

ANNO LXXXIV - 2017

NUOVA SERIE A - N. 68,1-2

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO

STUDI VRBINATI

Rivista trimestrale di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche

INDICE-SOMMARIO del fascicolo 1-2

- MARIA LUISA BICCARI, *Il banco dell'argentarius a margine del mercato*, 5
- IVAN CECCHINI, *Dal deposito dell'ottimismo al leviatano, sine – cura. Norme in materia di sicurezza urbana nonché a tutela della sicurezza delle città e del decoro urbano*, 33
- MARINA FRUNZIO, *Il leneliano titolo de furtis dei libri ad Plautium di Paolo*, 55
- ANNA MARIA GIOMARO, *Dubbi sulla collatio lustralis e la sua abolizione*, 99
- CHIARA LAZZARI, *Il futuro delle professioni giuridiche nel diritto della sicurezza sul lavoro, tra tecnica e cultura*, 145
- MORELLO MARIA, *Il problema delle citazioni nella crisi del diritto comune. Interventi a carattere antigiurisprudenziale in alcuni ordinamenti italiani tra XV e XVIII secolo*, 159
- PAOLO PASCUCCI, *Il telelavoro nelle pubbliche amministrazioni tra legge e contrattazione*, 223

Direttore responsabile: Vilberto Stocchi

Comitato scientifico: Laura di Bona, Marco Cangioti, Gabriele Fattori, Lanfranco Ferroni, Henry Frendo, Giuseppe Giliberti, Anna Maria Giomaro, Guido Guidi, Giulio Illuminati, Andrea Lovato, Luigi Mari, Remo Martini, Lucio Monaco, Vittorio Parlato, Paolo Pascucci

Redazione: Maria Luisa Biccari, Maria Morello, Edoardo Alberto Rossi

Direzione e redazione: Facoltà di Giurisprudenza, Via Matteotti 1, 61029 Urbino Tel. 0722 303250

Autorizzazione presso il Tribunale di Urbino del 22 Settembre 1950 n. 24

La pubblicazione della rivista ha avuto inizio dal 1927

Stampa: A.G.E. Srl, Urbino

ANNO LXXXIV - 2017

NUOVA SERIE A - N. 68,1-2

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO

MARIA LUISA BICCARI *

Il banco dell'argentarius a margine del mercato

ABSTRACT

- ✓ Il presente lavoro ripercorre in sintesi il dibattito circa l'esistenza di un diritto commerciale nell'esperienza giuridica romana, offrendo qualche nuovo spunto di riflessione sul banco dell'*argentarius*. In particolare si esaminano le fonti, giuridiche e non, che trattano dell'attività dell'*argentarius*, e concentrando lo sguardo sull'obbligo di esibizione dei conti da parte del banchiere di cui dà testimonianza il passo ulpiano di D. 2.13.4.2-3, si giunge a porre in evidenza la complementarità e/o concorrenzialità, in capo al padre e al figlio, di tale obbligo di *edere rationes*.
- ✓ This paper summarizes the debate about the existence of a commercial law in the Roman legal experience, offering some reflections on the table of the *argentarius*. Particularly it has been analyzed the texts, legal and non-legal, that regard banking activities; to conclude with describing more concretely the obligation of *edere rationes* of private bankers, as evidenced by Ulpian, D. 2.13.4.2-3.

* Titolare di assegno di ricerca (IUS/18, Diritto Romano e Diritti dell'Antichità) nell'Università di Urbino, 'Carlo Bo'.

MARIA LUISA BICCARI

IL BANCO DELL'ARGENTARIUS A MARGINE DEL MERCATO

SOMMARIO: 1. Realtà del mercato in Roma antica e prospettazioni di un “diritto commerciale romano”. – 2. Spunti pubblicistici di conferma: una magistratura dei mercati. – 3. Spunti privatistici di conferma: una “legislazione” dei mercati. – 4. Un esempio: il banco dell'*argentarius* nel mercato. – 5. L'obbligo di *edere rationes*.

1. Realtà del mercato in Roma antica e prospettazioni di un “diritto commerciale romano”.

Che il mercato (nel senso di attività mercantile) sia per la vita di Roma antica un elemento di imprescindibile importanza è un dato che balza agli occhi con straordinaria immediatezza solo considerando le risultanze archeologiche. Queste testimoniano la varietà e la vastità della produzione commerciale, non solo agricola, di epoca romana¹. Ne sono esempi le *villae*

¹ Un quadro che illumini in parte sulla ricchezza di prodotti legati all'attività commerciale romana può farsi attraverso lo studio di R. LEVRERO, *Le principali merci oggetto dei traffici commerciali. Il commercio internazionale dei romani*, Roma 2013, edito nell'ambito della collana “Arti e mestieri nel mondo romano antico” diretta da Filippo Coarelli. Si tratta principalmente di prodotti alimentari (sale, vino, olio, grano, cereali), di generi di consumo quali ceramica, tessuti e pellami, ma anche beni di lusso e di prestigio (profumi, spezie, avorio, corallo, ambra e pietre preziose), opere d'arte e materiali tipo marmi, pietre, legname e metalli. Ed è forse utile in questa sede dar conto dei lavori del gruppo di ricerca “Archeologia e tutela del patrimonio archeologico”, in particolare i quattro lavori di R. LEVRERO, nella collana “Arti e mestieri nel mondo romano antico”, con sottotitolo “Il commercio internazionale dei Romani”, cioè in particolare 5. *Storia dei traffici commerciali attraverso i secoli*, Roma 2012; 6. *Le principali merci oggetto dei traffici commerciali. Il commercio internazionale dei romani*, Roma 2013; 7. *Mercati, prezzi e legislazione*, Roma 2014; 8. *Vie commerciali marittime e terrestri*, Roma 2014; ma anche 1. F. DIOSONO, Collegia. *Le associazioni professionali nel mondo romano*, Roma 2007; 2. F. DIOSONO, *Il legno. Produzione e commercio*, Roma 2008; 3. D. AUGENTI, *Il lavoro schiavile*, Roma 2008; 4. C. MODESTI PAUER, *Romani all'opera. I negozi nell'immaginario cinematografico*, Roma 2009; nonché 9. G. DI GIACOMO, *Oro, pietre preziose e perle. Produzione e commercio a Roma*, Roma 2016.

rusticanae di Pompei con le loro presse da olio e da vino, i magazzini e i reparti per le spedizioni, le attività di vinificazione nella pianura a sud del Po (Strab. 5.218), lo scambio di vini tra Italia (Plin. *nat. hist.* 14.87) e Asia Minore (Plin. *nat. hist.* 15.82); e ancora la produzione di olio e di vino in Gallia, la produzione agricola d'Africa, soprattutto di grano, olivi, fichi, viti e melograni (Plin. *nat. hist.* 18.75 ss.), e la grande quantità di pesce salato e in salsa proveniente dalla Spagna (Plin. *nat. hist.* 31.94; Strab. 3.156). E merci di ogni tipo scambiate dalle terre dell'occidente a quelle d'oriente, e viceversa.

Così, ugualmente, mediante l'archeologia, si testimonia la ricca produzione industriale. Rimaniamo tutti affascinati da Pompei con la sua zona degli affari, le officine adibite a botteghe e veri e propri stabilimenti per la produzione all'ingrosso; ma non sono da meno le oreficerie della Campania, di Aquileia e di Roma; l'attività di lavorazione delle ambre sempre ad Aquileia; la tessitura di vesti e altri settori dell'industria tessile a Taranto, Brindisi, Padova; la produzione di lane a Tiro, lini in Gallia, seta in Siria; il mercato orientale dei profumi; la lavorazione delle ceramiche e in particolare della ceramica aretina dalla vernice rossa e delle lucerne marcate *fortis* di Modena; l'industria del vetro e parallelamente la produzione di utensili e vasellame metallico, argento in particolare, delle manifatture alessandrine, ma anche la lavorazione di ceramica della Gallia, i vetri multicolori e gli articoli vetrosi di Alessandria d'Egitto.

Un passo di Cicerone esemplifica bene l'aspetto estremamente ricco ed articolato del mondo commerciale romano:

Cic. *in Verr.* 5.56.145-146: ... quaecumque navis ex Asia, quae ex Syria, quae Tyro, quae Alexandria venerat, statim certis indicibus et custodibus tenebatur ... Quicumque accesserant ad Siciliam paulo pleniores, eos Sertorianos milites esse atque a Dianio fugere dicebat. Illi ad deprecandum periculum proferebant alii purpuram Tyrriam, tus alii atque odores vestemque linream, gemma salii et margaritas, vina non nulli Graeca venalisque Asiaticos, ut intellexeretur ex mercibus quibus ex loci navigarent².

