui la Corte costituzionale, non potendo venire inquadrata fra gli organi di giurisdizione, non sarebbe compresa nella disposizione di cui all'art. 177 del Trattato della C.E.E.

La decisione della Corte sembra sostanzialmente da approvare, anche se in base ad argomenti del tutto diversi.

Per inquadrare rettamente il problema, si consideri il procedimento attraverso cui il sistema italiano si adegua al diritto comunitario. L'art. 11 della Costituzione ha posto un principio strumentale (meglio che permissivo) che ha indubbiamente natura costituzionale e per cui, derogando ai principi generali della Costituzione, il Parlamento e gli altri organi statuali competenti possono manifestare nei modi ordinari la volontà di limitare anche senza limiti di tempo la sovranità italiana. Essendo ciò stato attuato rispetto alle Comunità europee, nell'ordinamento italiano vengono inserite norme interne idonee ai fini dell'adattamento al diritto europeo: tali norme hanno natura costituzionale o ordinaria a seconda che abbiano natura costituzionale o ordinaria le norme interne

la cui modificazione è necessaria per compiere l'adattamento, e cioè a seconda che esse rientrino o meno in quella materia costituzionale la cui figura dottrina e giurisprudenza stanno faticosamente delineando (34). In ogni caso però, ed anche ove non rientri nella materia costituzionale, il diritto comunitario prevale sulla legge ordinaria anche successiva per il valore costituzionale del principio di adattamento, e può venire contrastato solo da una norma costituzionale espressa e successiva.

Con ciò viene superata la tesi, sostenuta a proposito delle norme immesse per l'adattamento al diritto internazionale generale, ma estensibile alle norme convenzionali, per cui tali norme potrebbero derogare alle leggi ordinarie, ma non alle leggi aventi valore costituzionale (35): con la conseguenza che il giudice ordinario deve effettuare l'adeguamento ai principi comunitari anche quando ciò sia in contrasto con norme costituzionali antecedenti alla legge di esecuzione, in base al principio della specialità, così come il giudice deve applicare le norme dei Trattati lateranensi anche quando esse sono in contrasto con altre norme costituzionali.

Attribuita la prevalenza al diritto comunitario, si deve comunque escludere che possa sorgere un conflitto di costituzionalità fra un principio posto nel sistema italiano per l'adeguamento al diritto europeo e una legge ordinaria successiva. Il compito della Corte costituzionale è infatti quello di assicurare l'aderenza agli

---

(34) Circa il concetto di materia costituzionale vedi per tutti, ed in vari sensi, GUARINO, *Materia costituzionale, costituzione materiale, leggi costituzionali, Diritto e giurisprudenza*, 1943, p. 41 ss.; CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, *Riv. trim. dir. pubblico* 1960, p. 775 ss.; CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1962, p. 105 ss.; MORTATI, *Costituzione, dottrine generali e costituzione della Repubblica italiana, Enciclopedia del diritto*, vol. IX, Milano, 1962, p. 139 ss.; MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*<sup>6</sup>, p. 931. In giurisprudenza vedi soprattutto Cassazione, Sez. unite, 28 febbraio 1950 n. 501, Cittadini c. Mignoni, *Giur. completa della Corte di Cass., sez. civili*, 1950, I quadr., p. 451 ss.

(35) Su tale tesi ed a favore di essa vedi ESPOSITO, *Legge di revisione della Costituzione*, p. 209, nota 33, e BERNARDINI, *Diritto costituzionale e diritto interno, Giur. costituzionale* 1961, p. 1465 ss. e in partic. 1469 ss.. Sostiene, invece, in base ad una interpretazione dell'art. 10, il valore costituzionale delle norme in tale guisa immesse nell'ordinamento italiano il LA PERGOLA, *Costituzione e adattamento*, p. 29 ss.

atti che assumono forma costituzionale (ossia sono stati posti nella Costituzione o in leggi di revisione costituzionale) delle leggi e degli atti aventi valore di leggi, siano essi posti precedentemente o successivamente alla Costituzione (36), ma siano comunque posti in modo autonomo nel sistema italiano. Il fine principale della Corte è anzi quello di salvaguardare la Costituzione rispetto alle leggi successive, tanto che sussiste una netta differenza fra l'istituto della abrogazione di leggi preesistenti da parte della Costituzione ed il conflitto di costituzionalità fra la Costituzione e le leggi ordinarie: si tratta infatti di due istituti che si muovono su piani diversi, con effetti diversi e rispetto a cui sussistono competenze diverse (37).

La mancanza di potere nella Corte costituzionale per risolvere le questioni di incostituzionalità di leggi ordinarie che abbiamo violato principi propri del diritto europeo deve pertanto venire affermata senza che si prenda posizione circa il problema, indicato come rilevante dall'Avvocatura dello Stato, se le funzioni della Corte abbiano natura giurisdizionale o meno (38): e ciò sia perchè

---

(36) In questo senso vedi Corte costituzionale, sentenza 14 giugno 1956 n. 1, *Foro it.* 1956, c. 833 ss. La tesi, come è noto, era stata ed è tuttora vivacemente combattuta: in senso diverso, ma richiamando premesse non dissimili, vedi per tutti ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia, La Costituzione italiana, Saggi*, Padova, 1954, p. 270, per cui la sentenza della Corte che risolve in senso favorevole la questione di illegittimità costituzionale dedotta dal giudice ordinario rispetto alle leggi anteriori ha la natura di sentenza dichiarativa di nullità preesistente, in quanto tali leggi sarebbero efficaci ed esecutorie, ma invalide e non obbligatorie.

(37) Vedi la sentenza sopra citata della Corte costituzionale, e in dottrina soprattutto MORTATI, *Abrogazione legislativa e instaurazione di un nuovo ordinamento costituzionale, Scritti Calamandrei*, vol. V, Padova, 1958, p. 103 ss. e CALAMANDREI, *La prima sentenza della Corte costituzionale, Riv. dir. proc.*, 1956, II, p. 154 ss.

(38) Fra gli altri vedi, in senso affermativo, SATTA, *Sui rapporti fra la giurisdizione costituzionale e il processo, Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1959, p. 591 ss.; CAPPELLETTI, *La pregiudiziale costituzionale nel processo civile*, Milano, 1957, p. 25 ss., che sostiene la natura di giurisdizione volontaria del procedimento della Corte. In senso negativo: CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, 1950, p. 57 ss.; LIEBMAN, *Contenuto ed efficacia delle decisioni della Corte costituzionale, Riv. dir. proc.*, 1957, I, p. 507 ss. e in partic. pp. 521-522; AZZARITI, *Sulla illegittimità costituzionale delle leggi, Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1959, p. 437 ss. e in partic. p. 439.

un conflitto di costituzionalità può sorgere solo fra due norme poste direttamente nel sistema italiano, ossia fra un atto posto in una forma legale costituzionale ed un atto posto in una forma legale ordinaria (39), sia perchè anche attribuendo alla attività della Corte natura giurisdizionale la stessa Corte non può in alcun modo venire considerata alla stregua dei « giudici ordinari o speciali » contemplati dal nostro ordinamento (40).

61. Durante la discussione della causa, le parti si erano richiamate ad un altro motivo di illegittimità costituzionale della legge istitutiva dell'E.n.e.l., in quanto lo Stato che abbia aderito a limitazioni della propria sovranità non potrebbe evitare di incorrere nel vizio di incostituzionalità per gli atti con cui esso riprende libertà di azione nelle materie disciplinate dall'ente comunitario. La Corte ha respinto il motivo piuttosto sbrigativamente sostenendo la piena efficacia della legge istitutiva italiana, in quanto posteriore alla legge di esecuzione.

Sembra che al medesimo risultato si potesse giungere in maniera più persuasiva, osservando che coll'adesione ai Trattati europei lo Stato italiano non ha in alcun modo rinunciato a disciplinare con proprie norme la materia che forma oggetto dei Trattati, ma ha semplicemente assunto l'obbligo di conformare il proprio sistema al diritto comunitario.

---

(39) Sul punto che l'espressione « atti aventi valore di legge » di cui all'art. 134 della Costituzione indichi, secondo la giurisprudenza prevalente della Corte costituzionale, una classe di atti qualificati formalmente, vedi CRISAFULLI, *Atti con forza di legge e regolamenti atipici*, *Giur. costituzionale* 1963, p. 201 ss.. Lo stesso scrittore ha sostenuto che il provvedimento con cui la Corte costituzionale in via di eccezione accerta che atti diversi autoqualificanti come aventi forza di legge non rientrano nelle categorie previste nella Costituzione ha valore dichiarativo: cfr. *Interrogativi sui criteri di identificazione degli atti « con forza di legge »*, *Giur. costituzionale* 1959, p. 715. Sulla figura dell'atto avente forza di legge vedi inoltre ESPOSITO, *Diritto vivente, legge e regolamento di esecuzione*, *Giur. costituzionale* 1962, p. 605 ss., e MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1964.

(40) Così SANDULLI, *Sulla « posizione » della Corte costituzionale nel sistema degli organi dello Stato*, *Riv. trim. dir. pubbl.* 1960, p. 705 ss. e in particolare p. 711.

Una violazione dei Trattati istitutivi può quindi risultare solo da una concreta difformità fra il diritto italiano e il diritto comunitario, non dalla semplice circostanza che siano state poste norme in materie regolate dai Trattati (41). È bensì vero che la norma interna contraria al diritto comunitario disciplina una materia che il sistema italiano considera di esclusiva competenza degli organi delle Comunità, e rispetto a cui il legislatore ordinario ha perso con una procedura costituzionalmente rilevante il potere di legiferare in maniera non vincolata. Da questa premessa però è possibile trarre la conseguenza che i giudici ordinari e speciali possano — o a seconda dei casi debbano — rimettere la questione relativa all'accertamento dell'ambito di azione del diritto comunitario alla Corte di giustizia comune, perchè solo dopo che sia risolta tale questione si potrà stabilire l'invalidità della legge interna, in quanto contraria a vincoli costituzionalmente rilevanti. La soluzione della questione non è invece in alcun modo pregiudiziale rispetto alla pronuncia demandata alla Corte costituzionale, che non può se non decidere che il fatto di avere disciplinato una materia sottoposta ad una disciplina comunitaria non viola, di per sè, l'obbligazione imposta al legislatore, che non consiste nell'astenersi dal legiferare, ma bensì nel legiferare in maniera vincolata. Ove fosse stata esatta la censura di illegittimità, sarebbe stato necessario configurare il compito della Corte costituzionale come consistente non nell'accertare la difformità di una legge ordinaria italiana da una legge costituzionale, ma bensì nel risolvere un conflitto di competenza fra due sistemi diversi. Per questi motivi la risoluzione del problema di interpretazione dei Trattati non è pregiudiziale alla decisione della Corte costituzio-

---

(41) Rispetto ad un concreto contrasto fra la legge istitutiva dell'E.n.e.l. e il diritto comunitario è bene ricordare che taluni Stati membri della C.E.E. (Francia e Belgio) avevano attuato la nazionalizzazione dell'energia elettrica prima della istituzione della Comunità. Anche questo dato spiega come la Commissione della C.E.E. abbia dichiarato il 13 novembre 1962 in risposta ad una interrogazione che ogni Stato membro ha il diritto di modificare il regime della proprietà in qualunque settore della produzione.

nale, la quale pertanto non deve sospendere il procedimento in attesa della decisione della Corte di giustizia (42).

Decisiva è pertanto l'esatta formulazione del quesito posto alla Corte costituzionale in relazione all'art. 11, al rapporto fra diritto interno e diritto comunitario concretato nel sistema dei Trattati istitutivi ed alla determinazione del nesso di pregiudizialità esistente fra la pronuncia della Corte di giustizia e la pronuncia della Corte costituzionale (43).

Tutto ciò è stato bene intuito, anche se non compiutamente espresso, nell'affermazione della Corte costituzionale che l'art. 11, considerato quale norma permissiva, non attribuisce un particolare valore alla legge d'esecuzione dei Trattati, in sè e per sè considerata. Dalla motivazione della Corte si deducono però elementi sufficienti per concludere che un contrasto fra un principio posto in adeguamento al diritto comunitario ed una legge ordinaria non può formare oggetto di un controllo di costituzionalità, potendo la questione relativa venire semmai sollevata dinanzi al giudice ordinario il quale dovrà sospendere il giudizio e deferirla alla Corte di giustizia comune (44).

---

(42) In senso contrario CATALANO, *Portata dell'art. 11 della Costituzione in relazione ai Trattati istitutivi delle Comunità europee*, c. 472, che sostiene l'interpretazione del trattato essere « necessaria e pregiudiziale al fine di constatare se esista un conflitto fra la norma che si assume violata e la norma interna: la questione quindi deve essere rimessa alla Corte di giustizia che dovrà accertare se la norma comporta un'attribuzione di competenza comunitaria o preveda soltanto una mera obbligazione internazionale incombente sugli Stati membri. Nel primo caso la Corte costituzionale potrà o dovrà annullare la legge interna per violazione dell'art. 11 ove risultasse una usurpazione di poteri da parte del Parlamento nazionale ».

(43) Il rapporto di pregiudizialità fra la pronuncia della Corte di giustizia e la decisione del tribunale statale è stato chiaramente precisato dalla Corte comune nella sentenza del 27 marzo 1963, in cause 28, 29 e 30/62, dove si è chiarito come la causa dell'obbligo imposto ai giudici nazionali d'ultima istanza dall'art. 177 del Trattato della C.E.E. di deferire alla Corte comune le questioni d'interpretazione del Trattato si identifica nell'utilizzazione che i giudici nazionali possano fare della pronuncia della Corte al fine della decisione del caso controverso (*Raccolta*, vol. IX, p. 73).

(44) La questione dell'eventuale contrasto di talune disposizioni della legge istitutiva dell'E.n.e.I. cogli obblighi derivanti dal Trattato della C.E.E. è stata deferita alla Corte comune con provvedimento 21 gennaio 1964 del Giudice conciliatore di Milano, *Foro it.*, 1964, I, c. 46 ss.

In base a queste considerazioni, si deve respingere l'affermazione della Corte costituzionale per cui « deve rimanere saldo l'impero delle leggi posteriori alla legge di esecuzione ». La Corte ha con ciò evidentemente accolto la tesi, abbastanza diffusa nella dottrina italiana (45) (ma successivamente in parte abbandonata), per cui si dovrebbe configurare un inserimento delle norme comunitarie nel diritto interno, analogamente a ciò che avviene per le norme d'origine convenzionale, e non un adattamento al diritto comunitario preso nel suo insieme. L'inserimento si dovrebbe fare risalire alla legge d'esecuzione e produrrebbe norme che sarebbero validamente contrastate dalle norme ordinarie più recenti.

L'affermazione della Corte sarebbe valida solo ove, accogliendo la tesi dell'inserimento, fosse possibile configurare un conflitto fra due norme poste dalla medesima autorità in un sistema chiuso di fonti, poichè solo a questa condizione è valido il principio *lex posterior derogat priori* (46). Nel rapporto fra diritto comunitario e diritto interno, invece, all'estraneità dei due sistemi e alla posizione di supremazia del primo consegue che si abbia un'automatica sostituzione delle norme di esso con altre norme idonee ad attuare l'adeguamento.

62. Prima della sentenza nel caso E.n.e.I. la Corte costituzionale aveva già preso in esame gli obblighi derivanti dai Trattati istitutivi delle Comunità nella sentenza 9 aprile 1963 n. 49 (47), in cui ha dichiarato incostituzionale una legge della

(45) Vedi ad es. CATALANO, *L'inserimento diretto*, c. 34.

(46) Sul punto vedi da ultimo, a conclusione di un esame dei risultati raggiunti dalla scuola viennese, ERMACORA, *Das Derogationsproblem im Lichte der Wiener Schule*, *Oest. Zeitschrift für öff. Recht*, vol. IX, 1961, p. 314 ss.; fra gli scrittori italiani, vedi MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*,<sup>6</sup> p. 204 ss., che mette in rilievo come l'abrogazione presupponga la derivazione delle due norme in contrasto da un medesimo potere; PUGLIATTI, *Abrogazione*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. I, Milano, 1958, p. 141 ss.

(47) *Foro it.*, 1963, I, c. 859 ss.; *Giur. it.*, 1963, I, 1, c. 1359 ss. con nota di GAJA, *Legislazione siciliana e obblighi internazionali*; *Riv. dir. inter.*, 1964, p. 78 ss con nota di BERNARDINI, *Norme internazionali e norme italiane statali e regionali*.

regione siciliana che aveva disposto aiuti per i cantieri della regione senza attenersi alla richiesta di chiarimenti ed alle osservazioni formulate dalla Commissione della C.E.E., violando così gli obblighi di carattere procedurale sanciti dall'art. 93 par. 3 del Trattato di Roma. La Corte ha ritenuto che solo lo Stato italiano abbia competenza rispetto alla stipulazione dei trattati in genere e rispetto alla osservanza degli obblighi che ne derivano, obblighi che solo lo Stato può interpretare: la regione pertanto non potrebbe legiferare in qualsiasi materia abbia formato oggetto di un trattato internazionale senza l'osservanza delle direttive impartite dallo Stato. Tale affermazione viene dedotta sia da una analisi dei testi degli statuti delle regioni a statuto speciale, sia dal principio che soltanto lo Stato è soggetto dell'ordinamento internazionale, e solo ad esso vengono giuridicamente imputati, in questo ordinamento, agli atti delle regioni.

Tale argomento ha indotto la Corte a superare la considerazione che nello statuto della regione siciliana manca la menzione, contenuta invece negli altri statuti speciali, del rispetto degli obblighi internazionali.

La decisione della Corte è innanzitutto ineccepibile sotto il profilo della mancata remissione alla Corte di giustizia comune e ciò in quanto rispetto alla pronuncia demandata non incideva alcuna questione di interpretazione del Trattato istitutivo (48).

Appare poi degno di nota il fatto che la Corte abbia stabilito la competenza ed i limiti della regione siciliana nel campo legislativo argomentando dalla personalità internazionale dello Stato, il che comporta si imputino ad esso gli atti comunque posti nell'ambito della sua sfera di sovranità territoriale: ciò attribuirebbe allo Stato il potere di intervenire nel procedimento legislativo regionale con direttive atte ad impedire la commissione di illeciti. La decisione ha cercato di individuare l'esistenza di una precisa norma costituzionale che ricollegghi al principio della responsabilità internazionale dello Stato il conferimento ad esso di un potere di control-

(48) CATALANO, *La Corte costituzionale e le Comunità europee*, c. 70.

lo circa l'attività normativa degli enti territoriali che operano nella sua sfera di sovranità, pur senza chiarire se a tale potere si ricollegli una invalidità (nullità o annullabilità) dell'atto in cui si concreta l'illecito. Essa ha comunque in ogni caso superato la tesi secondo cui nel diritto costituzionale italiano all'esistenza di un obbligo internazionale la cui violazione comporta un illecito dello Stato conseguirebbe solo l'obbligo degli individui titolari della funzione legislativa di prendere le misure opportune per evitare l'illecito, non la invalidità dell'atto normativo in cui l'illecito si concreta (49).

La Corte ha desunto l'illegittimità costituzionale della norma regionale da un'interpretazione dello statuto della regione siciliana dove, pur in mancanza di una norma espressa, sussisterebbe il limite del rispetto agli obblighi internazionali, accogliendo così una tesi ampiamente discussa dalla dottrina che l'ha generalmente accettata (50). Interessa rilevare come la decisione della Corte abbia risolto il problema con riferimento agli obblighi internazionali dello Stato in generale, cercando cioè di determinare i limiti della potestà normativa della regione siciliana in rapporto all'esecuzione di qualsiasi norma internazionalde che lo Stato italiano è tenuto ad adempiere: si è così fatto un riferimento indubbio, anche se non espresso, all'interesse nazionale, inteso come limite alla legislazione regionale esclusiva (51). I primi commentatori della sentenza hanno portato l'attenzione sulle norme accolte nella Costituzione della Repubblica italiana (successiva, è superfluo

---

(49) PERASSI, *La Costituzione italiana e l'ordinamento internazionale*, p. 446; MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*,<sup>6</sup> p. 1055.

(50) L'unica eccezione, a quel che io sappia, è data dalla nota del GAJA, *Legislazione siciliana e obblighi internazionali*, alla quale rimando per le citazioni degli autori che hanno affrontato la questione, sia rispetto alla regione siciliana che per le regioni a statuto ordinario (note 11, 12, 13). Per una recente formulazione della tesi che le leggi regionali restano comunque soggette al limite costituzionale del rispetto alle attività internazionali dello Stato, cfr. BERNARDINI, *Ordinamento regionale e adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, *Giur. costituzionale*, 1963, p. 449 ss. e in partic. p. 456.

(51) Cfr. MORTATI, *L'interesse nazionale come limite della legislazione regionale esclusiva*, *Studi Crosa*, vol. II, Milano, 1960, p. 1277 ss.

ricordarlo, allo statuto della regione siciliana) (52), ma della carta costituzionale hanno preso in esame il solo art. 10, per affermare o per negare l'esistenza di un limite alla potestà legislativa statale in sede ordinaria e alla potestà regionale rispetto all'esecuzione degli obblighi internazionali, o per sostenere che anche ammessa la competenza della regione nelle materie che formano oggetto dell'accordo, sussiste il limite generale, stabilito da norme di grado costituzionale, del rispetto degli obblighi dello Stato (53).

Chiarito invece come l'adattamento del diritto italiano ai principi del diritto comunitario discenda dall'art. 11 della Costituzione, occorre considerare come questa norma, di rango costituzionale, ad ambito d'efficacia speciale e successiva allo statuto della regione siciliana, indubbiamente abbia valore rispetto ai rapporti regolati da questo. Quale che sia l'interpretazione da darsi alle norme dello statuto, il diritto comunitario si impone al legislatore regionale come al legislatore statale, e ciò per una esplicita disposizione costituzionale relativa agli obblighi che discendono dal diritto delle organizzazioni previste nell'art. 11, e non per una generica affermazione dell'obbligo della regione di non pregiudicare la responsabilità dello Stato, o per un richiamo all'unità dello Stato (54).

La violazione delle norme procedurali rilevanti per il diritto europeo rendeva quindi costituzionalmente illegittima la legge regionale, mentre la competenza a giudicare della Corte nasceva dal coordinamento dell'art. 14 dello Statuto speciale (per cui la potestà normativa della regione siciliana deve esercitarsi col rispetto delle Leggi costituzionali dello Stato) e dell'art. 127 della Costi-

(52) Osserva REDENTI, *Le leggi della regione avanti la Corte costituzionale*, *Scritti Calamandrei*, vol. V, p. 489, che nonostante la costituzionalizzazione sia avvenuta con legge 26 febbraio 1948 n. 2, lo statuto siciliano doveva già ritenersi automaticamente e tacitamente coordinato e subordinato al sistema della carta costituzionale: perciò l'art. 14 dello Statuto deve avere una interpretazione estensiva.

(53) BERNARDINI, *Norme internazionali e norme italiane statali e regionali*, p. 99.

(54) Con questo argomento la dottrina aveva invece giustificato il limite generale posto al diritto della regione: cfr. PIERANDREI, *Sui rapporti fra ordinamento statale e ordinamento internazionale*, *Giur. it.*, 1949, II, c. 281 ss.

tuzione, che regola l'impugnativa della legge regionale da parte dello Stato. Pur aderendo pertanto alla decisione, non sembra si possa accogliere la motivazione della Corte, che ha sostenuto che la regione siciliana abbia superato i propri poteri in quanto non ha ottemperato alle direttive degli organi dello Stato che avevano tempestivamente richiamato il legislatore regionale all'osservanza degli obblighi imposti dal diritto europeo.

Rispetto alle leggi delle regioni contrarie al diritto europeo, pertanto, la Corte costituzionale esercita in ogni caso un controllo sostanziale, mentre rispetto alle leggi dello Stato ciò è possibile solo ove sussista la violazione di un principio posto direttamente dalla carta costituzionale, conformemente al fine proprio del controllo esercitato dalla Corte che è quello di eliminare le trasgressioni della Costituzione da parte del legislatore ordinario.

63. I problemi del concreto adattamento del diritto italiano al diritto comunitario e della configurazione del sistema dei rapporti fra i due ordinamenti sono stati discussi solo in tempi assai recenti dalla giurisprudenza italiana. Poche, quindi, sono le decisioni che presentano rilievo: ma esse debbono venire attentamente analizzate perchè il dato giurisprudenziale offre, attraverso la risoluzione di casi concreti, elementi preziosi per vagliare i risultati raggiunti dalla dottrina.

Con molta attenzione deve venire considerata la sentenza del Consiglio di Stato in data 7 novembre 1962 (55), la cui decisione venne spesso travisata dagli studiosi stranieri, come appare dalle discussioni svoltesi al Congresso di Colonia. In essa viene affermato il principio che i Trattati europei impongono limitazioni alla competenza degli Stati membri (il Consiglio di Stato, fedele al testo della norma, parla, come del resto la Corte costituzionale, di limitazioni alla sovranità) e che la giustificazione costituzionale della forma dell'ordine di esecuzione, avvenuta con legge ordina-

---

(55) Consiglio di Stato, Sez. VI, 7 novembre 1962 n. 978, Colussi c. Ministero Commercio estero e Finanze, *Foro it.*, 1963, III, c. 143 ss.

ria, viene data dall'art. 11 della Costituzione. La decisione presuppone inoltre che dai Trattati istitutivi discenda un insieme di obblighi interstatuali: e che questi obblighi si riflettano immediatamente nel diritto interno in un insieme di situazioni subiettive, mediante le quali il sistema dello Stato membro si adegua al sistema comunitario. Nella specie si trattava di un ricorso contro un atto della Pubblica Amministrazione che si assumeva avesse leso un interesse protetto, e precisamente l'interesse ad ottenere un permesso di importazione, che veniva negato violando il divieto accolto nel nostro ordinamento in attuazione dell'art. 31 del Trattato istitutivo della C.E.E.

È opportuno notare come il Consiglio di Stato, pur senza metterlo in rilievo, si sia sostanzialmente attenuto al principio che la Corte di giustizia comune aveva affermato nella sentenza del 19 dicembre 1961, in causa 7/61, fra la Commissione della C.E.E. e la Repubblica italiana (56). Rimane aperto il problema, che si ricollega alla data della pubblicazione del provvedimento (57), se il Consiglio di Stato abbia o meno voluto attenersi alla decisione della Corte comune, accogliendo il principio da essa enunciato. Nel caso affermativo, questo comportamento, da parte di un tribunale amministrativo contro cui non possono in via normale muoversi ricorsi di diritto interno, sarebbe stato conforme all'indirizzo precisato dalla Corte nella sentenza del 27 marzo 1963, secondo cui l'obbligo imposto al giudice nazionale di ultima istanza dall'art. 177, 3° comma del Trattato C.E.E. di adire la Corte in via pregiudiziale non sussiste quando quest'ultima ha già risolto la questione d'interpretazione del Trattato (58).

La Corte di Cassazione ha fornito colla sentenza 14 maggio 1962 n. 985 (59) una interpretazione indubbiamente corretta del-

---

(56) *Raccolta*, vol. VII, p. 619 ss.

(57) CATALANO, *L'inserimento diretto*, nota n. 10 osserva che il provvedimento del Consiglio di Stato venne pubblicato un anno dopo la decisione.

(58) Sentenza 27 marzo 1963 in cause riunite 27, 28, 29 e 30/62, *Raccolta*, vol. IX, p. 57 ss.

(59) Cassazione, Sez. III civile, 14 maggio 1962 n. 985, Reda c. Soc. Mon-

l'art. 60 del Trattato della C.E.C.A., rilevando che per il n. 2 lett. B dell'articolo all'acquirente non viene attribuito alcun diritto ad un ribasso. La Corte ha decisamente affermato come alle norme del Trattato istitutivo si ricolleghino situazioni giuridiche subietive negli ordinamenti degli Stati membri: si tratta, appunto, delle situazioni giuridiche riflesse. Infatti venne respinto nel merito un motivo di ricorso in cui erroneamente si sosteneva che un diritto al ribasso venisse attribuito all'acquirente e non al venditore ritenendosi che non sussistesse l'invocata violazione del Trattato. È importante mettere in rilievo da un lato il fatto che la Corte non ha neppure dubitato che una violazione dei Trattati istitutivi sia impugnabile in Cassazione, e d'altro lato come l'art. 41 del Trattato della C.E.C.A. non imponesse alla Corte l'obbligo di sospendere il procedimento in attesa della pronuncia della Corte comune, essendo la portata della norma assai meno ampia della norma di cui agli artt. 177 del Trattato della C.E.E. e 150 del Trattato della C.E.E.A. (60).

Notevole interesse presenta una sentenza del Tribunale di Torino (61) che, con motivazione forse sovrabbondante ma indubbiamente rigorosa, ha respinto una istanza della Alta Autorità della C.E.C.A. di avvalersi per riscuotere i prelievi da essa imposti dei privilegi processuali stabiliti a favore dei tributi dello Stato italiano. Il Tribunale ha esattamente deciso di potere in via

---

dini, *Foro it.*, 1962, I, c. 1291 ss.; *Giur. it.*, 1962, I, 1, c. 966 con nota favorevole di M. B.

(60) Circa la minore portata della norma di cui all'art. 41 del Trattato di Parigi rispetto agli artt. 177 e 150 dei Trattati di Roma, vedi per tutti ZANNINI, *Dell'uniformità di interpretazione dei sistemi di diritto delle Comunità europee*, p. 26 ss. e in partic. p. 31.

(61) Trib. Torino, 19 maggio 1963, C.E.C.A. c. Concordato Officine Ing. A. Merlini, *Foro it.*, 1963, I, c. 2052 ss., e *Giur. it.*, 1964, I, 2, c. 11 ss., con nota contraria di BERRI, *Questioni sul diritto a privilegio dei crediti della C.E.E. ai suoi tributi*; e *Riv. dir. fin. e scienza d. finanze*, 1964, II, p. 6 ss., con nota di ALLORIO, *Intorno alla natura dei prelievi effettuati dalla C.E.C.A. ed ai privilegi spettanti a quest'ultima*, in cui si riproducono parzialmente le difese svolte in causa a favore dell'Alta Autorità.

pregiudiziale qualificare la struttura della C.E.C.A., e così ha affermato che i prelievi della Comunità hanno carattere di tributi (62); ed ha poi enunciato rigorosamente il principio della separazione fra i sistemi comunitari ed i sistemi degli Stati membri, rilevando che i primi hanno una loro propria struttura organizzativa, che si esplica nel campo esecutivo, legislativo e giudiziario. La Comunità quindi può, nei limiti dei Trattati, esercitare i propri poteri sul territorio dello Stato italiano, ma non può avvalersi dei mezzi che l'ordinamento italiano predispone per la riscossione dei propri tributi, appunto perchè essa è un ente di natura internazionale ben distinto dallo Stato italiano. Interessa notare che la tesi fatta valere in causa dall'Alta Autorità e respinta dal Tribunale si richiamava espressamente ad una costruzione federale circa i rapporti fra Stato membro e Comunità: si era infatti detto (ed era l'unica costruzione logicamente corretta a favore della domanda) che nell'aderire al Trattato istitutivo gli Stati membri hanno pattuito di esercitare in comune, per mezzo degli organi comunitari, una parte della loro sovranità; e se ne era dedotto che il potere, e così anche il potere finanziario, che la C.E.C.A. esercita nei confronti delle imprese non è altro che il potere dello Stato, esercitato per mezzo della Comunità (63).

A confutare l'affermazione, basti il richiamo alle pagine in cui si è combattuta la concezione federalistica delle Comunità; si noti che, pur respingendo la tesi, qualche lineamento della costruzione è rimasto nella sentenza, in quanto il Tribunale ha ritenuto

---

(62) in questa indagine il Tribunale di Torino ha indubbiamente accolto nel qualificare istituti stranieri la tecnica interpretativa precisata dalla Corte di Cassazione nella sentenza, a Sezioni unite, del 24 ottobre 1958 n. 3456: vedi la sentenza in *Riv. dir. inter.* 1959, p. 503 ss. e su di essa le note di PAONE (stessa *Rivista* 1959, p. 506 ss.), e di FABOZZI (*Temì* 1959, p. 10 ss.).

(63) ALLORIO, *Intorno alla natura dei prelievi*, p. 22 ss. Sulle ipotesi in cui nell'ordinamento italiano l'ente impositore del tributo non è nè lo Stato nè altro ente pubblico territoriale vedi, in generale, le osservazioni di MICHELI, *Profili critici in tema di potestà di imposizione*, *Riv. dir. fin. e scienza delle finanze* 1964, I, p. 3 ss. e partic. p. 31 ss.

---

di giustificare il fenomeno allegando una rinuncia a parte della propria sovranità effettuata dall'Italia a favore dell'ente sovranazionale: affermazione superflua ai fini della decisione, ma interessante perchè dimostra come la nostra giurisprudenza sia unanime nel richiamare, esplicitamente, l'art. 11 della Costituzione.

MARIAGRAZIA BIANCHINI

**LE FORMALITA' COSTITUTIVE  
DEL RAPPORTO PROCESSUALE  
NEL SISTEMA ACCUSATORIO ROMANO**



# I

## GLI ATTI INTRODUTTIVI DEL PROCESSO ACCUSATORIO NEL QUADRO DELLA « LEX SEMPRONIA IUDICIARIA »

SOMMARIO: 1. L'importanza della *lex Sempronia* nell'evoluzione del diritto penale sostanziale e processuale. — 2. Il contenuto e lo scopo della *delatio nominis*. — 3. La natura e la funzione della *petitio*. — 4. Il valore del termine *postulare* nel sistema della *lex Sempronia*. — 5. Lo *ius iurandum calumniae* e l'accoglimento dell'accusa da parte del magistrato. — 6. La posizione della *delatio* e della *receptio* rispetto alla definitiva instaurazione del processo. — 7. Conclusioni.

1. « ... *Quei socium nominisve latini exterarumve nationum, quoive in arbitrato dicione potestate amicitiae populi Romani... ab eo qui dictator consul... quod... ablatum captum coactum conciliatum aversumve siet: de ea re eius petitio nominisque delatio esto, praetoris quaestio esto, iudicium iudicatio leitisque aestumatio* » (1).

Con queste scarse, ma fin troppo precise parole, nettamente scandite, si apre uno dei documenti fondamentali della storia del processo penale romano, una pietra miliare, da cui dovremo necessariamente prendere le mosse per tracciare un quadro quanto più possibile fedele dell'evoluzione della fase preliminare del processo penale, nelle sue varie tappe, che costituisce appunto l'oggetto della presente indagine, e che, nel particolare momento storico a cui risale il documento stesso, ci appare ancora allo stato embrionale. Il documento in questione è rappresen-

---

(1) *Lex Sempronia*, ll. 2-3.

tato da alcune tavole di bronzo <sup>(2)</sup>, sulle quali, a lungo, studiosi di ogni paese hanno speso le loro energie al fine di risolvere l'arduo problema della sua esatta identificazione. Tradizionalmente, esso veniva indicato come *Lex Acilia repetundarum*, proposta durante il tribunato di C. Gracco (123 a. C.) dal suo collega C. Acilio Glabrione <sup>(3)</sup>. Recenti studi sembrano, però, aver portato prove valide a favore di una identificazione della nostra *lex* con la famosa *lex Sempronia iudiciaria*, proposta dallo stesso C. Gracco, proprio in funzione del suo ardito programma di riforme <sup>(4)</sup>.

<sup>(2)</sup> Più che di tavole vere e proprie, si tratta di frammenti di una grande tavola di bronzo (Così BERGER, in PAULY-WISSOWA, *Real Encyclopädie*, s. v. *Lex Acilia*), conservati a Napoli, nel Museo Nazionale, e a Vienna. Il primo di tali frammenti venne pubblicato per la prima volta nel 1521, ragion per cui si può fissare negli anni immediatamente precedenti la data del loro ritrovamento. Sul l'argomento v. anche DE RUGGIERO, *Dizionario epigrafico*, s. v. (*Lex*) *Acilia*.

<sup>(3)</sup> Così MOMMSEN, nel *Corpus inscriptionum latinarum* (1863), n. 198, pp. 49-72, e in *Gesammelte Schriften, I Abteilung: Juristische Schriften*, I, Berlin 1905, pp. 1-64; F. PONTENAY DE FONTETTE, *Leges repetundarum*, Paris 1954, p. 38, che a lui si richiama.

Altre teorie (in ordine di tempo): KLENZE pubblicò i frammenti nel 1825, a Berlino, sotto il titolo di *Fragmenta legis Serviliae repetundarum*, considerandoli, appunto, parte di una *lex Servilia* dell'anno 111 a. C.; CARCOPINO, *Autour des Gracques*, Paris 1928, identifica il testo con la *lex Servilia Glaucia* (103-100 a. C.); tale tesi è senz'altro confutata dal PONTENAY DE FONTETTE, *op. cit.*, pp. 41-45, tra l'altro perchè, se si trattasse veramente della *lex Servilia*, verosimilmente questa, accanto alla *lex Calpurnia* e alla *lex Iunia*, avrebbe dovuto far menzione anche della *lex Acilia*, indubbiamente anteriore.

<sup>(4)</sup> Lo stesso PONTENAY DE FONTETTE, ad un certo punto della sua esposizione (*op. cit.*, p. 52), viene sfiorato dal dubbio — a dire il vero più insistente di quanto l'A. non voglia ammettere — che si tratti proprio della *lex Sempronia iudiciaria*, come già aveva affermato FRACCARO, *Sulle «leges iudiciariae» romane*, in «Rend. Ist. Lomb.», 1919, p. 362, ma si affretta a respingerlo con argomentazioni non pienamente convincenti. Recentemente l'ipotesi del FRACCARO è stata ripresa e confermata dagli studi in materia del TIBILETTI, *Le leggi de iudiciis repetundarum fino alla guerra sociale*, in «Athenaeum», n.s. 31 (1953), pp. 5-100. Richiamandosi a tale indagine, ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*<sup>7</sup>, Napoli 1960, p. 420, afferma: «uno dei principali risultati delle sue ricerche è di avere escluso che la legge parzialmente conservata nella tavola bronzea del Museo di Napoli sia la legge *Acilia* e che il tribuno C. Acilio Glabrione, suo proponente, sia stato collega di Gracco: il testo epigrafico ci dà invece... quella *lex Sempronia iudiciaria*, proposta da Caio stesso, di cui è parola in fonti delle quali era ben difficile com-

L'innovazione apportata dalla *lex Sempronia* assume tali proporzioni da presentarsi come il fattore determinante per la formazione del diritto penale sostanziale e processuale — fino ad allora praticamente inesistenti o, per lo meno, non esistenti in modo autonomo — come il primo nucleo fondamentale dell'uno e dell'altro; fino alla *lex Sempronia* era rimasta, infatti, assolutamente indifferenziata e indifferenziabile la persona del legislatore da quella del giudice in materia penale. Tale sovrapposizione di soggetti si era verificata nel c.d. processo comiziale: qui il popolo, di fronte ad un comportamento concordemente ritenuto pericoloso per la comunità, interveniva — in virtù della sua suprema ed indiscussa autorità <sup>(5)</sup> e indipendentemente dall'esistenza di un'apposita disposizione — a sanzionare tale comportamento con misure dettate da motivi politici, dalle circostanze, dalla gravità del fatto, quindi prive di uniformità di contenuto e di valutazione; nè può suggerire una diversa configurazione la presenza del magistrato, che pure convocava e presiedeva il comizio, in quanto, come concordemente ritiene la dottrina <sup>(6)</sup>, essa si riduceva all'esercizio di un potere di polizia e restava estranea allo svolgimento del processo. Ugualmente incondizionato fu il potere del Senato riguardo alle malversazioni commesse fuori di Roma e nelle province (allorchè lo Stato romano cominciò ad estendersi) da magistrati municipali o da governatori <sup>(7)</sup>. Successivamente,

---

prendere il senso finchè allo stesso anno si attribuiva la *lex Aelia*. Questa c'è stata, ma parecchi anni dopo, forse nel 111 a. C. o poco prima».

<sup>(5)</sup> Cfr. LABOULAYE, *Essai sur les lois criminelles des romains*, Paris 1845, pp. 105-6: «...à Rome, où le peuple était souverain juge, souverain administrateur et législateur suprême, pour punir, il suffisait que l'acte lui parût coupable, fût-il ou non qualifié par des lois antérieures. Les comices avaient le droit absolu de déterminer comme ils l'entendaient la criminalité et d'appliquer l'amende qui leur plaisait... Le peuple ayant une pareille puissance, il ne faut plus nous étonner de l'infinie diversité des crimes que punissaient les comices et de la variété des peines qu'ils prononçaient».

<sup>(6)</sup> Vedi, per tutti, ARANCIO-ROIZ, *Storia*, cit., p. 80.

<sup>(7)</sup> Cfr. ancora LABOULAYE, *op. cit.*, p. 126: « Cette juridiction [del popolo e del Senato], qu'on le remarque bien, était un pouvoir politique appartenant en

però, in seguito alle sempre più frequenti e fondate lamentele presentate al Senato da parte dei provinciali spogliati dall'avidità sfrenata dei governatori romani, si manifestò la necessità di apprestare un'idonea tutela degli interessi dei primi ed un concreto controllo sull'attività dei secondi: ciò è confermato da numerosi esempi <sup>(8)</sup> relativi a commissioni di *recuperatores*, nominate caso per caso, senza, tuttavia, uniformità di criteri; ma tale soluzione apparve ben presto insufficiente e assolutamente inadeguata. Giungiamo così alle due *leges* di cui ci parla anche la nostra *lex Sempronia: Calpurnia e Iunia*, le quali, pur tendendo a tutelare un interesse pubblico, perseguivano tale fine attraverso un procedimento a carattere spiccatamente privatistico: attraverso, cioè, l'esperimento della *legis actio sacramenti* <sup>(9)</sup>. La loro concreta portata risultava perciò limitata alla sola reintegrazione patrimoniale, indipendentemente dalla dichiarazione di illiceità, anzi di antigiuridicità del comportamento del soggetto sottoposto a tale procedimento. La *lex Sempronia*, invece, non solo mette in giusta luce tale aspetto trascurato dalle due *leges* precedenti, ma anche e soprattutto — determinando nettamente (come vedremo meglio nel corso dell'esposizione) il reato perseguito nei suoi elementi soggettivi ed oggettivi e il tribunale cui è affidato in via permanente, e non più transitoria, di conoscere del reato stesso — pone veramente delle solide basi all'evoluzione non solo del fenomeno processuale, ma dello stesso diritto penale verso forme più mature e progredite.

---

propre au peuple ou au Sénat et non pas une magistrature confiée par la constitution ».

(8) Cfr. PONTENAY DE FONTETTE, *op. cit.*, pp. 12-24.

(9) In base alla testimonianza offerta dalla *lex Sempronia*, l. 23: « .. aut quod cum eo lege Calpurnia aut lege Iunia sacramentum actum siet ». Così anche PONTENAY DE FONTETTE, *op. cit.*, p. 29, il quale specifica che, pur parlandosi a tal proposito di *quaestio*, l'uso del termine non è sufficiente a conferire al procedimento disciplinato dalle due *leges* il carattere di *iudicium publicum*: l'uso del *sacramentum* l'avvicina ai rimedi di diritto privato e solo la sostituzione di questo con la *delatio* conferisce allo *iudicium repetundarum* il carattere di *publicum*.

La *lex Sempronia* è stata rogata in vista di uno specifico reato: il *crimen repetundarum*, ma si offre come modello originale cui si ispireranno le leggi successive per modellare nuove *quaestiones*, simili, ma non identiche, alla prima, ognuna avente ad oggetto un singolo specifico reato. Premessa tale considerazione, possiamo ora ben utilizzare i preziosi dati forniti dal testo conservato nelle tavole di bronzo del Museo Nazionale di Napoli, al fine di una ricostruzione del procedimento delle *quaestiones* nella sua fase iniziale e della sua configurazione.

2. La prima disposizione cui dedicheremo un attento esame sarà proprio quella, contenuta nella *l. 3*, con la quale abbiamo dato inizio alla nostra esposizione. Non sarà inopportuno richiamarne i punti salienti:

...quoi... ablatum captum coactum conciliatum aversumve siet: de ea re eius petitio nominisque delatio esto, praetoris quaestio esto iudicium iudicatio leitisque aestumatio...

Alla persona danneggiata è dunque riconosciuto contro il colpevole <sup>(10)</sup> il potere di compiere « de ea re eius petitio nominisque delatio ». Concentriamo l'attenzione su questi due termini: *petitio* e *nominis delatio*, che sembrano riferirsi a poteri specifici concessi all'offeso, quasi a tutela di due diversi, ma contemporanei, collegati, interessi, come meglio vedremo fra breve. Quale relazione sussiste, dunque, fra i due termini? La collocazione nel periodo e la congiunzione « -que » che li lega stanno a significare una stretta relazione, pur tuttavia ci sembra che non si

(10) Diversamente dalle due *leges* che l'avevano preceduta e che chiamavano in causa solo i governatori delle province, la *lex Sempronia* assoggettava al procedimento anche i magistrati urbani, sia quelli maggiori che già sedevano in Senato, sia i minori che ancora non vi erano ammessi, i senatori ed i figli degli uni e degli altri, quando l'indebito arricchimento a danno altrui superasse una certa somma (cfr. *l. 3*); v. a questo proposito DE RUCCIERO, *loc. cit.*

tratti puramente e semplicemente di un'endiadi — ripetuta, tra l'altro, con una certa insistenza nel testo della *lex* — in quanto tale soluzione non appare pienamente rispondente all'economia ed alla sinteticità che caratterizzavano le *leges*. Ma la prova a nostro avviso inconfutabile è costituita da un successivo passo:

*l. 9 (de patroneis dandis)*

quei ex h.l. pecuniam petet nomenque detolerit...,

nel quale appaiono distintamente la funzione, lo scopo immediato dei due atti che pur fanno capo ad uno stesso soggetto: l'accusatore. Da un lato, infatti, abbiamo « pecuniam petere » e, dall'altro, « nomen deferre »: viene qui reso esplicito ciò che risultava implicito nella prima, più sintetica, disposizione. Ma anche in altre parti della legge i due atti sono menzionati distintamente, così alla *l. 58* e, più chiaramente, alla

*l. 41*

... quouis ex hace lege nominis delatio erit ei eius rei petitio esto...;

senza considerare poi che diversi effetti sono ricondotti all'uno ed all'altro, come vedremo in seguito. Da tutto ciò sembra pertanto suffragata la nostra ipotesi circa l'esistenza di due atti distinti, se pur contemporanei, ambedue facenti capo all'accusatore; ma ciò che a noi ora particolarmente interessa è determinare l'esatta portata dell'uno e dell'altro.

Cominciamo dunque col prendere in esame la *delatio*, atto che costituirà uno dei cardini essenziali del processo penale, anche nelle età successive, e che fa la sua prima apparizione proprio nel testo della *lex Sempronia* <sup>(1)</sup>. La *delatio*, indubbia-

<sup>(1)</sup> Per la precisione, il termine appare già in Plauto e Lucilio: così KUNKEL, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit, Abhandlungen der Bayerische Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-historische Klasse, N.F. Heft 56, München 1962, p. 14 e nt. 23. Comunque, a parte le riserve da fare sul contenuto romano delle commedie (per cui vedi lo*

mente, consiste nella « comunicazione del nome dell'accusato » (indicazione della persona e di tutto ciò che appare atto ad identificarla) come chiaramente ci confermano :

*l. 5*

*seiquis eius nomen ad praetorem detolerit...*

e

*l. 19*

*is eum unde petet... nomenque eius deferto... :*

tanto nell'uno che nell'altro frammento, infatti, « eius » sta evidentemente ad indicare la persona che si intende sottoporre a giudizio.

Trattandosi, poi, di un atto formale, di una dichiarazione verbale <sup>(12)</sup>, la *delatio* deve, naturalmente, essere compiuta davanti al magistrato competente <sup>(13)</sup>, come si rileva ancora dalla *lex Sempronia* :

*l. 19*

*qui ex h.l. pecuniam ab arvorsario petet, is eum unde petet... in ious educito nomenque eius deferto ; sei deiuraverit calumniae causa non po[stulare, is praetor nomen recipito facitoque...]*

Questo passo presenta un'importanza fondamentale ai fini della ricostruzione del procedimento delle *quaestiones* nel loro

studio del PAOLI, *Comici latini e diritto attico*, Milano 1962), lo stesso KUNKEL rileva che « *Nomen alicuius deferre* heisst nichts anderes als 'jemanden anzeigen' » (*op. cit.*, p. 60) e ancora che « ... *die nominis delatio* in der Plautusstelle als Anzeige und nicht als Anklage.. » (*op. cit.*, p. 69).

<sup>(12)</sup> Caratteristica del diritto romano è, in linea di massima, l'oralità degli atti, oltre che, naturalmente, la formalità. Così nell'ambito del diritto processuale penale noi troviamo solo dichiarazioni orali, più o meno rispondenti ad uno schema prefisso, pur coesistendo la scrittura, ma solo come mezzo per conservare memoria di quanto è stato detto o fatto. La scrittura acquisterà rilevanza solo sul finire dell'epoca classica.

<sup>(13)</sup> Sempre in base alla *lex Sempronia* sappiamo che si trattava del *praetor peregrinus*: *l. 12* « *praetor qui inter peregrinos ious deicet* ».

schema iniziale e ad esso ci richiameremo più volte; per il momento ci interessa, però, un inciso che ci permette di affermare con le dovute riserve — quali possono derivare dall'interpretazione di una legge il cui testo non è assolutamente certo — che la *delatio* viene effettuata alla presenza dell'accusato. Si ordina infatti che l'accusatore « in ious educito nomenque eius deferto »: egli deve cioè trascinare il presunto colpevole alla presenza del magistrato, dopodichè potrà fare la sua regolare accusa. Non si può non rilevare la corrispondenza tra l'espressione qui usata: « in ious educito » e quella propria del processo privato; tale corrispondenza è sintomatica e testimonia l'origine recente del procedimento che, mancando di una sua propria terminologia, oltre che di una autonoma struttura, utilizza ed assorbe termini, formule e principî del contemporaneo, più evoluto e meglio organizzato, processo privato.

Appare così in tutta la sua evidenza la prima fondamentale innovazione apportata dalla *lex Sempronia*: si riconosce ad un privato, in veste di rappresentante della comunità, il potere di mettere in moto il meccanismo processuale, attraverso la sua formale dichiarazione di volere accusare taluno, resosi, a suo giudizio, colpevole di malversazioni (<sup>14</sup>); si instaura cioè nel processo penale il sistema accusatorio, conquista dell'età repubblicana, che aveva, tuttavia, in sè, nel modo con cui veniva praticamente attuato, i germi della propria degenerazione. Il relativo principio resterà comunque immune dalle degenerazioni del sistema, possedendo un'intima sostanziale vitalità, tanto da continuare ad informare di sè il processo penale fin quasi alle soglie dell'età giustiniana.