² «... Qualunque nave in arrivo dall'Asia, dalla Siria, da Tiro, da Alessandria, veniva immediatamente catturata grazie alle segnalazioni di persone fidate poste di vedetta ... Approdava qualcuno in Sicilia con un carico di una certa importanza? Per lui era un soldato di Sertorio in fuga da Dianio. Quelli per scongiurare il pericolo tiravano fuori chi porpora di Tiro, chi incenso e profumi e stoffe di lino, altri pietre preziose e perle, taluni vini greci e schiavi d'Asia destinati alla vendita, perchè con le merci facessero capire il luogo di provenienza», trad. it. a cura di G. BELLARDI, *Le Orazioni di M. Tullio Cicerone, Volume primo dall'81 al 70 a.C.*, Torino 1983, p. 1265.

Cicerone ricostruisce la fitta rete dei rapporti commerciali allora esistenti e suggerisce importanti percorsi di mercato attraverso il Mediterraneo verso la Sicilia – e siamo intorno al 70 a.C. – aventi ad oggetto la porpora da Tiro, l'incenso, i profumi e le tele di lino, le gemme e le perle, e ancora i vini dalla Grecia e gli schiavi dall'Asia. Ma non vanno dimenticati altri percorsi, per via di terra, che attraversano le regioni della Gallia, dell'Hispania, della Germania, e oltre.

«Sono soltanto degli esempi – scrive Anna Maria Giomaro –, ma esempi che parlano di un frangersi della tendenza autarchica propria dell'economia antica esclusivamente agricola (e che per molta parte continuerà comunque a permeare l'economia agricola della *villa*), esempi che danno giustificazione dell'intensificarsi di rapporti di scambio, di trasporto di materie prime e di prodotti, di mercati "internazionali"»³.

A questo si può aggiungere un cenno sull'importanza che anche a livello giuridico-sociale assumeva il mercato, fin da epoca antichissima luogo di assembramento naturale e pertanto luogo di scambio di conoscenze ed informazioni, ma anche luogo in cui più facilmente si poteva conseguire un rapporto di socialità: dunque un luogo di incontro sociale, prima ancora che luogo di incontro giuridico, e luogo di incontro economico, tanto da essere considerato come elemento della misura del tempo e della necessaria pubblicità degli eventi, in varia commistione fra loro. Così il soccombente di un'azione per essere esposto a vendita esecutiva doveva essere portato a tre mercati consecutivi⁴. Così le assemblee preparatorie, o *contiones*, dell'attività legislativa di consoli e pretori avevano luogo in tre mercati consecutivi⁵. Ecc.

³ A.M. GIOMARO, *Mutuo, inadempimento e onere della prova nel diritto commerciale romano*, Fano 2012, p. 146.

⁴ Come scrive Aulo Gellio, *noct. att.* 20.1.46-47, nel procedimento della *legis actio per manus iniunctionem*, in seguito all'*addictio* del debitore insolvente al creditore, quest'ultimo era legittimato a trattenere presso di sé il debitore per sessanta giorni durante i quali lo conduceva per tre mercati consecutivi (*trinundinum*) nel foro, affinché qualcuno lo riscattasse pagando la somma per la quale era stato condannato. Se ciò non accadeva, il debitore poteva essere venduto come schiavo al di là del Tevere o ucciso. Su tale *legis actio* cfr. di recente M. VARVARO, *Osservazioni sulla pretesa esistenza di una legis actio per manus iniunctionem in relazione al furtum manifestum*, in *Studi per Giovanni Nicosia* 8, 2007, p. 333 ss.; ID., *Gai 4.21 e la presunta manus iniectio ex lege Aquilia*, in *AUPA* 59, 2016, p. 333 ss.; R. CARDILLI, *Damnus esto e manus iniectio nella lex Aquilia: un indizio paleografico?*, in *Fundamina* 20.1, 2014, p. 110 ss.

⁵ Come si legge in F. ARCARIA, O. LICANDRO, *Diritto romano*, 1. *Storia costituzionale di Roma*, Torino 2014, p. 189, «il progetto di legge (*rogatio*), preparato (spesso in collabora-

Pur di fronte a questa realtà fino a qualche decennio or sono si dichiarava che di un vero e proprio diritto commerciale a Roma non si potesse parlare, che il diritto commerciale avrebbe fatto il suo ingresso al seguito dell'affermarsi delle repubbliche marinare le quali avrebbero creato una vera e propria *lex mercatoria* con l'intensificarsi di quei rapporti e scambi commerciali con l'Europa, con l'Asia, con l'Africa, che la caduta dell'impero romano d'Occidente aveva interrotti. Francesco Galgano in particolare dà conto dell'estraneità del diritto commerciale rispetto all'esperienza giuridica romana, argomentando, sulla base del brano ulpiano⁶ di D. 1.3.41 (*totum autem ius constitit aut in acquirendo aut in conservando aut in minuendo: aut enim hoc agitur, quemadmodum quid cuiusque fiat, aut quemadmodum quis rem vel ius suum conservet, aut quomodo alienet aut admittat*), che per i Romani il diritto riguarderebbe le sole vicende acquisitive, conservative e diminutive della proprietà⁷.

Invero, a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, e a seguito di un rinnovato interesse per il fenomeno della speculazione bancaria nel mondo antico, si è fatta strada l'idea di una realtà economica che ha acquisito una

zione con il senato e i tecnici del diritto) e proposto alle assemblee dei magistrati titolari del *ius agendi cum populo* (consoli, pretori, dittatore), veniva affisso in pubblico (*promulgatio*) per almeno un *trinundinum* (un periodo di tempo in cui si svolgevano tre mercati consecutivi, pari probabilmente a ventiquattro giorni) affinché chiunque ne potesse venire a conoscenza ed avesse così l'opportunità di riflettere sul suo contenuto. Questo era oggetto spesso di pubbliche sedute (*contiones*) in cui avevano luogo discussioni contrarie (*dissuasiones*) o favorevoli (*suasiones*) al progetto di legge che potevano indurre il magistrato proponente, allorché si fosse reso conto che la sua proposta di legge non incontrava il pieno favore popolare, a ritirarla, per avanzarne una nuova oppure presentare la stessa proposta opportunamente modificata, con la conseguenza che dalla successiva *promulgatio* sarebbe decorso un nuovo *trinundinum* ...».

⁶ Ulp. *libro secundo institutionum*.

⁷ Scrive F. GALGANO, *Storia del diritto commerciale*³, Bologna 1993, p. 43, che il sistema del diritto romano era inadeguato a rispondere alle esigenze di un diritto commerciale perché «era un sistema giuridico basato sulla conservazione, e non sulla accumulazione, della ricchezza; preordinato al godimento dei beni, non alla ricerca del profitto [...] Lo strumento giuridico che aveva garantito alla classe dirigente di Roma lo sfruttamento delle risorse (e, in una economia basata sulla schiavitù, della stessa forza-lavoro) era stato il diritto di proprietà; l'intero sistema giuridico era incentrato sul rapporto con le cose: "tutto il diritto" – aveva insegnato Ulpiano – "tratta del come una cosa diventi di uno, o del come uno conservi la sua cosa, o del come uno la alieni o la perda". Il contratto era riguardato in questa prospettiva: era concepito come uno dei mezzi mediante i quali si acquista o mediante i quali si dispone della proprietà; la sua disciplina era dominata dall'esigenza di proteggere i contraenti in quanto proprietari che dispongono delle proprie cose». E simili considerazioni si trovano anche in Id., *Lex mercatoria*, Bologna 2001.

sua valenza autonoma anche di fronte alla solidità rigorosa ed escludente del *ius civile*, del diritto proprio dei cittadini romani, di essi soltanto, e ad essi soltanto riservato: si possono citare in particolare i contributi di Serrao⁸, Di Porto⁹, Petrucci¹⁰, Cerami¹¹, Giomaro¹², e poi, dalla Spagna romanistica, di García Garrido¹³, Herrero Chico¹⁴, Bravo Bosch¹⁵.

E si possono citare ancora le iniziative di studio dedicate al tema: primo fra tutti un Seminario senese sul diritto bancario romano del 2005 e un Convegno internazionale, celebrato a Pontignano nel gennaio 2006, auspice in entrambi i casi Remo Martini, in cui si discuteva l'ammissibilità stessa di un concetto di diritto commerciale romano¹⁶.

⁸ F. SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa 1989.

⁹ A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo manager in Roma antica*, Milano 1984; *Il diritto commerciale romano. Una 'zona d'ombra' nella storiografia romanistica e nelle riflessioni storico-comparative dei commercialisti*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne* 3, Napoli 1997, p. 413 ss.

¹⁰ A. PETRUCCI, *Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana (II sec. a.C. – metà del III sec. d.C.)*, Napoli 1991; *Profili giuridici delle attività e dell'organizzazione delle banche romane*, Torino 2002; *L'impresa bancaria: attività, modelli organizzativi, funzionamento e cessazione*, in P. CERAMI, A. DI PORTO, A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, Torino 2004, p. 116 ss.

¹¹ P. CERAMI, 'Exercitio negotiationum'. *Tipologia storico-giuridica della disciplina dei rapporti commerciali*, in *Iuris Vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, Napoli 2002, p. 149 ss.; *Impresa e società nei primi due secoli dell'impero*, in *AUPA* 52, 2007-2008, p. 75 ss.

¹² A.M. GIOMARO, *Actio in factum adversus argentarios*, in *Studi Urbinati di scienze giuridiche politiche ed economiche. Nuova serie A*, 45, 1976-1977, p. 55 ss.

¹³ M.J. GARCÍA GARRIDO, *La sociedad de los banqueros* ('societas argentariorum'), in *Studi Biscardi* 3, Milano 1982, p. 375 ss.; *El comercio, los negocios y las finanzas en el Mundo Romano*, Madrid 2011.

¹⁴ R. HERRERO CHICO, *Función y origen de los argentarii*, in *Anuario de estudios sociales y jurídicos* 6, Granada 1977, p. 103 ss.; *Argentarii. Estudios sobre el régimen jurídico de la banca en Roma*, Granada 1978.

¹⁵ M.J. BRAVO BOSCH, *La Responsabilidad de la actividad mercantil terrestre en el Derecho Romano*, in *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 10, 2006, p. 99 ss.; *Consideraciones en torno a la actio institoria*, in *El Derecho Comercial, de Roma al Derecho Moderno* 1, Las Palmas de Gran Canaria 2007, p. 187 ss.

¹⁶ Il significato del termine *commercium* si ricollega precisamente al mercato: composto dalla preposizione *cum* e dal sostantivo *merx*, il vocabolo indica genericamente "traffico di merci" basato sulla vendita e sull'acquisto di beni (cfr. s.v. "*merx*", in *Thesaurus Linguae Latinae* 7, p. 850), così come verrà rappresentato, per esempio, da Isidoro di Siviglia, *Orig.* 5.25.35: *commercium dictum a mercibus quo nomine res venales appellamus. Unde et mercatus dicitur coetus multorum hominum qui res vendere vel emere solent*. Ma già in età repubblicana, il termine era arrivato a definire talune attività economiche in maniera specifica, «attività finanziarie e bancarie fondate sul credito e sul prestito ad interesse; navigazione marittima e fluviale per il trasporto delle merci; produzione di beni e di prodotti destinati sia al consumo interno sia all'esportazione; varie attività sia arti-

2. Spunti pubblicistici di conferma: una magistratura dei mercati.

Questa nuova prospettiva si imponeva attraverso due percorsi distinti: l'uno più tradizionale, storico-costituzionale, si basa sul corso delle vicende romane e degli eventi e sulla prospettazione costituzionale dei suoi vari magistrati, e prende avvio dalla constatazione che esiste in Roma una "magistratura dei mercati"; l'altro, più problematico, è ripiegato a individuare gli strumenti tecnici attraverso i quali l'ordinamento antico, in particolare romano, giungeva ad offrire al fenomeno commerciale una tutela "privilegiata", fino a chiedersi i motivi di tale attenzione.

Dal primo punto di vista rilevava (e rileva) l'esistenza, fin nell'immediatezza successiva al 367 a.C. (che si suole porre come data di creazione della pretura urbana di Roma, coi suoi compiti di amministrare la giustizia fra cittadini romani), e al 241 (data di creazione del pretore peregrino, col suo impegno ad amministrare la giustizia fra cittadini romani e stranieri), di una magistratura curule specificamente preordinata alla disciplina dei mercati, i due edili curuli, investiti come i pretori del potere giurisdizionale, o *iurisdictio*, ma con specifica direzione verso le contrattazioni economiche del mercato appunto.

Per le esigenze di queste contrattazioni non si ritiene sufficiente che un magistrato amministri le liti in via generale, nemmeno quando questo magistrato (il *praetor peregrinus*) abbia come propria specifica competenza quella di regolamentare i rapporti (che si devono presumere non solo, ma essenzialmente commerciali) che a seguito dell'espansionismo romano si creano con soggetti appartenenti ad altre *nationes* (con etruschi, osci, sabini, sanniti, piceni, siculi, sardi, ecc., e poi al di là del mare con fenici, cartaginesi, greci, ecc.): si richiede che la polizia, la vigilanza, la regolamentazione, il buon andamento, ecc. del mercato, luogo di incontro di un'umanità variamente "internazionale", abbia un proprio magistrato, una propria magistratura e una propria legge (editto) di riferimento.

gianali che "industriali", cioè produzione su scala ridotta oppure più vasta, come per esempio la produzione di terracotte: anfore, tegole, mattoni in apposite "fabbriche" (*figlinae*)», R. LEVRERO, *Mercati, prezzi e legislazione. Il commercio internazionale dei Romani*, Roma 2014, p. 12. In generale, sul valore del commercio in Roma antica si vedano anche le interessanti riflessioni di G.D. MEROLA, *Le attività commerciali*, in A. MARCONE (a cura di), *Storia del lavoro in Italia. L'età Romana. Liberi, semiliberi e schiavi in una società moderna*, Roma 2016, p. 304 ss.

Il che voleva poi dire che uno stesso istituto, per esempio la compravendita, poteva essere riguardato come istituto del diritto delle genti (*ius gentium*) e come tale comunemente impiegato, in quanto idoneo a sopprimere alle nuove esigenze di rapporti fra romani e non romani in sostituzione dell'antico rituale della *mancipatio* riservato ai soli cittadini; ovvero <poteva essere riguardato> come istituto che, pur a seguito di quell'origine, si sarebbe poi specificamente sviluppato per le esigenze del mercato, piccolo o grande che fosse, trovando in quello una sua specifica configurazione, regole, valori cui corrispondere¹⁷.

Come i pretori, i due edili emanano all'inizio del loro anno di carica un editto, una *lex annua*¹⁸ (per ripetere la definizione che Cicerone detta per l'editto urbano, in *Verrem* 2.1.42.109: ... *qui plurimum tribuunt edicto, praetoris edictum legem annuam dicunt esse* ..., «...coloro i quali attribuiscono all'editto la più grande autorità, affermano che l'editto pretorio è una legge annuale ...»)¹⁹, una legge che vale per la durata del loro anno di carica; e qui entrambi, i pretori e gli edili, regolamentano per esempio la compravendita, ma con profili e prospettive diverse.

Se ne può forse concludere che non è la prospettiva della magistratura maggiore che assorbe quella della minore, ma viceversa.

Appare evidente l'importanza degli editti che gli edili emanavano durante la carica, «importanza dimostrata dai loro contenuti e dalla elaborazione cui i giuristi li sottoponevano sia partecipando, mediante interpretazioni estensive e suggestioni varie, al loro sviluppo e continuo adattamento alle rinnovantesi esigenze della prassi, sia provvedendo, con ampia casistica e con sforzo sistematore ed unificante, alla costruzione di un *corpus* e di un

¹⁷ Ma nell'ambito del mercato c'era spazio per una ricca varietà di contrattazioni, diverse forme di vendita, scambi in natura, prestiti di denaro, locazioni per le *tabernae* ed i relativi spazi, ecc.: di un possibile mandato, e ancora di una *locatio conductio* in relazione a *praepositio institoria* o *exercitoria* danno conto, per esempio, i testi di Ulpiano (D. 14.3.1, Ulp. 28 *ad ed.*) e di Paolo (D. 14.1.5 pr., Paul. 29 *ad ed.*) trattando il problema della tutela giurisdizionale del preponente in rapporto al preposto quando questi sia un uomo libero o uno schiavo altrui.

¹⁸ Sempre basilari le pagine di G. IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, Padova 1955. Ma sul valore degli editti degli edili curuli si vedano le osservazioni più recenti di F. SERRAO, *Impresa, mercato, diritto. Riflessioni minime*, in *Mercati permanenti e mercati periodici nel mondo romano. Atti degli Incontri capresi di storia dell'economia antica* (Capri 13-15 ottobre 1977), a cura di E. Lo Cascio, Bari 2000, p. 34 ss. e R. ORTU, «Aiunt aediles ...». *Dichiarazioni del venditore e vizi della cosa venduta nell'editto de mancipiis emundis vendundis*, Torino 2008 (con ampia e dettagliata rassegna bibliografica in argomento).