3. Messo il punto sulla *delatio*, vogliamo ora passare allo studio del secondo atto: la *petitio*. Anch'essa deve sostanziarsi in una dichiarazione formale, mediante la quale l'accusatore

---

(<sup>14</sup>) Cfr. ll. 1-3 della *lex Sempronia*.

chiede la restituzione di quanto l'accusato ha indebitamente estorto, per conseguirlo praticamente attraverso la *litis aestimatio*, la liquidazione del danno, di cui sovente si parla nella *lex*. Tale è indubbiamente il valore di « pecunia », cui si fa riferimento nei passi precedentemente citati — *l. 9* e *l. 19* <sup>(15)</sup> — come all'oggetto della *petitio* dell'accusatore. Anche ammettendo, per assurdo, che l'espressione « *petitio nominisque delatio* » sia un'endiadi, come spiegare, giustificare, l'esistenza di circostanze così determinanti, quali quelle da noi or ora messe in luce? Inoltre, frequentemente, nel corso del testo troviamo che talvolta l'accusatore è designato come « *is qui nomen detulerit* » e l'accusato « *is quouis nomen delatum erit* »; talaltra, parallelamente: « *is qui petet* » e « *is unde petetur* »: pur non identificandosi, le due circonlocuzioni sono equivalenti, dal momento che si riferiscono ai due aspetti di una stessa situazione — aspetti, si noti bene, distinti e coesistenti — e sono altresì usate con perfetta aderenza al contenuto delle disposizioni. Troviamo, infatti, usata la prima allorchè si allude allo svolgimento del procedimento principale:

*l. 30*

Praetor de eo quouis nomen ex h.l. ad se delatum erit... facito utei iudicium primo quoque die fiat...

e la seconda allorchè si parla del procedimento della *litis aestimatio*:

*l. 58 (de leitibus aestumandis)*

qui ex hac lege condemnatus erit, ab eo quod quisque petet, quouis ex hac lege petitio erit...

C'è tuttavia, un passo la cui interpretazione presenta una certa difficoltà e che sarà opportuno prendere in considerazione:

---

<sup>(15)</sup> *l. 9 (de patroneis dandis)*: « qui ex h.l. pecuniam petet nomenque detulerit »; *l. 19*: « qui ex h.l. pecuniam ab arvorsario petet, is eum unde petet... ».

## L. 4

sei quis deicet praetorem nomen ex h.l. ita non recepisse utei delatum esset, neque iudicium ex h.l. ita datum esse utei peteret: de ea re eius petitio nominisque delatio esto, praetoris quaestio esto iudicium iudicatio leitisque aestumatio.

Prima si enuncia la fattispecie, cui si fa seguire una disposizione: « de ea re *et rell* », che ha indubbio carattere sanzionatorio<sup>(16)</sup>. Il caso cui si allude è il seguente: il pretore si è rifiutato di compiere la *receptio* in conformità della *delatio* e altresì di « iudicium dare » secondo le richieste dell'accusatore. Qual'è dunque il valore da attribuire ai termini « petere » e « iudicium dare »? Soprattutto su *iudicium* è necessario fermare la nostra

---

(16) Qualche dubbio può sorgere circa la pratica portata della sanzione, ma, fra le possibili interpretazioni che il passo può suggerire (sottoposizione del magistrato alla stessa *quaestio* istituita dalla nostra *lex*, ad una *quaestio* istituita per il caso particolare, ad una *quaestio extraordinaria*), noi pensiamo che la disposizione sia da intendere in questo senso: che cioè il magistrato denegante giustizia debba prendere il posto dell'accusato ed essere quindi sottoposto alla stessa *quaestio*, ovviamente allo spirare dell'anno di carica, come stabilisce un successivo inciso (cfr. l. 8). Tale interpretazione appare confortata anche dalla successione logica delle singole disposizioni della legge. In primo luogo, infatti, il testo legislativo precisa i presupposti oggettivi e soggettivi del reato, enunciando le varie fattispecie e le categorie di soggetti che per la loro particolare posizione possono incorrere nel reato stesso: magistrati maggiori o minori, provinciali ed urbani (ll. 1-3), si inserisce quindi la fattispecie del magistrato denegante giustizia (l. 4), l'accusa presentata prima o dopo le *Kalendae* di Settembre (con la precisazione che la prima dà luogo alla *quaestio*, la seconda alla nomina di un collegio di *recuperatores*) e, infine, accusa presentata *alieno nomine*; questa prima parte si conclude col divieto di sottoporre a giudizio il magistrato durante l'anno di carica (l. 8), divieto che deve essere messo in relazione, ovviamente, con tutte le precedenti disposizioni.

D'altra parte, poi, esaminando più attentamente il frammento in questione, con particolare riguardo alla connessione fra i singoli elementi logici, troviamo un'ulteriore riprova. Si dice, infatti: « Sei... peteret: de ea re (di questo fatto, cioè del rifiuto della *receptio* e della *datio iudicii*) eius (del pretore denegante) petitio nominisque delatio esto » (si compia una regolare accusa), con la limitazione, implicita nell'inciso, che deriva dalla interpretazione della l. 8: l'accusa, cioè, non potrà essere presentata se non alla scadenza del mandato.

attenzione, in quanto ricorre più volte nel testo della *lex Sempronia* e in posizioni diverse. Talvolta precede « iudicatio » nella formula « de ea re... », ma pensiamo che in tal caso si debba più esattamente leggere « iudicium », in quanto tale lezione appare chiaramente (senza ricorrere alla ricostruzione) proprio nel passo in questione ed analoga costruzione troviamo nella

l. 26

...quei ita lectei erunt eis in eam rem iudices sunt eorumque eius rei ex h.l. iudicatio litisque aestumatio esto.

Restano due opposte interpretazioni da dare al termine, sulla base di alcune considerazioni:

1) che *iudicium* ricorre anche con l'indubbio valore di « giudizio, procedimento penale in genere », in tal caso « petere » avrebbe logicamente un generico valore;

2) che qui si parla di « iudicium dare », espressione che nel processo privato assume una particolare sfumatura in relazione al procedimento formulare.

Non possiamo certo pensare che l'identità fra le due espressioni vada oltre questa coincidenza puramente formale; escludiamo quindi che il termine possa essere stato introdotto nel linguaggio tecnico processuale penale con lo stesso specifico valore che ha nella sua sede originaria; d'altra parte, l'espressione, così come si presenta, non ci sembra genericamente interpretabile come: « essendosi il pretore rifiutato di concedere lo svolgimento del giudizio ». Dato il particolare — e degno di nota — accostamento di *iudicium* <sup>(71)</sup> a *dare* e *date* le nostre

(71) Cfr. HUMBERT, in DAREMBERG-SAGLIO, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, s.v. *iudicium*; il significato più antico è « decisione », in senso lato vale: una qualsiasi decisione presa dal magistrato, in materia politica o amministrativa o istruttoria, « ou même l'ordre qu'il donnait d'appliquer la loi pénale à un individu ayant avoué ou pris en flagrant délit, quelquefois la résolution prise par un accusateur d'intenter une accusation, souvent le jugement du peuple ».

precedenti osservazioni in merito alla *petitio* ed alla sua funzione, preferiremmo mettere in relazione questo « iudicium dare » da un lato con la *petitio* dell'accusatore e dall'altro con la *litis aestimatio*, rappresentando esso l'oggetto immediato della prima (mentre l'oggetto mediato è lo svolgimento del giudizio di liquidazione del danno, accessorio, ma sempre intimamente legato al procedimento principale di condanna) e la condizione essenziale per lo svolgimento della seconda; in sostanza l'espressione è, a nostro avviso, da riferire, pur nella palese incertezza e frammentarietà dei dati a nostra disposizione, ad un'accessoria dichiarazione del magistrato di concedere la *litis aestimatio*, accogliendo la *petitio* col suo contenuto. Vorremmo cioè vedere anche in questa disposizione un riflesso di quella duplicità di aspetti, già osservata a proposito della dichiarazione formale dell'accusatore; si completa e si chiarisce così la fattispecie in questione: il pretore, di fronte alla *delatio* e relativa *petitio* dell'accusatore, si è rifiutato di accogliere e l'una e l'altra.

Nel passo troviamo ancora una volta una contrapposizione fra *petere* e *deferre*: all'uno si fa corrispondere *iudicium dare*, all'altro *recipere*. Tale osservazione, escludendo un valore generico di *petere*, conferma la nostra ipotesi di una *petitio* quale richiesta specifica di risarcimento. Il fatto che si parli talvolta di « pecuniam petere » ed altra volta di « iudicium petere », a nostro avviso, non fa che mettere in risalto l'intima connessione fra *pecunia* e *iudicium*: si chiede la restituzione, il risarcimento, attraverso una forma particolare di tutela; con *pecunia* si ha riguardo al fine, con *iudicium* al mezzo con cui tale fine si intende concretamente raggiungere, cioè a quella *litis aestimatio* che frequentemente è ricordata, ma l'oggetto di *petere* non cambia.

Che la restituzione del maltolto sia una delle finalità, se non quella determinante, dall'accusatore, risulta dal contesto

---

Significava anche l'insieme di un processo privato o pubblico, e in tal senso si parlava di *iudicia publica* e *privata*.

della legge: l'accusa deve infatti essere promossa dal danneggiato <sup>(18)</sup> e contro il magistrato che ha compiuto l'indebita estorsione <sup>(19)</sup>, oltre certi limiti fissati alla l. 3 <sup>(20)</sup>, con l'unica limitazione relativa all'impossibilità di sottoporre a giudizio il magistrato ancora nell'esercizio delle sue funzioni <sup>(21)</sup>.

Questo scopo non può certo raggiungersi per mezzo della *delatio*, la pura e semplice accusa, che non ci sembra comprendere in sé un'azione di risarcimento: essa porta alla sola « iudicium iudicatio », alla decisione dei giudici sulla innocenza o colpevolezza dell'accusato, come si rileva dalle ll. 55, 56 ss.

L'esistenza e l'importanza della *petitio* si possono spiegare considerando il fondamento, l'origine delle *quaestiones* <sup>(22)</sup>, cui

<sup>(18)</sup> ll. 1-2: « quoi socium nominisve latini exterarumve nationum, quoive in arbitrato, dicione potestate amicitivae populi romani... »; l. 19: « quei ex h.l. pecuniam ab arvorsario petet... ».

<sup>(19)</sup> Mentre le due leggi precedenti, come già accennato (cfr., retro, p. 7 nt. 10), chiamavano in causa solo i magistrati provinciali, la *lex Sempronia* si riferiva anche a quelli urbani.

<sup>(20)</sup> « ... in annos singulos pecuniae quod siet amplius HS nummum... ».

<sup>(21)</sup> Cfr. l. 8: « De heisce dum mag(istratum) aut imperium habebunt iudicium non fiet ».

<sup>(22)</sup> Sull'origine del procedimento ARANCIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 176, asserisce: « Non si può negare che la procedura così organizzata rappresenti in qualche modo il compromesso tra il processo criminale preesistente... e il processo privato. Ma queste regole che hanno potuto essere in parte determinate dallo svolgimento storico della *quaestio repetundarum* (le cui origini sono appunto in un processo privato), non tolgono la differenza essenziale fra l'uno e l'altro procedimento »: cioè unilateralità dell'uno e bilateralità dell'altro.

Vicina a questo è l'opinione di MOMMSEN, *Le droit pénal romain* (trad. fr. Duquesne), Paris 1907, I, pp. 208 e 215, il quale, studiando l'evoluzione del processo penale romano, riporta le *quaestiones* agli *iudicia publica*, posti in essere a seguito di azioni intentate dal singolo davanti al pretore competente per le cause civili, ma nell'interesse della comunità. Questo termine *iudicia*, indicando genericamente gli organi giurisdizionali collegiali, comprende anche le *quaestiones*, che sono una forma particolare di giuria, finchè, usato nel senso più ristretto, ne diviene sinonimo. In precisa opposizione alle tesi di MOMMSEN, v. la recente indagine di KUNKEL, *cit.*, che si propone appunto una ricostruzione del processo penale fino a Silla, prospettando tutta una serie di problemi che in questa sede non è certo possibile analizzare. Sul lavoro di KUNKEL v. l'interessante lettura di CRIFÒ, in « *Labeo* » 10 (1964), p. 1 ss.

più volte abbiamo fatto indiretti riferimenti. Questo tipo di procedimento, originato dalla necessità di reprimere adeguatamente il *crimen repetundarum*, è caratterizzato dal combinarsi di fondamentali esigenze di ordine pubblicistico, che sono alla base delle più antiche forme di repressione penale e delle singole *quaestiones extraordinariae* (su cui torneremo in seguito) con alcuni elementi, forme e principî propri del processo privato (più organico ed evoluto), ritenuti più idonei al fine reipersecutorio — che appare essenziale soprattutto nelle prime manifestazioni — e particolarmente utilizzabili per disciplinare lo svolgimento del nuovo processo pubblico, ancora privo di una propria organica struttura.

La combinazione di questi diversi elementi, nelle dovute proporzioni, non si realizza immediatamente, ma per gradi; perciò, mentre in un primo momento, con le *leges Calpurnia e Junia*, abbiamo solo un procedimento speciale, in cui l'elemento privatistico presenta ancora un'indubbia prevalenza su quello pubblicistico <sup>(23)</sup>, in seguito il primo tende ad essere

(23) Innanzitutto per il fine preminente, se non esclusivo, di ripetizione del malto, secondariamente anche per la forma: *legis actio sacramenti*, come ci informa la stessa *lex Sempronia*, l. 23 (cfr., retro, p. 6 nt. 9). A conclusioni in parte diverse giunge SERRAO, *Appunti sui « patroni » e sulla legittimazione all'actio nei processi repetundarum*, in « Studi De Francisci », II, Milano 1956, p. 471 ss. Studiando l'istituto dei patroni, il SERRAO tratteggia la linea di sviluppo dei processi *repetundarum*, dalle prime giurie create dal Senato *una tantum* (ad es., nel 171 a. C., secondo Liv. 43, 2) in seguito alle recriminazioni dei provinciali, purchè assistiti dai patroni, alla *lex Calpurnia*, che costituì per la prima volta un tribunale permanente e stabile che i processi venissero introdotti da una *legis actio sacramenti*, esperibile, ovviamente, dai soli patroni (cittadini romani) e, infine, alla *lex Sempronia* che riconobbe « la piena capacità degli stranieri di assumere il ruolo di accusatori in un processo pubblico, ll. 1-6 » (p. 481), e, in particolare, « ordinava, per la prima volta, accanto al processo pubblico delle *quaestiones*, un processo di ripetizione a carattere privato » (p. 483). L'A. si oppone a MOMMSEN — per il quale i precedenti dei processi *repetundarum* devono ricercarsi in un antico giudizio privato di ripetizione e già con la *lex Calpurnia* gli stranieri potevano usufruire di un'azione privata autonoma — dimostrando che di un'autonoma azione privata le fonti non conservano tracce, ma anzi fanno apparire assurda l'esistenza, pur riconoscendo, al tempo stesso, che, sia nell'organizzazione dei più

sempre più assorbito, una volta esaurita la sua funzione, per dar luogo ad un autonomo processo penale. La *lex Sempronia* si riporta a questo preciso momento storico, in quanto conferisce un più spiccato carattere penale (e insieme, ovviamente, pubblicistico) <sup>(24)</sup> al procedimento stesso, pur non riuscendo a superare, per taluni aspetti, la più antica concezione di delitto (cfr. il regime del furto, della rapina) come danno patrimoniale e di pena come riparazione patrimoniale.

In relazione a ciò, non ci sembra del tutto azzardato, dopo aver scorso l'intero testo della *lex Sempronia*, mettere in rilievo due serie di atti che presentano uno sviluppo parallelo: da un lato, *delatio, receptio, iudicium iudicatio*; dall'altro, *petitio, datio iudicii, litis aestimatio*. Si nota una certa corrispondenza fra i termini dell'una e dell'altra serie e, mentre attraverso i primi ci sembra che si tenda ad attuare un interesse pubblico, i secondi si riportano, a nostro avviso, alla tutela di un interesse meramente privato, patrimoniale.

---

antichi processi straordinari, sia nell'ordinamento della *quaestio*, è stata fatta larga applicazione di principi propri del processo privato.

La nostra divergenza dal SERRAO è più formale che sostanziale, in quanto, senza dubbio, le *quaestiones* non possono essere considerate come la diretta filiazione del processo privato; d'altra parte noi abbiamo parlato di compromesso fra due sistemi, fra due categorie di interessi e affermato che l'evoluzione del processo penale riposa sul diverso modo di configurarsi, di combinarsi, di questi sistemi, di questi interessi. Infatti, allorchè si creano le prime giurie straordinarie (che indubbiamente perseguono una finalità di ordine pubblico), viene data loro una configurazione che appare strutturata sul contemporaneo processo privato (in questo senso ad esso le *quaestiones* si riallacciano) ed appare perciò più idonea al fine previsto di condannare il magistrato malversatore alla restituzione del maltolto. Tale caratteristica rimane pressochè immutata nella *lex Calpurnia*, notevolmente attenuata nella *lex Sempronia*, con la quale si può veramente cominciare a parlare di processo penale, fino a scomparire, allorchè il processo penale acquista piena autonomia, pur conservando, ormai completamente assorbiti, assimilati, canoni e principi propri del processo privato.

<sup>(24)</sup> E' la *lex Sempronia*, infatti, che introduce l'istituto della *delatio*, nella quale si concreta il diritto di accusa e che costituirà uno dei cardini del procedimento penale. In tal senso v. anche PONTENAY DE FONTETTE, *op. cit.*, p. 30.

Ad ulteriore conferma di quanto siamo venuti dicendo, non ci resta che considerare le

ll. 58-59 (*de leitibus aestumandis*)

quei ex h. l. condemnatus erit, ab eo quod quisque petet, quouis ex h.l. petitio erit, id praetor, quei eam rem quaesierit, eos iudices, qui eam rem iudicaverint, aestumare iubeto... idque ad quaestorem, quantum siet quouisque nomine ea lis aestumata siet, facito deferatur.

In questa disposizione si stabilisce che, dopo la condanna, la *iudicium iudicatio* di cui si parla alla l. 55 ss., il pretore « aestumare iubeto » — e qui si allude con sufficiente chiarezza allo *iudicium* (al mezzo previsto per la tutela degli interessi patrimoniali dell'offeso) — ingiunga cioè agli stessi giudici che hanno accertato la colpevolezza dell'accusato di valutare l'ammontare del danno, in relazione alla *petitio* fatta. A questo punto ci sembra pienamente dimostrato che la *petitio* è una richiesta autonoma e contemporanea alla *delatio* e se ne distingue per il fine che le è connotato, di tendere ad una pena pecuniaria: abbiamo visto, infatti, nel passo or ora citato, come la *litis aestimatio* ne costituisca la diretta conseguenza.

La natura e la funzione della *petitio* ci permettono, altresì, di spiegare perchè tale atto perda sempre più d'importanza e, conseguentemente, le tracce ne divengano sempre più deboli ed incerte (il termine si trova in Cicerone usato ormai con valore generico), man mano che le *quaestiones* vengono ad organizzarsi come il vero e proprio processo penale, del tutto autonomo, e la pena pecuniaria passa in una posizione di secondo piano, fino a scomparire del tutto <sup>(25)</sup>.

<sup>(25)</sup> A questo proposito FERRINI, *Diritto penale romano*, in « Enciclopedia del diritto penale italiano », I, p. 410, dice: « La pena è rimasta pecuniaria anche nei primi tempi dell'impero: però, dalla legge *Servilia* in poi, alla condanna per *repetundae* si erano venute aggiungendo altre conseguenze, come la perdita dei diritti politici... remozione dal Senato... ineleggibilità alle pubbliche cariche. Nei giudizi

4. Nel testo della *lex Sempronia* fa la sua fugace apparizione anche il termine *postulare* — destinato ad avere in seguito, nel corso del I secolo a. C. soprattutto, una grande importanza — termine che, letteralmente, ha un valore analogo a quello di *petere* <sup>(26)</sup>. I passi che ci interessano sono:

l. 19

... nomenque eius deferto; sei deiuraverit calumniae causa non po[stulare, is praetor nomen recipito...]

l. 40

... aut adferatur coram eo qui postulaver[it...]

Si può parlare di un'assoluta identità <sup>(27)</sup> fra *petere* (e *petitio*) e *postulare*, sia per il valore che per gli effetti? Tale sovrapposizione non ci sembra ammissibile. Per qual motivo, infatti, nello stesso testo sarebbero stati usati, nel medesimo significato, due termini analoghi, ma pur sempre diversi, ed uno due sole volte? Questa circostanza farebbe piuttosto pensare a due atti differenziati, anche se coesistenti, senza considerare poi che mal si adatta a *postulare* il preciso specifico valore che abbiamo attribuito a *petere* e *petitio*, tanto nell'uno quanto nell'altro dei passi considerati. Se *postulare* non si identifica con *petere*, a cosa

---

imperiali prima, e poi generalmente, le pene mutarono e, secondo la gravità dei fatti, si applicò la relegazione e la deportazione ».

Del resto, sulla funzione della *petitio*, già MOMMSEN, *op. cit.*, II, p. 53, affermava: « La formation de la demande est désignée dans la *lex Acilia repetundarum* par le terme technique usité dans la procédure civile pour l'action personnelle, à savoir par le mot *petere*; mais cette appellation ne convient plus à la procédure développée des *quaestiones*, où l'on admet des condamnations supérieures aux condamnations pécuniaires; en fait elle a disparu dans la suite ».

<sup>(26)</sup> Cfr. FORCELLINI, *Lexicon totius latinitatis*, s.v. *Postulare*: « postulare... est petere, poscere, requirere; et videtur dici proprie de iis, quae iure aliquo nobis deberi putamus ».

<sup>(27)</sup> Così BRASIELLO, in « Nuovo Digesto Italiano », s.v. *Processo penale romano*, senza peraltro fornire spiegazioni, ma limitandosi a citare *lex Sempronia*, ll. 3, 4, 5, 6.

<sup>(28)</sup> V., *infra*, cap. II.

dunque si riferisce? Ad un atto autonomo, come vedremo all'epoca di Cicerone?

Una serie di considerazioni esclude, a nostro avviso, tale soluzione.

Prima di tutto, si parla di *postulare* e mai di *postulatio*, circostanza che ci appare piuttosto significativa: se il sostantivo si forma o, per lo meno, entra a far parte del linguaggio tecnico processuale molto più tardi rispetto al verbo corrispondente (e noi lo troviamo in Cicerone, quindi circa un secolo dopo), è molto probabile che, fino a tale momento, esista un termine generico, cui non corrisponde, di conseguenza, un atto preciso e determinato.

Possiamo anche notare che di per sè il verbo, più generico, si riferisce meglio all'azione, all'attività materiale del soggetto, mentre il sostantivo, per sua natura più specifico, si riferisce all'atto in sè: si determina quindi, in ordine di tempo, un passaggio dal *genus* alla *species*; e, infatti, noi troviamo qui *postulare* e non *postulatio*, mentre in età ciceroniana incontreremo frequentemente anche il secondo termine.

E' altresì sintomatica la circostanza che si parli di *delatio* e di *deferre*, di *petere* e di *petitio*, ma solo di *postulare*; il fatto è che con i primi due ci si riferisce ad una certa attività e ad un atto specifico dell'accusatore, mentre la stessa cosa non si può dire del terzo, cui corrisponde una generica attività, non meglio determinata. Certo, si potrebbe anche sostenere che, siccome il testo risulta in più parti frammentario, la menzione del termine *postulatio* si trovasse in una disposizione a noi non pervenuta; ma tale mancanza sarebbe, per lo meno, alquanto strana; molto più logico è ritenere che *postulare* sia qui usato per indicare genericamente e semplicemente che un accusatore si è presentato per svolgere una certa attività (*petitio nominisque delatio*), ma ciò non implica affatto che egli abbia inoltrato una precisa richiesta di essere ammesso a svolgerla, come, invece, si verificherebbe successivamente.

Infine, considerando più da vicino i due frammenti sopra citati, alla *l.* 40 « coram eo qui postulaverit » ci appare niente altro che una circoloncuazione, da rendere più semplicemente con « in presenza dell'accusatore », cioè in presenza di colui che ha compiuto gli atti necessari (*petitio* e *delatio*) a deferire taluno alla *quaestio* competente. Analoghe conclusioni si traggono dall'altro frammento, che non sarà inopportuno richiamare :

*l.* 19

nomenque eius deferto ; sei deiuraverit calumniae causa non po[stulare, is praetor nomen recipito...]

E' evidente che qui non può essere attribuito al termine *postulare* il valore con cui lo abbiamo trovato usato in Cicerone, di richiesta presentata al magistrato, precedentemente alla *delatio*, per il semplicissimo fatto che la *delatio* è già stata compiuta.

A nostro avviso quindi, — e d'altra parte ci sembra la soluzione più aderente al testo — *postulare* è una espressione generica, diretta ad indicare l'attività dell'accusatore e, di conseguenza, comprensiva tanto della *delatio* quanto della *petitio*.

5. Contemporaneamente alla *delatio* ed alla *petitio*, l'accusatore compie un altro atto, del quale vien fatta menzione alla *l.* 19, sopra citata. Vi si parla infatti del giuramento, *ius iurandum calumniae*, che deve essere appunto prestato dall'accusatore e che si sostanzia in una dichiarazione solenne di non aver presentato la sua accusa *calumniae causa*, cioè senza fondamento, per fini di vendetta. Circa lo *ius iurandum calumniae*, del quale ci resta ancora qualche traccia in un passo di Cicerone e in uno di Livio (<sup>29</sup>), non troviamo nelle fonti successive alcuna esplicita

(<sup>29</sup>) Cic., *ad fam.* 8, 8, 3: « nam de divinatione Appius, cum calumniam iurasset, contendere ausus non est Pilioque cessit »; Liv. 33, 47, 5: « nisi velut accusatores calumniam in eum iurarent ac nomen deferrent ». In questo passo Livio si riferisce ad Annibale ed a titolo esemplificativo fa un'allusione allo svolgimento

menzione: questa circostanza costituisce, a nostro avviso, un probabile indizio della progressiva decadenza dell'istituto, almeno per quanto riguarda la sua specifica funzione. Il giuramento, comunque, in base alla *lex Sempronia*, appare come una condizione (*condicio iuris*) per l'accoglimento dell'accusa e deve quindi trovar luogo tra la *delatio* e la *receptio* <sup>(30)</sup>.

Dobbiamo infine notare come nel frammento risultino nettamente distinte l'attività dell'accusatore: « in ious educito nomenque ius deferto » e quella del magistrato: « recipito », atto formale di recezione dell'accusa, con cui la *quaestio* sembra definitivamente instaurata. Abbiamo detto « sembra » e, infatti, fino a questo momento, non si è ancora proceduto alla scelta dei giudici che comporranno il *consilium quaestionis*: ora, se il rapporto processuale si costituisce fra accusatore, accusato e giudice, nel nostro caso parrebbe dunque necessario attendere l'*editio* e l'*electio* (designazione dei singoli giudici). Ma è pur vero che, mentre gli atti finora compiuti sono pressochè contestuali e costituiscono un unico blocco, l'*editio* e l'*electio* ci appaiono trop-

---

del processo penale: l'esplicita menzione del giuramento sta a significare che questo atto aveva avuto, nel processo stesso, una funzione determinante, tanto da restarne un così nitido ricordo.

(30) Sul frammento vedi anche PONTENAY DE FONTETTE, *op. cit.*, p. 59, il quale afferma che l'accusatore formulava la sua accusa unitamente al *ius iurandum calumniae*, la dimostrata falsità del quale avrebbe determinato l'applicazione della *lex Remnia*. Contra LABOULAYE il quale, *op. cit.*, p. 341, richiamandosi altresì al passo di Cicerone citato nella nota precedente, sostiene che il giuramento doveva essere prestato prima della *delatio*. Ora, se tale affermazione è senz'altro conforme al passo di Cicerone, non appare affatto giustificata dal testo della *lex Sempronia*, come crediamo di avere sufficientemente mostrato in più occasioni, tra l'altro anche a proposito della *postulatio* (cfr. *retro*). L'errore in cui appare incorso l'A. citato consiste nell'aver chiamato a conferma della propria tesi due passi relativi allo stesso atto solo apparentemente, ma riflettenti, in sostanza, due diversi momenti della storia del processo penale. Si parla prima e dopo di *ius iurandum*, ma la funzione di questo è nei due casi molto diversa, come pure la sua importanza. Avremo modo di ritornare su questo punto e di notare, a suo tempo, le modificazioni intervenute, in materia, all'epoca di Cicerone. Del resto, tutta la ricostruzione del LABOULAYE, pur preziosa sotto molti aspetti, presenta il difetto di ricorrere indiscriminatamente a documentazioni relative a periodi storici diversi.

po nettamente distinte anche nel tempo <sup>(31)</sup> per poter essere messe sullo stesso piano degli altri; inoltre, anche prima del loro compimento, risulta determinata la persona che presiederà la *quaestio*, il *praetor peregrinus*, e, potenzialmente, c'è già una *quaestio*, preesistendo la lista dei 450 cittadini: si tratterebbe solo di individuare la persona fisica dei singoli componenti.

Vi è tuttavia una circostanza che induce a considerare con maggior attenzione il valore da attribuire a questa *editio* (ed *electio*), circostanza messa in luce dalle

ll. 26-27

Praetor... facito eos Lvros, quos is qui petet et unde petetur ex h.l. legerint ediderint, eosque patronos, quos quei petet ex h.l. dederit... in taboleis popliceis scriptos habeat. Ea nomina quei petiverit et unde petitum erit, quei eorum volet ex taboleis popliceis describendi is praetor potestatem facito...

Dopo la costituzione del *consilium quaestionis*, dunque, il pretore attua una forma di pubblicità: iscrive cioè « in taboleis popliceis » i nomi dei giudici scelti e degli eventuali patroni, il che presuppone, ovviamente, il compimento dell'*editio*. Tale *inscriptio* ha quindi lo scopo di rendere nota l'accusa formulata, i nomi dei giudici che su di essa sono chiamati a pronunciarsi e, probabilmente, anche il nome dell'accusato, come sembra potersi desumere dalla

l. 5

de quo ex h.l. ioudicatum erit sei contra h.l. fecisse deicetur, postquam ea res ioud] icata erit, aut quouis

(31) In diversi passi della *lex Sempronia* (l. 21 ss.) si stabilisce che l'*editio* da parte dell'accusatore deve avvenire 20 giorni dopo la *delatio*, e l'*electio* da parte dell'accusato ben 60 giorni dopo tale termine, con l'ulteriore precisazione che, nel caso di un rifiuto, questi andrà incontro a certe conseguenze, non precisabili, tuttavia, allo stato del testo. Inoltre, l'ordine del magistrato ai due contendenti di presentarsi entro un certo termine (che si fa decorrere dal compimento

nomen praevaricationis causa delatum erit, aut quoum  
nomen ex h.l. ex reis exemptum erit.

*Exemptum* allude, infatti, proprio all'atto esattamente contrario all'*inscriptio* e, indirettamente, la conferma.

Al momento di stabilire la natura dell'*editio*, ci troviamo di fronte a dati apparentemente contrastanti, in quanto l'affermazione contenuta nelle ll. 26-27 ci impedisce di sottovalutarla, relegandola assolutamente al di fuori del rapporto processuale <sup>(32)</sup> mentre, d'altro canto, le precedenti osservazioni ci impediscono di metterla sullo stesso piano della *delatio* e della *receptio*.

Ridotta la questione entro questi termini, la soluzione ci sembra scaturire proprio da quello che appariva un insanabile contrasto: l'*editio* tende infatti a configurarsi come elemento integrante o perfezionatore del rapporto, peraltro già costituito attraverso le dichiarazioni formali dell'accusatore e del magistrato, e cioè come una sua condizione di efficacia, tanto che proprio ad essa fa seguito l'iscrizione, quale forma embrionale di pubblicità.

6. A questo punto potremmo legittimamente chiederci quale sia la posizione rispettiva della *delatio* e della *receptio*, che appaiono come i cardini del sistema. Ci troviamo di fronte a due distinte manifestazioni di volontà: una dell'accusatore e una del magistrato. Sono ambedue sullo stesso piano o c'è una prevalenza dell'una sull'altra? Per rispondere a tale domanda dobbiamo esaminare ancora due passi della *lex Sempronia*. Vediamo innanzitutto la

---

della *delatio*) potrebbe addirittura apparire, nel modo in cui ci si presenta, come uno degli effetti immediati della costituzione del rapporto stesso: « recipito facitoque... » (l. 20).

<sup>(32)</sup> Dal momento che, come abbiamo detto, solo dopo il compimento di tale atto si fa luogo all'*inscriptio*.

## L. 29

quoium nomen ex h.l. delatum erit, sei is ante mortuos erit... aut in exilium abierit, quam ea res iudicata erit, eam rem... item quaerito... quasi sei is quoius nomen ex h.l. delatum erit viveret in civitate esset.

Si dice dunque che, nel caso di morte o assenza di colui il cui nome è stato oggetto di una *delatio*, prima tuttavia della pronuncia della sentenza, si procede come se egli fosse presente. Il passo può essere messo in relazione con quello precedentemente considerato (L. 19): infatti, se si discute sulla possibilità di assenza dopo la *delatio*, quindi nel giudizio, e si risolve la situazione mediante un *fictio*, indirettamente si conferma che l'accusato deve essere presente al momento della *delatio*. A parte queste considerazioni, è importante notare come, nel caso contemplato, il rapporto si sia già costituito, dal momento che si parla di giudizio e, pur tuttavia, si accenni alla *delatio* e non anche alla *receptio*; inoltre, nel testo complessivo della legge, si parla sempre della prima, molto raramente della seconda. Questo rilievo non deve tuttavia portare alla conclusione — paradossale — di una assoluta preminenza della *delatio* stessa e quindi di un'unica manifestazione di volontà sufficiente a costituire il rapporto, riducendo la *receptio* a una condizione di efficacia della prima; pur non potendo sottovalutare, da un lato, l'attività e la volontà dell'accusatore, non possiamo, dall'altro, minimizzare la funzione magistratuale, soprattutto in una società, come la romana, che considerava l'*imperium* cardine e fondamento della propria organizzazione politica. Ma riprendiamo brevemente in esame la

## L. 4

sei quis deicet praetorem nomen ex h.l. ita non recepisse utei delatum esset neque iudicium ex h.l. datum esse utei peteret; de ea re eius petitio nominisque delatio esto, praetoris quaestio esto...

Tralasciando altri elementi, non essenziali ai fini della presente indagine, concentriamo la nostra attenzione sulla prima parte, in cui si considera l'ipotesi che il pretore non abbia compiuto la *receptio* conformemente alla *delatio*, nè abbia voluto « iudicium dare » conformemente alla *petitio*. E' evidente che questa disposizione e la relativa sanzione (tale è senz'altro la seconda parte) non si spiegherebbero se la *receptio* non fosse essa stessa essenziale al fine della costituzione del rapporto. Pur essendo, tuttavia, necessaria, la *receptio* si configura come atto dovuto: il magistrato, infatti, una volta che l'accusatore abbia formulato la sua dichiarazione di accusa, la richiesta del malto e prestato giuramento, è inderogabilmente tenuto ad accogliere la *delatio* e, conseguentemente, la *petitio*.

7. Concluso l'esame del testo epigrafico, limitatamente alle disposizioni che ci interessano in modo immediato, cioè a quelle relative al procedimento preliminare, vogliamo ora, per completare e chiarificare l'esposizione, riassumere e inquadrare i risultati raggiunti.

Abbiamo innanzitutto cercato di mettere in giusta luce le innovazioni apportate dalla *lex* che, istituendo per prima un tribunale stabile <sup>(33)</sup> con competenza in materia criminale, sia pure solo per un particolare *crimen*, ha operato una differenziazione fra giurisdizione e legislazione penale, organizzando, al tempo stesso, un tipo di procedimento che non sempre riesce a liberarsi dai vincoli di un compromesso di struttura e di forma, determinato da necessità contingenti, ma che, tuttavia, ha in sè la possibilità di un'autonoma evoluzione, i cui frutti non tarderanno a prodursi e manifestarsi.

---

<sup>(33)</sup> Già alla *lex Calpurnia* si fa risalire la prima *quaestio perpetua*, il cui procedimento non ha tuttavia carattere pubblicistico; di conseguenza preferiamo riportare l'istituzione delle *quaestiones perpetuae*, nella loro fondamentale e tradizionale funzione, nella loro struttura di processo pubblico, alla *lex Sempronia* e soltanto ad essa.

L'articolazione del procedimento preliminare trova la sua naturale spiegazione nell'insieme dei fattori che hanno determinato la legge e nei fini che essa si proponeva di realizzare. Da un lato essa infatti tendeva ad una riparazione patrimoniale (stabilendo un'ammenda pari al doppio valore di ciò che era stato indebitamente estorto): apparentemente nulla innovava rispetto alle *leges Calpurnia* e *Iunia*, ma, in realtà, mentre queste se la proponevano come unico fine, la *lex Sempronia* la realizzava in via secondaria, con una decisione degli stessi giudici cui competeva l'emissione della sentenza di condanna, pronunzia che era prima, quindi, non solo in ordine di tempo, ma anche di importanza; dall'altro lato essa tendeva a sanzionare il fatto illecito in sè. In un primo momento abbiamo la *iudicium iudicatio*, poi la *litis aestimatio*: si è perciò operata una rivalutazione dell'aspetto antiggiuridico in senso pubblicistico dell'atto illecito, ossia dell'atto compiuto *non iure*.

Dati questi interessi che la legge si propone di tutelare, l'accusatore (nel procedimento delle *quaestiones* l'iniziativa è appunto affidata ad un privato, sia pure in veste di rappresentante della comunità, e non ad un organo pubblico), presentatosi al magistrato competente (il *praetor peregrinus*), compie la *delatio* (dichiarazione di accusa) al fine di ottenere la condanna dell'accusato e formula altresì la *petitio*, ossia richiede la restituzione del maltolto attraverso la *litis aestimatio*. Abbiamo cercato, a questo proposito, di spiegarci la funzione e l'importanza della *petitio* nell'economia del procedimento preliminare e le ragioni della progressiva decadenza dell'istituto in questione, escludendo la possibilità di una sua identificazione con la *delatio*, prima, e con la *postulatio*, poi, anzi, per essere più precisi, col termine *postulare*, che ricorre due sole volte e con un valore assolutamente generico, non certo riconducibile a quello di « istanza che apre il procedimento preliminare ».

Ai due atti si accompagna anche il giuramento dell'accusatore di non aver formulato calunniosamente la sua accusa. Esple-

tate queste formalità, alla presenza dello stesso accusato, il magistrato dichiara a sua volta di *recipere* il *nomen* indicato, impegnandosi, quindi, a che si svolga regolarmente il giudizio, prima, la *litis aestimatio*, poi. Seguono l'*editio* e l'*electio* dei componenti la giuria, dopo di che il magistrato provvede a far incidere su tavolette i nomi dei giudici, degli eventuali *patroni*, sembra anche del reo, realizzando così una primitiva forma di pubblicità. Il sistema tratteggiato dalla *lex Sempronia* è estremamente semplice e si esaurisce in un tempo relativamente breve: le dichiarazioni dell'accusatore e del magistrato sono senz'altro contemporanee, con un'indubbia preminenza della prima sulla seconda che si configura come atto dovuto, mentre successiva è la formazione della giuria.

Su questo pur semplice schema si impernierà, tuttavia, il processo accusatorio delle età successive.

## II

### IL PROCEDIMENTO PRELIMINARE NEL PROCESSO ACCUSATORIO DELL'ULTIMA ETÀ REPUBBLICANA

SOMMARIO: 1. Premesse. — 2. La *postulatio* come atto introduttivo del procedimento preliminare. — 3. Il contenuto della *delatio nominis*. — 4. L'attività magistratuale: *receptio e inscriptio*. — 5. La funzione dei *subscriptores*. — 6. Di alcuni problemi relativi a Cic., *de inv.* 2, 19, 58. — 7. Osservazioni conclusive sulla struttura del procedimento preliminare nell'ultima età repubblicana.

1. Il processo penale, del quale la *lex Sempronia iudiciaria* <sup>(1)</sup> segna la nascita, inizia, fino dagli ultimi anni del II secolo a. C., attraverso molteplici tappe, la sua lenta evoluzione che trasformerà l'embrionale organizzazione, tracciata con poche scarse disposizioni, in una entità più organica e complessa, indice di una più matura coscienza giuridica.

Pur determinando con una certa precisione il punto di partenza, non possiamo invece stabilire con altrettanta precisione il momento in cui tale evoluzione si esaurisce. Ma, a dir vero, quel momento non può nemmeno esistere: sarebbe, infatti, storicamente, un assurdo, in quanto ogni istituto è naturalmente soggetto a trasformazioni intrinseche ed estrinseche, dipendenti da una pluralità di fattori, non sempre esattamente individuabili, sempre comunque dal diverso grado di maturità morale, giuridica, politica della società in cui vive. Fin dal momento della sua creazione esso ha in sè i germi della trasformazione che si svilupperanno con manifestazioni più o meno intense, ed an-

---

(1) Cfr., *retro*, p. 5 ss.

che quando sembrerà di non poter riconoscere l'originario istituto in quello più evoluto, più rispondente alle nuove esigenze, che volta a volta ci si presenta, non dovremo pensare che il primo abbia completamente esaurito la sua funzione, dando vita al secondo, ma che ne abbia piuttosto mutato l'oggetto, anzi la direzione, mantenendo, tuttavia, immutato il principio animatore. Potranno modificarsi alcune forme, alcuni elementi, ma non si avrà mai una completa scissione, storicamente, tra una fase e l'altra: ciascuna troverà il suo fondamento, la sua giustificazione, in quella che l'ha preceduta. Più esattamente forse potremmo parlare di cicli evolutivi, la conclusione di uno dei quali non rappresenta che il punto di partenza per il successivo e così via verso posizioni sempre più avanzate, con un movimento a spirale, senza sostanziale soluzione di continuità.

Verso la metà del I secolo a. C. la trasformazione in atto ha già acquistato tali notevoli proporzioni da indurci a considerare ormai concluso il primo ciclo. Infatti, allorchè rivolgiamo la nostra attenzione all'opera di Cicerone, non tardiamo ad accorgerci come, trascorsi ormai tre quarti di secolo dalla *lex Sempronia*, nuove leggi più organiche, in particolar modo quelle legate alla riforma sillana <sup>(2)</sup>, abbiano dato al procedimento preliminare, che soprattutto ci interessa, una fisionomia ben diversa, e cioè una configurazione meglio definita.

2. Al fine di una esatta ricostruzione della configurazione assunta dal procedimento preliminare in età ciceroniana, sarà

---

(<sup>2</sup>) Dopo la *lex Sempronia*, abbiamo, in ordine di tempo: la *lex Servilia Caepionis* (106 a. C.), che segna un passo indietro rispetto alla prima, soprattutto per quel che concerne la composizione della giuria, non più privilegio esclusivo dell'*ordo equester*; la *lex Servilia Glauciae* (100 a. C.), la quale, oltre a ripristinare il regime della *lex Sempronia*, introduce l'istituto della *comperendinatio* e la procedura 'quo ea pecunia pervenerit'; le brevi riforme di L. Druso (91 a. C.) e Plauzio (89 a. C.), la *lex Cornelia repetundarum*, cui si affiancano: una *lex Cornelia iudiciaria* (81 a. C.) e una *lex Aurelia iudiciaria* (70 a. C.); infine la *lex Iulia repetundarum*, con la quale si conclude la produzione normativa penale dell'età repubblicana. Sull'argomento, cfr. PONTENAY DE FONTETTE, *op. cit.*, p. 71 ss.

opportuno cogliere dapprima i singoli aspetti del problema, e cioè le sue singole manifestazioni, per raggiungere infine l'unità, ovverosia la visione sintetica del fenomeno processuale nel particolare momento storico, di cui ci stiamo interessando.

Il primo elemento importantissimo ci è fornito da

Cic., *ad fam.* 8, 6, 1:

Illud mihi occurrit, quod inter postulationem et nominis delationem uxor a Dolabella discessit.

Dalla lettura del passo risulta infatti una contrapposizione fra la *postulatio* e la *delatio*, presentate come due momenti ben differenziati l'uno dall'altro, non solo riguardo alla struttura, ma altresì al tempo, poichè il termine *postulatio* non ha qui certo la funzione di indicare genericamente l'attività dell'accusatore nella fase preliminare <sup>(3)</sup>, e dall'altra è inequivocabile il riferimento ad un intervallo di tempo fra la prima e la seconda. Da tutto ciò consegue, ed il passo citato conferma pienamente tale interpretazione, che qui si parla di *postulatio* con riferimento a qualcosa di ben preciso, ad un atto autonomo, precedente alla *delatio* stessa. Qual'è la struttura e la funzione di tale atto? Innanzitutto *postulare* e *postulatio*, letteralmente ed in generale, significano « chiedere » e « richiesta » e, nel linguaggio tecnico processuale, sono usati per indicare la presentazione di una richiesta al magistrato, nel corso di un procedimento, sia nell'ambito del processo privato che pubblico <sup>(4)</sup>.

<sup>(3)</sup> Valore che avevamo invece attribuito al termine *postulare* nel testo della *lex Sempronia*, cfr., *retro*, p. 21.

<sup>(4)</sup> Confermano tale applicazione nell'ambito del processo penale: Cic., *Verr.* I, 2, 6: « Itaque, cum ego diem inquirendi... postulavissem... iste qui diem postulare... » (si tratta qui di una richiesta, presentata dopo l'accoglimento dell'accusa, sia dall'accusatore che dall'accusato, di un certo termine per raccogliere la documentazione necessaria ai fini del giudizio); Cic., *pro R. Am.* 2, 7: « Si vobis aequa et honesta postulatio videtur, iudices, ego contra brevem postulationem adfero et, quo modo mihi persuadeo, aliquanto aequiorem » (dove *postulatio* allude a precise richieste degli oratori nel corso della discussione). Esatto riscontro e piena conferma dell'appartenenza dei termini *postulatio* e *postulare* al linguaggio tec-

Una volta stabilito il valore generico di *postulatio* e *postulare*, dobbiamo determinarne la funzione specifica, con riferimento al procedimento preliminare del processo penale, funzione che ci viene illustrata da

Cic., *Div. in Q. Caec.* 20, 64 :

Nuper, cum in P. Gabinium vir fortissimus et innocentissimus L. Piso delationem nominis postularet et contra Caecilium peteret...

La *postulatio* si configura, dunque, come la richiesta che taluno presenta al magistrato al fine di essere ammesso all'accusa (<sup>5</sup>), in altri termini al fine di ottenere quella che altrove viene

nico processuale ci sono dati da alcuni passi relativi al processo privato, dove si parla, ad es., di « iudicem postulare » (Gai. 4, 7), di « postulare exceptiones » (Cic., *de inv.* 2, 19, 58) e, inoltre, da due testimonianze di Ulpiano che ne riassumono le diverse applicazioni: D. 3, 1, 1, 2 (6 *ad ed.*): « Postulare autem est desiderium suum, vel amici sui, in iure apud eum, qui iurisdictioni praeest, exponere vel alterius desiderio contradicere »; D. 39, 2, 4, 8 (1 *ad ed.*): « Hoc autem iudicium certam conditionem habet, si postulatum est, ceterum qui non postulavit, experiri non potest. Postulare autem proprie hoc dicimus, pro tribunali petere, non alibi ».

Sull'argomento cfr. anche PUGLIESE, *Il processo formulare*, Genova 1948-49, II, p. 64.

(<sup>5</sup>) Anche FORCELLINI, *loc. cit.*, mette in luce i due diversi valori del termine *postulare*; in generale: « postulare... est petere, poscere... et videtur dici proprie de iis, quae iure aliquo nobis deberi putamus », valore specifico: « ...petere ut alicuius nomen deferre liceat, cumque reum facere: quod quum impetratum est, tunc rei nomen deferretur: isque accusatur ».

Il passo ciceroniano ci offre lo spunto per mettere in evidenza un certo parallelismo nel valore dei termini *petere* e *postulare*. Indubbiamente, tanto l'uno che l'altro entrano ben presto a far parte del linguaggio tecnico processuale, con un analogo valore: ambedue i verbi — ed i relativi sostantivi — sono riferibili e riferiti ad istanze presentate nel corso di un procedimento, quindi ad una serie indefinita di atti; ad un certo momento, tanto l'uno che l'altro, pur non venendo meno il loro più ampio significato, acquistano una particolare sfumatura, indicando specificatamente una fra le innumerevoli possibili richieste. Nell'ambito del processo penale ciò si verifica per la *petitio* con la *lex Sempronia* (dove appunto *petitio* = istanza di risarcimento) e per la *postulatio* nella prima metà del I secolo a. C.: vi possono essere infinite *postulationes*, ma *postulatio* per antonomasia è quella che apre il procedimento preliminare. Naturalmente, allorchè la successiva evoluzione renderà superfluo tale atto, verrà meno anche questa partico-

definita « potestas deferendi » (*ibid.* 19, 63): una istanza preliminare, dunque, all'effettivo esercizio del diritto di accusa — del quale costituisce il necessario presupposto — strutturata in modo tale da indicare: il nome dell'accusatore e dell'accusato, il reato e, talvolta, anche la disposizione legislativa istitutiva della *quaestio*. Ciò risulta chiaramente dal contemporaneo esame testuale di

Cic., *ad fam.* 8, 8, 2 :

Q. Pilius necessarius Attici nostri, de repetundis eum postulavit...,

Cic., *ad fam.* 8, 8, 3 :

... et ipse de pecuniis repetundis a Serviliis est postulatus...,

Cic., *ad Q. fr.* 2, 3, 5 :

Sextius ab indice Cn. Nerio Pupinia est postulatus...,

Cic., *in Vat.* 14, 33 :

Quaero etiam illud ex te... postulatusne sis lege Licinia et Iunia.

Ora, se la *postulatio* consiste nella richiesta, specifica, di essere chiamato all'accusa vera e propria, da ciò consegue che qualcuno dovrà dichiararla o meno ammissibile, cioè il magistrato, che si pronuncerà dopo aver accertato preliminarmente l'esistenza di alcuni presupposti e la mancanza di impedimenti. Questo accertamento non esiste certo nel sistema della *lex Semproniana*, dove *postulare* ha solo un valore generico <sup>(6)</sup>, ma viene introdotto successivamente, forse con le riforme di Silla, tanto che, all'epoca di Cicerone, appare organicamente inserito nel procedimento introduttivo e ormai completamente disciplinato.