¹⁹ Trad. it. a cura di G. BELLARDI, *Le Orazioni di M. Tullio Cicerone* cit., p. 573.

sistema di forme giuridiche relative al commercio che si svolgeva pubblicamente nei mercati e nelle vie della città»²⁰.

Dunque, l'economia del mercato, l'esigenza del mercato si impone e detta la sua disciplina in forma assorbente.

Quali possono ipotizzarsi come motivazioni? Non riterrei sufficiente la mera regola della legge speciale che deroga alla generale. La disciplina compravendistica dei mercati edilizi non costituisce una deroga alla generale disciplina della compravendita, ma una sua più precisa applicazione in vista di un'eticità dei rapporti che soprattutto nell'arena del mercato si deve osservare.

È la *fides*, la lealtà delle contrattazioni che deve essere riguardata, quale vero e proprio criterio normativo cui in modo particolare devono informarsi i rapporti commerciali perché siano assicurati quei principi di correttezza, probità e giustizia in senso lato che sono alla base di ogni relazione fra uomini.

E ci si può ancora affidare a Ulpiano e al suo insegnamento:

D. 21.1.1.1: Aediles: "Qui mancipia vendunt certiores faciant emptores, quid morbi vitiae cuique sit, quis fugitivus errove sit noxae solutus non sit: eademque omnia, cum ea mancipia veniunt, palam recte pronuntiant, quodsi mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit cum veniret, fuisset, quod eius praestari oportere dicitur: emptori omnibusque ad quos ea res pertinet iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur. si quid autem post venditionem traditionemque deterius emptoris opera familiae procuratorisve eius factum erit, sive quid ex eo post venditionem natum acquisitum fuerit, et si quid aliud in venditione ei accesserit, sive quid ex ea re fructus pervenerit ad emptorem, ut ea omnia restituat. Item si quas accessiones ipse praestiterit, ut recipiat. Item si quod mancipium capitale fraudem admiserit, mortis consciscendae sibi causa quid fecerit, invehementem depugnandi causa ad bestias intromissus fuerit, ea omnia in venditione pronuntiant: ex his enim causis iudicium dabimus. hoc amplius si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicitur, iudicium dabimus"²¹.

²⁰ Così F. SERRAO, *Impresa, mercato, diritto* cit., p. 39.

²¹ Come noto, si tratta del testo dell'*edictum de mancipiis vendundis* attraverso il quale gli edili avevano regolato le compravendite di schiavi e più in generale di tutte le *res mancipi*, di cui testimonia anche Aulo Gellio, *noct. att.* 4.2.1: *In edicto aedilium curulium, qua parte de mancipiis vendundis cautum est, scriptum sic fuit: "Titulus servorum singulorum scriptus sit curato ita, ut intellegi recte possit, quid morbi vitiae cuique sit, quis fugitivus errove sit noxae solutus non sit"*.

È l'origine della disciplina dei vizi occulti che sfocia poi nella previsione di due rimedi di anche attuale importanza quali l'azione redibitoria e la *quanti minoris* o estimatoria²²; ma è anche l'origine di un più lato impegno di lealtà e correttezza, che involge l'evizione e la stessa concorrenza.

Ma certamente accanto a questa rilevanza della *fides* come criterio ispiratore della correttezza delle contrattazioni mercantili, si deve tener conto anche di un'altra tensione che permea tutta l'evoluzione del diritto romano, quella cioè della praticità che lo ispira, della sua rilevanza come *vera philosophia*. La riassume bene Ulpiano, D. 1.1.1.1, quando contrappone l'attività dei giuristi (che nel loro operare mirano al *iustitiam colere* e al *boni et aequi notitiam profiteri*), alla "falsa" filosofia dei filosofi, metafisica e astratta²³. Ne deriva che l'ordinamento, nel caso della disciplina dei mercati, si orienta per raggiungere un risultato che si prospetta positivo, quello cioè del prosperare degli scambi e della libera circolazione delle merci.

E appunto in questo quadro diviene importante soffermarsi sulla portata della "magistratura dei mercati", sulle sue competenze giurisdizionali, sul suo editto e sulle azioni che ne derivano.

Un aspetto troppo spesso trascurato, ovvero lasciato a margine, è proprio quello del rapporto di collegamento, di confronto e, conseguentemente, anche di concorrenza che inevitabilmente viene a crearsi fra l'at-

²² Tra i numerosi studi sull'azione redibitoria cfr. L. MANNA, 'Actio redhibitoria' e responsabilità per i vizi della cosa nell'editto 'de mancipiis vendundis', Milano 1994; L. GAROFALO, *Studi sull'azione redibitoria*, Padova 2000; N. DONADIO, *Sull' 'actio redhibitoria'*, in *Index* 25, 1997, p. 649 ss.; L. GAROFALO, 'Redhibitoria actio duplicem habet condemnationem' (a proposito di Gai. ad ed. aed. cur. D. 21,1,45), in *Atti del Convegno sulla Problematica contrattuale in diritto romano*, Milano 11-12 maggio 1995. In onore di Aldo Dell'Oro, Milano 1998, p. 57 ss.; ID., *Perimento della cosa e azione redibitoria in un'analisi storico-comparatistica*, in *Europa e diritto privato* 2, 1999, p. 843 ss.; ID., *Studi sull'azione redibitoria*, Padova 2000, p. 1 ss.

²³ D. 1.1.1.1: *Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes*. Sul testo ulpiano infinita è la bibliografia: mi limito a citare gli studi di F. GALLO, *Diritto e giustizia nel I titolo del Digesto*, in *SDHI* 54, 1988, p. 619 ss.; A. SCHIAVONE, *Giuristi e principe nelle Istituzioni di Ulpiano. Un'esegesi*, in *SDHI* 69, 2003, p. 3 ss.; G. FALCONE, *La vera philosophia dei sacerdotes iuris. Sulla raffigurazione ulpiana dei giuristi (D. 1.1.1.1)*, in *AUPA* 29, 2004, p. 33 ss.; ID., *Iuris praecepta, vera philosophia, ius prudentia. Metodi di ricerca*, in *SDHI* 73, 2007, p. 358 ss.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *Tra morale e diritto. Gli itinerari dell'aequitas: lezioni*, Torino 2013, *passim*.

tività dei pretori ed il loro editto rispetto agli edili, fra la *iurisdictio* dei primi e la competenza dei secondi, fra l'*actio empti* o *venditi* e le azioni edilizie²⁴.

3. Spunti privatistici di conferma: una “legislazione” dei mercati.

Ora, se l'esistenza di una “magistratura dei mercati”, autonoma ed in un certo senso “concorrenziale” rispetto alla magistratura dei pretori, parla già da sola dell'importanza che il mondo romano attribuiva al fenomeno mercantile, ancor più risalta tale importanza quando si ponga mente ai vari e più specifici mezzi di tutela che ne derivano, che costituiscono attestazioni di una legislazione separata e particolare creata in ragione delle esperienze mercantili e commerciali dell'antica Roma, che non soltanto travalicano i ristretti confini del *ius civile* riservato ai cittadini di Roma per consentire il traffico d'affari con gli stranieri, ma addirittura si impossessano di esperienze giuridiche allotrie, le trasformano, le recepiscono, le fanno romane.

Per qualche esemplificazione di matrice esclusivamente romana si può pensare alla concessione pretoria di una categoria di azioni, le azioni adiettizie o di responsabilità aggiuntiva, in particolare l'azione *institoria* e l'azione *exercitoria*, create per le attività contrattuali di figli e schiavi preposti ad attività di commercio e d'impresa.

Non meno rilevante la minuziosa casistica relativa alla individuazione

²⁴ A proposito di *actiones aediliciae* e *actio empti* si veda lo studio di N. DONADIO, *La tutela del compratore tra actiones aediliciae e actio empti*, Milano 2004, in cui l'A., sulla base dei molti testi presi in esame, e soprattutto D. 19.1.11 pr.-3 (Ulp. 32 *ad ed.*), costruisce un'interessante riflessione circa la possibilità di far risalire l'intervento edilizio a tutela del compratore e – dunque – anche le relative azioni, ad un'epoca anteriore rispetto a quella in cui sarebbe stata concessa l'*actio empti* contro i vizi della cosa, giungendo così ad escludere ogni concorso tra azioni edilizie ed *actio empti*. Si veda anche, per le origini del problema, E. PARLAMENTO, *Labeone e l'estensione della 'redhibitio' all' 'actio empti'*, in *Rivista di Diritto Romano* 3, 2003, p. 1 ss., che in D. 21.1.1 pr. legge la risposta labeoniana data per la prima volta dal giurista, circa la possibilità di estendere anche alle vendite aventi un oggetto diverso dai *mancipia* e *iumenta* non tanto l'editto edilizio in sé (come troviamo scritto in D. 21.1.1 pr.), quanto piuttosto il contenuto principale del medesimo (richiamato quindi attraverso il generico riferimento all'*edictum aedilium curulium*) cioè l'efficace rimedio della *redhibitio*, inizialmente introdotto solo per le vendite di *mancipia*, e, poi, di *iumenta*: ciò sarebbe stato reso possibile non da un'applicazione estensiva della redibitoria, ma dall'estensione della *redhibitio* all'*actio empti* di buona fede.

dei vizi occulti di cui si diceva, alla quale il Digesto giustiniano dedica l'inizio del libro 21, titolo *De aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris*.

Anche gli interventi di vigilanza statale sulla definizione dei prezzi, attuata per esempio con il relativo *edictum* diocleziano del 301 d.C.²⁵, o ancora di regolamentazione delle ipotesi di monopolio, dai divieti relativi ai generi di prima necessità sanzionati all'epoca di Teodosio e Valentiniano²⁶ alle concessioni occidentali di Teodorico per i poveri e i poverissimi narrate da Cassiodoro²⁷, danno perfettamente conto di questa particolare attenzione per il fenomeno, che tra l'altro si riscontra pure nei titoli e nelle rubriche *de nundinis*, i mercati appunto, introdotti nei codici (nel Digesto e nel codice di Giustiniano): così D. 50.11 *de nundinis*; così C. 4.60. *de nundinis*²⁸.

Ma si può pensare altresì alla regolamentazione attraverso le *matriculae* di embrionali organizzazioni "pseudo corporative", che appaiono dalle fonti (dopo quelle, più frequenti, dei funzionari imperiali), di *negotiatores*,

²⁵ Sull'editto *de pretiis* di Diocleziano (*edictum de pretiis rerum venalium*, 301 d.C.) che – come noto – rappresenta un vero e proprio calmiera dei prezzi, con il quale per volontà dell'imperatore veniva fissato il prezzo massimo delle merci, dei servizi e della manodopera, cfr. da ultimo F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino 2013.

²⁶ In particolare M. NAVARRA, *Alcune osservazioni su C. 4.59.2 e il 'mercato'*, in *Diritto e processo. Studi in memoria di Alessandro Giuliani*, Napoli 2001, p. 307 ss., a commento della costituzione di C. 4.59.2 con la quale l'imperatore Zenone vietava l'esercizio del monopolio di vesti, pesci, pettini e altri generi di consumo, rileva come «impedire il monopolio equivale a creare le condizioni perché il prezzo possa essere fissato "naturalmente" nel libero gioco della offerta e della domanda. Di fronte ad un mercato che rischia, in forza di abusi nel rilascio di provvedimenti di favore, di essere dominato da alcuni, l'idea che il prezzo di vendita delle merci non dovesse essere superiore al reale prezzo di mercato in regime di libera concorrenza, rappresenta sicuramente una risposta alle esigenze della concreta realtà del sistema socio-economico dell'impero».

²⁷ A.M. GIOMARO, *Negotiatores e imposizione fiscale nelle Variae di Cassiodoro*, in *Ravenna Capitale. Dopo il Teodosiano. Il diritto pubblico in Occidente nei secoli V-VII* (in corso di stampa), con ulteriore bibliografia.

²⁸ Nel codice Teodosiano non si legge un titolo *de nundinis* ma il termine compare per tre occorrenze in CTh. 7.20.2 pr. (*in quibuscumque nundinis interfuerint, nulla proponenda dare debebunt*); in CTh. 8.15.5 pr. (*omnis se turpibus nundinis administrator abstineat*); e in CTh. 10.20.18 (*purpurae nundinas, licet innumeris sint constitutionibus prohibita, recentique quoque interminatione vetamus*). Il quadro delle "associazioni" di artigiani, mercanti e in generale di operatori economici, che può evincersi attraverso l'opera dell'imperatore Teodosio II è comunque molto ricco e particolareggiato, con numerosi riferimenti a *tabularii* (CTh. 8.2); *metallarii* (CTh. 10.19); *bastagariis* (CTh. 10.20); *medici* e *professores* (CTh. 13.3); e ancora *navicularii* (CTh. 13.5.0); *pistores* e *catabolenses* (CTh. 14.4); *suarii* e *pecuarii* (CTh. 14.4); e sono solo degli esempi.

artigiani, commercianti, antcipatrici delle corporazioni di arti e mestieri medievali, cui la legge ricollega oneri ed onori (diritti, prerogative, privilegi e, al contempo, obbligazioni e carichi fiscali)²⁹, oppure alla legislazione imunitaria che stabiliva prerogative e privilegi (fra cui soprattutto esoneri fiscali e immunità dai *munera sordida*)³⁰ a favore di certe categorie di persone, tendenzialmente “produttive”.

Ampio spazio è dedicato nei codici a quelle categorie economiche, speci-

²⁹ L'importanza che le *matriculae* hanno svolto nell'organizzazione dell'economia e del lavoro del mondo antico, è attestata dalle fonti che tramandano una variegata e assai ampia tipologia di questi “elenchi”. Per far qui degli esempi, citazioni si leggono nel campo dell'amministrazione, per gli *agentes in rebus* CTh. 1.9.1 (= C. 1.31.1), CTh. 1.9.3, CTh. 6.27.15, CTh. 6.27.23, ecc.; per i *domestici* CTh. 6.24.2, CTh. 6.24.5, CTh. 6.24.7, ecc.; per i *castrensi* CTh. 6.32.2 (= C. 12.25.2); per i *palatini* CTh. 6.35.3 pr. (= C. 12.1.3), C. 12.28.2; per i *magistri militum* CTh. 7.1.11; per i decurioni CTh. 12.6.7, CTh. 7.12.2 (= C. 12.42.2); per gli *advocati* C. 2. 7.13 pr., ecc.

Proprio su questa linea si pone una significativa costituzione dell'imperatore Costanzo (riportata in CTh. 16.2.15) indirizzata sotto forma di *epistula* al prefetto del pretorio Taurò, che documenta l'esistenza di *matriculae* in cui erano riportati i *nomina negotiatorum*. In particolare, attraverso questo provvedimento l'imperatore riconosceva in capo a quei commercianti che erano diventati chierici per sfuggire ai *negotiatorum munera*, ma i cui nomi figuravano nella *matricula* al momento dell'indizione della *lustralis collatio*, l'obbligo di pagare comunque l'imposta (*reliqui autem, quorum nomina negotiatorum matricula comprehendit eo tempore, quo conlatio celebrata est, negotiatorum munia et pensationes agnoscant, quippe postmodum clericorum se coetibus adgregarunt*). C. CORBO, *Paupertas. La legislazione tardoantica*, Napoli 2006, p. 131, nt. 79, opportunamente osserva che: «CTh. 16.2.15 nomina la *negotiatorum matricula*, una sorta di lista dei *negotiatores*; la *matricula* era aggiornata quando veniva fatta l'*indictio*, procedendo ad una *descriptio* (o *adscriptio*) degli assoggettabili. Ogni città era tenuta a versare una somma fissa e le varie corporazioni pagavano la loro parte del totale. L'imposta veniva ripartita fra i membri delle corporazioni; infatti, sui corporati pesava un ammontare collettivo, calcolato durante l'indizione anche in base al numero di iscritti alla *matricula*. L'esenzione dei chierici *negotiatores*, iscritti comunque nella *matricula*, determinava, quindi, l'aumento della quota personale di tutti gli altri».