---

lare sfumatura di significato, come del resto abbiamo già avuto modo di osservare a proposito della *petitio*.

(<sup>6</sup>) Cfr., *retro*, p. 21.

Abbiamo parlato di accertamento preliminare e su questo punto non esistono dubbi; dobbiamo ora precisarne l'oggetto (<sup>7</sup>), cominciando dai presupposti soggettivi riguardanti la capacità processuale del postulante. Innanzi tutto si richiede il possesso della cittadinanza romana e della civica onorabilità (<sup>8</sup>), non devono inoltre preesistere fra accusatore ed accusato rapporti di *pietas*, in relazione a magistrature insieme gerite (<sup>9</sup>); un impedimento temporaneo è rappresentato poi dal possesso della dignità magistratuale, che persegue l'evidente finalità di escludere ogni interferenza, ogni ingiustificata e ingiustificabile influenza sui giudici a causa della posizione di particolare rilievo rivestita dal postulante (<sup>10</sup>); infine l'accusatore deve essere unico, pur potendo essere affiancato da altri soggetti, senza veste ufficiale, in una posizione di secondo piano. Nel caso in cui siano presentate, perciò, da più accusatori, contemporaneamente, diverse *postu-*

(<sup>7</sup>) A questo proposito vedi HITZIG, in PAULY-WISSOWA, *RE.*, s.v. *Delatio*. L'A. afferma che tra la *postulatio* e la *delatio* si pone un esame dei presupposti processuali e, in particolare, della capacità processuale del postulante e della accusabilità del postulato. Analogamente ARANCIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 175, dice che l'accusa è preceduta da una *postulatio*, con la quale si richiede al magistrato la facoltà di accusare, facoltà che può essere negata se il richiedente sia persona indegna. Cfr. anche COSTA, *Cicerone giureconsulto*<sup>2</sup>, II, Bologna 1927, p. 135 ss., e relativa ampia documentazione. Il LABOULAYE, *op. cit.*, p. 342, afferma: « La *postulatio* avait probablement pour but de mettre le préteur à même de vérifier si l'accusateur n'était pas dans la catégorie des personnes auxquelles les lois interdisaient le droit d'accusation ».

(<sup>8</sup>) Cfr. Cic., *Div.* 11, 34: « Concedas oportet iis, qui nullo suo peccato impediuntur, quo minus alterius peccata demonstrare possint » e il relativo commento di Pseudo Ascon. (197 Stangl): « ..Certae etiam personae sunt quae indices fieri possint... Index est autem qui facinoris cuius ipse est socius latebras indicat impunitate proposita. Est autem sensus: 'Index potes esse, si tibi hoc licet; accusator, de qua re agimus, esse non potes' ».

(<sup>9</sup>) Su questo punto ritorneremo nel corso dell'esame del testo della *Divinatio*, poichè Cicerone si richiama proprio all'esistenza di questo impedimento contro la candidatura di Cecilio. V., *infra*, p. 36.

(<sup>10</sup>) Cfr. *pro Murena*, 28, 59: « Nolo accusator in iudicium potentiam adferat... »; 32, 67: « remove auctoritatem quae in iudiciis aut nihil valere, aut ad salutem debet valere »; *pro Cluent.* 34, 94: « ... quod accusante tribuno plebis condicione aequa disceptari posse non putarunt ».

Sull'indegnità dell'accusatore, l'accusato può provocare un *praeiudicium*: così COSTA, *loc. cit.*

*lationes* nei confronti della stessa persona e per lo stesso reato, si fa luogo ad un autonomo accertamento cui viene dato il nome di *divinatio* <sup>(11)</sup>. Questa eventuale *divinatio*, che tende a determinare chi fra tutti presenti le maggiori garanzie di disinteresse e imparzialità, non è dunque che un aspetto, anche se il più appariscente, della fase di accertamento originata dalla *postulatio*, della quale viene a costituire, perciò, un'ulteriore conferma. Circa la *divinatio* esaminiamo alcuni passi tratti dalla più celebre orazione relativa ad essa, pervenutaci integralmente: la *Divinatio in Q. Caecilium*, preliminarmente all'accusa contro Verre, nella quale Cicerone ha come avversario Q. Cecilio; la sua lettura potrà ben illuminarci circa la struttura di tale procedimento. Cominciamo da un passo, precedentemente citato, che non sarà inopportuno riportare qui nella sua integrità.

Cic., *Div.* 20, 64 :

nuper cum in P. Gabinium vir fortissimus et innocentissimus L. Piso delationem nominis postularet et contra Q. Caecilium peteret; isque se veteres inimicitias... persequi diceret, cum auctoritas... Pisonis valebat plurimum, tum erat illa causa iustissima, quod eum sibi Achaei patronum adoptarant.

---

(11) Cfr. la definizione che suggerisce Pseudo Asconio (186 Stangl) proprio in relazione alla *Divinatio in Q.C.*: « *Divinatio* dicitur haec oratio quia non de facto quaeritur... sed de futuro, quae est *divinatio*, uter debeat accusare ». Vedi anche la spiegazione che dello stesso termine ci offre Aulo Gellio, *Noctes Atticae* 11, 4: « Cum de constituendo accusatore quaeritur iudiciumque... redditur, cuius potissimum... accusatio... in reum permittatur; ea res atque iudicium cognitio *divinatio* appellatur. Id vocabulum quam ob causam ita factum sit quaeri solet. Gabio Bassus... 'Divinatio — inquit — iudicium appellatur, quoniam divinet quodammodo iudex oportet, quam sententiam sese ferre par sit... Sed videtur eum significare velle, idcirco dici *divinationem*; quod in aliis quidem causis iudex ea quae didicit... sequi solet: in hac autem re... parva admodum et exilia sunt... et propterea, quoniam magis ad accusandum idoneus sit, quasi *divinandum* est'. Sed alii... et idcirco, quod adhuc usque deest et latet, *divinatione* supplendum est, quisnam sit *accusator futurus* ».

Due sono i soggetti che si contendono il diritto di accusa e si allude abbastanza chiaramente ad un dibattito in piena regola davanti al magistrato che, al termine, dovrà dichiarare chi di loro è ammesso alla *delatio*. Una rapida lettura della *Divinatio in Q. Caecilium* mette in luce lo svolgimento di questo dibattito: sappiamo infatti che, nel corso dell'orazione, Cicerone indica i motivi per cui Q. Cecilio non può essere legittimato all'accusa contro Verre. E, infatti, l'oratore rileva che il fatto di essere stato questore con l'accusato, in rapporti di *pietas* quasi filiale, dà adito a sospetti circa l'onestà delle sue intenzioni e induce piuttosto a pensare che Cecilio cerchi di favorire l'antico superiore; mette al tempo stesso in evidenza la ferma volontà dei Siciliani — spogliati dalle malversazioni di Verre — di avere lui, Cicerone, quale vendicatore dei torti subiti. E non a caso Cicerone riporta qui l'episodio di Pisone, la cui *postulatio* nei confronti di P. Gabinio era stata ritenuta più autorevole, e quindi più degna di essere presa in considerazione, di quella, contemporanea e di ugual contenuto, presentata da Cecilio, proprio per il fatto che i provinciali danneggiati avevano designato il primo quale difensore dei loro diritti violati. E' innegabile la corrispondenza fra la situazione di Pisone e quella attuale di Cicerone: anch'egli, infatti, può citare a suo favore l'esplicita designazione da parte dei danneggiati e, con la consueta abilità, sfrutta a suo vantaggio tale autorevole precedente. L'importanza della volontà dei danneggiati è comunque uno degli argomenti su cui Cicerone ama ritornare: argomento molto probante, dunque, che troviamo più chiaramente svolto in

Cic., *Div.*, 3, 10:

Cum de pecuniis repetundis nomen cuiuspiam deferatur, si certamen inter aliquos sit cui potissimum delatio detur, haec duo in primis spectari oportere: quem maxime velint auctorem esse ei quibus factae esse dicantur iniuriae, et quem minime velit is, qui eas iniurias fecisse arguatur.

Secondo Cicerone, dunque, qualora si presenti la necessità di una *divinatio*, al fine di stabilire «cui potissimum delatio datur», il magistrato, nel corso del dibattimento, dovrà tener presente la volontà degli offesi (in questo caso i Siciliani) ed anche quella dell'accusato (Verre, infatti, non voleva che Cicerone fosse ammesso alla *delatio* contro di lui: circostanza che, indubbiamente, testimoniava a favore di Cicerone stesso).

Per quanto concerne poi il problema dell'accusabilità del postulato <sup>(12)</sup>, di cui ci parla anche lo Hitzig <sup>(13)</sup>, dobbiamo tener presente un passo, tratto dalle Verrine, dal quale sembra potersi desumere l'impossibilità di compiere la *delatio* nei confronti di un assente <sup>(14)</sup>. Tuttavia, prima di procedere all'esame di questo passo, è necessaria un'importante precisazione: allorchè si parla degli abusi compiuti da Verre e, in particolare, di quelli compiuti nel campo processuale, è chiaro che non ci si può riferire alle *quaestiones*, come tali funzionanti solo a Roma. Nelle province il regime è in parte diverso: la massima autorità è qui il governatore, il quale assume personalmente la persecuzione dei delitti più gravi, in particolare di quelli capitali. Tale persecuzione, mentre nei confronti degli stranieri è determinata dalla libera e indiscriminata *cöercitio* del magistrato romano, nei confronti dei cittadini romani — e soprattutto dove si erano costituite stabili comunità — ha luogo con forme, principî e disciplina analoghi a quelli vigenti per le *quaestiones*: così, ad es., si parla anche nella giurisdizione provinciale di *postulatio*, *delatio*, *receptio* e, quel che è più notevole, si lascia in genere l'iniziativa ad un privato accusatore <sup>(15)</sup>.

---

<sup>(12)</sup> La *lex Sempronia* la escludeva, sia pure temporaneamente, nei confronti dei magistrati in carica.

<sup>(13)</sup> *Op. cit.*: cfr. *retro*, p. 34 nt. 7.

<sup>(14)</sup> La *lex Sempronia* richiedeva che l'accusatore formulasse la sua accusa alla presenza dell'accusato, dopo averlo trascinato davanti al magistrato.

<sup>(15)</sup> Cfr. COSTA, *op. cit.*, II, p. 65.

Alla luce delle considerazioni fatte possiamo esaminare ed utilizzare il testo cui abbiamo accennato.

Cic., *Verr. II*, 2, 38, 94 :

... palam de sella ac tribunali pronuntiat si quis absentem Sthenium rei capitalis reum facere vellet, sese eius nomen recepturum ; et simul, ut ad accusam accederet nomenque deferret, Agathinum coepit hortari... ; hic tum repente Pacilius quidam, homo egens et levis, accedit ; ait, si liceret nomen absentis deferre, se velle : iste vero et licere et fieri solere, et se recepturum.

Un certo Pacilio si presenta a Verre e dice — dopo esservi stato invitato dallo stesso governatore — di essere pronto ad accusare un assente, sempre che ciò sia lecito ; compie dunque una *postulatio*, i cui successivi momenti sono indicati da « accedit » : si presenta davanti al magistrato, e « ait deferre se velle » : manifesta la sua intenzione di voler accusare taluno. Verre risponde che si tratta di cosa perfettamente lecita, anzi che ciò corrisponde ad una norma consuetudinaria (*fieri solere*) e che pertanto, una volta compiuta la *delatio*, egli senz'altro l'accoglierà. Ora, se si imputa a Verre di avere accolto una tale *postulatio* e aver successivamente permesso la *delatio* di un assente, non si può negare che la presenza sia un requisito necessario per potersi procedere, requisito la cui sussistenza deve essere accertata proprio durante il procedimento preliminare. Naturalmente, quando si parla di presenza, non la si deve intendere in modo assoluto, ma nel senso di possibilità, per l'accusato, di conoscere quanto sta accadendo e di presentarsi, eventualmente, in giudizio. Questo principio, originario degli *iudicia populi*, era ordinariamente applicato nel sistema delle *quaestiones* <sup>(16)</sup> e,

<sup>(16)</sup> Cfr. *de domo* 29, 77 e 33, 88 ; *Phil.* 2, 23, 50, dove, espressamente, per trovare una giustificazione, un fondamento, ad un'indebita *restitutio*, si ricorre pro-

normalmente, anche nell'ambito della giurisdizione provinciale, tanto che, nel caso di Stenio, venne richiamato in vigore da una apposita deliberazione del Senato, sollecitata dai suoi amici come ci informa

Cic., *Verr. II*, 2, 39, 95 :

itaque in Senatu continuo Cn. Lentulus et L. Gellius consules faciunt mentionem, placere, si patribus conscriptis videretur, ne absentes homines in provinciis rei fierent rerum capitalium : causam Sthenii totam et istius crudelitatem et iniquitatem Senatum docent... erat enim summa voluntas Senatus ; itaque sententiae dicebantur : Cum Sthenius absens reus factus esset, de absente iudicium nullum fieri placere, et, si quod esset factum, id ratum esse non placere.

Da notare, però, che il principio, almeno qui, appare condizionato dalla natura di « crimen capitale » rivestita dal reato <sup>(17)</sup>.

Nell'ambito della fase di accertamento originata dalla *postulatio*, un passo di Cicerone sembra collocare quello *ius iurandum calumniae*, del quale già si parlava nella *lex Sempronia*, ma con diversa funzione.

Cic., *ad fam.* 8, 8, 3 :

sic nec absolutus nec dannatus Servilius de repetundis saucius Pilio traditur ; nam de divinatione Appius, cum calumniam iurasset, contendere ausus non est Pilioque cessit, et ipse de pecuniis repetundis a Serviliis est postulatus...

---

prio a questo motivo, presentato come assolutamente valido: « absentem, credo, in reos relatum »; v. anche COSTA, *loc. cit.*

(17) Altre disposizioni in merito non ne troviamo se non per particolari situazioni, quali, ad es., l'*absentia reipublicae causa* (Val. Max. 3, 7, 9, col quale concorda poi D. 48, 5, 15, 1). Ricordiamo anche che la *lex Sempronia* prevedeva l'impedimento temporaneo a procedere nei confronti dei magistrati in carica.

Proprio con riferimento a questo passo, il Blum sostiene <sup>(18)</sup> che chi è scelto al termine della *divinatio* deve personalmente giurare ed è ciò che lo rende accusatore, ma non ci sembra che la sua affermazione vi trovi conferma; se mai, il periodo suggerisce una ben diversa interpretazione, e cioè che il giuramento deve esser prestato prima di affrontare l'incognita della *divinatio* o, almeno, nel corso della stessa e, comunque, prima della decisione, con lo scopo evidente di costituire un elemento a favore di colui o coloro che l'hanno prestato. Infatti l'interpretazione letterale è, a nostro avviso, questa: Appio, pur avendo prestato il giuramento, non osò poi impegnarsi in una *divinatio*, ma preferì lasciar campo libero all'altro concorrente. Non può destare eccessiva meraviglia questo spostamento, sol che si pensi alla diversa struttura raggiunta ormai dal processo: all'epoca della *lex Sempronia* non esisteva un accertamento, da parte del magistrato, relativo all'esistenza di determinati presupposti o, meglio, di alcuni requisiti nella persona dell'accusatore; una volta che viene introdotto tale accertamento e, con esso, la eventuale *divinatio*, appare chiaro come il giuramento, anzichè costituire una condizione per l'accoglimento dell'accusa, trovi la sua ragion d'essere nell'esistenza e nella necessità di una valutazione circa l'opportunità e l'ammissibilità dell'accusa <sup>(19)</sup> e possa anzi avere un certo peso ai fini di una decisione favorevole. Non ci sembra, tuttavia, il caso di insistere su questo elemento, le cui originarie funzioni sembrano essere adempiute, come meglio vedremo più oltre <sup>(20)</sup>, dai *subscriptores*, tanto più che mancano altre conferme testuali: infatti l'unico passo, oltre quello di Cicerone, che ci parli ancora del *ius iurandum* è Livio, 33, 47, 5 <sup>(21)</sup>, riferito, però, ad una epoca molto più antica — vi si parla di

<sup>(18)</sup> *La procédure 'quo ea pecunia pervenerit'*, in « RHD. » 5 (1926), p. 293.

<sup>(19)</sup> LABOULAYE, *op. cit.*, p. 341, nt. 2, dice: « Un passage de Cicéron (*ad fam.* 8, 8) prouve que ce serment se faisait dès le premier acte de la procédure ».

<sup>(20)</sup> V., *infra*, pp. 52-53.

<sup>(21)</sup> V., *retro*, p. 21 nt. 29.

Annibale — circostanza, questa, che induce a pensare ad una progressiva decadenza del giuramento nell'ambito del procedimento preliminare.

Questi mutamenti — ed altri ben più notevoli incontreremo nel corso della nostra indagine — non si spiegano se non nel quadro dell'ininterrotta evoluzione del processo dallo stato embrionale ad istituzione organica e complessa.

3. Conclusa positivamente la fase di accertamento, il magistrato conferisce al postulante la « potestas deferendi » <sup>(22)</sup>, in altri termini quest'ultimo viene ammesso all'accusa, alla *nominis delatio*, alla comunicazione formale del nome della persona che intende sottoporre a giudizio. Riprendiamo in esame

Cic., *Div.* 19, 63 :

...in Servilium nominis deferendi potestas data est...

e il successivo inciso :

cum in P. Gabinium... delationem nominis postularet...

Richiamando alla memoria uno dei tanti passi della *lex Sempronia*, ad es.

*l.* 19

...in ious educito nomenque eius deferto...,

notiamo una sintomatica diversità di costruzione : al « nomen alicuius deferre » si contrappone un « nomen deferre in aliquem ». La differenza è più notevole di quanto non possa apparire ad un esame superficiale e determina importanti conseguenze circa l'interpretazione, anche letterale, delle due espressioni : nel primo caso si parla di « delatio » del nome di taluno, nel secondo,

---

(22) Cfr. Cic., *Div.* 19, 63: « ...neque L. Philoni in Servilium nominis deferendi potestas data est ».

invece, abbiamo una « *delatio nominis* » o « *nomen deferre* » nei confronti di taluno.

Questo da un punto di vista puramente formale; da un punto di vista più sostanziale, contenutistico, le conseguenze sono ancor più rilevanti, in quanto la diversità si pone in questi termini: per la *lex Sempronia* l'accusa si concretava nella comunicazione ufficiale (*delatio*) del nome del sospettato, all'epoca di Cicerone, invece, si ha un formale atto di accusa (*delatio nominis*) nei confronti di una determinata persona (*in aliquem*), qualcosa dunque di più e di diverso dalla pura e semplice indicazione di un nome. Certo, troviamo nell'opera di Cicerone anche espressioni del tipo « *nomen cuiuspiam deferatur* » <sup>(23)</sup> o « *nomen absentis deferre* » <sup>(24)</sup>, ma questa circostanza non vale ad escludere o a limitare la portata delle nostre precedenti conclusioni: infatti espressioni quali « *in aliquem nomen deferre* » non possono che suggerire e indurre altresì a ritenere che, forse dapprima solo insensibilmente, poi più coscientemente, si è cercato di adattare la forma alla mutata sostanza, in quanto, indubbiamente, dall'epoca della *lex Sempronia*, per un processo di astrazione, del quale si acquisterà piena coscienza solo in età classica, la formula, conosciuta per esprimere adeguatamente la materiale azione di « accusare », è passata ad indicare, comprensivamente, l'attività dell'accusatore. Ora si può veramente parlare di *delatio* come concreto esercizio del diritto di accusa.

Una simile interpretazione ci pone di fronte ad altri problemi; certo, è il testo stesso che suggerisce « attività dell'accusatore », ma se la *delatio* non consiste più o, meglio, non consiste soltanto nell'indicazione del nome del presunto reo — che viene senza dubbio mantenuta, come risulta dai passi sopra citati — in qual modo essa praticamente si articola? Il problema è arduo e scarsi, per non dire pressochè inesistenti, sono gli argomenti ed

<sup>(23)</sup> *Div.* 3, 10.

<sup>(24)</sup> *Verr.* II, 2, 38, 94.

i testi a nostra disposizione. Rivolghiamo pertanto la nostra attenzione ad un passo di Pseudo Asconio (207 Stangl) relativo a Cic., in *Verr.* I, 2, 5:

Quid est reum fieri nisi apud praetorem *legibus interrogari*? Cum enim in ius ventum esset, dicebat accusator apud praetorem reo: aio te Siculos spoliasses. Si tacuisset, lis ei aestimabatur ut victo; si negasset, petebatur a magistratu dies inquirendorum eius criminum et instruebatur accusatio.

Un primo problema ci si pone circa la validità delle conseguenze che si possono trarre dal passo in esame. E' chiaro che esse dovranno essere accettate non senza riserve, poichè chi parla qui non è Cicerone, ma un ignoto commentatore; questi, tuttavia, può anche aver attinto a fonti attendibili, purtroppo a noi non pervenute. Pur avanzando delle naturali riserve, non possiamo comunque dissimularci l'importanza delle affermazioni contenute nella succitata testimonianza<sup>(25)</sup> che si riferisce indubbiamente allo svolgimento della fase preliminare. Vi si afferma esplicitamente che nessuno *reus fit* (cioè nei suoi confronti non si può compiere la procedura di accusa) se non in seguito ad un « interrogari »<sup>(26)</sup> in presenza del pretore presidente la *quaestio* (*apud praetorem*), da parte dell'accusatore, che precisa altresì i capi d'accusa. Il resto del passo lascia supporre che si svolga un contraddittorio<sup>(27)</sup>, al fine di precisare i termini della

(25) Lo stesso COSTA, *op. cit.*, II, p. 135 nt. I, vi si richiama a riprova della consuetudine del ricorso ad interrogatori durante la fase preliminare ed anche HUMBERT, in DAREMBERG-SAGLIO, *Dictionnaire*, cit., s. v. *iudicia publica*.

(26) A questo proposito vedi LABOULAYE, *op. cit.*, p. 345: la finalità dell'*interrogatio* da parte dell'accusatore « était le même que celui de l'*interrogatio in iure* dans les procès civils, c'était la position des questions sur lesquelles devait rouler le procès ».

(27) Sul risultato di questo contraddittorio, il comportamento dell'accusato sembra avere una importanza decisiva: se, infatti, di fronte alle precise affermazioni dell'altro, tace, si fa luogo ad una *litis aestimatio*; se nega, l'accusatore ri-

questione. Possiamo allora ricollegare questa attività dell'accusatore all'espressione « *delatio in aliquem* »? In tal caso potremmo affermare che, accanto alla dichiarazione di voler accusare taluno, si pone anche l'indicazione dei singoli capi d'accusa. Ma questo testo, sul quale gravano dubbi, non può costituire una prova inconfutabile, nè, d'altra parte, disponiamo di molte testimonianze corroboranti; per l'esattezza abbiamo, limitatamente all'*interrogari*, Cic., *de domo* 29, 77 e soprattutto *de inv.* 2, 19, 58. Quanto al primo:

...non fuit in me poena ulla peccati; at fuit iudicii, cuius? quis me unquam *ulla lege interrogavit?* quis postulavit? quis diem dixit? potest igitur damnati poenam sustinere indemnatus?....

Cicerone allude alla mancanza di un accusatore, anzi, più precisamente, alla mancanza di un regolare interrogatorio da parte di questi (interrogatorio, del resto, previsto dalla legge),

---

chiede un certo termine per raccogliere una completa documentazione (cfr. Cic., *Verr.* I, 2, 6) e il processo viene instaurato. Particolarmente degne di rilievo sono le conseguenze che il commentatore riconnette al « *tacuisse* », cioè al silenzio, il cui valore, in diritto romano, è, allo stato delle fonti, imprecisabile. Sembra qui invece che il silenzio equivalga ad una *confessio in iure*: e, infatti, non si fa luogo al giudizio, dal momento che risulta già accertata la colpevolezza, ma solo ad una *litis aestimatio*, tendente a stabilire l'ammontare del risarcimento dovuto. Che la *litis aestimatio* sopravviva anche in età ciceroniana è logico e così pure che si tratti di un procedimento secondario, accessorio a quello di condanna, come afferma anche il COSTA il quale, tuttavia, ad ulteriore riprova (*op. cit.*, II, pp. 155-56) cita Cic., *pro Rab.* 4, 8: « *Est enim haec causa 'quo ea pecunia pervenerit' quasi quaedam appendicula causae iudicatae atque damnatae* ». Ma nel passo citato non ci si riferisce alla *litis aestimatio*, alla liquidazione del danno, bensì ad una diversa procedura, disciplinata per la prima volta dalla *lex Servilia Glauciae* (e poi ripresa dalla *lex Cornelia*) diretta ad ottenere dal terzo, che in qualche modo ne sia venuto in possesso, l'ammontare della somma addebitata ad altri a conclusione di un processo di *repetundae*. Del resto, si parla chiaramente di una *litis aestimatio* già conclusa, nei confronti di Gabinio. Cfr., a questo proposito, PONTENAY DE FONTETTE, *op. cit.*, p. 111, e, soprattutto, BLUM, *op. cit.*, p. 283, che ha dedicato la sua indagine espressamente alla procedura 'quo ea pecunia pervenerit'.

con un indiretto accenno, perciò, al contraddittorio che si dovrebbe svolgere nella fase preliminare.

Quanto al secondo, rimandando a fra poco <sup>(28)</sup> la esegesi del testo ed ogni altra questione relativa alla sua interpretazione, ci interessa qui anticipare le importanti conseguenze che se ne possono trarre. Da cotesto passo si rileva infatti che al momento dell'accusa formale (*delatio nominis*) l'accusatore, oltre a dichiarare il nome dell'accusato, il reato ascrittogli, nonchè ad interrogare eventualmente l'accusato stesso alla presenza del pretore, indica altresì gli elementi di prova su cui essa si fonda <sup>(29)</sup>, non per un loro esame sostanziale (che avrà luogo solo nel corso del giudizio), ma come conferma della serietà delle intenzioni e di una apparente fondatezza dell'azione (*fumus boni iuris*).

4. Alla *delatio* corrisponde, da parte del magistrato, un atto formale di recezione: la *receptio*, nei confronti della quale si è senza dubbio operata una notevole trasformazione, perchè, a nostro avviso, in età ciceroniana non si può più parlarne come di un atto dovuto. A questo proposito vogliamo brevemente richiamare

Cic., *Verr.* II, 2, 38, 94 :

...ait, si liceret nomen absentis deferre, se velle: iste vero et licere et fieri solere et se recepturum.

Nel momento in cui viene presentata la *postulatio* il pretore compie una valutazione — superficiale ed illegale nel caso specifico, ma pur sempre una valutazione — sull'ammissibilità dell'accusa, emettendo infine una decisione favorevole con la motivazione: « et licere et fieri solere » e impegnandosi, praticamente, ad effettuare in seguito la *receptio*. E' solo in seguito a questo accertamento, compiuto in virtù di un limitato potere

<sup>(28)</sup> V., *infra*, p. 54 ss.

<sup>(29)</sup> « ...cum... in accusatione... alia... crimina testibus et argumentis confirmarentur ».

discrezionale che sembra ora potersi riconoscere al magistrato (<sup>30</sup>), che questi si dichiara pronto a ricevere l'accusa; ciò, è vero, avviene al momento della *postulatio*, e, una volta accolta questa, il procedimento preliminare segue il suo corso naturale fino alla *receptio*. In altri termini, mentre nel regime instaurato con la *lex Sempronia* l'obbligo di « recipere nomen » derivava direttamente dalla legge, tanto che il magistrato non poteva sottrarsi (incorrendo altrimenti in apposite sanzioni) (<sup>31</sup>), ora egli assume volontariamente l'obbligo con un suo proprio atto: « (ait) se recepturum », accogliendo la *postulatio* che nessuna disposizione costringe ad accogliere inderogabilmente (<sup>32</sup>). L'ac-

(<sup>30</sup>) Un altro passo sembrerebbe riportare questa discrezionalità proprio al momento della *receptio* (in tal senso PONTENAY DE FONTETTE, *op. cit.*, p. 112) e cioè Cic., *ad fam.* 8, 8, 2: « Neque Laterensis praetor expostulante Pausania, nobis patronis, quo ea pecunia pervenisset, recipere voluit, Q. Pilius... postulavit... », ma poichè chiaramente si riferisce non già al procedimento principale, ma a quello accessorio 'quo ea pecunia pervenerit', non può senz'altro infirmare la più sicura testimonianza contenuta in Cic., *Verr.* II, 2, 38, 94, sopra esaminata.

(<sup>31</sup>) V., *retro*, p. 12 e p. 25, le nostre osservazioni a proposito di *lex Sempronia*, l. 4.

(<sup>32</sup>) A questo riguardo il COSTA, *op. cit.*, II, pp. 134-35, afferma: « che la *nominis receptio* avesse luogo da parte del magistrato, davanti al quale il privato accusatore aveva esperito la *nominis postulatio*, in seguito ad una deliberazione degli argomenti addotti a sostegno di questa, è certissimo. Che per porre in atto siffatta deliberazione il magistrato o promagistrato godesse di larghe facoltà, e precisamente anche quella di far comparire l'accusato nel suo cospetto, di interrogarlo personalmente alla presenza dell'accusatore e spesso in contraddittorio con lui, sui fatti cui si riferiva l'accusa, è del pari accertato ».

L'affermazione è troppo decisa e precisa, data la gravità della sua portata e induce a riflettere. Indubbiamente l'A. si è lasciato alquanto trasportare a conclusioni troppo affrettate, anche se il suo accenno ad « argomenti addotti a sostegno dell'accusa » collima con l'ipotesi da noi avanzata. A parte il fatto che le fonti a nostra disposizione non documentano tale deliberazione, l'ipotesi risulta insostenibile allorchè si consideri che già esiste una fase di accertamento da parte del magistrato, al momento della *postulatio*. Ci si può allora domandare se siano ammissibili e giustificabili più procedimenti complementari nell'economia della fase preliminare, il cui unico scopo è quello di stabilire i termini della questione: accusatore, accusato e reato contestato. Ora, mentre è indiscutibile l'esistenza e la funzionalità di un accertamento preliminare circa l'opportunità di un'accusa, la capacità del postulante (con l'eventualità di una *divinatio*), l'accusabilità del postulato, non vi è ragion d'essere per un ulteriore accertamento, il cui oggetto

certamento preliminare sulla *postulatio*, in sostanza, costituisce il necessario presupposto tanto della *delatio* quanto della *receptio*, che appaiono, dunque, poste su di uno stesso piano.

Oltremodo evidente ci appare altresì il contenuto di quest'ultima: si tratta dell'atto formale con cui il magistrato accoglie l'accusa e, attuando un controllo che possiamo qualificare di pura legittimità, la dichiara conforme alla legge. Tale atto, concludendo questa fase preliminare al giudizio, determina particolari effetti nei confronti dell'accusato; questi, infatti, va incontro ad alcune limitazioni dei diritti civili e, in particolare, non può presentarsi come candidato alle magistrature, nè come accusatore<sup>(33)</sup>. Giustamente, a proposito della *receptio*, il Costa afferma<sup>(34)</sup>: « L'atto introduttivo del processo che ha luogo davanti alle *quaestiones* e che nel tempo del Nostro predomina di gran lunga su quello comiziale consiste nella *nominis receptio*, ossia nell'accettazione, da parte del magistrato o promagistrato preposto alla *quaestio* competente, dell'accusa presentatagli da un cittadino mediante la *nominis delatio*; accettazione che si concreta formalmente nell'*inscriptio* di colui, contro il quale l'accusa è promossa, nel ruolo degli accusati. E' invero cotesta *receptio* che segna il momento in cui l'attività del privato accusatore vale a porre l'accusato nella condizione di *reus* (*reum facere*) ed a provocare l'intervento del magistero punitivo sul fatto criminoso che forma il titolo dell'*accusatio* o *postulatio* ».

---

sarebbe imprecisabile, in quanto, dopo l'accoglimento della *postulatio*, il meccanismo si muove ormai per forza propria, in modo che, attraverso l'adempimento di formalità prescritte, quali la *delatio* dell'accusatore e la *receptio* del magistrato, quasi ricalcando un formulario, la questione sia ben precisata nei suoi elementi e pronta per essere sottoposta alla valutazione ed alla decisione della giuria.

Può apparire alquanto strano il riferimento del Costa (nel periodo sopra riportato) ad una *nominis postulatio*, quando ci aspetteremmo, piuttosto, una *nominis delatio*; ma dobbiamo tener presente che l'A. citato non sembra stabilire alcuna discriminazione fra *delatio* e *postulatio* (cfr. *op. cit.*, II, p. 113 ss.).

<sup>(33)</sup> Cfr. HUBERT, *loc. cit.*; COSTA, *op. cit.*, II, p. 136 e nt. 4; LABOULAYE, *op. cit.*, p. 346.

<sup>(34)</sup> *Op. cit.*, p. 133.

Alla *receptio* che costituisce, indubbiamente, l'atto di maggior rilievo, atto formale e, di conseguenza, orale — come del resto anche la *delatio* — si affianca un'*inscriptio* <sup>(35)</sup>, iscrizione dell'accusato in apposite liste tenute nei tribunali, e forse anche documentazione degli estremi dell'accusa: questo per garantirne anche una certa pubblicità. A conferma citiamo

Cic., *pro Cluent.* 31, 86:

Haerebat in tabulis publicis reus et accusator.

*Tabulae publicae* <sup>(36)</sup> erano appunto tavole di pietra, legno, metallo, tenute esposte probabilmente nel *Forum*, sulle quali venivano incisi <sup>(37)</sup> i nomi dell'accusatore e del reo in relazione ad ogni singola causa. Ora, se si parla di *tabulae publicae*, si intende senz'altro qualcosa di destinato alla conoscenza da parte della comunità; inoltre, si parla anche di « reus et accusator », il che vale ad escludere la limitazione suggerita dal Costa di « *inscriptio* = iscrizione del nome del reo », limitazione che sembrerebbe trovare una indiretta conferma in

Cic., *Phil.* 2, 23, 56:

...Licinium Denticulam de alea condemnatum, conluisorem suum, restituit...; quam actualisti rationem populo Romano cur eum restitui oporteret? absentem, credo, *in reos relatum*...

<sup>(35)</sup> Cfr. LABOULAYE, *op. cit.*, p. 345. Dopo avere affermato che « le préteur dressait procès verbal (*inscriptio*) de l'action intentée » richiama in nota, tra l'altro, Paul., D. 48, 2, 3. A parte il fatto che tale frammento non si riferisce affatto alla *inscriptio*, bensì al *libellus inscriptionis*, non vediamo come l'opera di quel giurista classico possa essere utilizzata al fine della ricostruzione del procedimento preliminare all'epoca di Cicerone.

<sup>(36)</sup> Cfr. *retro*, *lex Sempronia* l. 27, nella quale già si faceva menzione di « *tabulae poplicae* ». Circa il termine, cfr. LAFAYE, in DAREMBERG-SAGLIO, *Dictionnaire*, cit., s.v. *Tabularium*.

<sup>(37)</sup> Nel testo si usa il verbo *haerere* che, propriamente, significa « essere attaccato »; in senso traslato, può tuttavia essergli attribuito, come noi abbiamo fatto, il valore di « essere inciso ».

La prima testimonianza è indubbiamente più chiara e più significativa, tuttavia ambedue, pur non contenendo un esplicito riferimento all'atto, ce ne confermano l'esistenza ed il contenuto. Un'altra indiretta conferma si può trovare nella circostanza, oltremodo significativa, che si parla con una certa frequenza di *scriptio* e di *scribere*: *sub-scribere* presuppone necessariamente un qualcosa che già risulti scritto, cioè l'*inscriptio* dei due nomi e, con ogni probabilità, degli elementi dell'accusa; non possiamo perciò accogliere la tesi <sup>(38)</sup> che identifica *inscriptio* e *scriptio*.

5. A questo punto ci sembra indispensabile fermare la nostra attenzione sulla *scriptio*, or ora menzionata, nonchè sui *scriptores*, data la più che evidente connessione con l'attività processuale dell'accusatore e del magistrato. Innanzitutto, *scriptio*: come il termine stesso suggerisce, si tratta di una scrittura, effettuata dopo che già qualcosa è stato scritto (*sub-scribere*), evidentemente — come si diceva ora ora — dopo che si è compiuta l'*inscriptio* da parte del magistrato. Essa viene eseguita dallo stesso accusatore che precisa, al tempo stesso, gli estremi dell'accusa, come sembra potersi desumere da

Cic., *pro Cluent.* 47, 131:

Nam in L. Popillium, qui Oppianicum condemnarat,  
subscripsit L. Gellius, quod is pecuniam accepisset,  
quo innocentem condemnaret;

ma non soltanto dall'accusatore, in quanto a questo punto entrano in scena altri personaggi che svolgono una funzione rilevante proprio in relazione all'atto or ora considerato: non per niente essi vengono designati con l'appellativo di « *scriptores* » <sup>(39)</sup>.

<sup>(38)</sup> Vedi per tutti, MOMMSEN, *op. cit.*, II, pp. 57 e 58.

<sup>(39)</sup> Molti autori (cfr. tra gli altri: LABOULAYE, *op. cit.*, p. 343 e SERRAO, *op. cit.*, p. 493) pensano che *scriptores* divengano in primo luogo gli accusatori esclusi in seguito a *divinatio*. E' comunque piuttosto logico e notevolmente probabile (cfr. Cic., *Div.* 16, 51) che essi debbano godere la fiducia dell'accusatore.

Uno dei passi più significativi in proposito ci sembra

Cic., *ad Q. fr.* 3, 3 :

Gabinium de ambitu reum facit P. Sulla, subscribente  
privigno Memmio, fratre Caecilio, Sulla filio.

L'attività dei *subscriptores* accompagna quella svolta dall'accusatore che, appunto, in quanto tale, « reum facit » l'accusato (<sup>40</sup>). Tale espressione sintetizza chiaramente l'attività del primo, indicando proprio il fine che si vuol raggiungere attraverso l'accusa : *receptio* e *inscriptio* del *reus*. La *delatio*, cioè l'insieme delle dichiarazioni dell'accusatore, in altre parole non è che un presupposto, necessario, ma non di per sè produttivo di tutte le conseguenze processuali, finchè non abbia ricevuto il suo crisma attraverso la formale *receptio* magistratuale. Ma, leggendo molto attentamente il testo, possiamo dire qualcosa di più : in tanto Silla ottiene che Gabinio sia iscritto nella lista degli accusati, in quanto quei tali Memmio, Cecilio, il figlio Silla, sottoscrivendo in quelle tavolette, di cui abbiamo poc'anzi parlato, praticamente garantiscono che l'azione intentata da Silla non è del tutto infondata.

Un'altra importante e penetrante funzione, analoga alla precedente (poichè costituisce una ulteriore garanzia circa l'onestà delle intenzioni dell'accusatore), e cioè quella di sorvegliare e di impedire il verificarsi di una *praevaricatio*, viene attribuita ai *subscriptores* da un altro passo di Cicerone,

*Div.* 16, 51 :

'Custodem -inquit- Tullio me apponite'; quid? mihi  
quam multis custodibus opus erit, si te semel ad causas  
meas admisero? qui non solum ne quid enunties, sed  
etiam ne quid auferas, custodiendus sis...

(<sup>40</sup>) Più indietro (p. 43) avevano trovato « reus fieri »: sostanzialmente si tratta della stessa espressione, usata una prima volta in forma passiva (considerando la funzione della fase preliminare dal punto di vista dell'accusato) e una seconda volta in forma attiva (considerando la stessa funzione dal punto di vista dell'accusatore).

Per illustrare ancor più la portata pratica della testimonianza, riportiamo anche il commento di Pseudo-Asconio (201 Stangl), relativo al passo citato :

'Subscriptorem' non dixit sed 'custodem', ut, quia acerbè responsurus erat, laecessitus convicium facere videatur; nam subscriptores non solum capsarum causa, neque iuvandi accusatoris adhiberi solent, sed etiam, ut non facile corrumpatur.

Accanto a questi compiti più rilevanti, i *subscriptores* appoggiano e sostengono in molte circostanze l'accusatore, integrandone talvolta l'attività; ciò spiega l'interesse di costui a cercare persone pratiche di certe faccende, interesse esplicitamente confermato da

Cic., *Div.* 15, 47-48 :

Esto : ipse nihil est, nihil potest ; at venit paratus cum subscriptoribus exercitatis et disertis. Est tamen hoc aliquid, tametsi non est satis ; omnibus enim rebus, is qui princeps in agendo est, ornatissimus et paratissimus esse debet. Verum tamen L. Appuleium esse video proximum subscriptorem, hominem non aetate, sed usu forensi atque exercitatione tironem. Deinde, ut opinor, habet Alienum... in clamando... bene robustum atque exercitatum...

Coloro che si presentano come *subscriptores* (persone di fiducia dell'accusatore ufficiale, « is qui princeps in agendo est ») devono essere pronti a sostenere in ogni modo colui che ha tentato l'accusa.

Pseudo-Asconio (199 Stangl), così commenta il passo :

Subscriptores autem dicuntur, qui adiuvarè accusatorem causidici solent : quos oportet summissius agere, quam dicat ille quem sequuntur.

A questo punto non possiamo fare a meno di rilevare una certa analogia tra la funzione svolta dai *subscriptores* e quella che abbiamo, a suo tempo, attribuito allo *ius iurandum* previsto dalla *lex Sempronia* e caduto poi in desuetudine, almeno per quanto concerne la sua originaria funzione. Infatti, se pure troviamo anche in età ciceroniana un atto di ugual nome, il rapporto fra il primo ed il secondo si esaurisce in una identità puramente nominale, in questa coincidenza suggestiva, ma esclusivamente formale. Il più recente *ius iurandum* ha solo la funzione di aggiungere un ulteriore elemento a vantaggio di chi eventualmente l'abbia prestato, soprattutto al fine di ottenere una pronuncia favorevole circa la *postulatio* presentata, elemento che, come gli altri sarà oggetto di valutazione da parte del magistrato, mentre il primitivo giuramento si presentava come una condizione indispensabile per l'accoglimento dell'accusa, una *condicio iuris* il cui venire in essere obbligava il pretore alla *receptio*. Analogamente, esiste una indiscutibile relazione fra l'attività posta in essere dai *subscriptores* e l'accoglimento dell'accusa: anch'essa tende a determinare la pronuncia del magistrato, pur se non appare condizionante nella stessa misura del giuramento; l'evidenza del nesso logico tra la funzione dello *ius iurandum* più antico e la funzione dei *subscriptores* induce a pensare che proprio questi ultimi ne abbiano raccolto l'eredità.

Possiamo dunque dire che gli uni rappresentano il frutto dell'evoluzione dell'altro? Certo, è piuttosto strano che da una garanzia prestata da sè medesimo, si passi poi ad una garanzia prestata da terzi: ci aspetteremmo piuttosto la successione inversa. D'altra parte, però, dobbiamo considerare che il giuramento di per sè non costituisce una vera e propria garanzia; all'epoca della *lex Sempronia* sono senza dubbio ancora molto notevoli le interferenze di carattere religioso e, inoltre, in un meccanismo così primitivo, forse solo il giuramento e le sue conseguenze di ordine morale potevano dare un certo affidamento sulla sincerità dell'accusatore: il giuramento consisteva senza

dubbio in una invocazione alla divinità, chiamata così a testimone della veridicità dell'accusa, quindi solo indirettamente, creando un obbligo di natura morale, poteva rappresentare una forma embrionale di garanzia. Man mano che, col progressivo evolversi della coscienza giuridica, tali interferenze si fanno sempre meno determinanti, non si richiede il giuramento, che non è più in grado di offrire una certezza sull'attendibilità delle affermazioni dell'accusatore, nè costituisce un mezzo di coazione psicologica tale da impedire accuse false o temerarie, ma gli si sostituiscono, invece, le dichiarazioni di una o più persone <sup>(41)</sup>, dichiarazioni che,

---

(41) Qualcosa di analogo si era verificato nell'ambito del processo privato, circa l'evoluzione dalla *litis contestatio* sacra alla *litis contestatio* laica. Cfr., per tutti, BISCARDI, « *Testes estote* ». *Contribution à l'étude du témoignage en droit romain*, conferenza tenuta all'Istituto di Diritto Romano dell'Università di Parigi il 18 gennaio 1963, di prossima pubblicazione (ma del cui testo si è potuto intanto prendere visione, grazie alla cortesia dell'autore); se ne veda comunque una sintesi — a cura di R. MARTINI — in « *Annali Genova* », 2 (1963), pp. 530-31, cui fa eco l'accurata rassegna di E. PAPA, in « *Labco* », 9 (1963), p. 267 ss., del seminario che il BISCARDI ha tenuto sullo stesso argomento presso la Scuola di perfezionamento in diritto romano dell'Università di Napoli alcuni mesi dopo (29 maggio 1963). Secondo l'Autore citato, il processo più antico si imperniava infatti sul *sacramentum* inteso come giuramento: il che comportava « un appel au témoignage des dieux » (*loc. cit.*). La funzione degli dei testimoni, tenuto conto delle influenze religiose in una società primitiva, era quella di « arbitri » e di « garanti », con un'attiva partecipazione agli atti per cui erano stati invocati. Nella procedura più recente l'appello alla testimonianza è rivolto non più agli dei ma ad uomini: questi nuovi testimoni sono ricercati in precedenza e non scelti occasionalmente, e fanno parte della struttura dell'atto processuale in questione. Il BISCARDI si richiama a vari testi, dall'esame dei quali deduce che i testimoni sono cittadini romani, la cui presenza non è meno necessaria di quella degli dei nel *sacramentum* primitivo: rafforzano la pretesa o la difesa di chi li ha chiamati, sono sostenitori, fautori, garanti morali, sono quindi scelti, di regola, tra parenti, amici, protettori, persone legate da vincoli di solidarietà. Solo in seguito essi diverranno un mezzo di prova e le parti se ne varranno per dimostrare il fondamento delle loro affermazioni. Sono veramente stupefacenti l'analogia fra la posizione di questi testimoni e quella dei *subscriptores* e i punti di contatto, oltremodo evidenti, fra la funzione degli uni e degli altri. Tale nostro accostamento non può e non deve essere considerato abusivo (a causa della indiscutibile mancanza di contemporaneità delle due trasformazioni), ove si rifletta che le manifestazioni dello spirito, in qualunque campo, seguono sempre un'analogia linea di sviluppo. Ora, tanto il processo privato che quello pubblico, istituti affini, si svolgono nella stessa società, sia pure in tempi diversi; il primo raggiunge anteriormente all'altro un notevole grado di maturità

avallando quelle dell'accusatore, in pratica ne assicurano una certa fondatezza e svolgono in tal senso una funzione di garanzia <sup>(42)</sup>.

6. Prima di concludere la nostra indagine, relativamente all'ultima età repubblicana, riteniamo opportuno esaminare un ultimo passo di Cicerone, il cui contenuto ci appare piuttosto rilevante. Si tratta di

Cic., *de inv.* 2, 19, 58 :

... quae in iure plerumque versantur. Ibi enim et exceptiones postulantur et agendi potestas datur et omnis conceptio privatorum iudiciorum constituitur. In ipsis iudiciis rarius incident, et, tamen, si quando incident, eiusmodi sunt ut per se minus habeant firmitudinis, confirmentur autem adsumpta alia aliqua constitutione; ut in quodam iudicio, cum venefici cuiusdam nomen esset delatum, et, quia causa parricidii subscripta esset, extra ordinem esset acceptum, in accusatione autem alia quaedam crimina testibus et argumentis confirmarentur, parricidii [autem] mentio solum facta esset, defensor in hoc ipso multum oport-

---

e di stabilità, ma ciò non impedisce che ci sia un'analogia di svolgimento, che si raggiungano le stesse mete, sia pure in epoche successive.

(42) La presenza dei *subscriptores* appare dunque connaturata al processo, anche se un passo di Cicerone presenta un'unica ipotesi, che il COSTA, *op. cit.*, II, p. 136, definisce anormale, in cui essi mancano. Si tratta di *ad fam.* 8, 8, 1: «...M. Tuccium accusatorem summ... reum lege Plotia de vi eum fecit hoc consilio, quod videbat, si extraordinarius reus nemo accessisset, sibi hoc anno causam esse dicendam; dubium non erat quid futurum esset; nemini hoc deferre munusculum maluit quam suo accusatori; itaque sine ullo subscriptore descendit et Tuccium reum fecit». Ma si tratta indubbiamente di una fattispecie eccezionale — e l'eccezione conferma la regola — ove la mancanza di *subscriptores* è da attribuire alla anormalità della situazione in cui un certo Rufo, onde evitare un procedimento nei suoi confronti, accusa il suo accusatore con un procedimento sommario, invero non troppo ortodosso — cui, tuttavia, altra volta doveva essere stato fatto ricorso (cfr. LABOULAYE, *op. cit.*, p. 245) — chiedendo probabilmente un termine più breve per raccogliere la documentazione.

tet et diu consistat: cum de nece parentis nihil demonstratum esset, indignum facinus esse ea poena adficere reum [qua parricidae afficiuntur]; id autem si damnaretur, fieri necesse esse, quoniam et id causae subscriptum et ea re nomen extra ordinem esset acceptum.

Il passo presenta notevoli difficoltà, se pur di vario genere, cominciando dell'interpretazione letterale; possiamo intanto dire che Cicerone, riferendosi allo svolgimento di un processo penale e con particolare riguardo alla fattispecie, suggerisce al difensore come comportarsi. C'è una premessa di carattere generale: che cioè ogni questione relativa alla esatta determinazione della fattispecie deve esser posta e risolta nella fase preliminare di qualsiasi processo (e si parla innanzitutto di processo privato); contestazioni del genere difficilmente si verificano in giudizio, e, pur quando si verificano, non hanno di per sè conseguenze determinanti, ma hanno valore solo col ricorso a qualche altra argomentazione. Viene poi enunciata la fattispecie: si dice dunque che, fatta la *delatio* di taluno per veneficio, il *nomen* di costui viene « acceptum extra ordinem », « quia causa parricidii subscripta esset ». Ma altri problemi di carattere più generale sono da risolvere prima di affrontare quello fondamentale circa la relazione tra il contenuto del passo e lo svolgimento della fase preliminare: primo fra tutti, l'uso del termine « extra ordinem ». Che valore dobbiamo attribuirgli? Senza dubbio questo termine non sta ad indicare un sistema o un procedimento nettamente contrapposto a quello dell'*ordo* <sup>(43)</sup>, come si verificherà sotto il principato; durante la repubblica esso viene invece usato per indicare lo svolgimento di giudizi particolari od

---

(43) In tal senso cfr. LAURIA, *Accusatio-Inquisitio*, in « Atti Acc. Napoli », 56 (1934), p. 304, nt. 2. D'altra parte tale espressione ricorre due sole volte nell'intera opera di Cicerone: *de domo* 9, 24 e *pro Mil.* 6, 14; anche questa circostanza induce ad escluderne un uso in senso tecnico.

eccezionali, senza l'osservanza delle regole generali, delle norme consuetudinarie <sup>(44)</sup>; sono questi comunque i più autorevoli precedenti storici di quella che sarà la *cognitio* sotto il principato e poi l'impero.