³⁰ Per esempio CTh. 11.16.15, una costituzione dell'imperatore Graziano del 382, parla dell'esonero dai *munera sordida* per gli alti funzionari dello stato giunti al termine della carriera (*maximarum culmina dignitatum, consistoriani quoque comites, notarii etiam nostri et cubicularii omnes atque ex cubiculariis ab omnibus sordidis numeribus vindicentur*); CTh. 11.16.23 si riferisce all'esenzione dai *munera sordida* e dai *munera extraordinaria*, concessa a tutti coloro che avessero rivestito il rango illustre: *Impp. Honorius et Theodosius AA. Melitio praefecto praetorio. Ab illustribus personis sordida munera et extraordinariae necessitatis damna remove-mus. Et cetera. Dat. XV. kal. mar. Ravennae, DD. NN. Honorio et Theodosio V AA. cons.* (412 [409] febr. [?] 15). Su tali questioni si rinvia per tutti a S. GIGLIO, *Il tardo impero d'Occidente e il suo senato. Privilegi fiscali, patrocinio, giurisdizione penale*, Napoli 1990 e, più recente, A.M. GIOMARO, *Il prefetto del pretorio Flavio Magno Aurelio Cassiodoro e la sua “squadra”: il praerogativarius qui secreti munus iudicialis accepit*, in *Ravenna Capitale. Giudizi, giudici e norme processuali in Occidente nei secoli IV-VIII*, Santarcangelo di Romagna 2015, p. 255 ss.

fici titoli sono riservati, per esempio, a *navicularii*³¹ e *metallarii*³², ma anche a *professores*, *medici*, *tabularii*, *pistores*, *suarii*, *frumentarii*, *chartoprates*. In proposito un interessante elenco viene fornito dalla Levrero, che menziona,

³¹ Cfr. L. DE SALVO, *Economia privata e pubblici servizi nell'impero romano. I corpora naviculariorum*, Messina 1992, p. 375, la quale, attenta a documentare l'evoluzione dei *corpora naviculariorum* da associazioni private ad istituzioni ufficiali, afferma: «si è discusso se i *navicularii* costituissero un solo *corpus*, diviso in più sezioni, o più collegi indipendenti ... L'esistenza di diversi collegi sembra essere chiaramente attestata dalla documentazione epigrafica, in cui, accanto ai *navicularii*, denominati secondo la città di provenienza, compaiono veri e propri *corpora* nelle varie regioni dell'impero. Si doveva trattare cioè di diversi raggruppamenti di commercianti costituiti in base alle differenti esigenze e alle peculiari condizioni delle singole zone. È possibile che si sia trattato di una realtà che si è evoluta nel corso del tempo, ma questo non esclude, comunque, che questi *corpora* costituissero distinte entità giuridiche, con propria organizzazione e propri regolamenti».

Francesca Diosono parla di *collegia* (cfr. F. DIOSONO, *Collegia* cit. e, della stessa, *Il commercio del legname sul fiume Tevere*, in F. COARELLI, H. PATTERSON (a cura di), *Mercator placidissimus*, Roma 2008, p. 251 ss., nonché *Uomini e machinae: la realtà di artigiani e associazioni professionali nel mondo romano*, in G. PISANI SANTORO, M. GALLI (a cura di), *Machina: tecnologia dell'antica Roma*, Roma 2009, p. 42 ss.). Sui *corpora* attestati attraverso le fonti archeologiche R. LEVRERO, *Mercati, prezzi e legislazione* cit., p. 18 ss., la quale con riferimento particolare ai *navicularii* commenta che «le imprese di navigazione erano le uniche società riconosciute "a priori" dallo Stato, pur non essendo statali (almeno fino alla tarda antichità), bensì gestite da armatori privati. Costoro ricevevano privilegi di varia natura dallo Stato (per esempio l'esenzione dalle tasse) se erano disponibili a trasportare sulle navi, magari insieme alle proprie merci, anche una certa quantità di prodotti destinati all'annona per approvvigionare Roma ... le corporazioni di *navicularii* costituivano un elemento fondamentale nel vasto panorama dell'organizzazione commerciale romana perché, non essendo sufficienti i propri funzionari per il funzionamento della complessa macchina imperiale, si doveva necessariamente appaltare certi servizi a società di privati esterne allo Stato stesso». Tra gli esempi più significativi la stessa Levrero cita i *navicularii et negotiantes Karalitani* di Cagliari, i *navicularii Turrutani* di porto Torres, i *navicularii Narbonenses* della Gallia Narbonese e i *navicularii lignarii*, addetti al commercio del legname.

³² Sui *metallarii* cfr. A. CHERCHI, *De metallis et metallariis. Ricerche sulla legislazione mineraria tardoantica*, Cagliari 2017, la quale, attraverso l'analisi delle quindici costituzioni imperiali conservate nel titolo *De metallis et metallariis* del *Codex Theodosianus* (CTh. 10.19), esamina la disciplina relativa all'estrazione del marmo e dell'oro, con particolare riguardo agli obblighi tributari, potenzialmente gravosi, che potevano ricadere sui soggetti dediti a tali attività. La riflessione cui giunge la studiosa è che «il titolo *De metallis et metallariis* del *Codex Theodosianus* appare testimone di un'attività legislativa forse non sempre coerente, poiché talvolta legata ad esigenze transitorie e locali, ma che consente comunque di individuare alcune linee direttrici di fondo connesse alle profonde trasformazioni economiche e sociali in atto nel corso del IV e V secolo d.C.», ivi, p. 271. Ma, della stessa Autrice, si vedano anche *Considerazioni in tema di società minerarie nel diritto romano del Principato. Note a margine di Vip. II.6-8*, in AUPA 57, 2014, p. 63 ss.; *Profili tributari del regime dei metallarii nel IV secolo d.C.*, in *Revista general de derecho romano* 24, 2015, p. 1 ss.; *Riflessioni sulla condizione giuridica delle metallariae nel tardo impero. A proposito di C. 11.7(6).7*, in AUPA 59, 2016, p. 209 ss.

tra le varie figure di *negotiatores*, pure gli *unguentarii*, i *seplasiarii*, i *margariarii*, i *venalicularii*, i *naucleri*, i *negotiatores vestiarii*, i *caudicarii*, i *mensores Portuenses*, i *tabularii*, i *saccarii*³³. E alla presenza legislativa corrisponde una realtà di presenza sociale.

Altrettanto rilevante (se non di più) è legislazione non romana appositamente disposta per il fenomeno del commercio.

Il punto di partenza per una riflessione in questo senso potrebbe essere la valutazione della categoria di azioni riservate che Atene dispone per il commercio.

«Bisogna ricordare – scrive Arnaldo Biscardi – che al di fuori della *polis* vive ancora un altro organismo, rappresentato dalla società dei commercianti, dal quale ha origine tutta una serie di rapporti sottoposti ad una disciplina non attinta al diritto di alcuna *polis* in particolare, ma che sovrasta l'ordinamento di tutte, in quanto formatosi nel crogiuolo dei tribunali commerciali ateniesi, ove i tesmoteti (e cioè i magistrati competenti in via esclusiva per la materia mercantile) concedevano tutela [oltre che ai cittadini ateniesi, anche ai meteci ed agli *ζενοι*, ed ove d'altronde le parti, in considerazione delle loro particolari esigenze, ottenevano la sentenza nel termine brevissimo di un mese]: di qui la classificazione delle *δικαι εμπορικαι* fra le *δικαι εμμηνοι*, al pari di altre azioni quali le *δικαι μεταλλικαι*, relative alle miniere, pure di competenza dei tesmoteti, e le *δικαι τελονικαι*, in materia di imposte, di competenza degli *apodectai*»³⁴.

Ma il punto di arrivo è certamente la recezione nell'ordinamento romano di istituti di origine e regolamentazione ellenistica quali il mutuo marittimo (il *faenus nauticum*) che prevede forme di prestito per il commercio marittimo con particolare accollo dei rischi, o la regolamentazione dei pericoli del trasporto commerciale stabilito dalla *lex Rhodia de iactu*³⁵.

³³ R. LEVRERO, *Mercati, prezzi e legislazione* cit., p. 10.

³⁴ Così A. BISCARDI, *Diritto greco antico*, Milano 1982, p. 11.

³⁵ Alcuni riflessioni di V. ARANGIO-RUIZ, *Corso di storia del diritto romano*, Napoli 1931, p. 121, mi sembrano sul punto particolarmente significative. Nel ricordare come i romani avessero accolto istituti già elaborati nel mondo greco, tra i quali proprio il *foenus nauticum* e *lex Rhodia de iactu*, lo studioso rilevava come la ricezione di simili situazioni fosse avvenuta secondo mezzi tecnici diversi da quelli greci. E in particolare a proposito della regolamentazione dei pericoli del trasporto commerciale commentava che i greci «partivano dall'idea di una comunione del rischio, per cui ogni commerciante che nel gettito avesse perduto più della sua quota poteva direttamente rivolgersi contro i colleghi favoriti dalla sorte; per i romani, invece il diritto al risarcimento è considerato come un elemento del contratto di trasporto (*locatio mercium vehendarum*), per cui i caricatori danneggiati hanno un'azione (*actio locati*) contro il capitano e questo ha a sua volta altra azione (*a. conducti*) contro i caricatori avvantaggiati».

Alla luce di quanto detto il discorso sul fenomeno commerciale romano assume un valore di tutto rilievo. Riprendendo le parole che Antonio Cantaro dedica ad illustrare le caratteristiche del mercato di oggi, con cui sono tracciate le linee di una “definizione” che sa travalicare spazi e tempi («... i mercati, almeno come noi li conosciamo nella nostra esperienza occidentale, sono certamente istituzioni sociali che hanno caratteristiche variabili nei vari contesti, ma anche istituzioni che presentano delle caratteristiche unitarie e trasversali: la tendenza al superamento dei limiti territoriali, all'internazionalizzazione, l'elaborazione di una propria etica fondata su rapporti di fiducia e affidamento reciproco, la capacità di auto-normarsi al di fuori della sfera di influenza del potere politico»), non si può non riconoscere le possibilità di riscontro in parte anche per il diritto, l'economia, il commercio di Roma, sotto diversi aspetti. Anzitutto nella valenza a superare i confini dei territori e addirittura i più rigorosi limiti della personalità del diritto, con mercati e contrattazioni che si spingono ben oltre la penisola italiana, nelle regioni dell'Africa per esempio, o verso Oriente; ma anche nell'elaborazione di un' “etica fondata su rapporti di fiducia e affidamento reciproco”; nella creazione di proprie regole, spesso valevoli in parallelo con le diverse regole del diritto civile; ed ancora nella capacità di riscattarsi da soggezioni politiche in nome di un concetto di *utilitas* che accanto ad una indiscussa valenza economica, acclude certamente un forte valore sociale³⁶.

4. Un esempio: il banco dell'*argentarius* nel mercato.

Sembra dunque delinearci, sullo sfondo di tali considerazioni, una prospettiva tesa ad evidenziare da un lato la ricchezza di contenuti e significati

³⁶ Come ha osservato M. NAVARRA, *Utilitas publica-utilitas singulorum tra IV e V sec. d.C. Alcune osservazioni*, in *SDHI* 63, 1997, p. 269 ss., il termine *utilitas* ben può rappresentare il concetto di “interesse”: si tratterebbe, spiega in altre parole la studiosa, di un «criterio concreto che meglio di ogni altro interpreta i bisogni reali», ivi, p. 277. In questo senso si spiegherebbe l'ampio utilizzo dell'*utilitas* da parte dei giuristi romani: la necessità di dare una soluzione a quei casi concreti non risolvibili applicando la regola generale avrebbe spinto i giuristi a motivare le loro decisioni *utilitatis causa*. «Nell' *utilitatis causa* può ... vedersi un segnale di dinamicità dell'ordinamento in cui non è escluso che soluzioni dal carattere eccezionale siano *ius*, seppur *controversum*, e possano divenire esse stesse *ius receptum*. A tal fine è però necessario che la soluzione oggetto dei dissensi superi il vaglio di utilità, attraverso il quale ne viene verificata la compatibilità, evidentemente non con la regola generale derogata ma con i valori dell'ordinamento, eminente tra i quali l'*utilitas*» (ID., *Ricerche sulla utilitas nel pensiero dei giuristi romani*, Torino 2002, p. 206).

del fenomeno commerciale dell'antica Roma, dall'altro la stretta connessione con il mercato di oggi.

Le tematiche che lo scenario del mercato (mercato e mercanti in Roma antica) ci viene a rappresentare è ricco di implicazioni, tutte importanti e significative, dalla questione della moneta e della regolamentazione dei prezzi, alla fiscalità, al valore pubblico del commercio, a temi più concreti come la regolamentazione degli spazi di mercato, gli *horrea*³⁷, le possibilità rappresentate dalla presenza di figure femminili nel commercio, le categorie commerciali, ecc.

Uno spazio tutto proprio assume, pure a margine del mercato, il banco dell'*argentarius*.

Ne è testimonianza il ricorrere della nomenclatura ispirata appunto all'*argentarius* e all'attività relativa nei luoghi archeologici di Roma (e, in genere, del mondo romano): basta pensare all'Arco degli argentari in Roma e alla dedica che gli *argentarii et negotiatores boarii huius loci*, banchieri e commercianti di buoi di questo luogo, vi fecero iscrivere in onore degli imperatori Augusti Settimio Severo e Caracalla, delle rispettive mogli Giulia Domna e Fulvia Plautilla, e del Cesare Geta³⁸.

L'attività degli *argentarii* a margine del mercato³⁹ è varia e di grande rilievo.

Cicerone, in *Verr.* 2.3.78.181, documenta una *permutatio*, cioè un cambio di moneta straniera con quella romana dietro il pagamento di un piccolo aggio (*collybus*) per il servizio reso⁴⁰. In un suo studio della fine dell'Ottocento

³⁷ Ne tratta, per esempio, R. LEVRERO, *Le principali merci* cit., in particolare "Infrastruttura per la conservazione e la commercializzazione dei prodotti: magazzini, mercati e negozi", p. 34 ss., dopo aver detto anche di "Anfore e altri contenitori da trasporto dei generi alimentari. Vino. Olio. Pesce. Carne, formaggi, ortaggi. Grano e cereali".

³⁸ Così come si deve ricordare la strada che collegava il Foro al Campo Marzio, chiamata *Clivus Argentarius* (ancorché specifica dottrina riporti questa denominazione al primo Medioevo, attestando invece per l'età più antica il nome di *Clivus Lautumiarum*: cfr. da ultimo F. COARELLI, *Rome and Environs: an archaeological guide*, Berkeley 2007, p. 105).

³⁹ Sia in senso proprio, sia in senso figurato. Non si parla qui del "semplice" *depositum*, cioè della detenzione e custodia di somme di denaro per conto di altri. L'*argentarius*, che aveva ricevuto il denaro in deposito, poteva essere "delegato" al pagamento per conto del cliente, nonché a tutta una serie di affari di speculazione dei quali tenevano registrazione nelle *tabulae* o *rationes*.

⁴⁰ Cic. in *Verr.* 2.3.78.181: ... *Ex omni pecunia quam aratoribus solvere debuisti certis nominibus deductiones fieri solebant, primum pro spectatione et collybo, deinde pro nescio quo cerario. Haec omnia, iudices, non rerum certarum, sed furtorum improbissimorum sunt vocabula. Nam collybus esse qui potest, cum utuntur omnes uno genere nummorum?* ...

Lucio Papa-D'Amico⁴¹, citando ancora Cicerone (Cic. *ad Att.* 12.24-27⁴², 15.15⁴³; *ad Fam.* 2.17⁴⁴, 3.5⁴⁵; *ad Quint. Frat.* 1.3⁴⁶; *pro Rabir.* 14⁴⁷) parla

⁴¹ L. PAPA-D'AMICO, *I titoli di credito, surrogati della moneta, formazione ed indole storico-giuridica (con documenti inediti)*, Catania 1886, p. 214.

⁴² Cic. *ad Att.* 12.24-27: 24. ... De Cicerone, tempus esse iam videtur. Sed quaero, quod illi opus erit Athenis, permutarine possit, an ipsi ferendum sit; de totaque re, quemadmodum, et quando placeat, velim consideres ... 25. Scripsit ad me diligenter Sicca de Silio seque ad te rem detulisse; quod tu idem scribis. Mibi et res et condicio placet sed ita ut numerato malim quam aestimatione ... Unde ergo numerato? HS DC exprimes ab Hermogene, cum praesertim necesse erit et domi video esse HS DC. Reliquae pecuniae vel usuram Silio pendemus, dum a Faberio vel cum aliquo qui Faberio debet repraesentabimus ... 26. Sicca, ut scribit, etiam si nihil confecerit cum A. Silio, tamen se scribit x Kal. esse venturum. tuis occupationibus ignosco eaeque mihi sunt notae. de voluntate tua ut simul simus vel studio potius et cupiditate non dubito ... 27. ... sed si perficitor de hortis Sili, hoc est si perficis (est enim totum positum in te), nihil est scilicet quod de Cottae cogitemus ...

⁴³ Cic. *ad Att.* 15.15: ... si L. Fadius aedilis petet, vel omnis reddito. Ego ad te alia epistula scripsi <de> HS C_X_ quae Statio curarentur. si ergo petet Fadius, ei volo reddi, praeter Fadum nemini. apud me item puto depositum id scripsi ad Erotem ut redderet ... qua re velim cures (nec tibi essem molestus, si per alium hoc agere possem) ut permutetur Athenas quod sit in annum sumptum ei. Scilicet Eros numerabit. Eius rei causa Tironem misi ...

⁴⁴ Cic. *ad Fam.* 2.17: ... Laodiceae me praedes accepturum arbitror omnis pecuniae publicae, ut et mihi et populo cautum sit sine vecturae periculo. Quod scribis ad me de drachmum CCClccc, nihil est quod in isto genere cuiquam possim commodare. Omnis enim pecunia ita tractatur ut praeda a praefectis, quae autem mihi attributa est a quaestore curetur ... Petis a me ut Bibulo te quam diligentissime commendem ... Nam ad senatum quas Bibulus litteras misit, in iis, quod mihi cum illo erat commune sibi soli attribuit; se ait curasse ut cum quaestu populi pecunia permutaretur ...