Un secondo problema concerne l'organo e il procedimento cui ci si riferisce: all'epoca in cui Cicerone scrive non esiste ancora la *quaestio de parricidiis* <sup>(45)</sup>, istituita invece da Pompeo nel 55 (o 52) a. C. Ma alcuni testi ci documentano l'esistenza, in età risalente, di giudizi affidati, per singoli casi specifici, alla competenza di magistrati (pretore, console, dittatore) in seguito a plebisciti o *senatusconsulta* con conseguente approvazione da parte del popolo, il quale, per dirla con le parole dell'Humbert, « peut faire abandon de son droit de provocation quand une affaire comporte une enquête difficile ou offre une gravité particulière » <sup>(46)</sup>. Tali giudizi, che si sostituivano al procedimento comiziale, erano, appunto, designati *quaestiones* <sup>(47)</sup>; ed è ovvio che *quaestio* deve essere qui intesa nel significato originario, etimologico, e non in quello successivamente acquisito, con esclusivo riferimento, cioè, all'attività del magistrato che conosce di una causa deferita alla sua competenza (*qui quaerit*). Si trattava dunque di *quaestiones extraordinariae*.

<sup>(44)</sup> Sul valore dell'espressione in età repubblicana, cfr. ARANCIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*<sup>14</sup>, Napoli 1960, p. 147 e *Storia*, cit., p. 249 ss. nonché BISCARDI, *Processo civile e processo penale nell'elaborazione dogmatica dei classici*, (corso litogr.), I, Siena 1960, p. 113 e *L'unità del processo nella esperienza giuridica romana*, estratto da « BIDR. » 65 (1962), p. 41 nt. 56.

<sup>(45)</sup> Circa l'esatta etimologia del termine « parricidium » (e « paricidas »), cfr. COLI, in « Studi Paoli », Firenze 1955, p. 171 ss. e letteratura ivi citata.

<sup>(46)</sup> In DAREMBERG-SAGLIO, *Dictionnaire*, cit., *loc. cit.*

<sup>(47)</sup> Cfr. Liv. 4, 51: « senatusconsultum factum est de quaestione Postumianae caedis... a plebis consensu consulibus negotium mandatur... »; 9, 26 (314 a. C.): « quaestiones decretae, dictatoremque quaestionibus exercendis dici placuit... »; 39, 41 (184 a. C.): « Secundum comitia censorum consules praetoresque in provincias profecti... quaestiones veneficii... tenuerunt »; 40, 37 (180 a. C.): « et veneficii quaestio ex S.C. quod in urbe propiusve decem milibus passum esset commissum, C. Claudio praetori... ultra decimum lapidem... C. Moenio decreta ».

riae <sup>(48)</sup>, create per un determinato caso, che presentasse caratteristiche di particolare gravità; *quaestiones perpetuae* saranno, al contrario, gli organi con competenza permanente in relazione ad un determinato reato. Anche nel nostro caso si tratta, con tutta probabilità, di un procedimento straordinario <sup>(49)</sup>, nel quale, naturalmente, trova applicazione la terminologia propria delle *quaestiones perpetuae*, e che si impernia su un procedimento ordinario per veneficio: il che fa supporre esistente e funzionante in tale epoca una *quaestio perpetua de veneficiis* <sup>(50)</sup>.

<sup>(48)</sup> Cfr. Cic., *pro Mil.* 6, 14: « Decernebat enim, ut veteribus legibus, tantum modo extra ordinem quaereretur ». A questo proposito il LAURIA, *loc. cit.*, afferma che *extra ordinem* qui si riferisce a singole leggi che vengono derogate.

<sup>(49)</sup> Data la natura del crimine che ne è oggetto: parricidio. D'altra parte, secondo il DANIELI, *Il processo di parricidio e Forazione « pro S. R. Amerino »*, in « Arch. penale », 1949, p. 318 (il quale a sua volta richiama MOMMSEN, *op. cit.*, II, p. 362 nt. 2) già in precedenza ed in analoghe circostanze era stata costituita una giuria straordinaria. L'A. citato giunge alle nostre stesse conclusioni, in relazione ad un'analogha fattispecie: l'accusa contro Roscio Amerino. Egli si pone appunto il problema dell'organo adito e della procedura seguita, ed esclude che la causa di Roscio possa essere fatta rientrare nella competenza della *quaestio de sicariis et veneficiis*, istituita da Silla, polemizzando con MOMMSEN e FERRINI. Il DANIELI sostiene che Roscio è stato portato davanti ad una *quaestio extraordinaria*. MOMMSEN, dallo stesso richiamato a questo proposito, mette in relazione (*op. cit.*, II, p. 362 nt. 1) *pro R. Am.* 23, 64 con *de inv.* 2, 19, 58, e cioè proprio con il passo che a noi interessa. Così già anche LANDUCCI, *Lex Pompeia de parricidiis*, in « Arch. giur. », 61 (1898), p. 304 ss.

<sup>(50)</sup> Su questo punto divergono dalle nostre conclusioni gli autori precedentemente citati, DANIELI e LANDUCCI, che pongono la stesura del *De inventione* nell'87 a. C., quindi diversi anni prima della *lex Cornelia* (81 a. C.), ma con ciò non si riesce a spiegare l'implicito eppur chiaro riferimento ad una *quaestio perpetua de veneficiis*. Non è certo la data il solo elemento su cui può fondarsi un'esatta interpretazione, tanto più che, nel nostro caso, essa non appare precisabile con assoluta certezza. Mentre, infatti, l'opera viene talvolta genericamente riportata all'età giovanile di Cicerone (così VITALI, *Gli scrittori di Roma*, Milano 1948, p. 104, mentre ARNALDI, in « Enc. it. » s.v. *Cicerone*, la pone verso i 20 anni e MARCHESI, *Storia della letteratura latina*, Milano 1953, I, p. 276, l'attribuisce all'Arpinate « poco più che ventenne » e Cicerone è nato nel 106 a. C.), alcuni autori (così BORNECQUE, *Traduction nouvelle*, Paris 1933; più o meno nello stesso periodo la pone ROSTAGNI, *La letteratura di Roma repubblicana e augustea*, Bologna 1939, p. 230) la datano nell'81 a. C., quindi, più o meno, nello stesso periodo della *lex Cornelia*. Indipendentemente dalla questione della data, come già detto non precisabile, la circostanza messa in luce nel passo di Cicerone postula l'esistenza

Fatte queste precisazioni, è giunto il momento di affrontare l'interpretazione logica del testo, la determinazione della fattispecie concreta. Vi è stata dunque una *delatio* per veneficio, ma, al momento della *subscriptio*, si profila invece il reato di parricidio: evidentemente tale reato esula dalla competenza della *quaestio* adita e il nome del *reus* viene accettato in via non ordinaria, con una traslazione della causa ad una *quaestio extraordinaria*, che già altre volte, in precedenza, era stata istituita temporaneamente per delitti dello stesso genere. Ora, mentre del primo reato al momento dell'*accusatio* (= *delatio*) sono stati presentati elementi di prova<sup>(51)</sup>, il parricidio è stato solo accennato, al momento della *subscriptio*. Proprio su questa circostanza dovrà insistere, e a lungo, il difensore in giudizio, allorchè nulla sia stato provato circa il parricidio: la sola menzione è stata sufficiente a determinare uno spostamento di competenza, ma non lo sarà altrettanto per determinare la condanna e il *summum supplicium*, se non venga poi esaurientemente provato il delitto: « id autem, si damnaretur, fieri necesse, quoniam et id causae subscriptum et ea re nomen extra ordinem esset acceptum ». Ed è sotto questo aspetto che la fattispecie costituisce l'esemplificazione del principio precedentemente enunciato.

Che la prima parte del passo si riferisca alla fase preliminare, non sembra possa mettersi in dubbio. Questa è l'interpretazione più aderente al testo, l'interpretazione che il testo quasi suggerisce; e, invero, anche da un punto di vista puramente for-

---

della *quaestio*, anche se è assolutamente impossibile accertare se si tratti della stessa prevista dalla *lex Cornelia*, o se sia stata istituita da una legge precedente e più tardi riassorbita dalla seconda. Analoghe conclusioni sono state tratte da molti autori, del resto, sempre secondo il DANIELI, *op. cit.*, p. 318, da due passi della *pro Roscio* (4, 11; 5, 11), nei quali si è appunto trovata una prova dell'esistenza di una *quaestio de sicariis* anteriormente alla *lex Cornelia*.

(<sup>51</sup>) Cfr. BISCARDI, *Sur la litis contestatio du procès criminel*, in « RIDA. », 7 (1960), p. 310: « ... et c'étaient justement des *subscriptores*, qui s'associaient en qualité de témoins à l'accusateur au moment de l'accusation formelle du prévenu (Cicéron nous a dit à ce propos, *de inv.* 2, 19, 58: *cum in accusatione... quaedam crimina testibus et argumentis confirmarentur*) ».

male, la prima parte del periodo appare omogenea e inscindibile (<sup>52</sup>); inoltre i due incisi « cum... in accusatione... confirmarentur » e « parricidii mentio... facta esset », pur contrapposti, sono messi su di uno stesso piano e collocati nello stesso ambito temporale. Ora, la menzione del parricidio, come poco prima si afferma, viene effettuata al momento della *subscriptio* e non certo nel corso del giudizio: solo allora, infatti, si potrà dire che la dimostrazione è stata insufficiente, ma non è concepibile che l'accusatore si sia limitato ad un accenno, vago appena; di conseguenza, anche il primo inciso deve riferirsi alla fase preliminare. Ci troviamo così di fronte ad una testimonianza veramente notevole: da un lato essa ci conferma quanto già accennato da Cic., *pro Cluent.* 47, 131, e cioè che al momento della *subscriptio* si indicano gli estremi dell'accusa, dall'altro — e questo è l'aspetto senza dubbio più notevole — che l'accusatore al momento dell'accusa formale dichiara, oltre al nome dell'accusato, gli elementi di prova su cui si fonda: « cum... in accusatione autem alia quaedam crimina testibus et argumentis confirmarentur ».

Certo, un unico testo non può costituire una prova inconfutabile, tanto più che Cicerone non è un giurista nel senso vero e proprio del termine, bensì un oratore, che manca se non altro (ed è comprensibile) di obiettività, di imparzialità, ma il suo contenuto acquista un particolare valore, suggerisce una ben diversa valutazione, allorchè, anzichè considerarlo come a sè stante, lo si metta in relazione con gli altri elementi posti in luce nel corso della nostra indagine. Ci richiamiamo perciò ai vari passi in cui si trovano espressioni come « in aliquem nomen deferre ». alle nostre osservazioni in proposito, ai dubbi sollevati dal commento dello Pseudo-Asconio (<sup>53</sup>); tutti questi ele-

---

(<sup>52</sup>) La stessa costruzione del periodo lo conferma: tutti i verbi sono al congiuntivo, retti dal *cum* iniziale o per attrazione modale; ciò sta a dimostrare che le varie proposizioni, oltre ad essere interdipendenti fra loro, si riferiscono altresì allo stesso momento, precedente comunque la fase del giudizio vero e proprio.

(<sup>53</sup>) Cfr., *retro*, p. 41 ss.

menti costituiscono quasi le tessere di un mosaico: da soli possono fornire una vaga idea della costruzione completa, ma, una volta collegati l'uno all'altro, sono in grado di delineare l'intera struttura dell'istituto.

7. Da quanto finora detto, scaturisce implicita la ricostruzione del procedimento preliminare in età ciceroniana. Tale procedimento preliminare si articola in due fasi: dapprima, allorchè taluno manifesta l'intenzione di presentare un'accusa, si ha una fase di accertamento circa l'esistenza dei presupposti e dei requisiti richiesti, con l'eventualità della *divinatio*, nel caso si presentino contemporaneamente più accusatori. L'introduzione di questa fase, inesistente alle origini, si spiega storicamente con la sempre maggiore importanza assunta dalle *quaestiones*, che avevano ormai soppiantato ogni altro tipo di procedimento, con la frequenza delle cause, ma soprattutto con il formarsi di una più matura coscienza giuridica. Non appare più concepibile che si possa far luogo ad un processo in base ad una pura, semplice e schematica dichiarazione di accusa, resa da un individuo qualsiasi; senza poi considerare l'ipotesi che si presentino più soggetti. Tale ipotesi, assolutamente non prevista dalla *lex Sempronia* e verificatasi accidentalmente, deve aver determinato per la prima volta un procedimento di preliminare accertamento per stabilire chi fra più dovesse essere l'accusatore e averne infine suggerito un'organica disciplina, quale noi troviamo documentata nell'opera di Cicerone. Cotesta innovazione ne determina necessariamente un'altra, e cioè il conferimento di un limitato potere discrezionale al magistrato che presiede la *quaestio*: solo così si può tentare di raggiungere lo scopo — purtroppo nella maggior parte dei casi fallito — di evitare la presentazione di accusatori interessati, avidi, invidiosi dell'altrui fortuna, e di accuse totalmente infondate o calunniose, mentre proprio per questo è inconcepibile un procedimento preliminare nel regime

primitivo in cui l'attività magistratuale si presenta come dovuta, e quindi vincolata.

Quando il magistrato ritiene di affidare l'accusa al postulante in possesso di tutti i requisiti richiesti — o più degno dell'altro o degli altri — e dichiara ammissibile la *postulatio* da questi presentata, si fa luogo alla fase che potremmo definire formale, i cui protagonisti sono: da un lato l'accusatore che formula — oralmente — la sua accusa (*delatio nominis*), indicando il nome dell'accusato, il reato, gli elementi su cui la sua accusa si fonda; dall'altro il magistrato, che dichiara formalmente di accoglierla e di ricevere, quindi, il nome indicato fra quelli degli accusati (*receptio*); in secondo piano si pone l'accusato, per il quale si richiede soltanto che sia portato a conoscenza di quanto gli sta accadendo. L'uno e l'altro atto consistono in dichiarazioni orali, formali, che hanno di per sè l'effetto di determinare la costituzione del rapporto processuale, pur tuttavia, per esigenze di certezza ed anche di pubblicità, l'uno e l'altro hanno, praticamente, il loro rovescio: alla *receptio* corrisponde l'*inscriptio* e alla *delatio* la *subscriptio* <sup>(54)</sup>; la scrittura quindi non interviene al momento della costituzione del rapporto, che si perfeziona con le dichiarazioni orali degli intervenuti (come per tutti i negozi formali, rispettando perciò uno dei principî fondamentali del diritto romano), ma accompagna — ed è comprensibile — gli atti formali, per documentarne l'esistenza e il

---

(<sup>54</sup>) Cfr. LABOULAYE, *op. cit.*, p. 345: « Le préteur dressait procès verbal (*inscriptio*) de l'action intentée, sur lequel, pour éviter toute altération, mettaient leur signature (*subscriptio*), et l'accusateur et les souscripteurs qui s'étaient joints à lui pour poursuivre le coupable ». Su questo punto siamo perfettamente d'accordo con l'A., ma non lo siamo, invece, sulle conclusioni cui giunge, anzi sulla successione degli atti dallo stesso proposta, in quanto egli pone la *receptio* dopo *inscriptio* e *subscriptio*, riducendola ad una mera formalità, priva di conseguenze rilevanti. Come noi crediamo di aver mostrato, prima si effettua la *receptio*, che rende la *delatio* produttiva di effetti, poi, in un secondo momento, la documentazione (*inscriptio* e *subscriptio*). L'altra interpretazione, attribuendo un'assoluta preminenza alla scrittura sulle dichiarazioni orali, sui *verba*, manca, se non altro, di rigore storico.

contenuto. Il magistrato, infatti, previa dichiarazione di accoglimento della *delatio*, iscrive il nome dell'accusato e dell'accusatore nelle *tabulae publicae*; dopo di che l'accusatore e coloro che l'accompagnano e sostengono *subscribunt*, precisando gli estremi dell'accusa, e la causa, determinata in tutti i suoi elementi, segue il suo corso e si avvia verso la soluzione.

### III

#### GLI ATTI COSTITUTIVI DEL RAPPORTO PROCESSUALE NEL SISTEMA ACCUSATORIO DELL'ULTIMA ETÀ CLASSICA

SOMMARIO: 1. Necessità di puntualizzare l'indagine alla fine dell'epoca classica. — 2. I problemi relativi all'esatta configurazione della *postulatio* nel momento storico in questione. — 3. Il concreto esercizio dell'azione; dall'accusa orale all'accusa scritta. — 4. L'importanza della *denuntiatio*. — 5. Il deposito dei *libelli* e il conseguente controllo da parte del magistrato. — 6. L'attività magistratuale: contenuto e importanza della *inscriptio*. — 7. La *subscriptio* dell'accusatore e i relativi problemi. — 8. L'istituto della garanzia processuale. — 9. L'identificazione dei *sollemnia accusationis*.

1. Già al momento di affrontare lo studio del procedimento preliminare all'epoca di Cicerone avevamo osservato come lo sviluppo del processo penale si svolga attraverso tappe fondamentali, che costituiscono il punto di arrivo di un ciclo evolutivo, la sintesi del travaglio di anni, di decenni e talvolta di secoli; quindi, per delineare con la maggior precisione questo sviluppo, appare necessario cogliere la struttura, la configurazione raggiunta volta a volta al termine dei vari cicli. E' questo il criterio cui ci siamo attenuti: abbiamo infatti preso le mosse dalla *lex Sempronia* che, con ardita innovazione, pone le basi per un'autonoma evoluzione del processo penale, ci siamo poi fermati all'ultima età repubblicana, un'altra tappa fondamentale, per volgere infine la nostra attenzione ad un terzo momento storico della massima importanza e cioè all'ultima fase della c.d. età classica del diritto romano. Questa fase costituisce una delle tappe più significative nell'evoluzione del processo penale soprattutto perchè, proprio allora, si conclude il periodo d'oro della

giurisprudenza romana, fecondo di geniali intuizioni, e gli ultimi grandi giuristi, raccogliendo i frutti di una più che secolare speculazione scientifica, giungono a delineare una visione sufficientemente chiara e, entro certi limiti, unitaria, del fenomeno processuale (1). Per quanto riguarda, in particolare, i risultati raggiunti nel campo penale — che direttamente ci interessa — siamo in grado di individuare un principio di sostanziale unità, pur nella perdurante duplicità di forme: ci si presenta infatti un tentativo, non sappiamo fino a qual punto consapevole, degli ultimi grandi giuristi di una costruzione sistematica della fase preliminare del processo che appare imperniata sui *sollemnia accusationis*; tale espressione indica sinteticamente la costituzione del rapporto processuale e, per analogia, viene dagli stessi giuristi accostata alla *litis contestatio* nel processo privato (2). L'espressione *sollemnia accusationis* appare per la prima volta in un passo di Papiniano, come vedremo più avanti, permettendoci di segnare l'ufficiale inserimento nel linguaggio tecnico processuale all'età dei Severi e di puntualizzare giustificatamente proprio in questo particolare momento storico la nostra indagine. L'età dei Severi suscita negli studiosi il massimo interesse, oltre che dal punto di vista del diritto (come abbiamo notato poco sopra), anche da un punto di vista storico e politico (l'uno e l'altro aspetti rilevanti ed interdipendenti di un'unica realtà), in quanto segna l'alba della monarchia assoluta, con tutte le sue logiche conseguenze; al tempo stesso essa rappresenta il punto di arrivo di quel processo evolutivo (protrattosi per ben due secoli) che, esautorando gradatamente le vecchie e gloriose istituzioni della *civitas*, portò il principato, attraverso una lenta, ma continua ed efficace affermazione, ad imporsi definitivamente alla mentalità romana

(1) Vedi BISCARDI, *Processo civile e processo penale*, cit., e *L'unità del processo*, cit.

(2) Vedi ancora BISCARDI, *Sur la litis contestatio*, cit.

L'accostamento era stato invece recisamente negato da WLASSAK, *Anklage und Streitbefestigung in Kriminalrecht der Römer*, Wien 1917.

ed all'ormai superata organizzazione repubblicana. Questi due secoli di storia hanno avuto quindi una influenza determinante sull'evoluzione del diritto e della coscienza giuridica romana, influenza che possiamo intuire solo indirettamente, dagli effetti prodotti, in quanto si tratta di un'epoca, sotto questo aspetto, estremamente avara di documentazione: ci restano pagine di opere letterarie, come tali frammentarie e poco attendibili, alcuni documenti, riferimenti di giuristi più tardi. Tale carenza di documentazione non deve meravigliarci, ove si tenga presente che l'evoluzione del diritto penale, sia sostanziale che processuale, si compie molto più lentamente rispetto al diritto privato, anzi proprio verso la fine del secondo secolo d. C. tale materia allo stato fluido, ancora in via di formazione, viene progressivamente acquistando stabilità e certezza <sup>(3)</sup>. Non ci troviamo comunque di fronte al vuoto assoluto e, nonostante insuperabili zone d'ombra, siamo in grado di ricostruire almeno le linee fondamentali dell'evoluzione del processo penale, caratterizzato da un sempre più intenso controllo da parte degli imperatori. In primo luogo Augusto, ma soprattutto i suoi successori, tendono infatti ad assumere un ruolo determinante nella produzione e nella trasformazione del diritto, per via diretta ed indiretta. In un primo momento, evitando accuratamente ogni manifestazione troppo apertamente innovatrice, la loro attività tende ad inserirsi

---

<sup>(3)</sup> Questa particolare situazione era già stata messa in evidenza da ARANCIO-RUIZ, *Storia*, cit., p. 261. Egli si richiama, a sua volta, a SCIALOJA il quale, cercando di spiegarci il perchè dello stile complessivamente inferiore dei due libri del Digesto (47 e 48) dedicati al diritto penale e richiamandosi all'indifferenza con cui gli antichi scrittori ripetevano parole ed espressioni dei loro predecessori, affermava che, mentre per il diritto privato un Ulpiano, un Paolo trovavano numerosissimi brani di Servio, Labeone, Sabino, da utilizzare, per il diritto penale erano, molto spesso, ridotti alle loro sole forze.

Ciò si spiega, a sua volta, tenendo presente che per i primi due secoli tutta la complessa materia della *cognitio* è ancora in fase di formazione e non favorisce, certo, opere sistematiche; d'altra parte, sempre per lo stesso motivo, anche gli interventi del *princeps* tendevano a guidarne lo sviluppo, a favorirlo, evitando, però, ogni regolamentazione troppo minuziosa e penetrante che l'avrebbe potuto comprimere e snaturare.

nei vecchi schemi repubblicani ed a servirsi delle forme e degli organi preesistenti: legislazione comiziale e Senato. Coincide infatti con una convocazione dell'assemblea popolare l'emana- zione delle *leges Iuliae iudiciorum privatorum e publicorum*. Apparentemente si trattò di un fatto di ordinaria amministrazione, ma, in realtà, tali leggi stabilirono definitivamente i limiti della giurisdizione degli antichi organi repubblicani, e, in particolare, delle *quaestiones*. Da questo momento in poi per tale procedi- mento non vi fu più possibilità di evoluzione, cominciò invece un lento processo di involuzione che si concluse con la fine del- l'epoca classica, anche se in effetti già da tempo esso aveva ces- sato di funzionare. Altri interventi in materia affrettarono que- sto processo in quanto, sulle orme di Augusto (che per primo aveva posto dei limiti alla proponibilità dell'accusa di adulte- rio nella relativa *quaestio*), i suoi successori vennero progressi- vamente limitando l'originaria libertà di accusa, conquista e vanto dell'età repubblicana; inoltre, in base ad una interpre- tazione restrittiva delle varie *leges iudiciorum publicorum* e ad un'antica norma — per cui le giurie non potevano risiedere che a Roma — l'attività delle *quaestiones* rimase circoscritta entro confini molto ristretti. Ad esse si affiancarono altri organi, altre procedure, per mezzo delle quali meglio poteva attuarsi la volontà e l'autorità del *princeps*, prima in ordine di tempo la giurisdizione criminale del Senato. Essa, per quanto ci è dato sapere <sup>(4)</sup>, si articolava in una *delatio-postulatio* dell'accusa- tore al console, in una valutazione discrezionale della stessa da parte del magistrato, ma, più spesso, da parte del Senato — cui spettava infine *recipere inter reos* l'accusato — con frequente, dissimulato ma efficace, intervento del *princeps*, che abilmente manovrava tutto il procedimento <sup>(5)</sup>.

(4) V. lo studio di F. AVONZO DE MARINI, *La funzione giurisdizionale del Senato romano*, Milano 1957.

(5) Osserva ancora la DE MARINI, *loc. cit.*, che se pure il tribunale senatorio era preferibile per motivi politici o anche semplicemente tecnici, permettendo di

La giurisdizione del Senato, dopo un periodo abbastanza intenso di attività, venne progressivamente decadendo d'importanza, di pari passo all'affermarsi della *cognitio* del *princeps* e dei suoi funzionari. Proprio quest'ultima contribuì nel modo più efficace a favorire una più rapida e cosciente evoluzione del diritto penale sostanziale e soprattutto processuale, per la cura e l'interesse con cui il *princeps* intervenne e provvide a regolare fattispecie prima non previste, situazioni particolari giuridicamente rilevanti, attraverso istruzioni ai magistrati delegati e pronunzie personali su casi singoli (in risposta a suppliche, lettere, *libelli*): manifestazioni di volontà che ben presto assunsero carattere normativo, data la preminenza morale e politica riconosciuta al loro autore. A poco a poco questi interventi del *princeps*, pur diversi nel contenuto e nella forma, disciplinarono completamente tutto il procedimento della *cognitio* e apportarono modifiche più o meno sostanziali anche al procedimento dell'*ordo*.

Accanto agli interventi diretti nell'amministrazione della giustizia da parte del *princeps* assistito da un *consilium* (soprattutto in grado di appello), le giurisdizioni speciali delegate divennero sempre più frequenti fino ad organizzarsi come organi permanenti, che si sostituirono gradatamente alle *quaestiones* ed al procedimento senatorio e funzionarono più o meno in tutto l'impero. Ma la *cognitio* è una forma di procedimento completamente nuova: determinata da esigenze pratiche, cui corrisponde meglio degli organi preesistenti, manca tuttavia non solo di una elaborazione dogmatica, ma anche di una terminologia propria e, come già si era verificato nelle provincie all'epoca di Cicerone e poi anche nel procedimento senatorio, essa assorbe e fa suoi, pur adattati alla nuova struttura giuridica e politica, principi

---

superare i limiti formali tipici delle *quaestiones*, non sempre veniva esclusa la concorrente competenza di queste ultime; « ma poichè il Senato giudicava in linea di massima su invito imperiale, si può ancora affermare che il *princeps* fosse arbitro tra le giurie e il tribunale senatorio. Lo stesso vale per il conflitto tra questo e il tribunale imperiale » (p. 19).

e forme proprie dell'antico processo repubblicano. Questa recezione è stata senz'altro favorita dal ricorso che il *princeps* deve aver fatto, fin dall'inizio, per disciplinare nuove fattispecie, a casi analoghi previsti e regolati dalle *leges iudiciorum publicorum*. In particolare troviamo il principio accusatorio, sancito espressamente anche per *crimina* di nuova regolamentazione <sup>(6)</sup>, sia a Roma che nelle provincie <sup>(7)</sup>. Osserva al proposito il Lauria <sup>(8)</sup> che « a seguito della sopravvenuta applicabilità delle nuove fonti di diritto a tutto l'impero, le disposizioni regolanti l'*accusatio* vigono ora anche in provincia, sicchè i processi dell'*ordo* e queste *cognitiones extra ordinem* sono assoggettate ad un'unica disciplina ». In pratica l'unico procedimento veramente funzionante è la *cognitio*: del resto, come osserva ancora il Lauria <sup>(9)</sup>, il numero rilevante degli scritti sulle *cognitiones* sta a dimostrare l'importanza che queste ebbero nel pensiero e nel sistema dei loro autori i quali « appartengono ormai ad un'epoca in cui l'*ordo* è ricordato soltanto per avvertire in usu esse desiit' (Paul. D. 48, 1, 8) ».

Da tutto quanto è stato fin qui affermato, discende che non si può dar credito alla teoria sostenuta da buona parte della dottrina moderna, per cui la *cognitio* e l'*ordo* sono da considerare due sistemi opposti <sup>(10)</sup> e la *cognitio*, soprattutto in campo penale, è da considerare come una forma di procedimento privo di regolamentazione, teoria criticata dal Lauria con una serie di argomentazioni e di esempi testuali <sup>(11)</sup>.

<sup>(6)</sup> Così per il *crimen stellionatus* e per il *crimen expilatae hereditatis*: cfr. LAURIA, *op. cit.*, p. 359.

<sup>(7)</sup> Nonostante l'indubbia scarsità di notizie in materia, LAURIA, *op. cit.*, p. 357, ritiene di trovarne le tracce: in particolare per la Giudea, nel processo di Paolo, e inoltre nelle lettere di Plinio e nel processo di Apuleio.

<sup>(8)</sup> *Op. cit.*, p. 357.

<sup>(9)</sup> *Op. cit.*, p. 309.

<sup>(10)</sup> Cfr. bibliografia citata da LAURIA, *op. cit.*, p. 310 nt. 6.

<sup>(11)</sup> Egli mostra, da un lato, come, nelle opere *ex professo* dedicate alle *cognitiones*, siano riportati testi delle varie *leges iudiciorum publicorum*, che, evidentemente, furono estese anche alle prime (e questa è già una traccia notevole

Dal canto suo il Biscardi <sup>(12)</sup> ha validamente sostenuto l'infondatezza di quella *communis opinio* che tende ad identificare *cognitio* ed *inquisitio*: un rescritto di Gordiano, contenuto in C. 9, 2, 7, dimostra chiaramente, infatti, che il principio accusatorio, la più grande conquista dell'età repubblicana, è, di regola, applicato anche nell'ambito della *cognitio*.

Analogamente il Pugliese <sup>(13)</sup> afferma che la *cognitio* è spesso collegata ad un'accusa, tanto che l'ipotesi contraria è da considerarsi anormale, come confermano chiaramente i due frammenti che egli cita al proposito: Tac., 15, 69 e D. 48, 5, 2, 6 (Ulp. 8 *disput.*). Inoltre, sempre secondo il Pugliese, si verificò sicuramente una progressiva assimilazione degli accusatori nella *cognitio* a quelli negli *iudicia publica*, giungendo ad una identificazione quando, tra la fine del secondo e l'inizio del terzo secolo d. C., gli organi della prima subentrarono definitivamente alle antiche giurie: questo adattamento facilitò il trapasso che poté così apparire un semplice mutamento di organi (rispettandosi, per quanto possibile, la vecchia procedura).

Fatte queste necessarie premesse, possiamo ora affrontare l'esame dei frammenti del *Corpus Iuris* relativi alla fase preliminare del processo penale, al fine di delinearne la struttura, tenendo sempre presente che, se pur si parla di *iudicia publica* e di *leges* ad essi relative, tali menzioni sono soltanto il ricordo di una realtà ormai superata: l'insieme dei passi non fa che ri-

---

della relazione tra i due sistemi processuali); dall'altro, come si fossero affermate, sotto il principato, delle nuove fonti di diritto, *senatusconsulta* e costituzioni imperiali, che disciplinarono completamente le *cognitiones*. L'A. mette inoltre in evidenza, con esempi testuali, come tra *ordo* ed *extra ordinem* non esista quella contrapposizione che, sotto molti aspetti, i moderni hanno creduto di riscontrare; precisa, tuttavia, che ciò « non significa completa equiparazione fra i due tipi di processo ».

Cfr., in tal senso anche DE ROBERTIS, *Arbitrium iudicantis e statuizioni imperiali*, in « ZSS », 59 (1939), p. 236 ss., ed ORESTANO, *Augusto e la cognitio extra ordinem*, in « Studi Cagliari », 26 (1938), p. 153 ss.

<sup>(12)</sup> *Processo civile e processo penale*, cit., pp. 108, 164-65.

<sup>(13)</sup> *Processo privato e processo pubblico*, cit.

flettere il nuovo assetto che, con varie sfumature, la *cognitio* va ormai assumendo.

2. Per delineare con una certa organicità il procedimento nella sua fase preliminare, riteniamo opportuno attenerci allo schema tratteggiato in occasione dello studio dello stesso in età ciceroniana; tale metodo ci darà altresì la possibilità di meglio valutare le modifiche e le trasformazioni intervenute e di spiegarle storicamente.

L'atto che rappresentava il momento iniziale era la *postulatio*, richiesta preliminare presentata al magistrato dall'aspirante accusatore, con il fine pratico di provocare un accertamento, eventualmente accompagnato da una *divinatio* <sup>(14)</sup>. Che valore si può attribuire alla *postulatio* nel momento storico in cui abbiamo puntualizzato la nostra indagine? A nostro avviso — e l'esame dei testi lo confermerà — la *postulatio* appare ormai priva del suo specifico contenuto, anche se resta, tuttavia, come termine tecnico processuale (tale era stato fin dalle sue prime applicazioni), con il valore originario, generico (e più lato), di istanza presentata al magistrato e tende quindi, fra l'altro, ad identificarsi con la *delatio*. Tra i frammenti che danno atto di questo progressivo svuotamento, con conseguente sovrapposizione di termini, leggiamo

C. 9, 9, 6 (*Imp. Alexander A. Vadanti*, a. 223):

Iure mariti accusare volenti sexaginta dies utiles computantur, quibus in publico ei facultas fuerit apud quem reus vel rea postulari potest,

in cui *postulare* ci sembra posto sullo stesso piano di *accusare* e, soprattutto,

(14) Cfr., *retro*, cap. II.

D. 48, 5, 32 (Paul. 2 *de adult.*):

Quid si is, qui intra quinquennium, quem postulaverat non peregerit...? Aequum est computationi quinquennii eximi id tempus quod per postulationem praecedentem consumptum sit.

Qui a *postulare* si ricollega come necessaria conseguenza « peregerit » e *peragere*, come del resto conferma D. 48, 5, 2 (« peregerisse autem non alias quis videtur nisi et condemnaverit »), indica senza dubbio il compimento di una concreta attività al fine di ottenere la condanna dell'accusato e presuppone, con altrettanta evidenza, l'esercizio effettivo dell'azione. Ora, dal momento che si parla di *postulare*, sicuramente qui il termine è usato in senso non tecnico, per indicare l'attività dell'accusatore (e non più una preliminare richiesta) <sup>(15)</sup>. Se poi leggiamo

D. 48, 5, 18, 6 (Ulp. 2 *ad l. Iul. de adult.*):

quaeritur an alius adulteram alius adulterum postulare possit, ut, quamvis ab eodem... simul postulari non possint...

l'innegabile corrispondenza di questa fattispecie con quella riportata in

D. 48, 5, 16, 9 (Ulp. 2 *de adult.*):

Si quis et adulterum et adulteram simul detulit...

permette di accertare facilmente l'uso di *postulare* come sinonimo di *deferre*. Vi sono ancora due testi la cui interpretazione presenta alcune difficoltà, ma che, a nostro avviso, possono essere allineati con i precedenti. Si tratta di

---

<sup>(15)</sup> Per quanto riguarda l'ultima parte del frammento riportato, sicuramente rimaneggiata, ci interessa mettere in luce il valore con cui è ormai usato il termine *postulatio* in età postclassica: « *postulatio praecedens* » indica genericamente l'intervento di un accusatore.

D. 48, 5, 39, 10 (Pap. 36 *quaest.*):

Si quis in honore ministeriove publico sit, reus quidem postulatur, sed differtur eius accusatio, et cautionem iudicio sistendi causa promittit in finem honoris.

La parte finale di questo testo « *cautionem et rell.* » ci sembra gravemente sospetta <sup>(16)</sup>: la *cautio iudicio sistendi causa* è una istituzione postclassica e si tratta, perciò, senza dubbio, di aggiunta posteriore. Il resto del frammento, sicuramente genuino, prevede una singolare fattispecie: il presunto colpevole ricopre una pubblica carica e, compiuta la *postulatio*, la relativa *accusatio* viene differita. Che valore deve essere attribuito a questa *postulatio*? L'interpretazione del testo è complicata dalla presenza di *accusatio*, termine polivalente, usato talvolta con lo stesso valore di *delatio*, talaltra impiegato per indicare l'intero svolgimento del giudizio <sup>(17)</sup>.

<sup>(16)</sup> Cfr. SCHLOSSMAN, *Der Vindex bei der in ius vocatio*, in « ZSS. » 24 (1903), p. 325 nt. 1.

<sup>(17)</sup> Nel primo significato, vedi D. 48, 16, 11 (Pap. *l. s. de adult.*): « *Quaerebatur an hi, qui ab accusatione tempore exclusi essent, in S. C. Turpillianum inciderunt: respondit non oportere dubitari calumnia non puniri eos, qui praescriptione temporis exclusi, causam adulterii perferre non potuerunt* » (sul testo non gravano sostanziali dubbi: anche SOLAZZI, *Infirmas aetatis e infirmas sexus*, in « Arch. giur. », 104 (1930), p. 22 nt. 1, sostiene che contro la decisione non c'è nulla da obiettare in quanto essa nega il reato di calunnia da parte dell'escluso e non del desistente, pur presentando, al tempo stesso, come molto probabile un rimaneggiamento del testo, soprattutto per l'uso di « an » con l'indicativo); D. 4, 6, 40 (Ulp. 5 *opin.*): « *Si qua militi accusatio competat tempore, quo reipublicae operam dedit, non peremitur* ». In ambedue i passi citati ci sembra evidente l'uso di *accusatio*: nell'uno si discute se siano colpiti dal senatoconsulto coloro che hanno lasciato trascorrere il termine per l'esercizio dell'accusa (la risposta è certamente negativa, perchè la fattispecie prevista dal senatoconsulto è la desistenza dopo che il rapporto si è costituito); nell'altro si afferma che lo svolgimento di un'attività al servizio dello stato sospende il decorso dello stesso termine, quindi *accusatio* = esercizio dell'accusa.

Per quanto riguarda invece la seconda e più ampia accezione del termine, possiamo citare D. 34, 4, 31, 2 (Scaev. 14 *digest.*): « *Seia testamento suo legavit auri pondo quinque; Titius accusavit eam, quod patrem suum mandasset interficiendum; Seia post institutam accusationem codicillos confecit, nec ademit Titio*

Ci soccorrono alcune considerazioni: in primo luogo l'auto-revole precedente costituito dalla *lex Sempronia* che <sup>(18)</sup> vietava il giudizio nei confronti dei magistrati in carica e non quindi l'esercizio dell'accusa; tale principio sembra, a ragione, mantenuto anche in età classica, come si deduce da

D. 48, 2, 12 (Ven. Sat. 2 *de iud. publ.*):

Hos accusare non licet: .. magistratum populi Romani...;

sappiamo inoltre che ad esempio in caso di assenza non maliziosa (cui può riavvicinarsi, per analogia, il nostro caso) <sup>(19)</sup>,

---

privigno legatum et ante finem accusationis decessit», e D. 48, 16, 14 (Ulp. 7 *de off. proc.*): « Divus Hadrianus Salvio Caro proconsuli Cretae, rescriptit tutorem, qui pupilli causa instituerat accusationem, defuncto pupillo, cuius causa accusare coeperat, non esse cogendum accusationem implere ». Il tutore che « instituerat accusationem » nell'interesse del pupillo, alla morte di questo, ci dice Ulpiano, « non est cogendum accusationem implere », non incorre cioè nella pena prevista per la desistenza, pur abbandonando la causa dopo che la relativa *accusatio* era stata « instituta », espressione, quest'ultima, identica a quella del frammento precedente. La nostra interpretazione di « cogendum » è del resto confermata da un preciso dato di fatto: l'esercizio di azioni derivanti da tutela, come poche altre privilegiate (azioni intentate per vendicare la morte di un congiunto, in adempimento di un obbligo morale ed il cui esercizio è pertanto obbligatorio) esclude l'applicazione della pena per la calunnia. Cfr. al proposito VOLTERRA, *Per la storia della accusatio iure mariti*, in « Studi Cagliari », 17 (1929), p. 1 ss.; v. anche MOMMSEN, *op. cit.*, II, p. 183. In modo particolare è da prendere in considerazione C. 9, 22, 4 (*Imp. Alex. A. Cassio*, a. 227): « ...non impedieris accusationem contra eam impletis sollemnibus instituire ». Solo dopo il compimento dei *sollemnia*, cioè dopo la costituzione del rapporto, è instaurata l'*accusatio*, cioè il processo: questo testo permette di stabilire senza ombra di dubbio l'esatto valore dell'espressione « accusationem instituire »; tale espressione ricorre con una certa frequenza, nel Digesto soprattutto, tra gli altri passi, in: D. 48, 5, 14, 6; 48, 2, 7, 2; 43, 29, 3 pr.; 38, 2, 14, 2; 34, 9, 22; 5, 2, 29, 2; 5, 2, 27 pr. Fondamentale ci sembra comunque D. 38, 2, 14, 8 (Ulp. 45 *ad ed.*): « Accusasse autem dicimus, qui crimina obiecit et causam perorari usque ad sententiam effecit », che conferma l'uso normale del termine *accusare* e quindi *accusatio* nel senso di intero procedimento a carico di taluno.

<sup>(18)</sup> L. 8: « De heisce dum mag(istratum) aut imperium habebunt iudicium non fiet ».

<sup>(19)</sup> V., per tutti, BRASIELLO, *Assenza dal giudizio nel processo penale romano*, in « Studi Urbinati », 3-4 (1933) p. 1 ss.

l'accusa può essere sempre presentata anche se non si può procedere a giudizio e. se si vuole — argomento meno probante — possiamo tener conto della prevalenza numerica dei frammenti in cui sicuramente *accusatio* allude all'intero procedimento a carico di taluno. Concludendo, l'interpretazione del testo è la seguente: se l'accusato esercita una pubblica funzione, pur potendosi validamente presentare un'accusa nei suoi confronti, tale situazione soggettiva impedisce temporaneamente lo svolgimento del giudizio, che appare quindi condizionato alla scadenza della carica, subordinato ad una *condicio iuris*. E lo conferma quell'aggiunta di indubbia fattura postclassica, per cui si richiede una cauzione che ha però come oggetto lo « iudicio sisti », che impegna perciò a sottostare al regolare giudizio, una volta che sia venuta meno la situazione temporaneamente impediante. Ma non sapremmo ricondurre tale stato di cose alla pura e semplice presentazione di una *postulatio*.

Analoghe considerazioni sono da fare a proposito di un altro frammento di Papiniano, che già il Leifer annoverava fra quelli che confermano l'uso di *postulare* in senso non tecnico, in luogo cioè di *delatio* <sup>(20)</sup>, e precisamente di:

D. 48, 5, 11, 8-9 (Pap. *l. s. de adult.*):

Defuncto marito, adulterii rea mulier postulat; quae propter impuberem filium vult dilationem ab accusatore impetrare: an debeat audiri? respondi: non videtur mihi confugere ea mulier ad iustam defensionem, quae aetatem filii praetendit ad eludendam legitimam accusationem.

Dopo la morte del marito un terzo « postulat » la vedova per adulterio, la donna chiede una dilazione all'accusatore, motivandola con la minore età del figlio, e il giurista, cui la questione

<sup>(20)</sup> In PAULY-WISSOWA, *RE.*, s.v. *Postulatio*.

è stata sottoposta, risponde che il pretesto addotto <sup>(21)</sup> non vale ad escludere una *legitima accusatio*: anche qui la chiave è rappresentata da *accusatio*, qualificata come *legitima*; per analogia col passo precedente, essa è da ritenere riferita allo svolgimento dello *iudicium* (giudizio) che ormai viene definito « *legitimum* », cioè regolato da apposite norme. Il fatto stesso che l'accusata intervenga direttamente con specifiche richieste, anzi eccezioni, che tendono, se non altro, a differire il pericolo incombente di un giudizio, ci suggerisce trattarsi di un procedimento già iniziato attraverso la *delatio*.

Pur non escludendo in modo assoluto che di *postulatio* si continui a parlare nell'ambito ristretto delle *quaestiones*, riteniamo senz'altro che per tale atto non vi sia posto nel procedimento della *cognitio*, una volta ormai compiutasi la sua funzione storica. Sappiamo infatti dalle fonti che sotto il principato venne progressivamente limitata la libertà di accusa per concentrare gradatamente il relativo potere sull'offeso e sui prossimi congiunti <sup>(22)</sup>. Venne così a cadere il fondamento essenziale della *postulatio*: essa, infatti, non esisteva allorchè venne istituita la prima *quaestio* (*repetundarum*) destinata a tutelare i diritti violati dei provinciali, in quanto non poteva esserci luogo ad incertezze sul soggetto che si presentava come accusatore, ma venne tuttavia istituita contemporaneamente al moltiplicarsi delle *quaestiones*, per la necessità di accertare le reali intenzioni e la persona adatta

---

<sup>(21)</sup> La possibilità di accordare una dilazione alla madre (accusata, ad es., di adulterio) fino a che il figlio non raggiunga la pubertà, era stata più volte oggetto di questioni sottoposte ai giuristi ed alla stessa cancelleria imperiale, ma risolte definitivamente, a quanto pare, solo in età postclassica. Sul problema vedi MARTINI, *Il problema della causae cognitio praetoria*, Milano 1961, p. 148 e nt. 59 e NIEDERMAYER, *Studien zum Edictum Carbonianum*, in « ZSS. », 50 (1930), p. 116 ss.

<sup>(22)</sup> Per l'adulterio, in particolare, sappiamo che l'accusa era riservata, entro un certo termine (60 giorni), al marito od al padre, con la possibilità di esercizio *iure extranei* trascorso inutilmente il termine concesso ai primi. Cfr. ancora VOLTERRA, *op. cit.*, e D. 48, 5.

per l'accusa; decade quindi contemporaneamente al decadere del principio della libertà di accusa.

Solo dopo la presentazione dell'accusa — riservata ad una categoria sempre più limitata di persone o a delatori non meglio qualificati — sorge il problema pratico di accertare la proponibilità dell'accusa e l'accusabilità del presunto colpevole <sup>(23)</sup>, come vedremo ben presto, approfondendo lo studio della fase preliminare.

3. Veniamo ora a parlare un po' più diffusamente di quella *delatio* cui, nelle pagine precedenti, abbiamo avuto modo di accennare più volte, individuandone la disciplina in questo scorcio del secondo secolo d. C. La *delatio* indica concretamente l'esercizio dell'azione criminale: tuttavia, per quanto riguarda il suo specifico contenuto, è da tener presente che anch'essa, nel processo dell'età imperiale, viene assumendo un nuovo e più ampio significato. Tale processo di trasformazione, di cui abbiamo trovato una traccia nello stesso Cicerone <sup>(24)</sup>, si compie proprio in questo periodo e *delatio* passa ad indicare il complesso delle attività necessarie ad instaurare il procedimento relativo ad un determinato reato, come testimoniano le fonti, parlando di « *crimen (o adulterium) deferre* » <sup>(25)</sup>. Ma esaminiamo alcuni dei frammenti più significativi come

D. 49, 14, 18, 4 (Marcian. *l.s. de delat.*):

Deferre non possunt mulieres... clarissimi viri... damnati. Sed eas causas, quas ante damnationem coeperunt

<sup>(23)</sup> Cfr. i due frammenti di Papiniano, precedentemente citati.

<sup>(24)</sup> Abbiamo visto, infatti, che, accanto a passi in cui si parla ancora di « *nomen cuiuspiam deferre* », altri, contenuti nella stessa *Divinatio*, ci presentano una costruzione ben diversa: « *in Gabinium... delationem nominis postuleret...* ». Allora tale modificazione adombrava la formazione del concetto di *delatio* come esercizio del diritto di accusa, e ora, invece, il suo valore di complesso delle attività dell'accusatore nella fase preliminare.

<sup>(25)</sup> Cfr. Ulpiano, D. 48, 5, 28, 7; C. 9, 9, 16, 2; C. 9, 50, 1, pr.-1.

deferre, posse eos etiam post damnationem exequi, rescriptum est.

Tra le varie categorie di persone escluse dall'accusa devono essere considerati anche i condannati, tuttavia un rescritto stabilisce che possono portare a termine quelle cause che « coeperunt deferre » prima della condanna. Si parla di *coepi*, di cominciare: ciò vuol dire che *deferre* si riferisce non ad un atto singolo, ma a qualcosa di complesso, a tutta l'attività dell'accusatore. Così si spiega il passo citato: poichè la *delatio* si svolge in un periodo di tempo più o meno lungo, può accadere che, tra l'atto iniziale e quello finale, intervenga una condanna a carico dell'accusatore, ma ciò non può impedire che venga proseguita un'accusa già validamente iniziata.

Di contenuto analogo un altro frammento, di Ulpiano, questa volta; si tratta di

D. 48, 1, 5 (Ulp. 8 *disput.*):

Inchoatas plane delationes ante damnationem implere eis et post damnationem permissum est.

Probabilmente i due giuristi si riferiscono ad un'unica fonte, un rescritto, se si considera il « permissum » del passo di Ulpiano, che evidentemente allude ad una manifestazione di volontà del *princeps*, e il parallelo « rescriptum est » di Marciano. Inoltre c'è una troppo palese corrispondenza fra le espressioni usate nei due frammenti: fra « coeperunt deferre » e « inchoatas delationes », fra « exequi » e « implere », il quale ultimo — pur con significato pressochè identico al primo — è termine tecnico, usato molte volte proprio in relazione ai *sollemnia* (*sollemnibus impletis, impleta sollemnitate*, etc.). Nonostante ciò si continua sempre a parlare di *delatio* anche per indicare l'iniziale *delatio nominis* (nel suo originario valore), che ancora indubbiamente esiste e che costituisce evidentemente il primo atto dell'accusatore davanti al magistrato. Di questa sopravvivenza ci restano al-

cune testimonianze: un passo di Ulpiano, che in D. 48, 2, 3, in relazione ai *libelli*, allude proprio a tale dichiarazione (ma avremo modo di riparlare in seguito), un altro passo di Ulpiano, D. 48, 5, 28 pr., in cui si legge:

« ...qui nomen eius servi detulerit... »,

ed una costituzione piuttosto tarda (a. 423) di Onorio e Teodosio, riportata in

C. 9, 2, 17 (= C. Th. 9, 1, 19):

sed quisquis ille est qui crimen intendit, in iudicium veniat, nomen rei indicet, vinculum inscriptionis adripiat, custodiae similitudinem... patiatur...

Nonostante che questa testimonianza sia relativa all'età postclassica riteniamo, tuttavia, di poterci servire di alcuni elementi che essa ci offre. La disposizione — ma ce ne sono altre di contenuto analogo — dettata per porre un freno alla valanga di denunce anonime, che si riversava nelle cancellerie dei tribunali, cercava di sollecitare il senso di responsabilità e il coraggio delle proprie azioni nei privati cittadini, imponendo e disciplinando l'attività e la condotta dell'accusatore, sintomo questo altresì di una organizzazione a carattere accentratore, della progressiva affermazione della monarchia assoluta. Tale testimonianza si riferisce all'unico processo dell'età postclassica <sup>(26)</sup>, pur

(26) L'unificazione delle varie procedure o, meglio, l'atrofizzazione di alcune rispetto ad altre più giovani e più funzionali, si compie, come più volte accennato, già sul finire dell'età classica. Non esiste più la giurisdizione del Senato, le *quaestiones* non sono più ricordate dopo Gordiano, dato che funzionavano solo a Roma e per un numero sempre più ristretto di casi. Il procedimento che si afferma è quello della *cognitio extra ordinem*, che non si identifica affatto con l'*inquisitio* (sul problema vedi LAURIA, *loc. cit.*, e BISCARDI, *op. ult. cit.*), anche se questa le imprime un certo carattere: in esso sopravvive il principio accusatorio (non più con la piena libertà di accusa, però), tanto per le cause già di competenza delle *quaestiones* — cfr. C. 9, 1, 12 (*Imp. Diocl. et Maxim. AA. Corinthiae*, a. 293): « De crimine quod publicorum fuerit iudiciorum mulieri accusare non permittitur nisi certis ex causis, id est si suas suorumque iniuriam persequatur, secundum antiquitus statuta... » — che per altri *crimina* perseguiti solo *extra ordinem*. Pur

tuttavia può essere utilizzata ai nostri fini in quanto ricorda istituti appartenenti al sistema dell'*ordo*: *inscriptio* e *nomen indicare*, cioè *nomen deferre* (che ha ancora il valore di indicazione del nome), mentre la custodia preventiva cui deve assoggettarsi l'accusatore è, invece, sicuramente un'innovazione postclassica.

Abbiamo parlato di un'attività complessa: sorge ora il problema di determinare in quali fasi essa praticamente si articoli. Innanzitutto vi è l'iniziale indicazione del nome, cui fa seguito l'enunciazione dei termini della fattispecie, prevista già dalla *lex Iulia* di cui più espressamente ci parla D. 48, 2, 3 che esamineremo più avanti <sup>(27)</sup>, indi un accertamento della capacità

---

esistendo un unico processo, coesiste un'alternativa fra processi promossi d'ufficio e su iniziativa privata: in tal senso — tenuto conto che siamo in un periodo di transizione — deve probabilmente interpretarsi C. 9, 2, 3 (*Exemplum sacrarum litterarum Diocl. et Max.*): « Si quis se iniuriam ab aliquo passum putaverit et querellam deferre voluerit, non ad stationarios decurrat, sed praesidalem adeat potestatem aut libellos offerens aut querellas suas apud acta deponens ». La definitiva regolamentazione dell'accusa si ha nel corso del IV secolo d. C., come si rileva da C. 9, 9, 29 (*Imp. Constant. A. ad Evagrium*, a. 326): « Quamvis adulterii crimen inter publica referatur, quorum delatio in commune omnibus sine aliqua legis interpretatione conceditur... proximis necessariisque personis... placet deferri copiam accusandi ». Se pur si continua a parlare di accusatori, in realtà non esiste più un'accusa nel significato classico del termine, un'accusa concessa cioè *civis de populo*; ci si presenta ora un'iniziativa di parte riservata ai soli interessati. L'antico principio repubblicano, rimasto in vigore finché, pur con la precedenza agli offesi, restava anche agli estranei la possibilità di accusare, è venuto meno definitivamente. La nuova forma di accusa, se da un lato può essere riavvicinata all'odierna querela, essendo conferita ai soggetti direttamente offesi, sostanzialmente se ne distingue, non rappresentando, come questa, una condizione di procedibilità; mancando, infatti, un'iniziativa privata, il processo viene comunque promosso d'ufficio; qualcosa di analogo si verifica se l'accusatore, richiesta l'*abolitio*, viene meno nel corso del processo (cfr. C. 9, 42, 2, 1), le sorti del quale sono ormai nelle mani dei funzionari imperiali, mentre all'attività del privato è tolta qualsiasi efficacia. Rileva al proposito il PUGLIESE, *Processo privato e processo pubblico*, cit., p. 104: « il quadro presentato dalla maggior parte delle costituzioni postclassiche è illusorio in quanto il sistema dell'*accusatio*, sebbene forse praticamente più diffuso, era dal punto di vista giuridico una semplice eccezione, resa possibile dall'adeguarsi dell'accusa alle esigenze della repressione ».

<sup>(27)</sup> Come non ricordare a questo proposito le indicazioni di prove e di testi di cui ci parlava Cicerone in *de inv.*, 2, 19, 58? Cfr., *retro*, cap. II, p. 59.

dell'accusatore <sup>(28)</sup> e dell'accusato che, di regola <sup>(29)</sup>, intervienne direttamente, opponendo, se vuole, delle eccezioni. Tale opponibilità incontra tuttavia dei precisi termini, come si rileva da

D. 48, 5, 16, 7 (Ulp. 2 *de adult.*):

Praescriptiones quae obici solent accusantibus adulteriori, ante solent tractari quam quis inter reos recipiatur: ceterum posteaquam semel receptus est, non potest praescriptionem obicere.

Le *praescriptiones* <sup>(30)</sup>, cioè le eccezioni, devono essere rispettate prima della conclusione della fase preliminare, prima cioè che venga definitivamente accolta l'accusa presentata; tale attività dell'accusato dovrà compiersi fra l'inizio e la fine della *delatio*, concretandosi nell'indicazione di tutti gli elementi idonei ad eliminare o, per lo meno, a limitare la portata delle affermazioni dell'accusatore e determinando logicamente un dibattito sulle questioni così sollevate. Sullo stesso argomento possiamo ancora citare: D. 48, 5, 11, 8-9 e 48, 5, 39, 10 <sup>(31)</sup>. Non si tratta anche in tali casi di eccezioni che vengono fatte valere prima della *receptio*, sulle quali si accende il dibattito nel corso della *delatio*?

<sup>(28)</sup> Vedi D. 48, 16, 1, 10. Nel frammento si esclude che possa provocare lo svolgimento del giudizio la donna che propone il *crimen* di *iniuria* non perpetrato ai suoi danni o a quelli dei suoi prossimi congiunti. E' chiaro che, per arrivare ad una simile decisione, deve essersi fatto luogo ad un dibattito; cfr. anche C. 9, 1, 9 (*Imp. Gord. A. Severiano*, a. 239): « ... non temere ad accusationem esse admittendam, nisi prius matrem se esse probaverit ».

<sup>(29)</sup> Cfr. le nostre osservazioni a proposito della *denuntiatio*, *infra*, p. 85 ss.

<sup>(30)</sup> Sull'appartenza delle *praescriptiones* al regime della *cognitio*, v., fra gli altri, MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in « Ann. Palermo », 1955, p. 425; circa la loro applicazione in materia criminale cfr. LAURIA, *op. cit.*, p. 341 nt. 2 e BEAUCHET, in DAREMBERG-SAGLIO, *Dictionnaire*, cit., s.h.v. (p. 676). Per quanto riguarda poi l'ulteriore sviluppo della *praescriptio* in età postclassica e nella compilazione giustiniana, cfr. BISCARDI, s. v. *Giudizi paragrafici*, in « Novissimo Digesto It. ».

<sup>(31)</sup> Cfr., *retro*, p. 74 e p. 72.

Ecco un altro elemento del mosaico che va a completare ormai il quadro della *delatio*: tale attività preliminare alla recezione dell'accusa si articola in un dibattito tendente a precisare i termini della questione e si avvicina al concetto di procedimento istruttorio. Si chiarisce ora, anzi arriva a compimento, quell'evoluzione che in età ciceroniana era ancora in embrione.

La *delatio* inizialmente era orale <sup>(32)</sup>; tuttavia, ad un certo momento, imprecisabile, fanno la loro apparizione nella procedura i *libelli accusationis* o, più spesso, *inscriptionis* e *inscriptionum* <sup>(33)</sup>. Da notare, in particolare, l'uso del termine *inscriptio*: *inscriptio* era l'atto che in ultima istanza veniva a consacrare ed a fermare nel tempo le dichiarazioni fatte dall'accusatore; *libelli inscriptionis* sono le accuse scritte che hanno, tuttavia, il fine di permettere l'*inscriptio*. I *libelli*, dapprima, costituiscono un riepilogo schematico della *delatio* che li precede; in seguito, tuttavia, la sostituiscono a tutti gli effetti. La loro formula ci è conservata in un frammento di Paolo che si riporta, molto probabilmente, al primo periodo, di coesistenza, cioè, con la *delatio*; si tratta di

D. 48, 2, 3 (Paul. 3 *de adult.*):

Libellorum inscriptionis conceptio talis est: 'Consul et dies, apud illum praetorem vel proconsulem, L. Titius professus est, se Maeviam lege Iulia de adulteriis ream deferre, quod dicat eam, cum Gaio Seio in civitate illa, domo illius, mense illo, consulibus illis,

---

<sup>(32)</sup> E ciò è facilmente comprensibile dato il « carattere essenzialmente orale della tradizione processuale romana »: così ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, (corso litogr.), Torino 1953, p. 228.

<sup>(33)</sup> Anche se figurano come formalità inderogabili e quindi sono ufficialmente iscritti nel procedimento preliminare solo all'età dei Severi (cui appartengono le testimonianze a nostra disposizione), molto probabilmente devono aver fatto la loro apparizione nella prassi processuale già in precedenza, come ci suggerisce la circostanza che l'analoga formalità nel procedimento di appello (v., *infra*, p. 128) appare già regolata al tempo di Giuliano e di Aurelio.

adulterium commisisse'. Utique enim et locus designandus est, in quo adulterium commissum est, et persona, cum qua admissum dicitur, et mensis: hoc enim lege Iulia publicorum cavetur et generaliter praecipitur omnibus, qui reum aliquem deferunt.

Come risulta da una prima superficiale lettura, nei *libelli* devono essere indicati: data della presentazione, nome dell'accusato, data e luogo in cui il reato si dice essere stato commesso; si richiede tuttavia la esplicita menzione delle dichiarazioni rese davanti al magistrato (*professus est*): in primo luogo di « se Mae-viam deferre », espressione che allude alla iniziale *delatio nominis*, nel suo originario valore, e, inoltre, di tutti gli elementi atti a configurare la fattispecie <sup>(34)</sup>. Poichè il libello ha la pratica funzione di riassumere i singoli capi di accusa e i vari momenti dell'accusa stessa, concludendola, e di dare conferma di quanto è stato dichiarato, la relativa formula ripete il contenuto delle precedenti dichiarazioni, costituendo, al tempo stesso, lo schema per la successiva iscrizione a ruolo della causa: non per niente si parla di *libelli inscriptionis*.

Su un altro inciso dobbiamo fissare ancora la nostra attenzione: « hoc enim lege Iulia publicorum cavetur »; in base a questo riferimento il Volterra <sup>(35)</sup> e il Boyé <sup>(36)</sup>, hanno riportato l'introduzione dei *libelli* alla *lex Iulia*, ma un attento esame del testo ci sembra escludere tale possibilità. Infatti « hoc » non si riferisce alla formula dei *libelli*, ma ad un'altra

<sup>(34)</sup> Il testo costituisce una riprova di quanto precedentemente affermato a proposito del contenuto della *delatio*.

<sup>(35)</sup> *Per la storia*, cit., p. 24. L'A. si limita ad osservare: « La *lex Iulia* introduce una forma scritta di accusa mediante uno speciale libello, il quale deve essere redatto in forma determinata (D. 48, 2, 3), sotto pena dell'*abolitio* e della conseguente rinnovazione dell'accusa ».

<sup>(36)</sup> *La denuntiatio introductive d'instance sous le principat*, Bruxelles 1922, p. 262: « ... de même que le développement de l'accusation écrite et du *libellum inscriptionis* institué par la loi *Iulia iudiciorum publicorum* d'après Paul D. 48, 2, 3... ».

diversa disposizione: « locus designandus est... et persona... et mensis ». Ora, il contenuto della formula e quello della disposizione che la segue immediatamente sono pressochè identici e non si spiegherebbe tale ripetizione se ambedue fossero da ricondursi alla stessa fonte legislativa. Si spiega invece agevolmente considerando che già la *lex Iulia* — nel quadro della sua riforma tendente a fissare una volta per sempre lo schema e le regole dell'ordo iudiciorum publicorum — aveva stabilito che per la *delatio adulterii* l'accusatore dovesse fornire tutti gli elementi atti a configurare la fattispecie, disposizione successivamente estesa « omnibus qui reum aliquem deferunt »; data l'evidente analogia con la formula dei *libelli*, è naturale l'accostamento e il riferimento alla *lex Iulia* <sup>(37)</sup>.

Sempre a proposito dei *libelli* ci interessa un altro passo, tratto da una costituzione di Diocleziano, in

C. 9, 2, 8 (*Exemplum sacrarum litterarum Diocl. et Max.*):

Si quis se iniuriam ab aliquo passum putaverit et que-

---

<sup>(37)</sup> Diverso avviso esprime anche F. AVONZO DE MARINI, *op. cit.*, p. 80, la quale, studiando il procedimento penale senatorio e i relativi problemi, afferma: « Anzitutto, poichè la *lex Iulia* aveva introdotto la forma scritta nell'accusa criminale, può stupirci il constatare che nei resoconti processuali del Senato non è mai menzionata la necessità dei *libelli accusatorii*: se nel 17 a. C. si era sentita l'opportunità di innovare su questo punto, non si capisce perchè la modificazione non sia seguita dal Senato che proprio in tale epoca inizia la sua attività giudiziaria ». La DE MARINI cerca la spiegazione di questa « anomalia » nella struttura del tribunale senatorio, in quanto « il Senato conserva nella sua funzione giurisdizionale la stessa composizione e lo stesso regolamento con cui soleva operare in sede politica. L'attività giudiziaria si svolgeva, nei limiti del possibile, secondo le forme... proprie alle sedute senatorie; per questa ragione... vennero recepite le regole processuali essenziali all'accusa, ma senza allontanarsi dalla forma orale » secondo la quale il Senato era solito deliberare. Questa spiegazione non ci sembra del tutto convincente, tanto più che la stessa DE MARINI ha dimostrato, nel corso della sua indagine, come nel procedimento senatorio fosse stata accolta la procedura propria delle *quaestiones*. Allora, solo la formalità dei *libelli* appariva inconciliabile col procedimento senatorio? E' per lo meno molto improbabile. La spiegazione per l'assoluta mancanza di riferimenti ai *libelli* si trova, invece, a nostro avviso, proprio nel semplicissimo fatto che nel 17 a. C. i *libelli* non erano ancora entrati a far parte della prassi processuale. La circostanza messa in luce dalla DE MARINI costituisce, dunque, una preziosa conferma del nostro assunto.

rellam deferre voluerit, non ad stationarios decurrat, sed praesidalem adeat potestatem aut libellos offerens aut querellas suas apud acta deponens.

Nel passo citato ci sembra piuttosto evidente la contrapposizione fra iniziativa di parte (« libellos offerens ») e promovimento d'ufficio (« querellas apud acta deponens »): infatti, anche se nel secondo caso è pur sempre il privato cittadino che si presenta, si tratta indubbiamente di una pura e semplice delazione, di una denuncia, non già di una manifestazione di volontà diretta ad un fine determinato. L'esercizio dell'accusa si attua — ed è ciò che importa rilevare — attraverso la sola presentazione dei *libelli*; manca nel testo ogni minimo accenno a qualsiasi altra formalità.

A proposito della *delatio* e dei *libelli* risulta in tutta evidenza che nei testi del *Corpus Iuris* sono presentate come attuali contemporaneamente tre situazioni che si sono invece succedute nel tempo: infatti, in un primo momento abbiamo solo la *delatio* orale — sintesi dell'attività dell'accusatore nel corso della fase che potremmo definire istruttoria — quale si deduce dai frammenti di Marciano<sup>(38)</sup> e di Ulpiano<sup>(39)</sup>; successivamente si inseriscono nel procedimento i *libelli*, con la funzione di riassumere e sintetizzare le dichiarazioni fatte nel corso della *delatio*<sup>(40)</sup>; infine essi prevalgono e la sostituiscono definitivamente a tutti gli effetti<sup>(41)</sup>. Tale sostituzione si verificò pienamente solo nell'età postclassica, mentre il regime dell'età classica fu senza dubbio quello della coesistenza delle due formalità, anche se i sintomi del mutamento già si manifestano nell'uso promiscuo, con lo stesso significato, di *delatio*, *postulatio*, *accusatio* e, qualche volta, di *denuntiatio* e *scriptio*.

(38) D. 49, 14, 18, 4.

(39) D. 48, 1, 5.

(40) Cfr. il frammento di Paolo sulla formula dei *libelli* in D. 48, 2, 3.

(41) Cfr. C. 9, 2, 8.

4. Più volte, nei paragrafi precedenti, abbiamo avuto modo di accennare alla possibilità che l'accusato sia presente nel corso della fase preliminare; la stessa eventualità, già prospettata, di eccezioni alle affermazioni dell'accusatore postula, se non l'obbligatorietà, almeno la normalità dell'intervento dell'accusato; sappiamo inoltre, in base alle risultanze di indagini sull'assenza nel processo <sup>(42)</sup>, che tale circostanza aveva un peso non indifferente sullo svolgimento del processo stesso. Era perciò nell'interesse dell'accusatore rendere edotto l'accusato delle sue intenzioni, mediante quell'atto che le fonti designano *denuntiatio*; dopodichè potevano verificarsi tre situazioni: l'accusato compariva e allora tutto si svolgeva normalmente; oppure, nonostante la *denuntiatio*, non si presentava, ed allora il magistrato doveva accertare se l'assenza era o non volontaria: nel primo caso, trattandosi di contumacia, l'assente era regolarmente giudicato, nel secondo caso non si poteva procedere e l'assente doveva essere ricercato <sup>(43)</sup>.

Della *denuntiatio*, come citazione in giudizio, ci parlano numerosi frammenti. Incominciamo con

D. 48, 5, 18, 1 (Ulp. 2 *ad l. Iul. de adult.*):

Quid ergo, si non quidem denuntiavit, verum libellos accusatorios dedit, antequam nuberet, eaque, cum id cognovisset, nupsit, vel ignorans? puto non videri ei

<sup>(42)</sup> Sul problema dell'assenza, vedi, in particolare, lo studio del BRASIELLO, *Sull'assenza*, cit., il quale distingue il regime dell'*ordo*, in cui non si procede contro l'assente, anche se l'accusa può essere sollevata (escluso il caso di assenza *reipublicae causa*), da quello della *cognitio*, in cui si fa ben presto strada l'istituto dell'*adnotatio* dei *requirendi*, mentre veniva sempre punita la contumacia, cioè il deliberato proposito di non presentarsi davanti al giudice.

Discorda in parte LAURIA, *op. cit.*, il quale afferma esistere un unico regime nell'*ordo* e nell'*extra ordinem*.

<sup>(43)</sup> Vedi ancora BRASIELLO, *op. ult. cit.*, p. 16. L'assente che non si presenta in giudizio viene ricercato: se risulta essere in sede, il magistrato può citarlo con *edicta* o *denunciationes*, dopo di che, se l'accusato persiste — *contumax* —, procede al regolare giudizio; se risulta effettivamente assente, l'accusato dovrà invece essere *adnotatus*.

denuntiatum: idcirco non posse accusatorem ab ea incipere.

Se non è stata fatta la *denuntiatio*, ma sono stati soltanto presentati i *libelli accusatorii*, prima delle nuove nozze della donna, questa, pur essendone venuta a conoscenza, non potrà essere sottoposta a procedimento penale per adulterio o, meglio, l'accusatore non potrà cominciare da lei. L'inciso « vel ignorans » ci appare una evidente aggiunta posteriore: infatti, nel passo esaminato si vuole mettere in luce come non sia sufficiente la presentazione dei *libelli accusatorii* a sostituire la *denuntiatio* qualora la donna, in qualche modo, ne sia venuta a conoscenza; non si vede quindi la necessità di affiancare l'ipotesi che la donna non lo sappia (« vel ignorans »), ipotesi esplicitamente esclusa dal testo. Anche questa inutile esplicazione è probabilmente da attribuire all'attività delle scuole postclassiche. Resta, tuttavia, il fatto che si afferma la necessità di una *denuntiatio*, per sottoporre taluno a giudizio. Vediamo ancora

D. 48, 5, 40, 3 (Pap. 15 resp.):

Nupta priusquam adulter damnetur, adulterii non postulatur, si nuptias denuntiatio vel ad domum mulieris missa non praecessit.

La donna che si sia risposata non potrà essere sottoposta a giudizio prima che sia stato condannato l'adultero, se la *denuntiatio* non ha preceduto le nozze stesse <sup>(44)</sup>. Si parla ancora di *denuntiatio*, che può dunque definirsi una comunicazione formale, diretta all'accusato, la cui funzione cessa, almeno per il caso di accusa di adulterio, quando sia stata pronunziata la con-

<sup>(44)</sup> Considera interpolato l'inciso « vel missa » lo SCHULZ, *Scientia, dolus und error bei Stellvertretung nach klassischen römischen Recht*, in « ZSS. », 33 (1912), p. 52 nt. 1.

danna a carico del correo (<sup>45</sup>). Ai passi già esaminati possiamo poi ricollegare

D. 48, 5, 2 (Ulp. 8 *disput.*):

Ex lege Iulia servatur ut, cui necesse est ab adultero incipere, quia mulier ante denuntiationem nupsit, non alias ad mulierem possit pervenire, nisi reum peregerit. Peregisse autem non alias quis videtur nisi et condemnaverit,

nonchè una costituzione di Gordiano,

C. 9, 9, 12 (*Imp. Gord. A. Aquiliae*, a. 239):

Si, dum in tuo matrimonio uxor tua esset, se adulterio polluit, in ea provincia, in qua id factum est adulterium more solito persequi debes; nec enim ab ea quae iam nupta est adulterium passa exordium accusationis sumi potest, si denuntiatio criminis nuptias non praecessit.

Testimonianza anche questa evidentissima della necessità di una *denuntiatio*, che preceda le nuove nozze della donna, essa ce ne indica altresì la finalità: portare a conoscenza della intenzione del marito di agire per adulterio (<sup>46</sup>). Tuttavia, poichè i testi finora esaminati si riferiscono tutti al reato di adulte-

---

(<sup>45</sup>) Cfr. MOMMSEN, *op. cit.*, II, p. 424. La disposizione è stata sicuramente dettata per l'utilità pratica di non turbare la nuova famiglia che si è formata (nell'ipotesi particolare la *denuntiatio* non ha preceduto le nuove nozze), senza un legittimo motivo: questo viene a presentarsi solo nel caso di condanna del correo, da cui consegue la colpevolezza anche della donna. Si tratta, come già detto, di una semplice ipotesi; sarebbe, tuttavia, molto interessante una più ampia indagine sull'argomento.

(<sup>46</sup>) Ma anche un'altra finalità sembra potersi ricondurre alla *denuntiatio*, in base al contenuto di D. 48, 5, 41, pr. (Paul. 19 *resp.*), permettendoci, al tempo stesso, di spiegare perchè i vari passi esaminati insistono sulla necessità che la *denuntiatio* preceda le nuove nozze: essa, infatti, se ricevuta tempestivamente, toglieva il *connubium*. Cfr., in tal senso, PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*,<sup>2</sup> Roma 1928, I, p. 344.

rio (<sup>47</sup>), per il quale senza dubbio la *denuntiatio* ha una funzione molto importante, si potrebbe pensare ad un istituto applicabile solo in relazione a questo reato, e dubitare perciò del carattere generale della *denuntiatio*, se non trovassimo esplicite contrarie conferme in

Paul. Sent. 5, 6, 14 :

Reis suis edere crimina accusatores cogendi sunt : scire enim oportet quibus sint criminibus responsuri,

in cui si afferma la necessità in ogni caso di una comunicazione all'accusato, e in

C. 9, 2, 6 (*Imp. Gord. A. Avidiano*, a. 243):

Absentem capitali crimine accusari non posse, sed requirendum tantummodo adnotari solere, si desit, vetus ius est. Et ideo cum absentem te et ignorantem, *cui numquam ullum crimen denuntiatum esset*, per iniuriam a praeside provinciae in metallum datum dicas quo magis in presenti te agente, ut adseveras, iam nunc fides veri possit illuminari, praefectus praetorio adire cura, qui, quidquid novo more et contra formam constitutionum gestum deprehenderit, pro sua iustitia reformabunt.

---

(<sup>47</sup>) Forse anche perchè la *quaestio de adulteriis* è quella che più lungamente sopravvive, o perchè tale reato, molto frequente, offriva migliori spunti per *disputationes* ed elaborazioni, veramente imponente è la massa di frammenti a disposizione dei compilatori per la disciplina della relativa accusa. Non deve perciò meravigliare il ricorso frequente a tale regolamentazione, che, per la ricchezza di materiale, facilita la ricostruzione di molti istituti, fra i quali anche della *denuntiatio*.

Del resto, oltre a C. 9, 2, 6 e a Paul. Sent. 5, 6, 14, un altro frammento, D. 48, 16, 4, ci parla di *denuntiatio* a proposito di un altro reato, il *crimen falsi*: purtroppo il frammento presenta evidenti tracce di rimaneggiamenti che mettono in dubbio la sua integrale genuinità, ossia la classicità dei principi ivi affermati, e non ci permettono di trarne sicure argomentazioni.

Sulla integrale genuinità del testo sono da fare alcune riserve: in primo luogo la limitazione del regime dell'*adnotatio* ai soli *crimina* capitali, sulla quale anche Lauria ha sollevato qualche obiezione<sup>(48)</sup>; poi il riferimento alla *iniuria iudicis*<sup>(49)</sup> ed altre sospette espressioni riportate nel resto del frammento. Nonostante gli evidenti rimaneggiamenti, non cambia, tuttavia, minimamente la situazione che a noi interessa mettere in evidenza. Secondo il principio affermato categoricamente dall'imperatore in questo rescritto<sup>(50)</sup>, non è possibile sottoporre a giudizio un assente a sua insaputa<sup>(51)</sup>, perciò, prima

(48) *Op. cit.*, p. 326 nt. 1. Se, infatti, è certo che, ad un dato momento, si vieta la condanna dell'assente, stabilendo la necessità dell'*adnotatio* (cfr. p. 325) e ciò tanto nei processi dell'*ordo* che della *cognitio*, non è altrettanto sicuro che in seguito si sia operata questa discriminazione fra reati capitali e non capitali. Anche BRASIELLO, *op. cit.*, ritiene che l'*adnotatio*, della quale si comincia a parlare sotto Antonino Pio, non subisse limitazioni, per la sua applicabilità, in relazione al carattere del reato, per lo meno nell'età classica, e aggiunge (p. 32): « La menzione del *crimen capitale* è certo spuria, se si pensi che il metallo fu assimilato, o addirittura fuso, al *crimen capitale*, solo più tardi ».

(49) Il problema dell'*iniuria iudicis*, secondo quanto afferma il DAUVILLIER, nell'indagine ad esso dedicata (*Théorie de l'«iniuria iudicis» dans la procédure formulaire*, in « Recueil de l'Acad. de légis. de Toulouse », 13 (1937), p. 147 ss.) si sviluppa nel procedimento formulare: limitato, dapprima, al solo errore di fatto, esso si è poi esteso all'errore di diritto, a proposito del quale i giuristi dell'ultima età classica prevedono un caso di nullità che non opera *ipso iure*, ma deve essere dichiarata dal giudice in seguito ad un ricorso senza le forme dell'appello. Sostiene ancora il DAUVILLIER che l'istituto in questione decadde contemporaneamente all'affermarsi dell'appello, trovando applicazione solo nei casi in cui quest'ultimo non era valido o non era più possibile. Per tutto ciò appare molto strano l'inserimento dell'*iniuria iudicis* in un passo relativo al processo penale, a meno che non si voglia ricollegare tale espressione all'altra, contenuta nell'ultima parte del testo: « *novo more et contra formam constitutionum* », ossia a quel principio che appare formulato per la prima volta all'epoca dei Severi e prelude alla concezione della monarchia assoluta (cfr. ORESTANO, *op. cit.*, p. 276 ss.); con tutto ciò l'espressione ci sembra senz'altro estranea, in origine, al frammento.

(50) Egli si riporta, evidentemente, ad una regola tramandata da una lunga tradizione, come si desume dall'espressione usata: « *novo more et contra formam constitutionum* ».

(51) In materia di giudizi contro gli assenti e di *adnotatio*, rimandiamo ancora una volta a BRASIELLO, *op. cit.*, il quale mantiene nettamente distinti i due sistemi dell'*ordo* e della *cognitio*; v. altresì la critica che LAURIA, *loc. cit.*, muove

che sia formulata l'accusa specifica nei suoi confronti, deve essergliene data comunicazione. Nel caso sottoposto all'imperatore, il *praeses provinciae*, pur non essendo stata effettuata la *denuntiatio*, ha condannato l'accusato che nulla sapeva (« *absentem et ignorantem* »): in base al principio sopra enunciato viene quindi riconosciuta al condannato la possibilità di ricorrere al prefetto del pretorio per manifesta iniquità della sentenza. Tale situazione presenta una indubbia analogia con

Cic., *Verr.* II, 2, 39, 95 :

Cum Sthenius absens reus factus esset, de absente iudicium nullum fieri placere, et, si quod esset factum, id ratum esse non placere,

con la sostanziale differenza che qui nessuna impugnazione è necessaria perchè la nullità è di per sè operante, mentre nella costituzione citata il vizio deve essere fatto valere mediante la specifica richiesta al prefetto del pretorio di un provvedimento, che sembra rientrare nei poteri discrezionali riconosciuti a tale funzionario (« *qui quidquid... deprehenderint, pro sua iustitia reformabunt* ») <sup>(52)</sup>.

---

contro tale discriminazione, con notevoli richiami testuali. Cfr. del resto, su questo problema, anche ORESTANO, *op. cit.*, p. 353 ss.

<sup>(52)</sup> Proponibilità del gravame: ecco quanto possiamo ricavare dall'ultima parte del frammento, che presenta alcune contraddizioni con quanto la dottrina moderna ha rilevato in tema di nullità e di proponibilità dell'appello, sia pure nell'ambito del processo privato. Pensiamo, tuttavia, data l'indubbia affinità ormai esistente fra *cognitio* civile e penale, di poter usufruire dei risultati conseguiti dalla dottrina e di applicarli, con le dovute cautele, alla fattispecie in esame. Sappiamo dunque che nel corso dell'età classica venne sancita la nullità delle sentenze rese « *contra formam constitutionum* » (cfr. RACCI, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano*, Milano 1961, p. 22, ed ORESTANO, *loc. cit.*) e che non era necessario l'appello per far dichiarare la nullità di una sentenza — anche se vi era una prassi in tale senso, prassi contrastata da frequenti decisioni della cancelleria imperiale che voleva evitare il ricorso ad un uso anomalo dell'appello, tendente in tal caso, infatti, ad una dichiarazione di inesistenza e non ad una nuova pronuncia (RACCI, *op. cit.*, pp. 25-26). D'altro canto sappiamo che in un primo momento la sentenza contro l'assente « non era considerata assolutamente nulla... e contro

A nostro avviso, si può senz'altro parlare di *denuntiatio* come istituto di generale applicazione nell'ambito del processo penale. Il Boyé <sup>(53)</sup> ha tuttavia ritenuto opportuno distinguere la *denuntiatio* inviata dal marito alla moglie, nell'accusa di adulterio, che egli configura come atto privato, non introduttivo di istanza, da quella vera e propria, in cui vede « une citation semi-officielle ». I testi sui quali l'A. fonda le sue affermazioni non ci sembrano del tutto probanti, senza considerare che si riscontrano in essi delle modificazioni talvolta sostanziali del contenuto originario <sup>(54)</sup>. D'altra parte, un passo di Ulpiano toglie in proposito ogni e qualsiasi dubbio. Leggiamo infatti in

D. 48, 5, 18 pr. (Ulp. 2 *ad l. Iul. de adult.*):

Denuntiasse qualiter accipiamus utrum ad iudicem, an

---

di essa veniva concessa la *restitutio in integrum* o anche l'appello... dalla metà del III secolo... ne appare invece affermata la nullità » (RACCI, *op. cit.*, pp. 38-39). Resta dunque difficile classificare questo genere di ricorso: da un lato, infatti, si configura come appello, poichè postula un riesame della questione da parte del prefetto del pretorio, giudice di secondo grado rispetto al *praeses provinciae*; d'altra parte, però, considerando come vizio della sentenza la violazione di legge (causa di nullità), l'appello è di per sè improponibile, e considerando, poi, il fatto della pronunzia contro un assente, ci troviamo ancora di fronte ad un caso di nullità (almeno dalla metà del II secolo d. C. in poi), che esclude, naturalmente, la proponibilità dell'appello. L'indagine del RACCI, sopra citata, ci offre, indirettamente, la chiave per risolvere il problema: infatti l'A., esaminando un altro passo tolto da una costituzione di Gordiano (come quello in questione) relativo al processo civile (C. 7, 43, 3), dopo aver rilevato un'analoga contraddizione, conclude che la seconda proposizione, rimaneggiata, « rivela un maldestro tentativo di conciliare l'originaria ipotesi di un appello contro la pronuncia a carico dell'*absens ex iusta causa* (appello concepito come mezzo applicabile a sentenza valida), con il posteriore orientamento, che considerava nulle le stesse sentenze... » (p. 42). L'originaria ipotesi di C. 7, 43, 3 è anche quella del nostro passo: la sentenza è valida e il vizio che le si riconosce è non tanto la violazione di legge, quanto la pronunzia contro un assente (non ancora affermata come causa di nullità della sentenza); di conseguenza appare proponibile l'appello, con tutte le sue conseguenze. In seguito, divenuto improponibile l'appello, si è fatto ricorso ad altri mezzi più adatti: così si spiega il successivo inserimento dell'inciso « *iniuria iudicis* », eliminata ogni esplicita allusione al precedente tipo di ricorso.

<sup>(53)</sup> *Op. cit.*, p. 263 nt. 80.

<sup>(54)</sup> Infatti, il primo, Paul. Sent. 5, 6, 14, non attesta che la necessità della comunicazione; il secondo, D. 48, 16, 4 (anch'esso già citato precedentemente), dice

vero simpliciter? ego etsi non denuntiavit ad iudicem, *sufficere credo*, si adulterii se acturum denuntiaverit.

Dal frammento si desume che esistono due forme per effettuare validamente la *denuntiatio*: una più solenne « ad iudicem », ed una più semplice, stragiudiziale (secondo i §§ 4 e 5 dello stesso frammento, essa può compiersi anche per mezzo di un servo o di un *procurator*) <sup>(55)</sup>, e, a quanto pare, il giurista ritiene che in caso di adulterio sia sufficiente la seconda forma, senza tuttavia escludere, anzi dando la preferenza all'altra, che

solo che non trova applicazione il S. C. Turpilliano, qualora la donna abbia desistito « post interpositam denuntiationem ». Qualunque valore si attribuisca a questa *denuntiatio* (citazione semiufficiale od atto equivalente a *delatio*), la sostanza del discorso non cambia, poichè, trattandosi di un atto che non determina in modo definitivo la costituzione del rapporto, è naturale che si escluda l'applicabilità del senatoconsulto. Le argomentazioni del Boyé si riducono, praticamente, ad un solo testo, D. 48, 5, 40, 6 (Pap. 15 *resp.*): « Duos quidem adulterii, marem et foeminam, propter commune crimen simul non iure nec a viro postulari convenit; cum tamen duobus denuntiatum fuisset ab eo, qui postea desistere volebat, abolitionem esse necessariam in utriusque persona respondi », richiamato da Marciano in D. 48, 16, 1, 10. Il testo appare in netta contraddizione con un altro frammento precedentemente citato (D. 48, 5, 16, 9) il quale, alla simultanea *delatio* dei due correi, riconduce come conseguenza la nullità degli atti compiuti (« si quis et adulteram et adulterum simul detulit, nihil agit... »), senza considerare poi che il frammento di Marciano, riportante l'opinione di Papiniano, è concordemente ritenuto, dalla dottrina, rimaneggiato. Cfr., al proposito, SOLAZZI, *loc. cit.* Inoltre, se con la *denuntiatio* il rapporto non si è ancora costituito — e su questo punto è d'accordo anche il Boyé — non si vede la necessità di chiedere l'*abolitio*: essa si riporta, se mai, alla conclusione della fase preliminare, e non certo al compimento della sola *denuntiatio*. Una volta ammessa l'interpolazione, sorge ora il problema di spiegarne i motivi. La spiegazione, molto probabilmente, si trova nella diversa struttura assunta dal processo penale in età postclassica e giustiniana: non esiste più, infatti, un procedimento preliminare, in quanto esso si è ridotto, per la parte riservata al privato, alla presentazione di un'accusa scritta o di una semplice delazione (ricordiamo C. 9, 2, 8), e alla dichiarazione di sottostare alla pena, nel caso in cui le affermazioni del denunciante non risultino provate. Tale limitata attività si sostituisce allora ai vari atti un tempo compiuti dall'accusatore e ne assume man mano i nomi; per questo noi troviamo indifferentemente usati, con riferimento all'attività dell'accusatore: *postulatio*, *delatio*, *subscriptio*, *denuntiatio*.

<sup>(55)</sup> Al frammento esaminato può forse ricollegarsi, per un probabile riferimento alla *denuntiatio* non solenne l'inciso « vel ad domum mulieris missa » di D. 48, 5, 40, 3. Cfr., *supra*, p. 86.

doveva essere indubbiamente la più usata. La forma più solenne, dunque, è la regola per ogni genere di reato, anche se per l'adulterio è uno dei termini dell'alternativa; in pratica, perciò, le varie *denuntiationes* sono da porre sullo stesso piano, non sussistendo alcuna differenziazione di carattere sostanziale.

Il testo esaminato permette di risolvere un altro quesito, implicitamente già posto, e cioè quando debba essere compiuto questo importantissimo atto: poichè, infatti, il contenuto della *denuntiatio* da compiere è chiaramente riassunto dall'espressione « se acturum », è chiaro che essa si riporta ad un momento anteriore alla *delatio*, che rappresenta l'effettivo esercizio dell'azione.

5. La *delatio* si conclude con una richiesta all'autorità competente designata dalle fonti col termine *postulatio* <sup>(56)</sup> e, dopo l'introduzione dei *libelli*, col deposito di questi ultimi presso il Tribunale, deposito che precede nel tempo, ma non immediatamente, l'atto di recezione. Infatti, come si deduce, fra l'altro da

D. 48, 5, 2, 8 (Ulp. 8 *disput.*):

... maritus praeferatur... etsi pater praevenit et libellos inscriptionum deposuerit, idem sit dicendum... <sup>(57)</sup>,

<sup>(56)</sup> Il LEIFER, *loc. cit.*, studiando il valore del termine *postulatio* — che già sul finire dell'epoca classica appare promiscuamente usato con *delatio*: cfr. anche *retro* p. 70 ss. — afferma che nell'ambito del processo penale esistono due *postulationes*: l'una apre il procedimento preliminare alla *delatio*, l'altra lo conclude, concretandosi nella richiesta al magistrato di accogliere il *nomen* e mettere definitivamente in stato di accusa la persona indicata. Pur non mettendo in dubbio che di *postulatio* se ne parli anche in tale circostanza, non ci sembra che nel momento storico di cui ci stiamo occupando possa sussistere una differenziazione fra l'una e l'altra *postulatio* (lo stesso Leifer ammette che in questo periodo *postulatio* e *delatio* divengono sinonimi): hanno ambedue il valore originario, e mai perduto, di istanza presentata al magistrato al fine di ottenere da lui un atto o un provvedimento.

<sup>(57)</sup> Sulla genuinità dell'intero frammento hanno sollevato riserve sia il

intercorre un certo tempo fra il deposito dei *libelli* e la costituzione del rapporto processuale, tanto che è data al marito la possibilità di intervenire, purchè entro il termine stabilito per l'esercizio *iure viri* <sup>(58)</sup>. Ora, se la costituzione del rapporto fosse immediatamente successiva al deposito, nessun privilegio del marito (e molti gli sono stati riconosciuti da varie leggi nel corso dei secoli) <sup>(59)</sup> potrebbe porlo nel nulla. La ragione di questo intervallo è forse da ricercare nella necessità, da parte del magistrato, di esaminare e controllare, da un punto di vista formale, l'accusa presentata, ossia di accertarne la regolarità e la conformità alle norme in vigore <sup>(60)</sup>. Quanto detto trova esatto riscontro in alcuni testi che brevemente richiamiamo incominciando da

D. 48, 2, 3, 1 (Paul. 3 *de adult.*):

Quodsi libelli inscriptionum legitime ordinati non fuerint, rei nomen aboletur, et ex integro repetendi reum potestas fiet.

---

VOLTERRA, *op. cit.*, che il KUNKEI, *Diligentia*, in « ZSS. », 45 (1925), p. 289 nt. 3.

Certamente la costruzione lascia in più punti molto a desiderare, soprattutto nella motivazione. Ciò nonostante, tali critiche non ci sembrano investire la parte che direttamente ci interessa.

<sup>(58)</sup> Questo termine aveva la durata di 60 giorni. Risulta da altri testi (D. 48, 5, 4, 1 e D. 48, 5, 11, 6), che entro tale termine l'accusa di adulterio era riservata al padre ed al marito (*iure viri*), con preferenza al secondo sul primo; decorsi inutilmente i 60 giorni, potevano accedere all'accusa anche gli estranei. A questo particolare regime dell'accusa di adulterio accennavano già Tac., *Ann.* 2, 85 e Plin., *Ep.* VI, 31, 4.

<sup>(59)</sup> Non è facile stabilire in cosa potessero consistere questi privilegi riconosciuti al marito per l'accusa di adulterio. Il LAURIA, *op. cit.*, p. 346 nt. 1, ponendosi il problema, esclude possa trattarsi di esenzione dalla pena per la calunnia o per la desistenza, sulla base di precisi dati testuali, e non ritiene accettabile la tesi del VOLTERRA — che cioè le facilitazioni consistessero nell'esenzione dall'osservanza di formalità — in quanto più volte si afferma la necessità per il marito di « sollemniter accusationis implere ». Secondo il LAURIA, non resta che esercitare l'*ars nesciendi*.

<sup>(60)</sup> Tale controllo veniva senza dubbio esercitato anche al tempo della sola *delatio* orale, ma nell'esercizio di un limitato potere discrezionale, come lascia supporre lo svolgimento del processo senatorio (che presenta numerosi punti di contatto con quello accusatorio tradizionale) nei confronti dell'accusa orale.

Se i *libelli* non sono stati compilati nel rispetto delle norme, « legitime », non avranno alcuna efficacia nei confronti della persona accusata e, posti nel nulla tutti gli atti compiuti, l'azione dovrà essere nuovamente esperita: « ex integro repetendi reum potestas fiet ». Analoga disposizione è contenuta in

D. 48, 5, 16, 9 (Ulp. 2 *de adult.*):

Si quis et adulterum et adulteram simul detulit, nihil agit, poteritque, quasi neutrum detulerit, rursus a quo velit initium facere.

La *delatio* nei confronti dei due correi non è valida e l'azione può nuovamente essere intentata, naturalmente nei confronti di uno dei due. Passiamo ora a

D. 48, 5, 35 (Mod. 1 *regul.*):

Accusaturus adulterii, si quid circa inscriptionem erraverit, si tempora largiantur, emendare non prohibetur, ne causa aboleatur.

Nel caso che si riscontri un qualche errore nell'*inscriptio* — l'uso del termine è qui senz'altro improprio, sottintendendosi la parola *libelli* — l'accusatore, entro il termine stabilito per l'esercizio dell'accusa, sarà ammesso ad una correzione. Apparentemente questo testo si trova in aperto contrasto con i due sopra esaminati, soprattutto con il primo, ma in sostanza, anzichè reciprocamente escludersi, questi frammenti si integrano; e, infatti, mentre D. 48, 2, 3, 1, pone la regola generale, prevedendo un'*abolitio* dell'accusa, nel caso di un vizio che in termini moderni potremmo definire violazione di legge <sup>(61)</sup> (« quodsi... legitime ordinati non fuerint »), D. 48, 5, 35 ne chiarisce e limita la portata, escludendo tale conseguenza, allorchè si tratti di una pura irregolarità (« si quid circa inscriptionem erraverit »). In

<sup>(61)</sup> Tale vizio era già contemplato come causa di nullità fin dall'epoca dei Severi: cfr. RACCI, *op. cit.*, pp. 21-22 e ORESTANO, *op. cit.*, p. 278.

ambidue i testi appare evidente la funzione che esercita il magistrato, il controllo successivo all'accusa, ma anteriore alla dichiarazione di accoglimento: si potrebbe dire che, col deposito dei *libelli*, si apre una fase autonoma di delibazione. Non è infatti concepibile che l'accusatore di sua iniziativa modifichi, o, comunque, corregga l'atto di accusa già presentato; sarà invece il magistrato che, riscontrata l'irregolarità, ove questa sia sanabile, inviterà l'altro a correggerla.

All'atto del deposito dei *libelli* fanno riferimento, con maggiore o minore chiarezza, molti altri testi. Oltre a D. 48, 5, 8 - 48, 2, 3, - 48, 5, 35 (in cui si trova l'espressione ellittica 'in-scriptio'), citiamo ancora

D. 48, 5, 11, 3 (Pap. *l.s. de adult.*):

... se libellis praesidi datis testatus...

C. 9, 1, 1 (*Imp. Severus et Antoninus AA. Silvano*, a. 195):

...tametsi prior inscriptionem deposuisti... <sup>(62)</sup>,

D. 48, 16, 15, 5 (*Macer 2 publ.*):

Qui post inscriptionem ante litem contestatam, anno [vel biennio] agere non potuerint [variis praesidum occupationibus] <publicorum> vel etiam civilium officiorum necessitatibus districti, in senatusconsultum non incident.

Contro Wlassak, il Biscardi ha dimostrato che il testo, ad eccezione di [vel biennio] e di [variis praesidum occupationibus], è da considerare genuino e, di conseguenza, anche il riferimento alla *litis contestatio*. In base all'interpretazione del fram-

---

<sup>(62)</sup> Possiamo aggiungere altri testi, chiaramente dell'età postclassica, tanto più notevoli, in quanto ci confermano il perdurare del principio accusatorio, cui si informa ancora la procedura; C. 9, 42, 3, 1 (a. 369): «...inscriptionis illatae...»; C. 9, 1, 9 (a. 374): «... inscriptiones... deponere ».

mento proposta dal Biscardi (<sup>63</sup>), con validissime argomentazioni, appare chiaro che il deposito dei *libelli* — pur non avendo valore costitutivo, valore che si riporta invece, secondo il giurista, al *contestari litem*, quindi ad un atto o ad atti che vengono compiuti successivamente — sembra produrre altri effetti in un certo senso più limitati, ma ugualmente importanti; solo la dimostrazione di motivi riconosciuti legittimamente validi, può, infatti, sottrarre l'accusatore desistente alle sanzioni previste dal S.C. Turpilliano, mentre, quando il rapporto è validamente costituito, non esiste altra possibilità di eludere il senatoconsulto, se non ottenendo l'*abolitio* (<sup>64</sup>).

Il frammento di Macro ci richiama alla mente l'intervallo, di cui poc'anzi abbiamo parlato, intercorrente fra il deposito dei *libelli* e l'iscrizione a ruolo dell'accusa e quindi la costituzione del rapporto. Nei passi precedentemente esaminati, del resto, si affermava che era possibile una correzione in caso di irregolarità non sostanziali, ma che l'accusa cadeva solo in caso di riscontrata nullità (e solo allora poteva essere rinnovata); argomentando *a contrariis* niente poteva e doveva fermare l'accusa in qualsiasi altro caso e Macro ce lo conferma: la desistenza

---

(<sup>63</sup>) Cfr. *Sur la litis contestatio*, cit., p. 319: « Macer confirmait par dérogation le régime du S. C. Turpillien. En vertu de celui-ci, il fallait punir les accusateurs n'ayant pas accompli dans un an tous les actes judiciaires destinés à la poursuite du prévenu; le commentateur du S. C. précisait à son tour qu'on n'aurait pas pu incriminer les accusateurs s'étant désistés de ces actes (*qui post inscriptionem... agere non potuerint*) en raison de motifs reconnus légitimes, mais à la condition que leur désistement se soit vérifié avant et non après l'accomplissement du *litem contestari* ». Cfr. ancora p. 322: « La peine edictée par le S. C. Turpillien (61 d. C.) frappait en droit classique tous ceux qui, ayant porté une accusation criminelle contre quelqu'un, se désistaient d'elle n'accomplissant pas dans un an tous les actes judiciaires destinés à la poursuite du prévenu, sans qu'aucune *abolitio* — faut-il ajouter maintenant — n'eût été accordée. A l'égard de cette règle ayant force de loi, la jurisprudence avait toutefois établi, par voie d'interprétation, que l'accusateur se désistant pour un motif reconnu légitime ne devait pas être considéré comme un véritable *tergiversator* (et il n'aurait donc pas été punissable), pourvu que son désistement se fût vérifié avant et non après l'accomplissement de la *litis contestatio* ».

(<sup>64</sup>) Che può essere pubblica o privata: cfr., del resto, FERRINI, *op. cit.*, p. 28.

dopo il deposito non era punita solo se sussistevano legittimi motivi <sup>(65)</sup>.

Ai testi già esaminati possiamo aggiungere ancora

C. Th. 9, 19, 4, 1 (*Impp. Valent., Valens et Grat. AAA. ad Maximum p.p.*, a 376):

Rationi quoque huiusmodi plenissime suffragatur antiquitas quae nequissimos homines et argui voluit et coherceri legibus variis... ita promulgatis; ut possit etiam sine inscriptione cognosci, poena tamen accusatorem etiam sine sollemnibus occuparet.

La costituzione, postclassica, che si ricollega, tuttavia, a principî di antica tradizione (« plenissima suffragatur antiquitas »), ricorda che, in base alle varie *leges iudiciorum publicorum*, era possibile derogare ad alcune formalità dell'accusa, previa autorizzazione del giudice competente; i criminali possono essere perseguiti (*cognosci*) anche senza *inscriptio* « pur colpendo la pena in ogni caso l'accusatore temerario, anche se non ha compiuto i *sollemnia*, perchè dispensato » <sup>(66)</sup>.

Evidentemente *inscriptio* non sta qui ad indicare l'atto magistratuale dell'iscrizione a ruolo: non si può, infatti, pensare ad un processo instaurato senza un atto del genere, sia che si proceda su accusa di un privato che d'ufficio. *Inscriptio*, anche qui, serve ad indicare, ellitticamente, il deposito dei *libelli*: di conseguenza ci troviamo di fronte ad un caso di processo iniziato d'uf-

<sup>(65)</sup> Forse proprio a queste disposizioni può ricollegarsi quell'imprecisabile privilegio a favore del marito: egli ha cioè la possibilità di ritirarsi anche dopo il deposito dei *libelli* (ed a ciò probabilmente allude la disposizione contenuta in C. 9, 9, 17), non incorrendo nella pena, come gli altri, ma incontrando, tuttavia, un ostacolo nella ulteriore proponibilità della stessa azione, come si deduce da C. 9, 9, 16, 2, che, con riferimento ad una *lex Petronia* e ad un *decretum patrum*, non meglio identificati, prevede appunto per il marito desistente dopo la *delatio*, la sola impossibilità di ripresentare la stessa accusa.

<sup>(66)</sup> BISCARDI, *Processo civile e processo penale*, cit. p. 170.

ficio, non escludendosi, ma anzi presupponendosi una delazione. La costituzione si riallaccia all'altra di Diocleziano, esaminata a proposito dei *libelli*, dove si metteva in risalto la contrapposizione, tipica poi dell'età postclassica, fra accusa accompagnata dai *libelli* e semplice delazione <sup>(67)</sup>. Forse proprio per questa circostanza (mancanza dei *libelli inscriptionum* e quindi di un vero e proprio accusatore) <sup>(68)</sup> i *sollemnia* sono esclusi e, sia pure con le dovute riserve, possiamo inferirne che la presentazione dei *libelli* costituisce il necessario presupposto per questi ultimi.

Vediamo ancora

C. 9, 35, 11 (*Imp. Zeno A. Alexandro viro illustri*, a. 478):

Si quando iniuriarum actio... criminaliter forte movetur, ipsos quidem, qui super iniuria queruntur, inscribere aliaque omnia, quae in huiusmodi causis de more procedunt, sollemniter observare decernimus.

Con un esplicito riferimento ad una consuetudine processuale, da gran tempo affermata (« de more procedunt »), la costituzione, piuttosto tarda, richiede, per il valido esercizio dell'azione penale, il compimento di una serie di atti (« inscribere aliaque omnia... sollemniter observare »), il primo dei quali è appunto l'*inscriptio*. Di essa si parla come di un atto compiuto dall'accusatore, cui devono far seguito altri atti, rivestiti di una particolare determinata forma: *sollemniter observare*. Notevole è la corrispondenza col precedente frammento di Marco, tra « inscribere aliaque omnia... sollemniter observare » dell'uno e « post inscriptionem ante litem contestatam » dell'altro.

<sup>(67)</sup> C. 9, 2, 8.

<sup>(68)</sup> Il termine « accusatore » è usato in senso improprio, col valore di 'delatore'.

6. E' chiaro quindi che di *inscriptio* si parla ora in una accezione molto diversa da quella conosciuta all'epoca di Cicerone. Quali sono le cause di tale trasformazione? Esse sono probabilmente da ricercarsi nella diversa organizzazione raggiunta dal processo penale e, in particolare, nella diversa economia processuale. Nell'ambito di una più minuta regolamentazione del processo in generale, di una semplificazione della fase preliminare e soprattutto anche in vista di una maggiore conformità al mutato clima politico, pernio della fase preliminare diviene l'*inscriptio* e in questo termine, denso di significato, si mette in evidenza il carattere ormai determinante dell'intervento magistratuale.

L'*inscriptio* è l'atto in vista del quale tutti gli altri vengono compiuti e in nome del quale si raggiunge un principio di unità. Essa sintetizza e raccoglie in sè gli altri atti che l'accompagnano: abbiamo incontrato i *libelli inscriptionum*, abbiamo poi visto che *inscriptio* è talvolta usata per indicare, ellitticamente, il deposito dei *libelli inscriptionum*, inoltre si parla di *vinculum inscriptionis*. come vedremo poi oltre. L'*inscriptio* rappresenta dunque la molla centrale dell'ingranaggio, l'elemento sostanzialmente unificatore. Esteriormente, formalmente, il punto di contatto è costituito invece dalle *tabulae publicae*, come si rileva da

C. Th. 9, 3, 4 (*Imp. Valent. et Valens AA. ad Valerium, vic. Hispaniarum*, a. 365):

Nullus ante carceris custodiae mancipetur, quam ab eo, qui in accusationem eius erupit, in codice publico sollemnia inscriptionis impleta sint.

Oltremodo significativo l'uso di *sollemnia*, che fin troppo chiaramente indica un complesso di formalità, ancora ricomprese nell'ambito della *inscriptio*: tali formalità devono essere com-

piute nel *codex publicus*, costituito da un insieme di *tabulae publicae* <sup>(69)</sup>.

Di estremo interesse ci appare anche

C. 9, 1, 10 (*Imp. Gord. A. Mucatraulo militi*, a. 239):

Si crimen ad tuam tuorumque iniuriam pertinens ex-  
queris, sollemnibus te inscriptionibus adstringe.

In base a questa costituzione, della cui genuinità non ci sembra si possa ragionevolmente dubitare, l'accusatore, volendo perseguire un reato che ha offeso lui stesso o i suoi congiunti <sup>(70)</sup>, dovrà « se adstringere » per mezzo di « sollemnes inscriptiones »: su questi due elementi è necessario fermare la nostra attenzione. Innanzitutto « sollemnes inscriptiones » rivela una innegabile analogia col passo sopra esaminato e con un'altra caratteristica espressione, « sollemnia accusationis », cui viene naturalmente attribuito il valore di « complesso delle formalità richieste per l'accusa ». Ora, a nostro avviso, *inscriptio* è qui usata con un valore ben diverso da quello originario e sta ad indicare qualcosa di più che la semplice trascrizione. Non è mutato il suo contenuto materiale, anzi strumentale, in quanto essenzialmente essa indica ancora l'atto magistratuale con cui l'accusa è ricevuta e iscritta a ruolo, secondo gli estremi forniti dal libello; ciò risulta confermato dai passi in cui si parla di « *tabulae publicae* » <sup>(71)</sup> o si dice « *de reis exemptus est* » <sup>(72)</sup>. *Inscriptio*, tuttavia, non ha più il valore dell'iscrizione a ruolo del tempo di Cicerone; allora essa non era che una integrazione della *receptio*, atto formale che

<sup>(69)</sup> Vedi LAFAYE, in DAREMBERG-SACLIO, *Dictionnaire*, cit., s. v. *Tabularium*; cfr. anche MOMMSEN, *op. cit.*, II, p. 206 nt. 2, che, in relazione alle *tabulae publicae*, afferma: « Cette désignation se rencontre aussi ailleurs comme terme technique *Codices* est également employé dans ce sens: Ciceron, *Verr.* 1, 46, 119; Sénèque, *De brev. vitae* 13, 4: *publicae tabulae codices dicuntur* ».

<sup>(70)</sup> Notevole la precisazione; in effetti solo entro questi limiti è ormai proponibile un'accusa.

<sup>(71)</sup> Cfr. C. Th. 9, 3, 4.

<sup>(72)</sup> Vedi D. 48. 2, 11, 2.

valeva di per sè a costituire il rapporto — senza incidere sulla perfezione dell'atto; ora, mentre la *receptio*, come risulta da varie innegabili testimonianze <sup>(73)</sup>, è venuta meno alla sua funzione come tutti gli atti essenzialmente formali, l'*inscriptio* costituisce l'intervento autoritativo, la vera ed efficace manifestazione di volontà del magistrato, nelle mani del quale sono ormai le redini del processo, sia stata o meno presentata un'accusa; nè

(73) Il termine *receptio* viene menzionato nelle fonti sempre con minor frequenza. Al frammento di Papiniano, D. 48, 5, 16, 7, precedentemente citato a proposito delle *praescriptiones*, possiamo aggiungere D. 48, 2, 12, 4 (Ven. 2 *de iud. publ.*): « Item Cornelia iniuriarum servum non debere recipi reum, Cornelius Sulla auctor fuit, sed durior ei poena extra ordinem imminabit » e D. 48, 5, 11, 2 (Pap. l. s. *de adult.*): « Ea quae inter reas adulterii recepta esset, absens defendi non potest ». In ambedue i frammenti riportati, *recipere* sta ad indicare che il processo è definitivamente instaurato: nel primo è nettamente contrapposto a « durior ei poena extra ordinem imminabit », col conseguente valore di attività che permette l'applicazione della pena negli *iudicia publica*; nel secondo è ancor più chiara la dipendenza della fase del giudizio dal compimento della *receptio*, dal momento che si esclude, dopo tale atto, la possibilità, per la donna assente, di essere difesa (ovviamente nel corso del giudizio). Molto significativa è l'espressione qui usata « *recipere inter reos* »: nella *lex Sempronia* si parlava infatti di *nomen recipere* e, analogamente, in Cicerone avevamo trovato « *nomen absentis recipere* », formula in cui *recipere* aveva un preciso oggetto, indicava cioè l'atto con cui il magistrato formalmente dichiarava di accogliere l'accusa nei confronti di una determinata persona; « *recipere inter reos* » ha invece un valore sostanzialmente diverso, indicando piuttosto l'effetto che si produce in seguito ad una certa attività e dimostrando, al tempo stesso, che il termine *recipere*, se pure viene ancora usato, ha assunto ormai un valore generico e quindi atecnico. Possiamo qui richiamare anche una tarda costituzione nella quale, tuttavia, a parte il riferimento alla *custodia*, la successione degli atti è, a nostro avviso, rimasta immutata. Si tratta di C. Th. 9, 2, 6 (*Impm. Hon. et Theod.*): « Si quos praecepto iudicum praemisso inscriptio- nis vinculo reos factos adnuncium curiae propriae dirigere iussum fuerit, municipalis actis interrogentur, an velint iuxta praeceptum triumphalis patris nostri XXX diebus sibi concessis sub moderata et diligenti custodia, propter ordinationem domus propriae parandosque sibi sumptus in civitate residere ». E' interessante notare che l'effetto ricondotto al *praeceptum iudicum* e al *vinculum inscriptio- nis* è *reos facere*, formula altrettanto indeterminata quanto *inter reos recipere*, cui forse si è sostituita con l'andar del tempo. Tale espressione, tuttavia, ci richiama alla mente « Gabinium de ambitu reum fecit Sulla » (Cic., *ad Q. fr.* 3, 3) e la considerazione che al proposito avevamo fatta (cfr. *retro*, p. 50): la formula *reum facere* sintetizza chiaramente tutta l'attività compiuta nella fase preliminare, indicando il fine che si intende raggiungere attraverso l'esercizio dell'accusa.

diversamente potrebbe essere, dal momento che ci stiamo avviando verso la monarchia assoluta.

Ma in C. 9, 1, 10, si usa l'imperativo « te adstringe »: cioè, accanto all'indicazione di un atto molto importante, che non può non riflettere anche l'intervento magistratuale, traspare l'intervento fattivo dell'accusatore, come già in altri frammenti precedentemente citati <sup>(74)</sup>. Come si configura praticamente questo intervento dell'accusatore? In un primo senso come un'assidua vigilanza a che tutti gli atti richiesti, in particolare quelli di competenza del magistrato, vengano puntualmente compiuti; ma qualcosa di più particolare e specifico si nasconde in « adstringe ». Il verbo « adstringere », nella sua più comune accezione, vale « vincolare, legare strettamente », quindi anche creare un vincolo, come del resto conferma la definizione di *obligatio*, conservataci in

*Inst.* 3, 13 pr.:

Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura <sup>(75)</sup>.

In primo luogo ci appare di estremo interesse l'uso di un termine uguale a quello proprio degli obblighi di natura privatistica, il che fa senz'altro pensare ad un vincolo inderogabile; in secondo luogo, il fatto che si prescriva « te adstringe » induce a riportare il sorgere del *vinculum* ad un atto dell'accusatore. Del resto anche altre costituzioni, ricordando il vincolo, mettono in risalto un'analogia e stretta dipendenza dalla volontà dell'offeso: così avviene in

<sup>(74)</sup> Così in D. 48, 16, 15, 5; C. 9, 35, 11; C. Th. 9, 3, 4; C. 9, 3, 2, 1.

<sup>(75)</sup> Cfr. l'analogia espressione in Gai., 3, 87: « ... nihil enim interest, utrum aliquis cernendo aut pro herede gerendo heres fiat, an iuris necessitate hereditati adstringatur ». Per la critica di I. 3, 13 pr. vedi tuttavia BISCARDI, *Secundum nostrae civitatis iura*, in « Studi Senesi », 63 (1951), p. 70 ss.

C. Th. 9, 1, 11 (*Impp. Valent. Valens et Grat. AAA. ad Florianum com.*, a. 373);

Nullus secundum iuris praescriptum crimen quod intendere proposuerit exequatur, nisi subeat inscriptionis vinculum,

e in

C. 9, 2, 17 (*Impp. Hon. et Theod. AA. consulibus... salutem dicunt*, a. 423):

Sed quisquis ille est qui crimen intendit, in iudicium veniat, nomen rei indicet, vinculum inscriptionis adripiat... <sup>(76)</sup>.

Per altra strada l'esistenza di questo obbligo conferma quanto da noi ipotizzato in relazione a C. Th. 9, 3, 4 e C. 9, 1, 10: infatti il *vinculum* solo indirettamente si ricollega alla vera e propria *inscriptio*, dipendendo piuttosto da atti successivi che ad essa si riconnettono e nel suo nome unitariamente sono ricompresi.

7. L'intervento dell'accusatore, oltre che in un'assidua vigilanza, si concreta in qualcosa di ben più preciso, abbiamo detto, e, particolarmente, con la *subscriptio* che viene apposta nelle stesse *tabulae*, in cui è stata iscritta l'accusa. Ad un atto di tal genere allude senz'altro Paolo in

D. 48, 2, 3, 2 (2 *de adult.*):

Item subscribere debebit is, qui dat libellos, se professum esse, vel alius pro eo, si litteras nesciat.

---

<sup>(76)</sup> Nei confronti di questo testo abbiamo già rilevato in altra parte della presente indagine le ragioni per cui esso può fornire utili elementi anche per l'età classica: v. *retro*, p. 78.

In relazione a questo testo alcuni <sup>(77)</sup> riportano il *subscribere* ai *libelli*, altri <sup>(78)</sup>, invece, lo intendono come una sottoscrizione apposta nel protocollo giudiziale, ed è questa, a nostro avviso, la soluzione più giusta. Prima di tutto, l'espressione « *is qui dat libellos* » ci appare una parafrasi, facilmente sostituibile con il termine 'accusatore', serve cioè a specificare la persona che deve appunto *subscribere*. Ma altre considerazioni ci sembrano

<sup>(77)</sup> Così BISCARDI, *Processo civile e processo penale*, cit., p. 172.

<sup>(78)</sup> Cfr. in tale senso VOLTERRA, *op. cit.*, p. 24: « Probabilmente per l'inizio dell'accusa si richiedeva la redazione e la sottoscrizione di un libello, quindi la *subscriptio* dell'accusatore nelle *tabulae publicae* o protocollo giudiziale, dove era stata trascritta l'*inscriptio* (si accorderebbero su questo punto Sen., *lud.* 14 c D. 48, 2, 3, 2) ». Analogamente PUGLIESE, *op. cit.*, p. 74: « ... l'iniziativa unilaterale dell'accusatore... si esplicava col *deferre* il *nomen* dell'accusato (*lex Acilia* 4, 6, 9), più tardi col depositare il *libellum inscriptionis* (Paul. D. 48, 2, 3, pr.) e con l'apporre la propria firma negli atti dell'ufficio (*subscriptio*, Paul. D. 48, 2, 3, 2; Ulp. D. 48, 2, 7, pr.) », nonchè più oltre, p. 87 nt. 2: « Del resto la *subscriptio* non era verosimilmente se non una sottoscrizione *apud acta* ».

Concorda con le nostre affermazioni, almeno in parte, WLASSAK (citazione in LEIFER, *loc. cit.*): la *subscriptio*, cioè, non significa l'apposizione del nome al libello di accusa, ma serve piuttosto a precisare definitivamente il *crimen* imputato all'accusato, ed in origine aveva significato un *subscribere* dell'accusatore nelle *tabulae publicae*, e cioè in quel punto del protocollo giudiziale dove era posta l'*inscriptio* (« nicht etwa die Namensunterschrift unter dem Anklagelibell bedeutet, sondern der endgültigen Präzisierung des dem Beschuldigten zur Last gelegten *crimen* diene und ursprünglich möglicherweise ein *subscribere* des Anklägers in den *tabulae publicae* bedeutet habe, und zwar an jener Stelle des Protokolls, wo die *inscriptio* aufgenommen oder auf sie wenigstens verwiesen war »). A questo proposito riteniamo opportuno richiamare anche MOMMSEN, il quale (*op. cit.*, II, p. 57) afferma che l'*inscriptio* nel protocollo giudiziale è fatta dallo stesso accusatore, o da un altro per lui, nel caso si tratti di analfabeta, citando a conferma il frammento di Paolo riportato in D. 48, 2, 3, 2. Pur tuttavia le affermazioni di MOMMSEN sono, a nostro avviso, non fondate e, soprattutto, imprecise, in quanto egli non solo non distingue, come a suo tempo abbiamo già rilevato, *inscriptio* e *subscriptio*, ma identifica altresì l'*inscriptio* con lo schema dei libelli che lo stesso Paolo ci ha trasmesso. Ora, dopo quanto finora detto, pur accogliendo l'interpretazione che l'A. citato dà dell'inciso « *item subscribere debet et rel.* » (riferendo perciò la *subscriptio* al protocollo giudiziale), non possiamo senz'altro accettare le altre affermazioni. Sempre riguardo all'interpretazione di D. 48, 2, 3, 2, vogliamo infine citare PREMIERSTEIN, in PAULY-WISSOWA, *RE.*, s.v. *Libellus*: « Die... *subscriptio* des Klägers (D. 48, 2, 3, 2: *subscribere debet is qui dat libellos se professum esse, vel alius pro eo si litteras nesciat*) scheint sich auf Unterzeichnung des Gerichtsprotokolls, nicht des *l*, zu beziehen, MOMMSEN 385, 5 ».

escludere la prima soluzione: i *libelli*, infatti, con ogni probabilità, venivano compilati fuori del tribunale, non si vede perciò la necessità di una sottoscrizione che non poteva offrire garanzie di autenticità; la stessa circostanza che si richieda, nel caso di accusatore analfabeta, la sottoscrizione di un terzo « pro eo » (dichiarando dunque per chi e per quale ragione si è compiuto un tale atto), sottolinea l'importanza attribuitale. La disposizione riportata da Paolo è pienamente giustificata solo se la *scriptio* deve essere compiuta in un pubblico registro (le *tabulae publicae*) alla presenza dell'autorità competente, che provvederà ad accertare l'identità tra la persona che ha formulato l'accusa (« se professum esse »), concretandola poi in uno scritto, e l'accusatore, dal momento che proprio in seguito ad essa sorgerà, a carico del soggetto, l'impegno a perseverare fino alla condanna dell'accusato (il *vinculum* di cui molti testi ci parlano).

Cos'altro rappresenta, infatti, la *scriptio*, se non appunto il riconoscimento delle proprie affermazioni, una volta trascritte nel protocollo giudiziale? E, infatti, nel passo citato, l'accusatore deve *scribere* « se professum esse », riconoscere cioè la paternità delle dichiarazioni accolte dal magistrato. Non si esclude che anche il libello possa essere sottoscritto, anzi il *scribere* ricomprende forse nel suo ambito tale aspetto peraltro secondario, ma il libello, pur firmato, mantiene la sua natura di atto meramente privato, esaurendo inoltre la sua funzione nel servire da schema per l'*inscriptio*, mentre la *scriptio* nelle *tabulae* va ad integrare l'*inscriptio* del magistrato, atto di diritto pubblico. Del resto, lo stesso frammento di Macro, ripetutamente citato (D. 48, 16, 15, 5), alludeva ad un'ulteriore attività dell'accusatore ed ancor più chiaramente vi alludono tutti i frammenti relativi al *vinculum inscriptionis* <sup>(79)</sup>. Un'ultima argomentazione può trarsi dalla successione cronologica delle varie parti del frammento in questione. Osserviamo infatti che in primo luogo si

(79) Cfr., *retro*, p. 101 ss.

riporta la formula dei *libelli*, facendo un parallelo con le analoghe disposizioni dettate dalla *lex Iulia* (D. 48, 2, 3 pr.); poi si stabilisce la nullità dell'atto di accusa, qualora non sia stata perfettamente osservata la disposizione precedente (nullità che, come abbiamo cercato di mettere in luce in uno dei precedenti paragrafi, viene accertata dal magistrato dopo il deposito dei *libelli*, in seguito ad un controllo di legittimità) (*eod.* §); alla fine si viene a parlare della necessità di una *subscriptio* (§ 2), circostanza che ci sembra riportare tale atto ad un momento successivo anche all'*inscriptio*, mentre il collegamento con i *libelli* è solo indiretto, servendo essi ad indicare la persona cui la sottoscrizione è richiesta.

Tra gli altri testi che ci parlano dell'importanza della *subscriptio* <sup>(80)</sup>, il più significativo ci sembra

C. 9, 20, 3 (*Imp. Alex. A. Cornelio*, a. 224):

Ut legis Fabiae poena debeat, in crimen subscriptio  
et accusatio et sententia necessaria est,

in cui si stabilisce che gli elementi essenziali per l'applicazione della pena all'accusato sono: prima di tutto la *subscriptio* dell'accusatore, termine nel quale sembrano riassunti tutti gli atti compiuti da quest'ultimo (circostanza che conferma l'importanza determinante di tale atto), poi l'*accusatio*, nell'indubbio valore di 'svolgimento dell'intero processo a carico dell'accusato' <sup>(81)</sup> e infine la *sententia*, con la quale si dichiara la colpevolezza dell'accusato stesso.

Ora si può comprendere appieno perchè, in relazione al *vinculum*, si faceva un esplicito riferimento ad un atto dell'accusatore; d'altra parte è indiscutibilmente giusto che l'obbligo sorga in dipendenza di quella *subscriptio*, in cui si sostanzia, ap-

<sup>(80)</sup> Vedi C. 9, 1, 12 e C. 9, 45, 2.

<sup>(81)</sup> V., le nostre osservazioni in merito al valore del termine, *retro*, p. 72 nt. 17.

punto, l'accettazione dei termini dell'*inscriptio* e, quindi, di tutte le conseguenze che ne discendono; dalla configurazione della *subscriptio* dipende inoltre il contenuto dell'obbligo di perseverare fino alla condanna dell'accusato (<sup>82</sup>).

8. Una volta accertate l'esistenza e le relative modalità della *subscriptio*, è necessario ora volgere la nostra attenzione ad un istituto di notevole importanza, strettamente connesso all'atto sopra esaminato. Si tratta dell'istituto della garanzia (<sup>83</sup>), i cui precedenti storici sono rappresentati dallo *ius iurandum* della *lex Sempronia* e dai *subscriptores* ciceroniani; tuttavia, come abbiamo notato a suo tempo, l'uno tende piuttosto a creare un impegno morale-religioso e gli altri, che pur rappresentano un notevole progresso nella storia dell'istituto, svolgono una funzione di garanzia, non specifica, ma generica, che si ricollega piuttosto al complesso dei compiti loro affidati, quali sostenitori dell'accusatore.

D'altra parte, tanto l'uno che gli altri assicurano soltanto una certa fondatezza dell'accusa, mentre la garanzia che noi ritroviamo nel processo dell'età imperiale ha come oggetto l'impegno a perseguire l'accusato fino alla sentenza.

L'istituto della garanzia nell'ambito del processo penale comincia a delinarsi, ad acquistare una propria fisionomia, solo alla fine dell'età classica. Peraltro, circa l'esatta denominazione, le fonti non sono sempre concordi: alcune volte ci parlano di

---

(<sup>82</sup>) Vedi D. 48, 2, 7, 1 (Ulp. 7 *de off. proc.*): « Caveant itaque singuli quod crimen obiciant, et praeterea perseveraturos se in crimine usque ad sententiam » (in relazione a questo testo vedi DELL'ORO, *I libri « de officio » nella giurisprudenza romana*, Milano 1960, p. 148 nt. 157) e D. 38, 2, 14, 8 (Ulp. 45 *ad ed.*): « Accusasse autem eum dicimus qui crimina obicit et causam perorari usque ad sententiam effecit ».

(<sup>83</sup>) Cfr. BISCARDI, *Sur la litis contestatio*, cit., p. 338: « Par ailleurs, semble-t-il, une caution ne pouvait manquer, garantissant que l'accusateur ferait honneur à son engagement (*vinculum inscriptionis*) de poursuivre le prévenu jusqu'au bout ».

*fideiussor de exercenda lite* <sup>(84)</sup>, altre volte, più semplicemente, di *satisfare* o di *fidem adstringere* <sup>(85)</sup>. I testi che ci parlano del *fideiussor* sono piuttosto sospetti: ciò fa supporre che tale termine sia entrato nell'uso molto più tardi <sup>(86)</sup>, in età postclassica. Non è tuttavia la questione terminologica che direttamente ci interessa (tanto più che l'espressione *fidem adstringere*, riportata in testi sicuramente classici, è molto vicina a *fide iubere*), ma piuttosto il problema dell'esistenza e della struttura della garanzia processuale. A tal fine ci è utile esaminare, prima di tutto, una costituzione dell'imperatore Caracalla, sulla cui integrale genuinità sorgono molti dubbi. Si tratta di

C. 9, 45, 1 (*Imp. Antoninus A. Anniano*):

Is demum in senatusconsultum incidisse videtur, qui crimen publici iudicii detulit et causa ordinata, id est inscriptionibus depositis et fideiussore de exercenda lite praestito eoque qui accusatur sub custodia officii facto, non impetrata abolitione ab executione criminis destitit.

<sup>(84)</sup> Cfr. C. 9, 45, 1 e C. 9, 1, 3.

<sup>(85)</sup> Cfr. C. 9, 1, 3, 1 e C. 9, 45, 2.

<sup>(86)</sup> Tutti questi frammenti sembrano riportare l'introduzione del *fideiussor* all'età postclassica, ma la data può forse essere ulteriormente spostata in base ad un confronto testuale: infatti, poichè di una stessa costituzione (di Costantino) troviamo nei Codici (teodosiano e giustiniano) due lezioni che differiscono proprio per la menzione del *fideiussor*, l'istituzione di questo, almeno per l'appello, cui il passo si riferisce, è da attribuire, con ogni probabilità, all'età pregiustiniana o addirittura giustiniana. Questo tardivo riferimento non può permetterci di stabilire con assoluta certezza la data di apparizione del *fideiussor* (qui si tratta, come già detto, di appello contro una sentenza di condanna e non di processo in prima istanza), ma la questione resta *sub iudice*. I passi in questione sono

C. Th. 11, 30, 2 (*Const.*, a. 314): « Minime fas est, ut in civili negotio libellis appellatoriis oblatis... absque his criminalibus causis in quibus etiam possunt provocare rei, eum tamen statum debent obtinere, ut post provocationem in custodia perseverent ».

C. I. 7, 62, 12ò: « Minime fas est, ut in civili negotio libellis appellatoriis oblatis... perferat appellator, absque his criminalibus causis in quibus etiam provocare possit eum tamen statum debet obtinere, ut post provocationem in custodia, si fideiussoris idonei copiam non habeat, perseverat ».

Già da tempo, infatti, si è sospettato del periodo « id est... factio »<sup>(87)</sup>, che fa pensare ad un rimaneggiamento successivo — probabilmente ad un glossema, proprio per la formula con cui è introdotto — anche per l'allusione, ivi contenuta, alla *custodia* preventiva dell'accusato<sup>(88)</sup>. Il fatto che si tratta con ogni probabilità di un glossema conferma anzichè escludere l'ipotesi della esistenza e della necessità di una garanzia anche in età classica, perchè, se per chiarire il significato di « causa ordinata » (ovviamente nel Basso Impero), si è ricorso, tra l'altro, all'intervento del *fideiussor*, molto probabilmente l'istituto relativo esisteva già in precedenza, sia pure con diversa denominazione.

Di fondamentale importanza ai fini della ricostruzione del regime della garanzia nel processo penale dell'ultima età classica è però una costituzione di Gordiano, della cui genuinità non ci sembra si possa dubitare,

C. 9, 45, 2 (*Imp. Gord. A. Appio*, a. 239):

Si pro eo, qui in crimen subscripsit, fidem tuam adstrinxisti isque destitit et commissa stipulatio est, non ultra quantitatem quam spondidisti, obligatus es: eo qui destitit infamia nihilo minus notando et extra ordinem secundum indicialem motum puniendo.

La garanzia viene dunque prestata nella forma della *stipulatio*, ed anzi addirittura in quella della *sponsio*, come si de-

(87) Cfr. BOHAČEK, *Un esempio dell'insegnamento di Berito ai compilatori*, in « Studi Riccobono », Palermo 1936, p. 361 ss., il quale accetta pienamente l'opinione del WLASSAK, *op. cit.*, p. 90 nt. 18; in tal senso vedi anche BISCARDI, *op. ult. cit.*, p. 323.

(88) A proposito di questo istituto BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli 1957, p. 411, osserva che esso non appartenne mai al processo ordinario delle *quaestiones* (mentre il passo si riferisce espressamente agli *iudicia publica*), se non quando il reo era confessò *in iudicio* (ricordando D. 48, 3, 5: « Si confessus fuerit reus, donec de eo pronuntietur, in vincula publica coiciendus est », e D. 48, 4, 4: « (Lex Iulia maiestatis praecipit eum... teneri... qui) confessum in iudicio reum et propter hoc in vincula coniectum emisit »), laddove l'istituto stesso era, di regola, applicato in caso di *cōercitio* non vincolata. Scopo del car-

sume facilmente dall'uso del verbo « spondere » (il termine più antico e quindi il più caratteristico per questo genere di negozio), con l'effetto di creare un vero e proprio vincolo obbligatorio a carico del garante: si parla, infatti, di « adstringere » (e con questo termine si indica altresì il contemporaneo impegno assunto dall'accusatore) e di *obligatio*; ed attraverso questa *stipulatio* si tende a rafforzare un obbligo giuridico preesistente, quello dell'accusatore, ponendo a fianco di questi un altro « obligatus ». Pur trasportato in campo processuale, l'istituto in questione mantiene inalterato il suo contenuto privatistico, dal momento che la garanzia si concreta in una somma di danaro, da pagarsi nel caso di desistenza dell'accusatore, il comportamento del quale costituisce dunque la condizione sospensiva, cui è subordinata l'efficacia della *stipulatio*: al verificarsi della desistenza, *commissa stipulatio est*.

Se, tuttavia, dal punto di vista della struttura, si tratta di un negozio privatistico, nei confronti della funzione che è chiamata ad adempiere, questa *stipulatio* è senz'altro un negozio processuale, in quanto strumentalmente connessa ad un procedimento penale. A seguito della sua duplice configurabilità, con una certa prevalenza del secondo aspetto, si pone il problema di stabilire a chi spetti agire per ottenere l'adempimento dell'obbligo, nel caso si verifichi la condizione sospensiva, problema la cui soluzione resta nel campo delle ipotesi, in mancanza di ogni e qualsiasi appoggio testuale. Mentre escludiamo senz'altro lo Stato, inteso in senso moderno, perchè ciò non corrisponde alla concezione romana (per la quale appunto non esiste lo Stato come persona giuridica, titolare di diritti e di obblighi), pensiamo piuttosto che proprio all'accusato spettasse eventualmente agire contro l'*obligatus*, contro colui che è tenuto in base ad un vin-

---

cere « è la custodia, che Antonino Pio vuole si subordini alla mancata dazione di fideiussori (D. 48, 3, 3) o alla *commissio militi*... Secondo Ulpiano, valuterà volta per volta il proconsole quale sia il mezzo preventivo migliore per assicurare il *reus* alla giustizia », così BRASIELLO, *op. ult. cit.*, p. 412.

*culum iuris* <sup>(89)</sup>, considerando che l'esistenza di un garante mira sostanzialmente a tutelare, più che un interesse della comunità, quello del singolo, la cui libertà e tranquillità non possono impunemente essere messe in pericolo da un accusatore che non abbia poi la minima intenzione di « peragere reum usque ad sententiam ». D'altra parte, appare logico che un'eventuale riparazione patrimoniale possa competere al privato esposto temerariamente ai pericoli di un procedimento penale <sup>(90)</sup> piuttosto che alla comunità, dal momento che nei confronti di quest'ultima l'accusatore desistente è già costretto a fornire una soddisfazione, con la sottoposizione alle pene previste per tale suo comportamento.

L'ultima parte del frammento citato riporta appunto le sanzioni previste; si nota, tuttavia, una certa contraddizione, in quanto è posta un'alternativa inammissibile fra la pena dell'*ordo*, (« infamia... notando »), e quella *extra ordinem*. La spiegazione non ci sembra presentare, però, eccessiva difficoltà: originariamente il frammento doveva parlare solo dell'*infamia*, tipica sanzione degli *iudicia publica*, che comportava la perdita della capacità di accusare; successivamente, affermandosi altri e ben diversi principî, non si ritenne più applicabile l'antica sanzione (diventa ormai anacronistica), ma si lasciò al giudice la facoltà di determinare, caso per caso, la pena ritenuta più opportuna. Pur tuttavia, e questo si verifica anche in altri testi sicuramente rima-

<sup>(89)</sup> E ciò possiamo indirettamente arguire dall'esistenza e dalla struttura di un analogo istituto applicato nell'ambito del processo privato, come mezzo complementare del procedimento *per formulas*: le c.d. *stipulationes praetoriae*, promesse solenni fatte davanti al tribunale del magistrato « sia a scopo di rafforzamento di un obbligo giuridico già esistente, sia — e più spesso — per creare un'obbligazione nuova a difesa di un interesse non altrimenti tutelato » (ARANCIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 144).

<sup>(90)</sup> Cfr., sempre in base all'accostamento fatto nel corso della nota precedente, quindi nell'ambito delle *stipulationes praetoriae*, la disciplina e la funzione della *cautio damni infecti*, tendente a tutelare gli interessi di chi preveda la possibilità di un danno da parte del vicino. Per tutti, vedi sull'argomento ARANCIO-RUIZ, *loc. ult. cit.*

neggiati, si mantiene, accanto alla nuova, la precedente disposizione, come se fosse ancora in vigore e si presenta così una situazione immutata, sia pure solo in apparenza.

Un ultimo rilievo da fare su questo testo concerne la stretta relazione che corre tra la *subscriptio* e la garanzia, da un lato, e le sanzioni previste in caso di desistenza, dall'altro: tale circostanza ci sembra attribuire ai due atti succitati un'importanza decisiva ai fini della costituzione del rapporto, ipotesi confermata, del resto, da un altro frammento, sulla cui genuinità non ci sembrano gravare dubbi sostanziali. Si tratta di

C. 9, 1, 3 (*Imp. Alex. A. Rufo*, a. 222):

Sin vero post satisfactionem praesentes non fuerint, edicto admonendi sunt, ut veniant ad causam agendam, et si non adfuerint, non solum extra ordinem puniendi sunt, sed etiam sumptus, *et rell.*

Solo dopo la *satisfatio*, cioè dopo la prestazione della garanzia, si producono pienamente gli effetti costitutivi: l'accusatore è tenuto a presentarsi ed a sostenere la sua accusa nel corso del processo; la costituzione prevede la possibilità di un *edictum*, di una intimazione a comparire, analoga, probabilmente, a quella che troviamo nel processo privato (*edictum peremptorium*) e che serve a stabilire la contumacia della parte. Quanto alla pena, poichè, evidentemente, siamo in tema di *cognitio*, essa non appare predeterminata, ma dovrà essere stabilita dal giudice investito della causa, tenendo conto di varie circostanze. La *satisfatio*, avendo la pratica funzione di conferire la piena produttività di effetti ad un rapporto già completo in tutti i suoi elementi costitutivi, ne rappresenta perciò una condizione di efficacia.

Alla conclusione del rapporto processuale concorrono dunque, sulla base comune e imprescindibile della presentazione dei *libelli accusatorii*, oltre all'atto magistratuale (*inscriptio*), anche un'espressa manifestazione di volontà dell'accusatore (*sub-*

*scriptio*), che dà luogo ad un particolare obbligo, garantito mediante *stipulatio*.

9. E' giunto ormai il momento di sintetizzare i risultati raggiunti e di inquadrare storicamente i dati raccolti nel corso della nostra indagine sul procedimento preliminare penale sul finire dell'età classica. Tale procedimento ha subito notevoli modificazioni strutturali, che riflettono i vari sistemi che si sono affiancati e succeduti nel corso di questi primi due secoli dell'impero, soprattutto della primitiva *cognitio* e delle *quaestiones*, tendendo ad inquadrarsi nel clima politico che con l'avvento al trono di Settimio Severo già comincia a delinearsi: il progressivo consolidamento del potere centrale come presupposto per l'affermarsi della monarchia assoluta. In luogo della pluralità di procedimenti che finora si sono divisi il campo, si ha ora una sostanziale uniformità (che risponde ad un preciso criterio di unità e di certezza): il processo è nelle mani del magistrato, regolato minuziosamente dalle costituzioni imperiali, mentre rimane ancora in vita, accanto al puro e semplice promovimento d'ufficio, il principio accusatorio (anch'esso partitamente regolato e limitato), che non rappresenta più l'elemento informatore, ma una parte, secondaria, del complesso ingranaggio processuale che fa capo all'*inscriptio*, atto magistratuale che condiziona e riassume tutti gli altri atti. Ed è proprio questo diverso equilibrio che si è venuto a stabilire fra attività magistratuale e attività di parte che costituisce la trasformazione più appariscente e determina, a sua volta, ulteriori modificazioni; d'altra parte esso ha le sue radici nell'evoluzione che si sta compiendo nella coscienza giuridica, morale e politica. Abbiamo già visto come e perchè scompare la *postulatio* <sup>(91)</sup>, il cui presupposto vien meno col venir meno della libertà di accusa; in secondo luogo, sappiamo che l'impero romano abbraccia ormai una estensione di territorio

---

(91) Cfr., *retro*, p. 75.

enorme : può ben verificarsi il caso che l'accusato si trovi lontano dal luogo del processo e quindi nell'impossibilità di sapere che contro di lui è stata presentata un'accusa. A tale situazione si ricollega probabilmente l'istituto della *denuntiatio*, che, nella successione cronologica degli atti, prende il posto della *postulatio*, laddove un istituto del genere sarebbe stato del tutto inconciliabile con le rigide ed ormai cristallizzate *quaestiones*, ancorate a Roma ed al loro vieto formalismo.

La diversa e più matura concezione dell'impero si riflette anche su un altro aspetto del procedimento preliminare : allorchè la *delatio* si fa più complessa ed assorbe la *postulatio*, il magistrato competente deve procedere ad un esame della stessa, ad una valutazione degli elementi in essa contenuti, valutazione che postula una certa discrezionalità <sup>(92)</sup>. Col consolidarsi, invece, del potere centrale, mentre la monarchia comincia ad avviarsi verso l'assolutismo, diviene sempre più forte la tendenza accentratrice del potere statale (= imperatore) e di conseguenza, scomparsi ormai definitivamente procedimento senatorio e *quaestiones*, da un lato viene sempre più minuziosamente regolata e limitata l'iniziativa privata (in questo clima più adeguatamente si spiega il definitivo e ufficiale inserimento dei *libelli accusatorii* tra le formalità del procedimento preliminare) e dall'altro si disciplina partitamente e quindi si riduce ad una funzione meramente esecutiva anche l'attività del magistrato, che si limita infatti ad un puro e semplice controllo di legittimità (con esclusione, perciò, di qualsiasi discrezionalità) <sup>(93)</sup>. Il deposito dei *libelli*, nei

---

<sup>(92)</sup> Del resto, qualcosa di analogo si riscontrava nel parallelo procedimento senatorio, dove appunto il console, o, più spesso, il supremo consesso, dichiarava di accogliere l'accusa presentata, in seguito ad una valutazione discrezionale della stessa. Vedi su questo punto, quanto abbiamo affermato *retro*, a p. 66, e, sul problema in generale, il lavoro — più volte citato — di F. AVONZO DE MARINI.

<sup>(93)</sup> La progressiva restrizione dei poteri del magistrato, dopo un'iniziale ampiezza — non straordinaria del resto, nè nuova nella storia del processo — segue di pari passo l'altrettanto progressiva regolamentazione del fenomeno processuale, una volta preso atto della sua conseguita piena maturità. Qualcosa del

quali viene infine a sintetizzarsi l'accusa, finisce per costituire un semplice presupposto per la costituzione del rapporto, mentre il loro contenuto va a confluire nell'*inscriptio* e nella *subscriptio*; ed è proprio l'esistenza e la funzione di quest'ultimo atto, che distingue la vera accusa dalla dichiarazione resa da un delatore o informatore e che risulterà *apud acta* (<sup>94</sup>).

L'atto che esprime tutta la fase preliminare è l'*inscriptio*, mentre, in particolare, *subscriptio* sta ad indicare la stessa fase, ma esclusivamente per la parte che concerne l'attività dell'accusatore (<sup>95</sup>). Tali termini facevano parte, fin dalle origini, del linguaggio tecnico processuale, ma con ben altra importanza. Al tempo delle *quaestiones* essi indicavano atti che costituivano il rovescio, l'aspetto del tutto secondario, dei due atti fondamentali, formali, destinati, da soli, a costituire il rapporto processuale: *delatio* e *receptio*. Si è ora, invece, attuato un ridimensionamento di valori e la funzione ormai essenziale attribuita a *inscriptio* e *subscriptio* (e ai *libelli*) non è che la diretta conseguenza del venir meno della *delatio* e della *receptio*: prevale la sostanza sulla forma.

A questo punto, per concludere sul quadro del procedimento preliminare, una volta completato l'esame dei singoli atti

---

genere si era già verificato qualche secolo prima, quando, dalla più ampia discrezionalità di cui godeva il magistrato nella repressione dei crimini si passò ad una prima regolamentazione — *lex Sempronia* — per cui, una volta presenti tutti i presupposti e i requisiti richiesti, la *receptio* magistratuale si configurava addirittura come atto dovuto (cfr., *retro*, p. 26) e nell'epoca ciceroniana, a conclusione della prima fase dell'evoluzione del processo, il magistrato, all'atto dell'accoglimento dell'accusa, si limitava ad un controllo di legittimità. Qualcosa di simile si verifica anche nell'evoluzione del procedimento di appello (sul quale vedi *infra*, cap. IV): in un primo momento, ancora in fase di formazione, il magistrato giudicante (in particolare il giudice *a quo*) ha un ampio potere discrezionale che progressivamente si restringe fino a scomparire, allorchè, raggiunta ormai una certa maturità, il procedimento stesso viene completamente e definitivamente regolato dalle costituzioni imperiali.

(<sup>94</sup>) Cfr. la costituzione di Diocleziano riportata in C. 9, 2, 8, sulla quale v. *retro*, p. 83 ss.

(<sup>95</sup>) Cfr., *retro*, p. 107, le nostre osservazioni in merito a C. 9, 20, 3.

nella loro struttura e nei loro effetti, non ci resta che stabilire la relazione che intercorre fra questi atti ed i *sollemnia accusationis*, dal momento che, come il Biscardi ha validamente dimostrato <sup>(96)</sup>, i *sollemnia* altro non sono che l'atto costitutivo del rapporto processuale e, di conseguenza, possono essere messi in relazione con il corrispondente atto del processo privato: la *litis contestatio*, tenendo conto, evidentemente, non della struttura, bensì degli effetti di quest'ultima <sup>(97)</sup>.

L'espressione « *sollemnia accusationis* » appare per la prima volta in Papiniano: questa circostanza permette perciò di segnare l'ingresso ufficiale nella terminologia processuale tra la fine del II secolo ed i primissimi anni del III secolo d. C. <sup>(98)</sup>,

D. 48, 5, 11, 5 (Pap. *l. s. de adult.*):

...utiles dies accusatori computandos esse, id est, quibus potuit accusationis sollemnia implere.

Con quali atti della fase preliminare si identificano dunque i *sollemnia*? Il punto di contatto su cui dovremmo far leva è rappresentato dall'effetto costitutivo proprio di alcuni fra gli atti precedentemente studiati e riportato altresì al compimento dei *sollemnia* <sup>(99)</sup>, come confermano numerosi testi. Oltre il passo di Papiniano possiamo citare

D. 48, 2, 18 (Mod. 17 *resp.*):

Cum Titia... et sollemnia accusationis non impleviset... non posse illam amplius de falso testamento dicere;

<sup>(96)</sup> Cfr., soprattutto, *Sur la litis contestatio*, cit.

<sup>(97)</sup> L'indubbia affinità fra l'atto costitutivo del rapporto processuale penale e civile sembra essere già stato intuito dagli ultimi giuristi classici, come appunto ha dimostrato il BISCARDI, *op. ult. cit.*

<sup>(98)</sup> L'espressione viene ricordata da un gran numero di testi, soprattutto costituzioni, anche postclassiche, che fanno tuttavia riferimento ad un'antica tradizione, come: C. 9, 9, 15, 1; C. 9, 9, 18, 1; C. 9, 12, 3; C. 9, 12, 7.

<sup>(99)</sup> Cfr. BISCARDI, *op. ult. cit.*, p. 341: « ... seulement par l'accomplissement des *sollemnia* le rapport judiciaire criminel peut être considéré comme existant... ».

e alcune costituzioni come

C. 9, 22, 4 (*Imp. Alex. A. Cassio*, a. 225):

...non impediēris accusationem contra eam, impletis  
sollemnibus, instituere,

in cui la funzione dei *sollemnia* appare con tutta la sua chiarezza: infatti, solo dopo il compimento di tutti gli atti richiesti, il processo è instaurato (*accusatio instituta*). Le formule usate nei tre passi or ora citati — e in molti altri — mettono in risalto la connessione fra svolgimento del giudizio e intervento dell'accusatore e l'importanza di quest'ultimo ai fini dell'instaurazione del processo: « potuit accusationis sollemnia implere », « cum... sollemnia accusationis non implevisset », « accusationem..., impletis sollemnibus, instituere »; questa circostanza sta a dimostrare che, pur se il processo è ormai nelle mani del magistrato l'impulso deve però ancora provenire da parte del privato, la cui partecipazione non è solo formale, ma anche attiva.

Una uguale chiarezza riscontriamo in

C. 3, 42, 6 (*Imp. Phil. A. Polemonidi*, a. 244):

Si quidem crimen intendis, sollemnibus accusationis  
impletis, fidem adseverationi tuae fac, sin vero ad  
exhibendum intendis *et rell.*

e in

C. Th. 9, 1, 9 = C. I. 9, 46, 7 (*Impp. Valent. et Valens  
AA. ad Valerianum, p.u.*, a. 366):

Non prius quemquam sinceritas tua... iubebit adduci,  
quam sollemnibus satisfecerit *et rell.*

Tenendo sempre presente l'effetto costitutivo <sup>(100)</sup> riconosciuto dalle fonti al complesso dei *sollemnia* e i risultati raggiunti

<sup>(100)</sup> Accanto all'effetto costitutivo, che è senza dubbio il più appariscente, esiste, con ogni probabilità, anche un effetto preclusivo. Mentre alcuni testi ri-

dalla nostra indagine sui singoli momenti della fase preliminare, mentre escludiamo senz'altro dai *sollemnia* la *denuntiatio*, cui è attribuita la sola funzione di citazione preliminare (sia essa giudiziale o stragiudiziale), riconosciamo alla *delatio* o, più precisamente, alla presentazione dei *libelli*, la funzione di presupposto essenziale degli atti che realmente hanno un effetto costitutivo, dal momento che il loro contenuto viene praticamente trasfuso nell'*inscriptio* e nella *subscriptio*, ed in ciò si esaurisce il loro contributo. Sostanzialmente, i *sollemnia* si identificano con l'*inscriptio* magistratuale e con la *subscriptio* dell'accusatore, cui si aggiunge la prestazione di una garanzia, con la specifica funzione di condizione di efficacia dei primi due.

portano questo effetto genericamente allo svolgimento del processo (cfr. « actum est » di D. 43, 29, 3, 13) o, più precisamente, alla sentenza (cfr. « accusatum et absolutum » di D. 47, 15, 3, 1), altri, con sufficiente chiarezza, lo riportano anche ad un momento precedente, al compimento, cioè, delle varie formalità ricomprese nei *sollemnia*. Si tratta di C. 9, 2, 9 (*Imp. Diocl. et Max. AA. Honorato*, a. 289): « Qui de crimine publico in accusationem deductus est, ab alio super eodem crimine deferri non potest », e di D. 48, 2, 11, 2 (*Macer 2 de publ. iud.*): « Ab alio delatum alius deferre non potest, sed cum, qui abolitione publica vel privata interveniente, aut desistente accusatore, de reis exemptus est, alius deferre non prohibetur ». L'effetto preclusivo si determina dunque col compimento dei *sollemnia*, come molto facilmente si deduce dall'uso dell'espressione « de reis exemptus est », con riferimento, dunque, alla definitiva acquisizione della qualità di *reus* (che si verifica solo al termine della fase preliminare). D'altra parte le due espressioni: « in accusationem deductus » e « ab alio delatum » ci sembrano usate con significato ampio e generico, con riferimento all'intera fase preliminare, del resto coerentemente con la degenerazione subita dal termine *delatio* in particolare e dagli altri termini relativi alla fase preliminare. Nei confronti di questi ultimi due passi, WLASSAK, *op. cit.*, pp. 30-36, afferma che essi costituiscono un'ulteriore conferma della sua teoria: se, infatti, esistesse nel processo penale una *litis contestatio* (o un atto analogo), ad essa direttamente si ricollegerebbe tale effetto, e non sarebbe affatto necessario che l'ordinamento giuridico lo riportasse ad alcuni determinati atti della fase preliminare. L'ostacolo ci sembra però superabile: una volta infatti dimostrata l'esistenza dei *sollemnia accusationis*, quale atto costitutivo del rapporto processuale (cfr. le varie opere, già citate, del BISCARDI, le cui conclusioni accettiamo pienamente), determinato sostanzialmente dall'incontro dei due atti, di parte e magistratuale, è naturale che, proprio in relazione a questi atti, si parli di effetto preclusivo. Tale considerazione, anzi, mette in luce un altro punto di contatto, un'altra affinità, tra *litis contestatio* e *sollemnia accusationis*, accanto all'effetto costitutivo del rapporto processuale, del quale più volte abbiamo avuto occasione di parlare.

## IV

### « SOLLEMNIA ACCUSATIONIS » E « SOLLEMNIA IURIS »

SOMMARIO: 1. Necessità di inquadrare i *sollemnia accusationis* nell'ambito dei *sollemnia iuris*. — 2. I *sollemnia appellationis* e i problemi relativi alla dichiarazione di appello. — 3. L'indagine del giudice *a quo* sull'ammissibilità dell'appello. — 4. La richiesta delle *litterae dimissoriae* a conclusione della fase preliminare, identificazione dei *sollemnia appellationis*. — 5. I *sollemnia* nelle *causae liberales* e i relativi problemi. — 6. Il problema dei *sollemnia iuris* nel quadro dell'evoluzione delle forme solenni del diritto romano. — 7. Il valore del termine *sollemnis* nel corso dei secoli. — 8. Osservazioni conclusive.

1. La nostra indagine, condotta fino ad ora con metodo analitico, ci ha permesso di identificare i *sollemnia accusationis* con determinati atti della fase preliminare del processo accusatorio — atti che abbiamo studiato nella loro evoluzione dalle origini fino al momento in cui, sul finire dell'età classica, vengono appunto indicati mediante quella particolare espressione — ma non ci ha fornito tuttavia elementi per una sintesi. Infatti, cosa rappresentano in realtà questi *sollemnia*? Abbiamo detto che si identificano con determinati atti della fase preliminare, ma rappresentano il risultato di una somma o di una fusione? Ed altri problemi, a questi connessi, richiedono una soluzione: perchè questi atti o, meglio forse, questo atto complesso, viene designato *sollemnia* e solo a partire dall'epoca dei Severi?

Per dare una risposta soddisfacente ai quesiti ora posti, dovremo necessariamente allargare il nostro campo d'indagine, non limitandoci a considerare i *sollemnia accusationis* come un istituto a sè stante, unico nel suo genere, senza nessi logici e

storici con altri istituti simili, ma inquadrandoli invece nel loro ambito naturale: nei *sollemnia iuris*. Di *sollemnia*, infatti, si parla anche in altri campi del processo: appello, *causae liberales*, e in relazione ad istituti propri del diritto privato, prospettando tutta una serie di problemi che in questa sede non vogliamo — nè d'altra parte potremmo — risolvere. Senza perdere di vista il nostro obiettivo fondamentale, cercheremo piuttosto di mettere in luce quei particolari aspetti che possono permetterci una migliore comprensione dei *sollemnia accusationis*, nell'ambito di una più vasta visione d'insieme. Ma non basta: dobbiamo determinare soprattutto l'esatto valore della formula che, come abbiamo più volte notato, entra a far parte del linguaggio processuale solo all'epoca dei Severi, e, più precisamente, il valore del termine *sollemnis* (sul quale la formula stessa s'impernia) nelle sue varie sfumature, nella sua evoluzione attraverso i secoli; solo allora saremo in grado di cogliere l'intima essenza dell'istituto e di raggiungere una sintesi.

2. Intraprendendo l'esame dei *sollemnia iuris* in altre applicazioni, sarà opportuno esaminare, in primo luogo, gli istituti che presentano un'indubbia affinità con l'atto costitutivo del rapporto processuale penale: intendiamo cioè parlare dei *sollemnia appellationis* e dei *sollemnia* in relazione alle c.d. *causae liberales*, che trovano appunto applicazione nel campo processuale e, in particolare, nella *cognitio* <sup>(1)</sup>.

In modo particolare ci interessa l'appello, sia per la quantità, veramente notevole, di elementi, conservatici dal *Corpus Iuris*, che permettono una più sicura ricostruzione dei relativi *sollemnia*, sia perchè esso ci presenta molti punti di contatto (come vedremo nel corso della nostra esposizione) col processo penale, che abbiamo appena finito di esaminare. Innanzitutto, anche

---

(1) Quanto all'appello, esso è naturalmente connesso con tale forma di procedimento, essendo fondato su principi radicalmente opposti a quelli che governano l'ordo.

i *sollemnia appellationis* stanno ad indicare l'atto costitutivo del relativo rapporto processuale, come si rileva da una costituzione dei *Divi Fratres* dell'anno 161,

C. 2, 13, 2 :

Cum rem pecuniariam esse dicas, potes per maritum tuum *sollemnibus impletis* appellationi adversariae tuae respondere [ cum appellationes pecuniariae etiam per procuratores exerceri ab utraque parte litigantium possunt ] (2).

Il compimento dei *sollemnia* appare infatti come la condizione necessaria per *respondere* all'appello presentato dall'altro contendente. È superfluo notare — e d'altra parte nulla rileva ai nostri fini — che si tratta di appello civile, dal momento che concerne espressamente una *res pecuniaria*. Altro testo di notevole importanza ci sembra una costituzione di Gordiano, dell'anno 239, riportata in

C. 5, 37, 11 :

Si bonam causam ea, cuius tutor es, habuit, et adversus latam sententiam *non appellasti*, seu post appellationem *provocationis sollemnia implere cessaveris*, tutelae iudicio indemnitatem pupillae praestare debes.

Il passo citato, oltre a mettere ancora una volta in luce la necessità del compimento dei *sollemnia* per produrre effetti definitivi, contrappone nettamente a questi ultimi l'*appellatio*, cioè la manifestazione della volontà di impugnare una data sen-

(2) La parte finale del testo è stata ritenuta interpolata da ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 318 nt. 4. Egli afferma che « a parte la ineleganza dei due *cum* l'interpolazione finale è denunciata... dalla inattendibilità di una enunciazione di carattere così generale in un reseritto che muoveva da un caso concreto ben specifico. Inoltre assai sospette quelle *appellationes pecuniariae* e quell'*exerceri* riferito ad *appellationes* ». Questa osservazione, tuttavia, nulla rileva ai fini della nostra indagine.

tenza. Si tratta di due momenti distinti, ma, al tempo stesso, interdipendenti, in quanto l'*appellatio*, come dichiarazione, rappresenta il necessario presupposto dei *sollemnia*; si dice, infatti: « seu post appellationem... sollemnia implere cessaveris », ossia, 'se non hai portato a termine ciò che hai iniziato' (3). Possiamo fin d'ora mettere in luce un primo punto di contatto con il processo penale, una prima analogia fra l'espressione testè esaminata e quelle più volte incontrate nel capitolo precedente: « post inscriptionem... ante litem contestatam », « inscribere... aliaque omnia sollemniter observare ». *Appellatio* o *provocatio*, come già il deposito dei *libelli inscriptionis*, indicano il primo atto da compiere nel corso della fase preliminare. Dal rescritto in questione si deduce inoltre che la dichiarazione di appello dà vita ad una situazione giuridica imperfetta, ad una sospensione di effetti della sentenza impugnata, condizionata, tuttavia, all'esatto compimento dei *sollemnia*. E, infatti, la sentenza impugnata, la cui esecuzione viene sospesa nel momento stesso in cui è interposto l'appello, torna ad avere piena efficacia e può quindi essere eseguita, ove non risultino esattamente compiute tutte le formalità richieste. Tale affermazione trova esatto riscontro in una costituzione di Diocleziano (a. 294),

C. 2, 4, 32 :

Si, causa cognita, prolata sententia, sicut iure traditum est, *appellationis* vel in integrum restitutionis *sollemnitate suspensa non est*, super iudicato frustra transigi non est opinionis incertae.

E analoghe conclusioni si traggono da

D. 49, 1, 20, 1-2 (Mod. *l.s. de praescript.*):

Is vero, qui in rem suam procurator datus est, intra biduum appellare debet, quia suam causam agit. Mi-

(3) Cfr. C. 7, 62, 13 (*Constant.*): « Ex illo tempore, quo... appellationis a te interpositae sollemnia completa fuerint... ».

litibus appellandi tempora non remittuntur et victi  
*si non provocaverint et sollemnia fecerint, postea non  
 audiuntur.*

A parte i dubbi sulla genuinità del riferimento al *procurator*, cui si è voluto sostituire « cognitor » (4), il Beseler (5) ha ritenuto interpolata la frase « et victi... non audiuntur » per il particolare uso del verbo « audire » (6). Tuttavia, come esattamente rileva Orestano (7), l'uso del termine *sollemnia* in senso analogo è confermato, tra l'altro, da D. 48, 2, 18, sempre di Modestino, e da noi citato proprio in relazione ai *sollemnia accusationis* (8). Il passo, come già abbiamo avuto modo di accennare, si pone sullo stesso piano della costituzione più sopra citata, C. 5, 37, 11, e ancora una volta contrappone come due atti distinti, ma al tempo stesso strettamente connessi, da un lato *provocare* (9), dall'altro *sollemnia facere*. Il *provocare*, come

(4) Cfr. FRESE, in « Mélanges Cornil », I, p. 338 nt. 3; contra HEUMANN-SECKEL, *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*, s.v. *Procurator*.

(5) *Subsiviva*, Lipsia 1929, p. 14.

(6) A questo proposito cfr. BISCARDI, *Sur la litis contestatio*, cit., p. 347 nt. 113, il quale già in relazione ad un'analoga espressione « causam audire » osserva che « il n'a rien d'étrange ». Inoltre, tra i passi citati in nota dallo stesso A., uno soprattutto ci sembra confermare la genuinità dell'espressione usata in D. 49, 1, 20, 1-2, dal momento che come questa mette in relazione « pars » con « audire » ed è tratto da Sen., *Apoc.* 12, 3: « una tantum parte audita... ».

(7) *Op. cit.*, p. 227.

(8) Vedi *retro*, p. 117.

(9) L'uso del termine *provocatio*, parallelamente ad *appellatio*, è connesso con l'origine stessa dell'appello. Alcuni autori avevano voluto ricondurre tale istituto all'*intercessio* (spesso designata nelle fonti come *appellatio*) ed anche alla *provocatio ad populum*, considerandolo dunque come filiazione storica dell'una e dell'altra: vedi ad esempio MÖMMSSEN, *Le droit public romain* (trad. fr. Girard) Paris 1892, V, p. 269, nt. 1. In realtà, come sostiene giustamente ORESTANO, non bisogna lasciarsi prendere la mano dalla suggestione terminologica, ma obiettivamente considerare come si tratti di istituti diversi, sia per la struttura che per gli effetti. L'*intercessio* tribunizia era, infatti, un rimedio esperibile anteriormente alla pronunzia della sentenza, mentre la causa pendeva ancora davanti al magistrato; la *provocatio*, poi, oltre a configurarsi naturalmente come istituto specifico del processo penale comiziale, non dava mai luogo alla pronunzia di una nuova decisione, da

l'*appellare* precedentemente incontrato, indica dunque la manifestazione di volontà che arresta il decorso dei termini e l'efficacia della sentenza impugnata, sia pure temporaneamente; i *sollemnia*, di cui tale manifestazione di volontà costituisce solo il primo momento, indicano invece il compimento di tutti gli atti necessari per la definitiva instaurazione del procedimento in seconda istanza.

Una volta stabiliti l'esistenza e gli effetti essenziali che possono ricondursi ai *sollemnia appellationis*, ci sembra opportuno, per una visione più chiara e completa, procedere ad un esame del contenuto dei *sollemnia* stessi, attraverso un'indagine più approfondita della fase preliminare, la cui caratteristica più notevole è data dal fatto di rientrare nella competenza del giudice che pronunciò la prima sentenza <sup>(10)</sup>.

Il procedimento preliminare è aperto dalla dichiarazione di appello che, come ci informano le fonti in nostro possesso, viene resa verbalmente (« voce appellare ») o per iscritto (« li-

---

sostituire alla prima, caratteristica, invece, specifica, dell'appello. Pur non escludendo che sia l'una che l'altra costituiscano un autorevole precedente, a nostro avviso la spiegazione deve ricercarsi piuttosto nel valore intrinseco comune ai due termini *appellare* e *provocare* (= 'chiamare' od 'invocare'). Per questa ragione appare logico che l'appello dell'età imperiale (non riconducibile di per sé ad alcuno degli istituti che l'hanno preceduto nel tempo), fatto, cioè, con cui si « chiama » l'imperatore, venisse indifferentemente qualificato « appellatio » o « provocatio », senza, con questo, attribuire ai due termini il significato specifico e tecnico che avevano nell'età repubblicana. Pur restando fermo, per tutta l'età imperiale, il loro uso promiscuo, ad un certo momento, peraltro imprecisabile, *appellatio* e *appellare* prevalgono nella prassi: evoluzione, questa, non agevolmente spiegabile. Ci resta, tuttavia, un preciso dato di fatto che l'ORESTANO (cfr. il suo lavoro più volte citato, p. 162) mette in dovuto rilievo: dall'epoca dei Severi in poi *appellare* non indica più soltanto l'attività del 'chiamare' o 'invocare' qualcuno, ma anche e soprattutto un atto processuale, o, meglio, tutta l'attività processuale contro la sentenza; conseguentemente *appellatio* passa a significare l'intero procedimento diretto ad ottenere la riforma della sentenza impugnata.

<sup>(10)</sup> L'importanza di questa fase, secondo ORESTANO, *op. cit.*, p. 364 ss., ha subito nel tempo notevoli modificazioni: mentre infatti all'epoca dei Severi dovette essere piuttosto rilevante (condizionando praticamente lo svolgimento del procedimento di appello e attuando un controllo sull'atto di appello presentato dalla parte), in età postclassica si assiste ad un processo involutivo che riduce le funzioni del giudice « a quo » ad una mera trasmissione burocratica.

bellos appellatorios dare »): la prima alla presenza del giudice subito dopo la pronunzia della sentenza, la seconda anche successivamente. Inizialmente il termine *appellare* (e così *appellatio*) stava ad indicare l'azione materialmente compiuta dall'appellante, l'invocare qualcuno, mentre successivamente, per una progressiva concettualizzazione, passa ad indicare l'atto che sospende l'efficacia della sentenza <sup>(11)</sup>; esiste una sintomatica analogia, innegabile, tra l'evoluzione del significato del termine *appellatio* (e *appellare*) e quella del termine *delatio* dalla *lex Sempronia* all'epoca di Cicerone <sup>(12)</sup>: le tappe sono le stesse, pur se raggiunte in epoche diverse; come già abbiamo avuto modo di osservare, il fenomeno processuale tende a seguire una stessa linea di svolgimento, e questa circostanza ne fornisce una prova ulteriore.

Tra le due forme, orale e scritta, la prima è con ogni probabilità « la forma più antica o, almeno, la più congruente al carattere essenzialmente orale della tradizione processuale romana » <sup>(13)</sup> e poteva consistere anche nella semplice pronunzia della parola « appello » <sup>(14)</sup>.

D. 49, 1, 2 (Macer 1 *de appell.*):

Si apud acta quis appellaverit, satis erit, si dicat 'appello'.

<sup>(11)</sup> Cfr. *retro*, p. 123.

<sup>(12)</sup> Cfr. *retro*, cap. II.

<sup>(13)</sup> Cfr. ORESTANO, *op. cit.*, p. 228.

<sup>(14)</sup> A tale dichiarazione faceva, probabilmente, seguito l'indicazione della autorità cui si intendeva rivolgersi. Questo fatto è sicuramente documentato almeno per i primi casi di appello, allorchè il termine era usato nel senso di invocazione all'autorità del principe e non ancora come vero e proprio atto di appello. Cfr., a tal proposito, ORESTANO, *loc. cit.*, nt. 1, che si richiama alle parole di S. Paolo (Atti degli Apostoli), anche se non relative ad un vero e proprio appello: *καίσαρα ἐπικαλοῦμαι*. Egli precisa inoltre che l'uso del termine « appello », anche se probabilmente il più diffuso nella pratica, non doveva essere tassativo e che, con analogo significato, si doveva adoperare « provocho ».

All'appello orale si affianca, presto soverchiandolo, l'appello scritto <sup>(15)</sup>, mettendo in luce un'ulteriore analogia col processo penale nel quale, con identica successione di atti, alla iniziale *delatio* orale si sovrappongono, nel prosieguo di tempo, i *libelli inscriptionis* <sup>(16)</sup>: sintomo della progressiva organizzazione dell'istituto e di un più intenso intervento coordinatore e accentratore del *princeps*. Alcuni frammenti sembrano alludere ad una alternativa fra le due forme, così ad esempio

D. 49, 1, 5, 4 (Marcian. 1 *de appell.*):

Si quis ipso die inter acta voce appellavit, hoc ei sufficit, sin autem hoc non fecerit, ad libellos appellatorios dandos biduum vel triduum computandum est <sup>(17)</sup>.

Se la dichiarazione orale non veniva compiuta nel giorno stesso dell'emanazione della sentenza, « ipso die » <sup>(18)</sup>, unico mezzo restava la forma scritta: i *libelli*, i quali, di contro alla semplicità della prima, dovevano contenere alcune specifiche indicazioni, secondo quanto risulta da

D. 49, 1, 1, 4 (Marcian. 1 *de appell.*):

Libelli qui dantur appellatorii, ita sunt concipiendi

<sup>(15)</sup> Tale forma appare l'unica vigente in una costituzione di Diocleziano (C. 7, 62, 5, 6), mentre tuttavia Costantino sembra rimettere la forma orale nel dovuto rilievo, C. 7, 62, 14: « Litigatoribus copia est etiam non conscriptis libellis illico appellare voce, cum res poposcerit iudicata, tam in civilibus quam in criminalibus causis ». Secondo ORESTANO, *op. cit.*, p. 230, nt. 1, questa costituzione, in origine, avrebbe riguardato solo i giudizi civili (vi si parla, infatti, di « litigatores »), mentre l'estensione « tam... causis » sarebbe da considerare un'aggiunta compilatoria: ciò si deduce anche dal fatto che essa non risulta minimamente dalla lezione riportata in C. Th. 11, 30, 7.

<sup>(16)</sup> Cfr. *retro*, cap. III.

<sup>(17)</sup> Ritene interpolata la seconda parte del frammento da « sin autem » ALBERTARIO, *Contributi alla critica del Digesto*, Pavia 1911, p. 40; v. anche P. KRÜGER, *Supplementa* (Berolini 1920).

<sup>(18)</sup> Cfr., anche FADDA, *Appello penale romano*, in « Digesto It. », s. h. v., secondo il quale l'espressione « ipso die », da mettere sullo stesso piano dell'« illico » contenuto in C. 7, 62, 14, dimostra appunto che la dichiarazione verbale non è più ammessa successivamente. L'A. citato richiama a sua volta DONELLO, 28, 6, nt. 27, e PUCHTA, *Institutionen*, § 181, p. 259.

ut habeant scriptum et a quo dati sint, hoc est qui appellet, et adversus quem et a qua sententia <sup>(19)</sup>.

I requisiti richiesti sono dunque: indicazione del nome dell'appellante, della parte contro cui si appella (la relativa omissione può anche essere irrilevante, come ad es. nel caso in cui l'appellante abbia di fronte a sè un solo avversario) e della sentenza impugnata; a questi elementi doveva probabilmente aggiungersi, nella prassi processuale, anche l'elenco dei motivi <sup>(20)</sup>. I *libelli*, inoltre, debbono essere presentati entro termini fissi che sembrano essere già stabiliti al tempo di Giuliano (D. 49, 4, 1, 14) e di M. Aurelio (D. 49, 4, 1, 7) <sup>(21)</sup>: più precisamente di due giorni, se l'appellante agiva « in causa propria », e di tre, se agiva « alieno nomine » <sup>(22)</sup>.

Il netto contrasto che abbiamo messo in luce fra l'estrema semplicità che caratterizza l'appello orale e quella certa com-

<sup>(19)</sup> Sulla genuinità delle parole « qui dantur appellatorii » ha sollevato dei dubbi H. KRÜGER, in « Arch. lat. lex. » 10 (1898), p. 250. A questo proposito ORESTANO, *op. cit.*, p. 232 nt. 1, osserva che, probabilmente, nella dizione originale Ulpiano doveva usare « dicuntur » e che i compilatori o qualche amanuense (pre- o post-giustiniano) hanno invece errato nel trascrivere, forse avendo nell'orecchio l'espressione « libellos dare ». Dubbi sostanziali, di conseguenza, non sembrano gravare sulla genuinità del testo in questione.

<sup>(20)</sup> Cfr. ORESTANO, *op. cit.*, pp. 236-37. A questo proposito non possiamo fare a meno di richiamarci ancora una volta al processo accusatorio, rilevando una ulteriore analogia tra il contenuto dei *libelli accusatorii* e dei *libelli appellationis*.

<sup>(21)</sup> Cfr. RACCI, *op. cit.*, p. 50: « In particolare anche i *tempora appellationis* di cui la più antica notizia risale all'età di Adriano, paiono acquistare fissità inderogabile e valore condizionante per la valida proposizione dell'appello solamente a cominciare dall'età dei Severi ». L'A. citato si richiama naturalmente allo studio di ORESTANO, in particolare pp. 241 e 256.

<sup>(22)</sup> Cfr. D. 49, 1, 5, 4, cit., e D. 49, 4, 1, 5 (Ulp. I *de appell.*): « Biduum vel triduum ex die sententiae latae computandum erit ». Come nota l'ORESTANO, *op. cit.*, p. 238 nt. 1, nel termine rientrava, con ogni probabilità, il giorno della emanazione della sentenza, così che esso si riduceva, praticamente, ad uno o a due giorni liberi, secondo quanto sembra potersi dedurre anche da C. 7, 62, 6, 5. Tali termini restano immutati nel diritto postclassico e nella compilazione giustiniana; Giustiniano, tuttavia, con la Nov. 23 (a. 536), abolì la distinzione fra appello « in causa propria » e « alieno nomine », unificando i termini ed elevandoli a 10 giorni; cfr. ORESTANO, *op. cit.*, p. 239 nt. 1.

plexità propria dei *libelli*, induce a pensare che, se pur rimane tra le due forme un'alternativa — del resto generalmente ammessa — esse hanno, tuttavia, una diversa rilevanza, senza considerare poi che lo *ius variandi* appare notevolmente limitato nel tempo: al solo momento dell'emanazione della sentenza, dopodichè la parte può manifestare la sua volontà di ricorrere solo attraverso la forma scritta. Del resto, a parte la constatazione che nel contemporaneo processo penale — col quale il procedimento di appello presenta numerose e notevoli analogie di sviluppo e di struttura — l'accusa orale ha finito per cedere la preminenza a quella scritta, dalla quale viene integrata e riassunta, appare inspiegabile un esame del giudice (diretto, come vedremo, ad accertare l'ammissibilità dell'appello) sulla base della semplice dichiarazione orale, pur trascritta « apud acta », mentre è fin troppo logico ed evidente che un'attività del genere si eserciti sul contenuto dei *libelli*, nei quali appunto dovevano essere indicati, con ogni probabilità, anche i motivi dell'impugnazione <sup>(23)</sup>. Forse, l'appello orale, pur sopravvivendo, doveva esser compiuto, subito dopo la pronunzia della sentenza, al fine di sospenderne immediatamente l'efficacia, fermo restando per l'appellante l'onere (non ancora obbligo) di presentare entro i termini stabiliti, pena la decadenza <sup>(24)</sup>, i *libelli*, contenenti l'esposizione dei motivi della sua impugnazione e le altre indicazioni necessarie.

L'inammissibilità di una vera e propria alternativa e quindi dell'attribuzione di un ugual valore e peso alle due forme è

<sup>(23)</sup> Cfr., *retro*, p. 128 e nt. 20.

<sup>(24)</sup> A questo stato di cose alludono forse i frammenti che parlano di « post appellationem... sollemnia implere cessaveris » e simili: dopo la dichiarazione di appello, cioè, l'appellante si è assolutamente disinteressato di far proseguire la causa (*cessaveris*), non presentando i *libelli*, ad integrazione della primitiva manifestazione di volontà, entro i termini a tal fine stabiliti. ORESTANO, *op. cit.*, p. 384, intende invece « cessaveris » con particolare riferimento a D. 49, 5, 5, 4, nel senso di 'desistere', dopo che il giudice « a quo » ha respinto l'appello: come vedremo in seguito, contro tale rifiuto l'appellante ha infatti la possibilità di ricorrere.

del resto avvertita dallo stesso Orestano, il quale afferma: « l'appello orale finisce per cedere il posto alla forma di appello scritto, pur non venendo meno la possibilità di continuare a servirsi del primo nei casi più semplici o in particolari circostanze »<sup>(25)</sup>.

3. La manifestazione (sia scritta che orale) della volontà di appellare, che mette in moto il complesso ingranaggio e la cui essenzialità è messa in luce dai frammenti già esaminati (D. 49, 1, 20, 1-2, e C. 5, 37, 11), appare dunque di per sè sufficiente, come altrove abbiamo accennato, a sospendere l'esecuzione della sentenza, sia pure condizionatamente al compimento di tutti gli altri atti necessari ad instaurare il procedimento di appello, tanto che, fino a quando il giudice non si sia pronunciato sull'appello interposto, tutto deve essere rigorosamente mantenuto nello *statu quo ante*<sup>(26)</sup>, per non pregiudicare i risultati della decisione in seconda istanza. La necessità di impedire qualsiasi mutamento della situazione giuridica preesistente è chiaramente sentita da

D. 49, 7, 1 pr. (Ulp. 4 *de appell.*):

Appellatione interposita, sive ea recepta sit, sive non, medio tempore nihil novari oportet: si quidem fuerit recepta appellatio, quia recepta est, si vero non est recepta, ne praeiudicium fiat, quoad deliberetur, utrum recipienda sit appellatio an non sit.

<sup>(25)</sup> *Op. cit.*, p. 230.

<sup>(26)</sup> Nulla vieta, tuttavia, al giudice di prendere le misure cautelative previste espressamente, quali la continuazione del carcere preventivo, per l'uno o l'altro degli appellanti, quando ciò fosse richiesto dalla legge o forse anche quando non fossero stati presentati idonei garanti, come lascerebbero supporre due costituzioni, C. 7, 62, 6, 3 e C. 7, 62, 12; tuttavia il fatto che nella seconda la menzione del *fideiussor* è senz'altro un'aggiunta posteriore (v. *retro*, p. 109 e nt. 86) porta a dubitare, per lo meno, della classicità del termine.

Il testo mette altresì in luce un altro atto fondamentale del procedimento preliminare, atto che ha un nome denso di significato: *receptio*. La *receptio* appare qui una dichiarazione resa dal giudice « a quo », in seguito ad una serie di accertamenti che, sempre secondo l'Orestano <sup>(27)</sup>, alla cui indagine ancora una volta ci riferiamo, vertevano sull'esistenza dei presupposti e dei requisiti per un appello valido (quindi sulla ricevibilità e ammissibilità dello stesso), e, in una certa misura, sul suo fondamento <sup>(28)</sup>.

Come si vede, il giudice « a quo » disponeva di un certo grado di discrezionalità <sup>(29)</sup>, tanto da poter anche rifiutare la *receptio*; ma in questo caso si riconosceva all'appellante la possibilità di ricorrere contro una decisione di tal genere sia all'imperatore, sia al giudice che sarebbe stato competente in seconda istanza, come ci è confermato da Ulpiano in

D. 49, 5, 5, 5 (5 *de appell.*):

Intra constituta autem appellatoria tempora debet is cuius appellatio non est recepta, vel competentem iudicem vel principem adire <sup>(30)</sup>.

Questa funzione di estremo rilievo attribuita al giudice « a quo » sembra essere stata in seguito notevolmente ridotta, come

<sup>(27)</sup> *Op. cit.*, p. 368 ss.

<sup>(28)</sup> Cfr. ancora ORESTANO, *op. cit.*, p. 311 ss.

<sup>(29)</sup> Tale attività discrezionale viene progressivamente meno nel corso dell'età postclassica, come vedremo meglio in seguito.

<sup>(30)</sup> Il testo è stato ritenuto interpolato in più parti: così [constituta tempora] dal GRADENWITZ, in ZSS., 7 (1889) che vi sostituisce « biduum vel tri-duum » e da H. KRÜGER, in « Arch. lat. lex. » 10 (1898), p. 250, che vi sostituisce « annum » e ancora [vel competentem... audire] dal SOLAZZI, in « Rend. Ist. Lomb. », 54 (1921), p. 181 nt. 4; così anche ORESTANO, *op. cit.*, p. 383, che osserva però come tali eventuali interpolazioni nulla tolgano al principio ivi affermato (che si può cioè ricorrere in caso di *appellatio non recepta*), principio che trova ulteriore riscontro in D. 49, 5, 5, 1 (Ulp. 4 *de appell.*): « Non recepta autem appellatio, si quidem principem appellari oportuit, principi erit supplicandum, sin vero alius appellabatur quam princeps, ille erit adeundus ».

rileva anche l'Orestano, e limitata ad un mero controllo di legittimità degli atti compiuti. prima di trasmetterne una relazione al giudice « ad quem », cui la cognizione della causa viene devoluta. Ecco ancora un punto di contatto con la linea di sviluppo seguita dal processo penale: infatti, come abbiamo visto più indietro, già sul finire dell'età classica il magistrato accoglie l'accusa in seguito ad un semplice controllo di legittimità, regime che, tuttavia, presuppone, corrispondentemente al periodo di maggior sviluppo della *delatio*, una valutazione discrezionale degli elementi addotti, dei requisiti dell'accusa. Nell'uno e nell'altro procedimento notiamo un analogo passaggio, che ci appare più che logico e perfettamente spiegabile: allorchè ambedue sono in fase di formazione, manca una regolamentazione precisa e ampi poteri vengono affidati all'organo giudicante, mentre, man mano che se ne consolida e se ne completa la disciplina giuridica con norme specifiche e inderogabili, la funzione del giudice (nella fase che abbiamo definito istruttoria) si riduce proporzionalmente, per un'esigenza di certezza, indice di una più matura coscienza giuridica.

4. Sostanzialmente il rapporto processuale di appello si costituisce mediante l'incontro di due atti, uno di parte e l'altro magistratuale: l'*appellatio* (dichiarazione accompagnata dai *libelli*) e la *receptio*; ma nè il primo nè il secondo possono adeguatamente documentare l'avvenuta costituzione, sia perchè ne rappresentano due momenti distinti, se pur fra loro interdipendenti, sia perchè l'uno, pur scritto, resta sempre un atto privato (come abbiamo osservato anche a proposito dei *libelli inscriptionum*) e l'altro è essenzialmente un atto orale. D'altra parte sappiamo che il nuovo giudizio si svolgerà davanti ad un altro giudice, cui la questione dovrà essere sottoposta già definita nei suoi termini. Da tutto ciò scaturisce la necessità delle c.d. *litterae dimissoriae* (o *apostoli*), che devono essere redatte dal primo giudice e fatte pervenire al secondo, allo scopo di attestare

la regolare interposizione dell'appello, l'accoglimento dello stesso e l'osservanza delle relative norme, come risulta da

D. 49, 6, 1, pr.-1 (Marcian. 2 *de appell.*):

Post appellationem interpositam litterae dandae sunt ab eo, a quo appellatum est, ad eum, qui de appellatione cogniturus est, sive principem sive quem alium, quas litteras dimissorias sive apostolos appellant. Sensus autem litterarum talis est: appellasse, puta, Lucium Titium a sententia illius, quae inter illos dicta est.

Così come si presentano, le *litterae* sono strumentalmente coordinate alla *receptio*, analogamente all'*inscriptio* ciceroniana, costituendo al tempo stesso per il giudice un atto dovuto (« litterae dandae sunt »), per cui, una volta *recepta* l'*appellatio*, egli non può sottrarsi alla redazione del documento. Se tale redazione fosse subordinata alla prestazione di idonee garanzie, non possiamo affermarlo con sicurezza; una costituzione di Diocleziano, riportata in C. 7, 62, 1, 6, sembra escluderlo in modo assoluto:

Apostolos post interpositam provocationem etiam petente appellatore sine aliqua dilatione iudicem dare oportet, cautione videlicet de exercenda provocatione in posterum minime praebenda.

Il riferimento alla cauzione, anche se per negarne la necessità, è oltremodo significativo adombrando un regime anteriore molto diverso (senza considerare la cura con la quale i compilatori hanno evitato, nei corrispondenti titoli del Digesto, ogni e qualsiasi riferimento alla cauzione) <sup>(31)</sup>: non dimentichiamo che anche nel processo penale l'accusatore è tenuto a fornire una

---

<sup>(31)</sup> Così ORESTANO, *loc. cit.*, che però pone il problema anche in relazione alla *receptio*.

garanzia per la prosecuzione del processo. Questo stato di cose ci appare pienamente giustificato, se teniamo presente il diverso peso assunto, nel volger degli anni, dalla funzione del giudice *a quo*: infatti essa, originariamente molto importante, si è ridotta col tempo ad una mera trasmissione di atti, priva di qualsiasi discrezionalità<sup>(32)</sup>. Al rilascio di tale documento, che a cura dell'appellante doveva essere trasmesso al giudice superiore, non sembra tuttavia essere stata riconosciuta una posizione di assoluto rilievo nell'ambito dei *sollemnia*: come abbiamo già osservato, tale atto aveva soprattutto valore di documentazione della fase preliminare ai fini del successivo svolgimento, e, per di più, si presentava come atto dovuto<sup>(33)</sup>. Inoltre si prevede anche la possibilità di un rifiuto del giudice *a quo* di redigere il documento, mentre tuttavia il nuovo giudizio segue ugualmente il suo corso regolare solo che l'appellante abbia richiesto « *instanter et saepius* » il rilascio delle *litterae*.

D. 49, 6, 1, 2 (Marcian. 2 *de appell.*)

Sufficit autem *petisse* intra tempus dimissorias *instanter et saepius*; ut et si non accipiat, id ipsum contestetur; nam instantiam petentis dimissorias constitutiones desiderant. [aequum est igitur, si per eum steterit, qui debebat litteras, quo minus det, ne hoc accipienti noceat] <sup>(34)</sup>.

<sup>(32)</sup> Cfr. ORESTANO, *op. cit.*, p. 376 nt. 1; egli richiama due frammenti di costituzioni postclassiche, C. 7, 62, 24 e C. *eod.* 31, dalle quali risulta come, in età postclassica, le *litterae* abbiano ormai assunto la funzione di pura e semplice relazione del giudice 'a quo' al giudice 'ad quem'.

<sup>(33)</sup> Cfr. C. 7, 62, 1, 6 e D. 49, 6, 1, pr. - 1.

<sup>(34)</sup> L'ultima frase è stata ritenuta una probabile aggiunta successiva (cfr. *Index Interpolationum*, h. l.); a questa tuttavia l'ORESTANO aggiunge altre espressioni di dubbia genuinità, quale ad es. [intra tempus], in netto contrasto col « *saepius et instanter* ». L'A., *op. cit.*, p. 380 nt. 1, rileva tuttavia che, contro la possibilità di pensare a notevoli interpolazioni di questo testo, sta il fatto che esso rappresenta, di fronte al regime postclassico, uno stadio superato.

Tale circostanza porta a spostare la nostra attenzione dall'atto del giudice all'atto di parte, dalla redazione delle *litterae* alla loro richiesta da parte dell'appellante, al « *petisse* ». il quale, purchè risulti compiuto « *instanter et saepius* », sostituisce a tutti gli effetti l'atto non rilasciato e induce altresì a pensare (deduzione peraltro non documentabile) che di tale richiesta l'appellante debba in qualche modo dar prova; forse egli si presentava davanti al giudice *a quocumque* accompagnato da testimoni (conferendo così, fra l'altro, una certa solennità alla sua richiesta), tanto più che, indipendentemente dall'esistenza di conferme testuali, non possiamo trascurare l'esigenza che il giudice *ad quem*, pur in mancanza delle *litterae*, venisse informato sull'effettivo svolgimento della fase preliminare: questo scopo poteva appunto raggiungersi attraverso una testimonianza dei presenti alla richiesta delle *litterae* da parte dell'interessato.

Con la richiesta « *saepius et instanter* » e la conseguente consegna, l'onere di far proseguire il processo passa nelle mani dell'appellante il quale dovrà vigilare che la causa venga regolarmente iscritta a ruolo; analogo impegno veniva disciplinato anche nel processo penale attraverso varie disposizioni che incitavano a tal fine, come « *te adstringe* » e simili <sup>(35)</sup>. Vediamo ad ogni modo

C. 7, 66, 5 (*Imp. Gord. A. Q. Felici*):

Quamvis ancilla, de cuius dominio disceptabatur et a rectore provinciae contra te iudicatum fuerat, in fatum concesserit, tamen cum appellationem super ea interpositam fuisse et in numero cognitionum pendere proponas, ea provocatio suo ordine propter peculium ancillae audiri debet.

Si allude qui all'ulteriore attività svolta dall'appellante: presentazione degli « apostoli » al giudice *ad quem* e conse-

<sup>(35)</sup> Cfr., *retro*, p. 101 ss.

guente iscrizione a ruolo (probabilmente su conforme istanza della parte) e si pongono a fronte due diversi momenti del procedimento preliminare. Da un lato, infatti, abbiamo *appellatio interposita* (molto probabilmente riferita all'intero procedimento davanti al giudice *a quo*) e dall'altro *in numero cognitionum pendere*, ossia l'iscrizione della causa a ruolo. Non si può fare a meno di notare, a questo punto, l'analogia con alcuni passi già considerati, in cui *appellatio* veniva contrapposta a « *sollemnia implere* »<sup>(36)</sup>, come qualcosa di ancora non definitivo; ciò induce a pensare che l'ultimo atto rientrante nei *sollemnia* sia appunto rappresentato dall'iscrizione a ruolo.

Tale atto, tuttavia, presentandosi come una naturale conseguenza degli altri già compiuti, in particolare il riflesso delle *litterae dimissoriae*, si configura piuttosto come una condizione di efficacia del rapporto processuale, già costituito presso il giudice *a quo*: per permettere il regolare e completo svolgimento del giudizio presso il giudice *ad quem*, la causa dovrà infatti essere iscritta a ruolo da quest'ultimo, ovviamente sulla base delle *litterae dimissoriae*.

Un'ultima considerazione è da fare per quanto riguarda gli effetti che si producono alla conclusione della fase preliminare: una volta *recepta l'appellatio*, diviene infatti definitiva la situazione, del resto determinatasi già al momento della presentazione dei *libelli* (condizionata, tuttavia, come abbiamo già notato, al compimento di tutti gli atti richiesti), ed essa non potrà essere modificata che dalla seconda sentenza. Vogliamo al proposito richiamare un frammento già citato precedentemente, e cioè

D. 49, 7, 1 pr.-1 (Ulp. 4 *de appell.*):

Appellatione interposita, sive ea recepta sit sive non,  
medio tempore nihil novari oportet: si quidem fuerit  
recepta appellatio, quia recepta est, si verò non est

<sup>(36)</sup> Tra gli altri ci sembra particolarmente notevole C. 7, 62, 13 (*Constant.*): « ...vel appellationis a te interpositae sollemnia completa fuerint... ».

recepta, ne praeiudicium, quoad deliberetur, utrum recipienda sit appellatio, an non sit; *recepta tamen appellatione tamdiu nihil erit innovandum, quamdiu de appellatione fuerit pronuntiatum.*

Sia l'*appellatio* che la *receptio* hanno effetto sospensivo (<sup>37</sup>), tuttavia questo si manifesta con diversa intensità nei due casi: nel primo appare condizionato alla pronunzia del giudice sulla ammissibilità dell'impugnazione (<sup>38</sup>), nel secondo, invece, opera incondizionatamente, per tutta la durata del procedimento di seconda istanza, fino alla nuova sentenza.

Abbiamo così esaurito l'indagine sui singoli momenti della fase preliminare del procedimento di appello, sempre in vista ed in funzione dei *sollemnia appellationis*, non trascurando, al tempo stesso, di mettere in luce i punti di contatto con la corrispondente fase del processo criminale. A questo punto le conclusioni ci sembrano essere implicite in quanto siamo venuti dicen-

---

(<sup>37</sup>) In relazione all'effetto sospensivo, che più volte abbiamo ricordato come riconducibile alla dichiarazione di appello, dobbiamo tener presente che le fonti non ne parlano esplicitamente; anch'esse, tuttavia, lo sottintendono, usando espressioni affini, quali « nihil erit innovandum ». L'unica chiara allusione è contenuta in C. 2, 4, 32.

(<sup>38</sup>) E' ovvio che l'effetto sospensivo viene meno se l'appello è dichiarato inammissibile. Si potrebbe a ciò obiettare che, in pratica, l'*appellatio* sospende indefinitamente l'efficacia della sentenza dal momento che l'appellante può ricorrere anche contro tale rifiuto, senza limiti di tempo. Indubbiamente, in origine, la funzionalità del meccanismo doveva dipendere più che altro dall'arbitrio della parte. Ben presto deve essersi fatta sentire la necessità di porre dei termini ben precisi, entro i quali tutti gli atti dovevano venir compiuti. Per quanto riguarda l'epoca classica, una testimonianza indiretta può considerarsi quella contenuta nella costituzione di ignoto imperatore (cfr. RICCIONE, *Fontes iuris romani ante-iustiniani*, I, p. 452), che si preoccupa appunto di fissare il limite massimo per l'inizio dell'udienza. Alla posizione di termini si fa poi riferimento in D. 49, 5, 5, 5 (sicuramente interpolato) e in C. 7, 62, 18 (a. 327), ma è chiaro che sia nell'uno che nell'altro caso la testimonianza è relativa all'età postclassica. Il problema, almeno per quanto riguarda i termini per la *receptio*, dovette senz'altro perdere d'importanza allorchè, anche per ovviare agli abusi del giudice *a quo*, la funzione di questo venne ridotta ad una semplice trasmissione di atti, ad una mera trasmissione burocratica.

do. Infatti, tenuto presente l'effetto costitutivo che le fonti chiaramente riconducono al compimento dei *sollemnia* <sup>(39)</sup>, appare evidente che a tale scopo tendono in via immediata l'*appellatio* e la *receptio* del giudice *a quo*, in via mediata gli altri atti che appaiono strumentalmente coordinati ai primi. Intendiamo cioè parlare delle *litterae dimissoriae*, atto indubbiamente dovuto <sup>(40)</sup>, cui può essere attribuita una funzione eminentemente probatoria da svolgersi presso il giudice *ad quem*, e riassuntiva della fase preliminare; della richiesta di queste da parte dell'appellante, atto cui viene riconosciuta una fondamentale importanza soprattutto allorchè il giudice *a quo* si sia rifiutato di rilasciare il documento in questione: in tal caso, infatti, la prova dell'avvenuta regolare richiesta sembra sostituire per contenuto e per effetti il documento non rilasciato; dall'iscrizione a ruolo, mera attività materiale (svolta sulla base delle indicazioni fornite dalle *litterae* o, in mancanza di queste, dalla prova della avvenuta richiesta), che serve praticamente a conferire piena efficacia al rapporto processuale già costituito: infatti, solo dopo l'iscrizione esso dà luogo al regolare svolgimento del giudizio di appello.

5. Passando ora al secondo degli istituti di cui ci siamo prefissi di parlare in questa sede, cinque frammenti, tratti da costituzioni di Diocleziano <sup>(41)</sup>, ci parlano di *sollemnia* in relazione alle c.d. *causae liberales* e le loro testimonianze sono oltremo-

<sup>(39)</sup> Cfr. *retro*, p. 122 ss.

<sup>(40)</sup> A tal fine ci richiamiamo a « *dandae* » di D. 49, 6, 1, pr., e a « *dare oportere* » di C. 7, 62, 1, 6.

<sup>(41)</sup> Cronologicamente, Diocleziano si pone già in età postclassica, tuttavia, dal punto di vista dell'evoluzione del diritto, egli può ancora essere localizzato in una fase di transizione — che sempre forma l'anello di congiungimento fra due epoche consecutive — tanto più che l'imperatore in questione tende a reinserirsi nel filone della tradizione classica, nell'ambito della vagheggiata idea di restaurazione dell'impero romano. Sull'argomento, vedi da ultimo AMELOTTI, *Per l'interpretazione della legislazione privatistica di Diocleziano*, Milano 1960, specialmente pp. 51-108.

do preziose ai fini della nostra indagine. I cinque frammenti cui abbiamo accennato sono :

C. 7, 16, 11 :

...unde si status moveatur quaestio, intellegere vobis licet nihil prodesset posse, quod pater vester honores civiles gessit, *sollemnibus* itaque *ordinatis* apud praesidem provinciae de statu vestro cognoscetur,

C. 7, 16, 15 :

Cum itaque ad examinationem veri omnis iure prodita debeat admitti probatio, aditus praeses provinciae, *sollemnibus ordinatis*, prout iuris ratio patitur, causam liberalem inter vos decidi providebit,

C. 7, 19, 5 :

Cum status quaestionem tibi moveri... commemorares, ordinarium est prius *sollemnibus interpositis*, si hoc iuris admiserit ratio, apud praesidem provinciae decidi...,

C. 8, 45, 18 :

Si status super homine tibi venumdato mota quaestio est, *sollemnibus*, quae iuris admittit ratio, *interpositis*, si secundum libertatem fuerit lata sententia, poteris de evictione... auctorem vel eius fideiussores... convenire,

C. 7, 16, 31 :

Si tibi servitutis improbe moveatur quaestio, *sollemnibus ordinatis* de calumnia vel iniuria... habita contestatione... <sup>(42)</sup>.

In tutti i frammenti citati l'esatto compimento dei *sollemnia*, « quae iuris admittit ratio », appare la « condicio sine qua

---

<sup>(42)</sup> In relazione a questo testo, LEMOSSE, *Accusation calomnieuse et l'action d'injures*, in « RHD. » 31 (1934), p. 434, afferma che la menzione dell'*actio iniu-*

non » affinché il giudice competente possa pronunciarsi sulla questione <sup>(43)</sup>; ancora una volta proprio ad essi si riporta la costituzione delle parti in giudizio, e conseguentemente, la costituzione del rapporto processuale. In relazione a questi *sollemnia ordinata*, applicati evidentemente nell'ambito della *cognitio*, dal momento che si parla di *praeses provinciae* <sup>(44)</sup>, non possiamo trascurare l'opera del Nicolau, veramente fondamentale in materia <sup>(45)</sup>. Il Nicolau, dopo aver ricercato quali siano state, in ordine di tempo, le giurisdizioni competenti nelle questioni di stato <sup>(46)</sup>, si pone appunto anche il problema della *ordinatio iudicii* <sup>(47)</sup>, a proposito del quale osserva che « il ne faut pas y voir quelque chose de spécial à la *causa liberalis*, comme on l'a fait trop souvent, encore moins s'imaginer qu'elle remplace ici la *litis contestatio*, comme l'a soutenu Karlowa ». Come afferma anche in seguito, egli sostiene che nella *cognitio* la *litis ordinatio* non corrisponde alla *litis contestatio* dell'*ordo* <sup>(48)</sup>, ma al procedimento *in iure* anteriore a questa e cioè alla presentazione dell'*adsertor libertatis* e alla prestazione della cauzione; nella *cognitio* la *litis ordinatio* segna il momento a partire dal quale « la personne dont l'état était contesté est considérée com-

*riae* è da considerare interpolata, come dallo stesso già sostenuto in « Tijdschrift voor Rechtsgesch. », 21 (1935), p. 45.

<sup>(43)</sup> Cfr., infatti: « de statu vestro cognoscetur » (C. 7, 16, 11) e « causam liberalem inter vos decidi providebit » (C. 7, 16, 15).

<sup>(44)</sup> Senza considerare poi che all'epoca in cui scrive Ulpiano esiste il *praetor liberalium causarum*. L'istituzione di questo magistrato si riporta, con ogni probabilità, al movimento di riforme giudiziarie dovute a Settimio Severo e, più precisamente, va posta intorno al 220 d. C., come sembra confermato da una iscrizione di quest'epoca; cfr. Di PAOLA, *La litis contestatio nella cognitio extra ordinem*, in « Ann. Catania », 2 (1948), p. 267, ed anche NICOLAU, *Causa liberalis*, Paris 1933, pp. 13 ss., pp. 67 ss. e spec. p. 69.

<sup>(45)</sup> V. nota precedente.

<sup>(46)</sup> *Op. cit.*, p. 13 ss.

<sup>(47)</sup> *Op. cit.*, p. 114 ss.

<sup>(48)</sup> Cfr. però Fest., s. v. *Contestari litem*, (50 Lindsay): « contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato iudicio utraque pars dicere solet: ' Testes estote ' ». Sul valore di « *litis ordinatio* » non vi possono dunque essere molti dubbi.

me libre, 'ordinata liberali causa, liberi loco habetur' » (<sup>49</sup>). Ricercando il valore dell'espressione « *lis* (causa ordinata) », il Nicolau richiama un passo da noi già esaminato precedentemente,

C. 9, 45, 1 (*Imp. Gord. A. Anniano*):

Is demum in senatum consultum incidisse videtur qui... detulit et causa ordinata, id est inscriptionibus depositis et fideiussore de exercenda lite praestito, non impetrata abilitatione... destitit,

e ne deduce che *litis ordinatio* indica il compimento delle formalità necessarie « pour pouvoir agir » (<sup>50</sup>) (cioè nomina dell'*adsertor* e prestazione delle relative cauzioni): ed è ciò che egli identifica appunto con i *sollemnia ordinata* (<sup>51</sup>). Non ci sembra di poter accettare su ogni punto le conclusioni formulate dal Nicolau, che si basa su un'interpretazione di C. 9, 45, 1 a nostro avviso non esatta. Egli afferma infatti che *litis ordinatio* o *causa ordinata* indicano il compimento delle formalità necessarie ad agire, distinguendosi perciò dalla *litis contestatio* che conclude la fase preliminare (<sup>52</sup>), mentre come già a suo tempo abbiamo avuto modo di rilevare, il frammento attesta che, compiute tali formalità, l'accusato va incontro alle sanzioni previste dal S. C. Turpilliano. Ciò vuol dire che il rapporto si è già costituito, una volta concluso il procedimento preliminare: come si spiegherebbe, diversamente, l'applicabilità del S.C.? Ma non basta. Il Nicolau parla anche di « pouvoir agir », come conseguenza ricon-

(<sup>49</sup>) *Op. cit.*, p. 115.

(<sup>50</sup>) *Loc. cit.*

(<sup>51</sup>) *Op. cit.*, p. 116: « il fallait par conséquent que ces diverses personnes acceptassent à tour de rôle la fonction juridique qu'elles devaient remplir: c'est ce que les constitutions impériales désignaient par l'expression courante *sollemnibus ordinatis* (C. I. 7, 16, 11-15-31) ».

(<sup>52</sup>) *Op. cit.*, p. 117: « La *lis* est *ordinata* au moment même où les cautions ayant été acceptées, le prétendu esclave est mis en liberté... Ce n'est qu'après cela qu'a lieu la *litis contestatio* ».

ducibile al compimento delle varie formalità della *litis ordinatio*, da lui stesso identificate proprio con quei *sollemnia ordinata* che, come risulta invece con ogni evidenza dal complesso dei testi finora esaminati, stanno ad indicare l'esercizio dell'azione, con il pratico effetto di costituire il relativo rapporto processuale. D'altra parte, lo stesso Nicolau praticamente lo ammette quando afferma che proprio in seguito ai *sollemnia ordinata* il preteso schiavo è messo in libertà. Non è forse questo il primo effetto riconducibile all'avvenuta costituzione del rapporto? Inoltre, in che cosa praticamente consisterebbe la *litis contestatio*? Lo stesso Nicolau non affronta il problema, lo sfiora appena, limitandosi a notare che essa ha luogo dopo i *sollemnia*. Il fatto è che all'istituto in questione non può adattarsi la *litis contestatio* classica, che risulta assolutamente incompatibile con esso. Ed in ciò consiste appunto l'errore del Nicolau: perchè, se pure si parla di *litis contestatio* nella *cognitio extra ordinem*, non se ne parla certo negli stessi schemi e termini propri del sistema dell'*ordo*, ma con valore e finalità completamente diverse, come ha messo in evidenza il Di Paola in un'opera *ex professo* dedicata a quest'argomento <sup>(53)</sup>. Il termine in questione viene usato nella *cognitio*, sempre secondo l'A. citato <sup>(54)</sup>, per indicare un momento del procedimento preliminare, per essere più precisi « quella fase del procedimento in cui le parti, convenute per la prima volta assieme davanti al magistrato, proponevano i termini della controversia, chiudendo così quella che doveva essere considerata come la fase iniziale del processo » <sup>(55)</sup>. A riprova delle sue affermazioni, il Di Paola <sup>(56)</sup> riporta un testo che direttamente riguarda il nostro argomento.

<sup>(53)</sup> *La litis contestatio*, cit.

<sup>(54)</sup> Sulla *litis contestatio* nel sistema della *cognitio* vedi tuttavia lo studio del BISCARDI, *Le papyrus de la prokatarxis*, di prossima pubblicazione in « RIDA ». Lo stesso A. ha tenuto in proposito una comunicazione, di cui vedi la cronaca di GANDOLFI, in « Labeo » 10 (1964) p. 145.

<sup>(55)</sup> *Op. cit.*, p. 295.

<sup>(56)</sup> *Loc. cit.*

D. 38, 2, 16, 3 (Ulp. 45 *ad ed.*):

Petisse in servitutum non videtur qui ante litem contestatam destitit [ sed et si post litem contestatam, dicendum est nec id nocere debere, quia non usque ad sententiam duravit ] (<sup>57</sup>).

La *petitio in servitutum* non s'intende realizzata se l'attore « ante litem contestatam destitit »: ciò vuol dire che prima della *litis contestatio* non sono ancora definiti i termini della questione e che, d'altra parte, dopo di essa quei termini sono invece così nettamente determinati che il processo può ormai proseguire anche senza l'intervento dell'attore. Ed è logico che una estensione o, meglio, un adattamento del concetto di *litis contestatio* in un ambito assolutamente diverso da quello naturale non possa essersi compiuto se non tenendo conto dei suoi effetti pratici, più che della sua struttura intrinseca (<sup>58</sup>), considerandola cioè come l'atto costitutivo del rapporto processuale: sotto questo aspetto, già nell'ultima età classica è concepibile un suo avvicinamento ad istituti con identica funzione, quali appunto i *sollemnia*. Accanto alle altre affinità precedentemente messe in luce, e cioè avere gli stessi effetti costitutivi, essere istituti appli-

(<sup>57</sup>) La critica ha concordemente ritenuto interpolata la seconda parte del testo riportato: essa, infatti, appare assolutamente inconciliabile con la prima, che anzi annulla. Da questa constatazione indiscussa, dice il DI PAOLA, deriva come inequivocabile conseguenza la genuinità della prima parte del testo, che è poi quella che direttamente ci interessa. Il fatto che il passo sia tratto da un'opera *ad edictum* può far dubitare sulla riferibilità di questa testimonianza alla *cognitio*. Il DI PAOLA, ponendosi lo stesso problema (anche se non in seguito allo stesso rilievo) sostiene che nel passo citato la *litis contestatio* si riferisce senz'altro alla *cognitio* e ciò per una serie di motivi, ma soprattutto perchè, per l'epoca di Ulpiano, è assolutamente certa l'esistenza del *praetor liberalium causarum* (cfr., *supra*, p. 140 nt. 44); questa considerazione di ordine cronologico deve essere messa in relazione « con la dottrina che esclude le *causae liberales* dalla competenza dei *centumviri*, restringendo questa alle sole cause ereditarie (vedi BOZZA, *Sulla competenza dei centumviri*, Napoli 1928, p. 20 ss.) o anche ad alcune *vindications*, con esclusione delle *causae liberales* »; in seguito a queste precisazioni non possono più esservi dubbi sulla riferibilità del testo alla *cognitio*.

(<sup>58</sup>) In tale senso cfr. le opere del BISCARDI più volte citate.

cati nell'ambito della *cognitio*, avere assunto la comune qualifica di « *sollemnia* » più o meno nello stesso periodo di tempo — la fine dell'età classica —, il procedimento preliminare del processo penale, quello dell'appello, quello delle *causae liberales* sono dunque unificati anche dall'accostamento all'istituto della *litis contestatio* <sup>(59)</sup>; tale circostanza è sintomo del progressivo chiarificarsi del concetto dell'unità del fenomeno processuale. Una generale applicabilità dei *sollemnia* nell'ambito del processo è documentata del resto, sia pur al di là dei limiti tradizionali dell'età classica, da una costituzione di Diocleziano (ancora legato al diritto classico, come abbiamo precedentemente osservato) e da una di Costantino (ormai emancipatosi dalla tradizione classica) che ci parlano appunto di *sollemnia* con riferimento alla *cognitio* in materia civile.

C. 7, 43, 8 :

Consentaneum iuri fuit temporibus ad praesentiam partis adversae praescriptis praesidem provinciae impleta iuris sollemnitate et adversario tuo trinis litteris vel uno pro omnibus peremptorio edicto, ut praesentiam sui faceret, commonefacto, si in eadem contumacia perseveravit, praesentis adlegationes audire ;

C. Th. 2, 6, 4 :

Quod si successor minoris aetatis sit, postquam datus tutor sive curator *sollemnia susceptae defensionis impleverit*, tempus dinumerari conveniet.

Nelle due costituzioni *sollemnia* e *sollemnitas* alludono ancora al compimento di determinati atti idonei alla costituzione delle parti in giudizio.

---

(<sup>59</sup>) Per essere precisi, tale accostamento non ci risulta espressamente per quanto riguarda l'appello, ma possiamo facilmente dedurlo dalla dimostrazione offerta dal DI PAOLA, circa la generale applicazione del termine *litis contestatio* nell'ambito della *cognitio extra ordinem*.

6. Una volta accertato che i *sollemnia* non costituiscono un fenomeno di limitate proporzioni, ma anzi hanno generale applicazione nell'ambito del processo (anche se per l'età classica, entro i confini tradizionali, dobbiamo limitarli al campo penale ed all'appello, sia civile che penale), resta da stabilire — e questa necessità si impone ora con maggiore insistenza — perchè questi atti o, più precisamente ormai, perchè questo atto complesso viene designato *sollemnia*, quale valore debba attribuirsi all'espressione e, in particolare, al termine *sollemnis*, sul quale l'espressione appare impostata, e, infine, perchè di *sollemnia* si comincia a parlare solo all'età dei Severi. In pratica questi problemi, come osservavamo all'inizio del capitolo, sono interdipendenti e la soluzione di uno porta come conseguenza la soluzione degli altri, naturalmente connessi. A tal fine dobbiamo ormai, come ci eravamo proposti, completare il quadro dei *sollemnia iuris*, estendendo la ricerca di questi ultimi e del relativo valore in un ambito più ampio, e soprattutto considerare l'evoluzione del termine *sollemnis* nel corso dei secoli, con particolare riferimento all'epoca che direttamente ci interessa.

Il problema dei *sollemnia iuris* è naturalmente connesso con quello delle forme solenni e dei negozi formali che hanno subito, nel corso dei secoli, una profonda trasformazione, parallelamente all'affacciarsi di nuove e diverse esigenze: è dunque opportuno un breve cenno sull'argomento, senza la pretesa di esaurirlo, al solo scopo di meglio inquadrare il nostro problema.

Il più antico diritto romano, come tutti i diritti primitivi, è caratterizzato dall'esistenza di complessi formularii che, sorti in perfetta corrispondenza di precise esigenze pratiche, si riducono in seguito, venuti a mancare i presupposti che avevano loro dato vita, ad una pura forma inderogabile, come tutto ciò che la tradizione aveva trasmesso, suscettibili perciò di qualsiasi contenuto <sup>(60)</sup>. Caratteristica comune è l'oralità, che si identifica

(60) Così nella *manus iniectio* o nella *legis actio sacramenti*, il cui formulario, in epoca storica, riproduce l'originario modo di risolvere le questioni e si

perciò con solennità: in tutti questi negozi, infatti, si richiede la pronunzia di determinate parole, formule sacramentali, così nella *mancipatio*, nella *stipulatio*, nel *testamentum per aes et libram*, nel procedimento delle *legis actiones*, ed è da tale pronunzia, indipendentemente dalla volontà, che scaturiscono i vari effetti giuridici, come solennemente e drasticamente sancisce il famoso versetto delle XII Tavole (6, 1):

Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupas-  
sit ita ius esto <sup>(61)</sup>.

Le forme solenni si mantengono inalterate, apparentemente, secondo quanto risulta dalle fonti, per tutta l'età classica, e ven-

---

spiega solo pensando che in origine realmente il creditore, o chiunque avesse ricevuto un torto, prendeva per il collo il suo debitore e che i due soggetti che si contendevano la proprietà di una cosa cercavano a vicenda di strapparsela (cfr. ARANCIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 111). Così anche nella *mancipatio*: tutto il complesso formulario tramandato dalle fonti ha la sua ragion d'essere solo in una società primitiva in cui è necessaria la presenza di tutti i membri (in numero limitato alle origini), per attribuire ad uno scambio immediato contro corrispettivo pecuniario il riconoscimento ufficiale, e di un *libripens* che controlli la quantità di *aes rude* data in cambio, non esistendo la moneta coniata (cfr. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, Roma 1933, p. 85: « come queste forme generali di diritto abbiano avuto origine non sappiamo: ...in genere queste forme civili o hanno un'origine religiosa, attribuendo effetto giuridico alla parola data, alla promessa posta sotto la protezione della divinità, o hanno origine sostanziale, ossia in origine sono negozi sostanziali, con l'andar del tempo si riesce a fondere la loro causa sostanziale con la forma civile che rivestono e divengono negozi tipici formali. Ciò accade per es. nell'emancipazione romana »). In seguito, quando la città si espande e, conseguentemente, l'organizzazione si fa più complessa, è chiaro che tale meccanismo non corrisponde più alla realtà, ma si conserva come tutto ciò che è stato consacrato dalla consuetudine, ed è come tale insopprimibile. La *mancipatio* diviene così uno dei tipici negozi formali, un negozio simbolico (*imaginaria venditio*), il cui compimento appare tuttavia indispensabile per la costituzione od il trasferimento di diritti reali, per il *testamentum*, per l'*adoptio*, per l'*emancipatio* e così via, senza alcuna modifica rispetto allo schema originario: resta perfino il *libripens*, che di tutti gli elementi è senz'altro il più anacronistico. Analogo discorso può farsi per tutti gli altri negozi formali che le fonti ci hanno tramandato.

<sup>(61)</sup> Cfr. ancora XII Tab., 5, 3: « uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto ».

gono man mano abolite nel corso del IV e V secolo d. C. <sup>(62)</sup>: ciò ha condotto a ritenere interpolati tutti i passi del *Corpus Iuris*, relativi all'epoca classica, in cui, più o meno esplicitamente, si parla di *voluntas* e di *animus*, con la conseguente attribuzione in massa di tutte le teorie sulla *voluntas* alle scuole postclassiche e bizantine. A questo proposito, le lunghe e minuziose indagini del Riccobono <sup>(63)</sup> hanno scalzato in più punti tali drastiche affermazioni, mettendo in luce un ben diverso stato di cose. Richiamandosi, tra l'altro, anche al Costa, il Riccobono sostiene <sup>(64)</sup> — com'è noto — che il movimento tendente a mettere nel dovuto rilievo l'elemento volontaristico anche nei negozi formali si era già iniziato all'epoca di Cicerone <sup>(65)</sup>, in seguito alla diffusione in Roma della retorica aristotelica (prevalenza, in caso di conflitto, della volontà del legislatore o del privato, nella sfera dell'autonomia negoziale, sulla lettera della legge o sui *verba* della dichiarazione), continuando poi per tutta l'età classica, saggiamente indirizzato dall'opera della giurisprudenza. Il mutamento non poteva certo essere brusco, pur tuttavia la vecchia tradizione dell'interpretazione letterale doveva, giorno per giorno,

---

<sup>(62)</sup> Cfr., del resto, *Inst.* 3, 15, 1: « Sed haec sollemnia verba olim quidem in usu fuerunt ».

<sup>(63)</sup> Tra le numerose opere relative a questo problema vedi in particolare: *Fasi e fattori dell'evoluzione del diritto romano*, in « Mélanges Cornil », Gand 1926, II, p. 235 ss.; *Punti di vista critici e ricostruttivi. A proposito della dissertazione di L. Mitteis*, in « Ann. Palermo », 12 (1929), p. 500 ss.; *Prefazione a « Summus ius-summa iniuria »* dello STROUX, in « Ann. Palermo », 12 (1929), p. 639 ss.; *La formazione della teoria generale del contractus nel periodo della giurisprudenza classica*, in « Studi Bonfante », 1929, I, p. 124 ss.; *Origine e sviluppo del dogma della volontà nel diritto romano*, in « Atti del Congr. Intern. di dir. romano », Roma 1933, I, p. 177 ss.; *L'importanza ed il decadimento delle forme solenni nel mondo romano*, in « Miscell. Vemeersch », Roma 1935, p. 15 ss.

<sup>(64)</sup> In *Punti di vista*, cit., pp. 523-24.

<sup>(65)</sup> A conferma della sua tesi egli riporta un passo tratto dai *Topica*, in cui si accenna appunto a controversie relative a contrasti tra *verba* e *voluntas* (*Top.*, 26): « discrepantia scripti et voluntatis non magis in legibus quam in testamentis, in stipulationibus, in reliquis rebus, quae ex scripto aguntur, posse controversias easdem existere ». Anche ORESTANO, *op. cit.*, p. 128, afferma che l'antitesi *verba-voluntas* si prospetta giù sul finire della repubblica.

essere rinnovata, sostituita da decisioni nuove, determinate dalla volontà in concreto. Solo verso la fine dell'epoca classica, sotto Adriano, si incontrano le prime formulazioni teoriche, che rappresentano la sintesi di una lunga speculazione, il frutto dell'elaborazione scientifica di oltre due secoli <sup>(66)</sup>.

I risultati delle indagini del Riccobono consistono sostanzialmente nell'aver messo in luce che nell'ultima età classica le forme solenni sono in gran parte svalutate: non rappresentano più la sostanza degli atti e l'unica energia produttrice di effetti giuridici. Ancora in vita, esse hanno assunto una diversa funzione, essendo divenute « la veste esteriore dell'atto giuridico, come l'impronta delle monete secondo la frase dello Jehring o, come più efficacemente spiega lo Scialoja, destinate alla garanzia dell'autenticità, della serietà e della ponderazione della volontà medesima <sup>(67)</sup> ».

La concezione del Riccobono, che si fonda principalmente sulla teoria retorica della *interpretatio legis*, posta nel dovuto rilievo dallo Stroux <sup>(68)</sup>, non fu — come è pure noto — universalmente accettata <sup>(69)</sup>, ma anzi sollevò, da più parti, critiche ed

<sup>(66)</sup> E' di Celso il passo riportato in D. 33, 10, 7, 2, che afferma la rilevanza della volontà in materia testamentaria e che il Riccobono, in *Formazione della teoria*, cit., p. 138, così commenta: « La volontà è la forza efficiente degli effetti giuridici (*prior ac potentior*); la voce è necessaria come requisito richiesto dallo *ius civile* per esprimere il contenuto della volontà ». Ed è logico che proprio in questo campo lo sviluppo sia molto più rapido: infatti, dato il carattere unilaterale del testamento, più facilmente si poteva tener conto dell'intento individuale. Di poco posteriore è il principio documentato da Ulpiano, D. 2, 14, 1, 3, che ripete l'elegante formulazione di Pedio in relazione ai negozi anche solenni del commercio: « *nullum esse contractum, nullam obligationem quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat* ». In altre parole, per la validità ed efficacia di tali negozi, presupposto è l'accordo delle parti sull'oggetto del negozio, anche se esso non appare all'esterno, come nella *mancipatio*, *in iure cessio*, ecc., che si presentano « uno loquente ».

<sup>(67)</sup> *Origine e sviluppo*, cit., p. 126.

<sup>(68)</sup> *Summus ius-summa iniuria*, Leipzig-Berlin 1926 (trad. it. FUNAIOLI, con prefazione di S. RICCOBONO, in « Ann. Palermo », 12 (1929), pp. 647-691).

<sup>(69)</sup> Tra gli scritti più recenti, vedi BIONDI, recensione a KASER, *Das römische Privatrecht*, I, in « Iura », 7 (1956), p. 185, il quale esponendo il pensiero del KASER sulla critica interpolazionistica, afferma: « le idee manifestate in questo

obiezioni più o meno fondate <sup>(70)</sup>, in quanto, indubbiamente, si trattava di una concezione che rivoluzionava tutto il sistema della dottrina interpolazionista, proponendo, al tempo stesso, una radicale revisione di molti problemi. Tale concezione ha trovato un'ulteriore conferma nei risultati dell'indagine svolta dal Lanfranchi sulle *Controversiae* di Seneca, sulle *Declamationes* dello Pseudo-Quintiliano e su quelle di Calpurnio Flacco, quali fonti di cognizione del diritto romano <sup>(71)</sup>. Pur non esclu-

campo da Salvatore Riccobono da oltre un trentennio hanno prodotto buoni frutti. Se consideriamo la letteratura romanistica degli ultimi tempi possiamo constatare che, salvo eccezioni, eccellenti trattazioni, generali e monografiche, sembrano ignorare la stessa esistenza delle interpolazioni; qualcuna è segnata, ma quasi a scopo ornamentale ed erudito». Aderisce parzialmente alle teorie del RICCOBONO il KASER, *Das römische Privatrecht*, II, München 1959, il quale, studiando l'evoluzione postclassica del diritto e cercando di individuarne i fattori storici, tende a svalutare quelli ritenuti tradizionalmente principali, come l'ellenismo, il cristianesimo, l'instaurazione della monarchia assoluta. Pur non negando l'influenza di questi fattori (egli critica ad es. la tesi del RICCOBONO contraria ad ammettere apporti greci od orientali: cfr. p. 7 nt. 20), la restringe, tuttavia, entro confini piuttosto limitati. Sull'opera del KASER, vedi la recensione di PUGLIESE, in «Iura», 11 (1960), p. 303 e quella di ARCHI, in «SDHL.», 26 (1960), p. 329 ss.

<sup>(70)</sup> Tra gli oppositori si distingue soprattutto l'ALBERTARIO, il quale, nella sua replica, *La crisi del metodo interpolazionistico*, in «Studi Bonfante», I, pp. 609-672 (ripubblicata in *Studi di dir. romano*, V, Milano 1937, p. 67 ss.), ha cercato di ribattere, punto per punto, le affermazioni del RICCOBONO. Dopo aver osservato che l'attività svolta dal grande maestro dal 1917 in poi è in aperta contraddizione con tutte le precedenti teorie dello stesso, aggiunge che, proprio in questa seconda parte della sua produzione, esistono intimi e insanabili contrasti. La critica dell'ALBERTARIO si articola in cinque proposizioni (secondo l'esatta formulazione del LANFRANCHI, *Il diritto dei Retori romani*, Milano 1938, p. 9), delle quali ci interessano soprattutto le prime tre: 1) l'influenza della filosofia e della retorica sulla giurisprudenza romana non deve misurarsi su quella, innegabile, che hanno esercitato sulle scuole filosofiche e retoriche in Roma; 2) deve essere posta una netta differenza fra la romana *aequitas*, presente fino all'età dei Severi, e l'aristotelica *ἐπιεικεία* delle elaborazioni postclassiche e della compilazione giustiniana; 3) nell'antitesi della *voluntas a verba e scriptum* esiste una netta distinzione fra l'orientamento della giurisprudenza romana e quello dei compilatori giustiniani. A parte il fatto che l'antitesi in questione già si prospetta in età repubblicana, come ha rilevato anche l'ORESTANO, *Augusto e la cognitio*, cit., p. 153 ss., ci sembra che, pur con le dovute riserve, l'indagine del LANFRANCHI, come vedremo tra breve, abbia portato prove in contrario alle affermazioni dell'ALBERTARIO.

<sup>(71)</sup> *Op. ult. cit.*

dendo le comprensibili riserve su un'opera di tal genere <sup>(72)</sup> — dal momento che le fonti retoriche sono molto spesso ispirate a repertori greci — riconosciamo, tuttavia, col Lanfranchi non solo che un'indagine giuridica delle fonti retoriche si è resa necessaria, dopo le teorie di Stroux e Riccobono, ma anche che i retori, pur non essendo dei giuristi — e questo traspare dalla stessa formulazione dei concetti —, sono più vicini alla realtà del mondo giuridico di quanto non si creda, e conoscono una parte del diritto normalmente usato, quella parte che più si presta ad ampie divagazioni o permette di prospettare problemi di carattere morale o filosofico. Eliminata, ovviamente, la parte non giuridica, possiamo perciò ricavare dall'esperienza dei retori molte notizie che, cronologicamente, si riportano all'epoca classica. Queste notizie riguardano in particolare i concetti di *voluntas* e di *aequitas*, il quale ultimo sembra usato con un valore molto diverso da quello normalmente attribuito ai classici <sup>(73)</sup>: da ciò consegue che « o i nostri retori esprimono un concetto di *aequitas* che è normale per il loro tempo, o essi iniziano un movimento che porterà alla totale trasformazione del concetto classico e quindi ad essi, anche in questo caso, va riportato quello che normalmente si attribuisce ai giustiniani » <sup>(74)</sup>.

A questo punto, prendendo posizione nei confronti delle teorie suesposte, ci sembra di poter sostanzialmente accogliere

<sup>(72)</sup> Le naturali limitazioni di un'opera del genere già erano state messe in luce, tra gli altri, dal PAOLI, *Droit attique et droit romain dans les rétheurs latins*, in « RHD », 31 (1935), p. 175 ss.

<sup>(73)</sup> L'ALBERTARIO aveva appunto distinto in questi termini l'*aequitas* classica da quella giustiniana: la prima è la norma positiva, considerata nel suo aspetto finale o anche la norma che non è ancora diventata *ius*, ma la coscienza sociale esige che lo diventi, mentre la seconda « coincide assai frequentemente con la nozione aristotelica e cristiana dell'equità e si denomina spesso *humanitas*, *benignitas*, *pietas*, *caritas* » (*La crisi*, cit., p. 642). Il LANFRANCHI ricorda invece il passo di Quintiliano in cui, senza equivoci, l'aggettivo *aequus* è applicato proprio alla parola *pietas* (ciò implica, fin da quell'epoca, un riavvicinamento tra i due concetti): *Decl. min.* V, « accipite, iudices, maiorem pietatis aequae probationem ».

<sup>(74)</sup> *Op. cit.*, p. 108.

le affermazioni del Riccobono, nonostante le critiche che gli sono state mosse. In esse è contenuta una indiscutibile verità, anche se l'A., appassionatosi alla sua tesi, l'ha voluta sostenere fino in fondo, arrivando a conclusioni troppo estremiste: questo, se mai, è l'appunto che gli si può muovere. Non si può infatti annullare completamente il contributo delle scuole postclassiche, dei diritti, della mentalità orientale, ma, al tempo stesso, indubbiamente, non si può parlare, come alcuni in pratica hanno voluto, di una assoluta contrapposizione fra diritto classico e postclassico, come due sistemi completamente diversi, bensì piuttosto di una ininterrotta evoluzione del diritto che, compiuta in età postclassica, era stata iniziata e sviluppata dai giuristi classici <sup>(75)</sup>. Senza soluzione di continuità le scuole postclassiche si inseriscono dunque nel filone già tracciato degli illustri predecessori, sviluppando concetti che in essi si trovano ancora allo stato embrionale e solo in alcuni campi, così ad es. in materia testamentaria, erano arrivati ad una formulazione teorica. Questo ridimensionamento di valori e di posizioni è stato possibile solo in seguito alle indagini del Riccobono, cui deve ascriversi il merito di aver fatto luce su aspetti ancora ignorati, o almeno in gran parte trascurati, dell'evoluzione del diritto romano.

7. Chiusa la necessaria parentesi, passiamo a prendere in considerazione il termine *sollemnis* nelle sue varie accezioni e soprattutto nelle varie sfumature che assume in epoche successive, corrispondentemente al progredire della coscienza giuridica: il che ci permetterà di constatare, fra l'altro, come il significato di *sollemnis* si sia modificato secondo una linea di sviluppo che rispecchia fedelmente l'evoluzione delle forme solenni del diritto romano, or ora esaminata.

Il valore originario del termine è documentato da Festo

---

<sup>(75)</sup> Su questa stessa linea, accettando quindi sostanzialmente le affermazioni del RICCOBONO, si pone l'ORESTANO, *Augusto e la cognitio*, cit., p. 153 ss. Cfr. anche, dello stesso A., *Introduzione allo studio del diritto romano*<sup>2</sup>, Torino 1961, p. 672 ss.

(s. v. *sollo*, 385 Lindsay) che ci fornisce, al tempo stesso, la derivazione etimologica :

Sollo osce dicitur id quod nos totum vocamus... sollemne quod omnibus annis praestari debet.

Mentre la derivazione etimologica proposta appare scarsamente attendibile, possiamo senz'altro accettare il significato che lo stesso Festo attribuisce al termine in questione: infatti, anche secondo l'opinione dei glottologi <sup>(76)</sup>, in origine *sollemnis* indica tutto ciò che si ripete periodicamente <sup>(77)</sup> e passa poi a significare, per naturale conseguenza, ciò che è 'consueto'.

Leggiamo infatti

Cic., *ad Att.* 7, 6 :

nostrum illud sollemne servemus ut ne quem istuc euntem sine litteris dimittamus,

dove *sollemne* vale « il nostro solito costume » ;

Tac., *Ann.* 3, 6 :

proin repeterent sollemnia et, quia ludorum Megalesium spectaculum suberat, etiam voluntates resumerent,

<sup>(76)</sup> Cfr. ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*<sup>3</sup>, Paris 1951, s. v. *sollemnis*: « adjectif de la langue religieuse, s'appliquant à des cérémonies, rites, coutumes solennellement suivis et célébrés à date fixe... Le nom *sollemnis, sollemnia*, s'emploie avec le sens de 'coutume religieusement suivie, solennité, cérémonie religieuse': *soll. nuptiarum, funerum*; et aussi de 'coutume ancienne' (peut-être par un rapprochement avec *soleo* ». La derivazione etimologica non è comunque sicura: infatti, anche se generalmente si accetta l'identificazione della prima parte della parola con l'aggettivo osco « *sollus* », come già Festo proponeva, ancora incerta è l'identificazione della seconda parte, che gli antichi avevano impropriamente ricollegato ad « *annus* ».

<sup>(77)</sup> Cfr. Fest., s. v. *sollemnia* (467 Lindsay): « Sollemnia sacra dicuntur quae certis temporibus annisque fieri solent »; Liv. 3, 15: « Et a Volscis et Aequis statum iam ac prope sollemne in singulos annos bellum timebatur, propiusque aliud novum malum inopinatum exortum » e 3, 36: « Idus tum Maiiae sollemnes ineundis magistratibus erant ».

dove ancora *sollemnia* significa « le solite faccende »; e finalmente anche ciò che è 'formale', valore documentato dall'accostamento ad *ius* di

Val. Max., 4, 1, 2:

... non prius Veios ad accipiendum exercitum ivit, quam de dictatura sua omnia *sollemni iure* acta comperisset.

in cui *ius sollemne* = *ius civile* (che è appunto essenzialmente formale). Se questo è il valore del termine per tutta l'età repubblicana e, probabilmente, nei primi decenni del principato, in seguito ed in virtù di quella evoluzione, le cui tappe sono state messe in luce dal Riccobono, tale valore subisce una lenta ma ininterrotta trasformazione, di cui restano tracce nell'opera degli ultimi giuristi classici. Non vogliamo arrivare a sostenere che *sollemnis* ha totalmente perduto il significato di 'formale' <sup>(78)</sup>, ma ci sembra opportuno mettere nella dovuta evidenza alcuni passi che, a nostro avviso, attestano modificazioni più o meno essenziali nel valore attribuito al termine in questione, fino ad arrivare a spiegare e giustificare la *regula iuris* contenuta in D. 50, 17, 183: « Etsi nihil facile mutandum est ex sollemnibus, tamen ubi aequitas evidens poscit subveniendum est ».

Cominciamo con l'esaminare un frammento relativo alla materia testamentaria, citato proprio dal Riccobono a conferma della sua tesi. Si tratta di

D. 28, 1, 21, 1 (Ulp. 2 *ad Sab.*):

Si quid post factum testamentum mutari placuit, omnia ex integro facienda sunt. Quod vero quis obscurius in testamento vel noneupat vel scribit, an post sollemnia explanare possit, quaeritur... et puto posse: nihil enim nunc dat, sed datum significat.

<sup>(78)</sup> Tale valore è del resto confermato da alcuni passi: D. 3, 3, 46, pr.; C. 2, 38, 2; C. 8, 44, 15, 15; C. 7, 14, 11.

La giurisprudenza ammetteva dunque che il testatore potesse chiarire in atto separato o correggere espressioni ambigue del testamento: da ciò consegue, come a suo tempo aveva esattamente rilevato Riccobono <sup>(79)</sup>, che la dichiarazione ha importanza per la forma, mentre il contenuto dell'atto è determinato dalla volontà. Significativa è la motivazione della risposta: è possibile una precisazione, in quanto con tale atto non si aggiunge nè si toglie alcunchè al contenuto del testamento, ma solo si mette in chiaro qualcosa che già era stato detto, anche se non in modo esplicito.

Ugualmente degno di rilievo ci appare

D. 28, 3, 1 (Pap. 1 *def.*):

Testamentum aut non iure factum dicitur, ubi sollemnia iuris defuerunt, aut nullius esse momenti, cum filius qui fuit in patris potestate praeteritus est...

Qui si considerano due diversi aspetti della invalidità del testamento: nullità sostanziale (*nullius esse momenti*) per preterizione del figlio « in patris potestate » e irregolarità formale per inosservanza dei *sollemnia iuris*, anzi con maggior esattezza potremmo parlare di illegittimità formale, dal momento che la conseguenza cui si va incontro è che il testamento risulta « non iure factum ». Ancora una volta appaiono nettamente distinti: sostanza (contenuto) e forma dell'atto; vediamo inoltre che la equazione si pone in questi termini: 'adempimento dei *sollemnia*' = 'osservanza di precise norme giuridiche'.

Questa testimonianza di Papiniano si pone come ponte di passaggio fra la vecchia e la nuova concezione. Ben più probanti ci sembrano tuttavia altri passi come

D. 28, 1, 21, pr. (Ulp. 2 *ad Sab.*):

...quid est palam? non utique in publicum sed ut exaudiri possit: exaudiri autem non ab omnibus, sed

<sup>(79)</sup> La formulazione della teoria, cit., p. 137.

a testibus: et si plures fuerint testes adhibiti, sufficit *sollemnem numerum* exaudire,

dove, senza dubbio, 'sollemnis' = 'legale';

C. 5, 65, 2 (*Imp. Gord. A. Celeri veterano*, a. 239):

Quod placuit veteranos tantummodo conveterani filiorum seu militum, et quidem unam tutelam seu curam eodem tempore administrare compelli, eo pertinet ut, si aliis dati fuerint, intra *sollemnia tempora* causas excusationis apud competentem iudicem deferant,

dove 'sollemnia tempora' = 'termini legali' (ossia espressamente stabiliti da una norma giuridica) <sup>(80)</sup>;

C. 6, 23, 3 (*Imp. Alex. A. Antigono*, a. 232):

Ex imperfecto testamento nec imperatorem hereditatem vindicare saepe constitutum est. licet enim lex imperii *sollemnibus iuris* imperatorem solverit, nihil tamen tam proprium imperii est, ut legibus vivere,

dove 'sollemnia iuris' = 'osservanza delle norme giuridiche';

C. 6, 30, 4 (*Imp. Decius A. Athenaidi*, a. 250):

Filiofamilias delata hereditate, si pater pro herede voluntate filii gessit, *sollemnitati iuris* satisfactum videri saepe rescriptum est <sup>(81)</sup>.

dove ancora 'sollemnitas iuris' = 'osservanza di norme giuridiche'.

<sup>(80)</sup> Cfr. anche D. 41, 9, 1 pr. (Ulp. 31 *ad Sab.*): « ut qui in dotem rem accipiat, usucapere possit spatio sollemni, quo solent qui pro emptore usucapiunt »; conformemente lo interpretano HEUMANN-SECKEL, *Handlexicon*, cit., p. 545, sollevando, al tempo stesso, qualche dubbio, peraltro non documentato, sulla genuinità dell'espressione « spatio sollemni ». Vedi anche C. 10, 65, 5, 2 (a. 392): « sollemnis auctoritas » = 'autorità costituita', dotata cioè dalla legge di particolari poteri; C. Th. 4, 4, 5: « sollemnis scriptura » = 'forma scritta prescritta dalla legge'.

<sup>(81)</sup> A questo testo accenna BIONDI, *Degenerazione della cretio ed accettazione espressa non formale*, in « Studi Solazzi », Napoli 1948, p. 71 ss. Pur ammet-

Questo schematico elenco di testi ci sembra aver messo in luce il nuovo valore assunto, ormai sul finire dell'epoca classica, dal termine *sollemnis*, valore che corrisponde pienamente a quanto ritroviamo poi nelle fonti relative all'età postclassica <sup>(82)</sup>. *Sollemnis* è passato ad indicare tutto ciò che ha ricevuto una particolare disciplina da parte dell'ordinamento giuridico: si può ancora rendere con « formale », ma intendendolo non più come sinonimo di astratto <sup>(83)</sup>, bensì con riferimento ad una forma con la quale la volontà deve manifestarsi in determinati negozi, secondo quanto prescrive il diritto obiettivo. E proprio in questa trasformazione del valore di *sollemnis* — che, come abbiamo osservato, segue di pari passo l'evoluzione delle forme solenni del diritto romano — trovano spiegazione il venir meno, nell'ambito del processo penale, della *delatio* e della *receptio* come pure dichiarazioni formali (in cui la volontà gioca un ruolo assoluta-

---

tendo che in origine, come vuole il SOLAZZI (*Del tempus ad deliberandum*, in « SDHI. » 1937, p. 43 ss.) si dicesse « satisfactum non videri », l'A. citato afferma che ciò non ha eccessivo rilievo, mentre è da considerare, piuttosto, che *sollemnitas iuris* non può essere la *cretio*: oggetto del quesito, proposto e risolto in numerosi rescritti, non era se l'accettazione del *pater* potesse sostituire le formalità che avrebbe dovuto compiere il *filius* (tale quesito sarebbe stato improponibile), ma piuttosto se l'accettazione del *pater* « voluntate filii » potesse considerarsi con valida accettazione. A questo proposito l'A. citato, p. 72 nt. 17, dice espressamente: « Per una diversa interpretazione non si invochi la frase *sollemnitate iuris*, giacchè questa, anche nel linguaggio classico, indica non formalità, ma conformità alla legge (cfr. HEUMANN-SECKEL, *Handlexicon*) ».

(82) A questo proposito, cfr. ancora BIONDI, *op. cit.*, p. 89, che in relazione alla *cretio* afferma: « La forma dell'accettazione è estranea al legislatore. Né si obietti che talvolta, con riferimento alla *cretio*, si parla di *sollemnis* e di *sollemnitas*. *Sollemnis* è una qualifica largamente usata nelle leggi postclassiche, come dimostra l'*Heidelberger Index*, e sta ad indicare non tanto la formalità, ma piuttosto la legalità o consuetudinarietà dell'atto: atto *sollemnis* è l'atto compiuto secondo la legge o l'uso ».

(83) 'Formale' ha due significati: in un primo senso si contrappone a 'causale', indicando quindi tutti gli atti in cui la manifestazione di volontà vale di per sé, indipendentemente dall'intenzione di chi la pone in essere, in un secondo senso si contrappone invece a « non formale » o a « non solenne », con riferimento ad atti in cui la volontà deve manifestarsi in una certa forma. Storicamente *sollemnis* si identifica, in origine, con « astratto », mentre, successivamente, passa al secondo significato, quello che abbiamo or ora messo in luce.

mente secondario) e il corrispondente affermarsi dei *libelli*, dell'*inscriptio* e della stessa *subscriptio*, che sono invece « solenni » nel senso or ora accertato, e cioè sono manifestazioni di volontà che, per produrre certi effetti, devono essere rivestite di una certa forma, secondo quanto appunto espressamente prescrive l'ordinamento giuridico.

Per completare il quadro, relativamente all'età classica, non ci resta che un frammento, e precisamente

D. 4, 1, 7 (Marc. 3 *digest.*):

Divus Antoninus Marcio Avito praetori de succurrendo ei, qui absens rem amiserat, in hanc sententiam rescripsit: 'Etsi nihil facile mutandum est ex sollemnibus, tamen ubi aequitas evidens poscit subveniendum est. Itaque si citatus non respondit et ob hoc more pronuntiatum est, confestim autem pro tribunali te sedentem adiit: existimari potest non sua culpa, sed parum exaudita voce praeconis defuisse, ideoque restitui potest'. Nec intra has solum species consistet huius generis auxilium: etenim deceptis sine culpa sua, maxime si fraus ab adversario intervenerit, succurri oportebit, cum etiam de dolo malo actio competere soleat, et boni praetoris est potius restituere litem, ut et ratio et aequitas postulabit, quam actionem famosam constituere ad quam tunc demum descendendum est, cum remedio locus esse non potest.

Il frammento di Marcello <sup>(84)</sup>, da cui è stata tratta la *regula iuris* di D. 50, 17, 183, dopo aver riportato il testo del rescritto di Antonino Pio, in cui è racchiuso il famoso principio <sup>(85)</sup>, lo

<sup>(84)</sup> In base alla *Palingenesia iuris civilis* del LENEL, il frammento appare tratto dal titolo XIV « de iudiciis omnibus ».

<sup>(85)</sup> Sull'inciso « etsi-est » gravano dubbi di rimaneggiamenti successivi; cfr. BESELER, *Index Interp.* ad h. l., e REGGI, *Note anonime ai Digesta di Marcello*, in « Studi Parmensi », 1954, p. 38. Quest'ultimo considera l'inciso un'interpolazione

interpreta estensivamente, applicandolo a tutta una serie di situazioni affini. Il principio in questione trovava quindi applicazione non solo nel caso del condannato in contumacia, per non aver udito la voce del messo del tribunale <sup>(86)</sup>, ma anche nell'ipotesi del « sine culpa deceptus », soprattutto per dolo dell'avversario. Anzi, a questo proposito Marcello afferma che il pretore dovrà concedere la *restitutio in integrum*, « ut et ratio et aequitas postulabit », piuttosto che l'*actio doli*, che costituisce l'*extrema ratio*, in mancanza cioè di qualsiasi rimedio. Ma esaminiamo più da vicino questo famoso principio sancito da Antonino, sì da individuarne la sostanza e la pratica portata: « etsi nihil mutandum est ex sollemnibus, tamen ubi aequitas evidens poscit subveniendum est ». In esso appare in tutta la sua chiarezza il contrasto fra i *sollemnia* = *ius strictum* (non già forme astrat-

---

pregiustiniana e ciò per vari motivi: innanzitutto perchè, aparendo in D. 4, 1, 7 dopo la parola « rescipit », sembra far parte del rescritto di Antonino, mentre in D. 50, 17, 183 viene attribuito a Marcello. La contraddizione non si spiega, secondo l'A., se non ritenendolo, in origine, estraneo al frammento. Ulteriore argomentazione addotta dall'A. citato è che i Basilici, riportando il passo, lo travisano, (Bas. 2, 3, 83 = Heimb. 1, 77: Δυσχερῶς μὲν, ὁμῶς τοῦ δικαίου ἀπαιτοῦντος ἐναλλάξ μὲν τὴν συνήθειαν - « difficulter quidem, attamen aequitate postulante, consuetudinem immutamus »). Le due affermazioni ci sembrano escludersi a vicenda. Se, infatti, si trattasse veramente di un'aggiunta postclassica, è chiaro che il suo contenuto non potrebbe essere talmente estraneo al diritto giustiniano da venir modificato. D'altra parte, la prima affermazione ci sembra già di per sé poco probante: l'indebita attribuzione a Marcello contenuta in D. 50, 17, 183 non ci sembra sufficiente ad escludere senz'altro la genuinità del famoso inciso; si potrà, se mai, parlare di scarsa sensibilità dei compilatori. Comunque, dato che il principio, pur tratto da un rescritto, era riportato da Marcello nel corso di un suo ragionamento, non appare poi tanto strano che il principio stesso, già formulato sullo schema di una *regula iuris*, fosse stato, se non altro per facilità di citazione, attribuito direttamente al giurista.

Ritiene genuino il riferimento all'*aequitas* LAURIA, in « Studi Bonfante », II, p. 518 nt. 225, mentre non si pronunciano ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli 1933, p. 221 e DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Milano 1937, p. 226 nt. 4.

<sup>(86)</sup> Tale riferimento permette di attribuire, con una certa sicurezza, la testimonianza di Marcello alla *cognitio*.

te, ma concrete disposizioni del diritto obiettivo) e l'*aequitas*, intesa in un senso molto diverso da quello che normalmente si attribuisce all'epoca classica, e molto vicino, invece, a quello proprio dell'età giustiniana. Ma tale constatazione non può e non deve meravigliarci, e soprattutto non può indurci a ritenere interpolata la parola *aequitas*, come altri hanno fatto, tenendo presente quanto poco sopra abbiamo affermato, riportando la teoria del Riccobono e successivamente commentando i risultati dell'indagine del Lanfranchi. La *restitutio in integrum* viene concessa, pertanto, non per violazione di una norma (chè anzi i *sollemnia* prescritti per il caso particolare appaiono rigorosamente rispettati), bensì per violazione dell'*aequitas* <sup>(87)</sup>, intesa appunto come giustizia del caso concreto, ossia come giustizia sostanziale contrapposta a giustizia formale: non per niente si afferma che « etsi nihil facile mutandum est », pur tuttavia si deve provvedere allorchè « aequitas evidens poscit », e cioè nella singola specifica ipotesi. Cosa significa dunque *sollemnia* per Marcello? Significa il compimento o, meglio, l'esatta osservanza di quanto il diritto espressamente prescrive nei confronti di determinati atti — da tener presente che si tratta di atti processuali — al fine non dubbio di garantire la certezza del diritto. Il frammento di Marcello sembra appunto sancire il principio della certezza del diritto, principio che non può soffrire attenuazioni o eccezioni, a meno che non si sia verificata la violazione di un principio di equità (o giustizia sostanziale, giustizia del

---

(87) Non sarà inopportuno a questo punto mettere in relazione il testo suscitato con D. 49, 8, 1, 3 di Macro: « Item cum ex edicto peremptorio, quod neque propositum est, neque in notitiam pervenit absentis, condemnatio fit, nullius momenti esse sententiam constitutiones demonstrant ». Nel frammento di Macro abbiamo una sentenza nulla per mancanza di un presupposto processuale (una valida citazione), mentre nel passo di Marcello la sentenza è valida, e così pure la citazione; questa, tuttavia, per un motivo imprevedibile e comunque estraneo alla sua perfezione, non ha raggiunto il suo scopo nei confronti del destinatario. E' chiaro, dunque, che qui non il diritto è stato violato, ma solo un principio di equità o giustizia del caso concreto.

caso concreto che dir si voglia), il quale, in caso di conflitto, come quello da noi contemplato, deve necessariamente avere il sopravvento. Ciò appunto giustifica la concessione di una *restitutio in integrum*.

8. E' giunto ora il momento di raccogliere le fila del nostro lungo discorso formulando le conclusioni, che ci sembrano tuttavia implicite in quanto siamo venuti dicendo.

E' chiaro che non si può parlare di un *genus* « sollemnia », almeno in età classica, tale da unificare in sè le varie *species* applicate nei singoli campi del diritto, mancando un qualsiasi tentativo di formulazione teorica. Abbiamo tuttavia la netta sensazione che, se pur inconsapevolmente, i classici avessero avvertito il legame che univa le varie fattispecie<sup>(88)</sup>; ma i tempi non erano ancora maturi per conquiste di tal genere. Ad ogni modo, se da un punto di vista più generale la soluzione, come abbiamo accennato, non può che essere negativa, ben diverse sono le conclusioni che si raggiungono nella materia processuale, dove è assolutamente innegabile l'esistenza dei *sollemnia* come categoria del diritto positivo, soprattutto in seguito alla testimonianza di D. 4, 1, 7. Il frammento dei *Digesta* di Marcello — non dimentichiamolo — risulta tratto dal titolo XIV « de omnibus iudiciis »<sup>(89)</sup> e riporta conseguentemente un principio applicabile agli atti processuali e soltanto ad essi. Così si spiega l'uso del termine *sollemnia* con riferimento al processo penale, all'appello e poi, man mano, alle *causae liberales* ed in genere alla *cognitio* civile. Il termine entra a far parte del linguaggio processuale solo all'età dei Severi, ed a questo periodo infatti si riporta l'identifi-

(88) Così in relazione ad alcuni negozi unilaterali (testamento, adizione dell'eredità), senza dimenticare il passo tratto dalla costituzione di Alessandro, già citato, anche se fuggevolmente (C. 6, 23, 3). Leggendoli, si potrebbe quasi essere indotti a pensare proprio ad una generalizzazione dei *sollemnia iuris*. Si tratta peraltro solo di un'impressione che il testo, mancando altre espresse conferme testuali, non può senz'altro autorizzare.

(89) Cfr., *retro*, p. 157 nt. 84.

cazione di *sollemnis* con legale, senza considerare poi che è ancora l'epoca dei Severi che segna il definitivo consolidarsi della *cognitio*, dopo una lunga evoluzione, mai costretta, ma solo diretta e saggiamente indirizzata dalle costituzioni imperiali.

Naturalmente questa situazione non si produce contemporaneamente in tutti i campi, ma prima nell'ambito di quei procedimenti, come il processo criminale e l'appello, che, oltre ad avere principî e finalità comuni, esistono solo nell'ambito della *cognitio*, poi anche negli altri casi in cui la *cognitio* più a lungo coesiste e concorre con l'*ordo*. Ed è solo a questo punto che si riesce a cogliere l'intimo legame che unisce i singoli momenti della fase preliminare, a concepirli come un qualcosa di organico, ad individuare gli effetti che ad esso e non alle singole componenti si riportano.

La raggiunta configurazione sistematica di questi istituti permise di giungere, attraverso un processo di astrazione — le cui tappe avevamo già individuato per altra strada, studiando cioè l'evoluzione del termine *sollemnis* — alla definizione del concetto di *sollemnia* = 'legalità' e di *sollemnis* = 'legale'. E si dovette giungere a tale risultato con una certa facilità. Cos'erano infatti in sostanza i *sollemnia*, sia *accusationis* che *appellationis*, e poi i *sollemnia ordinata* nelle *causae liberales*, se non dei modi in cui la volontà doveva manifestarsi per raggiungere certi fini espressamente stabiliti da una norma?

I *sollemnia* rappresentano dunque il negozio processuale tipico, nel senso cioè che le singole manifestazioni di volontà che lo pongono in essere devono effettuarsi in una forma determinata, espressamente stabilita dall'ordinamento giuridico. Sotto questo comune denominatore si raccolgono i *sollemnia accusationis*, *appellationis* e così via. Essi sono senza dubbio atti negoziali, in quanto le singole manifestazioni di volontà sono rivestite dal diritto di particolari effetti (costitutivi); sono inoltre negozi tipici, in quanto la volontà deve manifestarsi in certe

determinate forme <sup>(90)</sup>; sono infine negozi processuali, dal momento che sono strumentalmente connessi allo svolgimento del processo, anzi lo instaurano, poichè l'effetto che il diritto obiettivo riconduce al loro compimento è appunto quello di costituire il rapporto processuale.

Un'ultima considerazione ci resta ancora da fare, e cioè che, se all'epoca di Marcello esiste solo la categoria dei *sollemnia* processuali, all'epoca della compilazione giustiniana si è certamente compiuta quell'evoluzione già iniziata nell'ultima età classica permettendo la enucleazione di un concetto di legalità applicabile ad ogni campo del diritto, tanto da venir praticamente sottinteso: ne fa prova il fatto che i termini *sollemnis* e *sollemnia* divengono sempre più difficilmente rintracciabili nelle fonti dell'età postclassica.

All'epoca della compilazione esiste pertanto un concetto di *sollemnia*, che assorbe in sè tutte le singole *species* e che trova la sua precisa espressione nel principio riportato da Marcello: principio, che, avulso dal contesto e privato così del suo valore originario, può veramente assurgere a « *regula iuris* », acquistando di conseguenza un nuovo e più vitale contenuto.

---

<sup>(90)</sup> Cfr. soprattutto C. 7, 16, 15: « *prout ratio iuris patitur* », e C. 8, 45, 18: « *quae iuris admittit ratio* ».

## INDICE

	<i>pag.</i>
ALESSANDRO MIGLIAZZA, <i>Le comunità europee in rapporto al diritto internazionale e al diritto degli Stati membri</i> . . . . .	1
MARIAGRAZIA BIANCHINI, <i>Le formalità costitutive del rapporto processuale nel sistema accusatorio italiano</i> . . . . .	161