⁴⁵ Cic. *ad Fam.* 3.5: Tralles veni a. d. VI. Kal. Sextilis. Ibi mihi praesto fuit L. Lucillius cum litteris mandatisque tuis ... Quod itinerum meorum ratio te nonnullam in dubitationem videtur adducere, visurusne me sis in provincia, ea res sic se habet: Brundisii cum loquerer cum Phania, liberto tuo, veni in eum sermonem, ut dicerem me libenter ad eam partem provinciae primum esse venturum, quo to maxime velle arbitretur; tunc mihi ille dixit, quod classe tu velles decedere, per fore accommodatum tibi, si ad illam maritimam partem provinciae navibus accessissem; dixi me esse facturum, itaque fecissem, nisi mihi L. Clodius noster Corcyrae dixisset minime id esse faciendum; te Laodiceae fore ad meum adventum: erat id mihi multo brevius multoque commodius, cum praesertim te ita malle arbitrarer; tua ratio postea est commutata. Nunc quid fieri possit, tu facillime statues; ego tibi meum consilium exponam: pr. Kalendas Sextiles puto me Laodiceae fore; perpaucos dies, dum pecunia accipitur, quae mihi ex publica permutatione debetur, commorabor; deinde iter faciam ad exercitum, ut circiter Idus Sextiles putem me ad Iconium fore ...

⁴⁶ Cic. *ad Quint. Frat.* 1.3: ... Quare quid ad me scripsisti de permutatione? quasi vero nunc me non tuae facultates sustineant, qua in re ipsa video miser et sentio quid sceleris admiserim, cum de visceribus tuis et filii tui satisfactorius sis quibus debes, ego acceptam ex aerario pecuniam tuo nomine frustra dissiparim. Sed tamen et inde Antonio, quantum tu scripseras, et Caepioni tantundem solutum est: mihi ad id, quod cogito, hoc, quod habeo, satis est; sive enim restituimur sive desperamus, nihil amplius opus est. Tu, si forte quid erit molestiae, te ad Crassum et ad Calidum conferas censeo: quantum Hortensio credendum sit, nescio ...

⁴⁷ Cic. *pro Rabir.* 14: ... qui vero duo lauta et copiosa patrimonialia accepisset remque

della possibilità, tramite *argentarius*, di trasferire somme di denaro da un debitore romano ad un creditore greco, ad Atene, presso un banchiere greco, come attestato anche nella *pro Quinctio* di Cicerone (Cic. *pro Quinct.* 4)⁴⁸; e questa operazione implicava necessariamente che il banchiere in Roma fosse informato sul valore corrente delle monete in luoghi e tempi diversi. Inoltre l'*argentarius* viene a svolgere una spesso essenziale attività di intermediazione per vendite o acquisti (si veda per esempio D. 5.3.18, ma anche D. 40.7.40.8; D. 41.4.2.8; D. 44.4.5.4; D. 46.3.88). E ancora sia le fonti letterarie (ancora Cicerone, Cic. *pro Caec.* 16-17⁴⁹; e Quintiliano, *inst. or.* 11.2.24⁵⁰) sia le fonti giuridiche ce lo descrivono nell'atto di partecipare ad aste pubbliche dove gli *argentarii* erano quasi sempre presenti in persona o tramite i loro *coactores* col compito di registrare gli articoli venduti, i prezzi e gli acquirenti.

E un ruolo importante e specifico vennero ad assumere nell'ambito della monetazione. Per esempio quando Marco Gratidiano, per rimediare alle incertezze valutarie determinate dalle continue oscillazioni del valore reale della moneta anche a causa delle falsificazioni della stessa, provvide ad una riforma monetaria che fissava in modo inalterabile il valore del mezzo di scambio «istituendo uffici statali di verifica e concedendo un'azione penale privata contro gli spacciatori di moneta falsa» (l'azione di Marco Gratidiano si colloca nell'anno 85 a.C.)⁵¹.

praeterea bonis et honestis rationibus auxisset, quid esset tandem causae cur existimari vellet nihil habere? ... At permutata aliquando pecunia est, delatae naves Postumi Puteolos sunt, audita visaeque merces. fallaces quidem et fucosae <e> chartis et linteis et vitro; quibus cum multae naves refertae fuissent, naulum non potuit parari ...

⁴⁸ Cic. *pro Quinct.* 4: ... *Cum pecuniam C. Quinctius P. Scapulae debuisset, per te, C. Aquili, decedit P. Quinctius, quid liberis eius dissolveret. Hoc eo per te agebatur, quod propter aerariam rationem non satis erat in tabulis inspexisse, quantum deberetur, nisi ad Castoris quaesisses, quantum solveretur ...*

⁴⁹ Cic. *pro Caec.* 16-17: 16. ... *Aebutio negotium datur. Adest ad tabulam, licetur Aebutius; deterrentur emptores multi partim gratia Caesenniae, partim etiam pretio. Fundus addicitur Aebutio; pecuniam argentario promittit Aebutius ... 17. Hac emptione facta pecunia solvitur a Caesennia; cuius rei putat iste rationem reddi non posse quod ipse tabulas averterit; se autem habere argentarii tabulas in quibus sibi expensa pecunia lata sit acceptaque relata. Quasi id aliter fieri oportuerit ...*

⁵⁰ Quint. *inst. or.* 11.2.24: *Et forsitan hoc sunt adiuti qui auctione dimissa quid cuique vendidissent testibus argentariorum tabulis reddiderunt, quod praestitisse Q. Hortensium dicunt ...*

⁵¹ B. SANTALUCIA, *Altri studi di diritto penale romano*, Padova 2010, p. 56, parla di una *questio de falsis (testamentaria nummaria)*, istituita da Silla per perseguire talune ipotesi di falsificazione nummaria: «adulterazione dell'oro in barre, fabbricazione di monete false d'ar-

Simmaco (*Rel.* 29)⁵² e Procopio (*Anecd.* 25.1-26)⁵³ riferiscono che in epoca imperiale veniva affidata agli argentari la *venditio solidorum*, cioè l'obbligo di acquistare denaro appena coniato per farlo rapidamente circolare.

5. L'obbligo di *edere rationes*.

Questo riassunto della figura e del ruolo del banchiere in Roma è certamente troppo ristretto, e inadeguato, e incompleto⁵⁴, ma comunque sempre ricco di nuove sollecitazioni e suggestioni.

gento, spaccio doloso di monete di stagno o di piombo in luogo di monete genuine d'argento». In argomento, tra gli altri, già E. LO CASCIO, *Carbone, Druso e Gratidiano: la gestione della 'res nummaria' a Roma tra la 'lex Papiria' e la 'lex Cornelia'*, in *Athenaeum* 57, 1979, p. 215 ss. e lo stesso B. SANTALUCIA, *La legislazione sillana in materia di falso nummario*, in *Studi di diritto penale*, Roma 1994, p. 77 ss.

⁵² Symm. *Rel.* 29: *Vendendis solidis, quos plerumque publicus usus exposcit collectarium corpus obnoxium est, quibus arca vinaria statutum pretium subministrat. Huic hominum generi taxationis exiguae vilitate nutanti divus frater Numinis Vestri tantum pro singulis solidis statuit conferendum, quantum aequitas illius temporis postulabat, Domine Imperator Valentiniane inclyte, victor ac triumphator semper Auguste. Sed paulatim auri enormitate crescente vis remedii divalis infracta est et, cum in foro venalium rerum maiore summa solidus censeatur, nummulariis pretia minora penduntur ...*

⁵³ Proc. *Anecd.* 25.1-26: ... ἄπερ δὲ αὐτῷ ἐς ἐμπόρους τε καὶ ναύτας καὶ βαναύσους καὶ ἀγοραίους ἀνθρώπους, δι' αὐτῶν τε καὶ ἐς τοὺς ἄλλους ἀπαντας εἰργασταί, φράσων ἐρχομαι ... ἃ δὲ καὶ ἐς τὰ κέρματα τοῖς βασιλεῦσιν εἰργασταί οὐ μοι παριτέον οἶομαι εἶναι. τῶν γὰρ ἀργυραμοιβῶν πρότερον δέκα καὶ διακοσίους ὀβολούς, οὓς φύλλεις καλοῦσιν, ὑπὲρ ἐνὸς στρατῆρος χρυσοῦ προϊσθαι τοῖς ξυμβάλλουσιν εἰωθότων, αὐτοὶ ἐπιτεχνώμενοι κέρδη οἰκεῖα ὀγδοήκοντα καὶ ἑκατὸν μόνους ὑπὲρ τοῦ στατήρος δίδοσθαι τοὺς ὀβολοὺς διετάξαντο ... Ἐπεὶ δὲ οἱ βασιλεῖς οὗτοι τῶν ὀνίων τὰ πλεῖστα εἰς τὰ καλούμενα περιστήσαντες μονοπάγια, τοὺς τι ὠνήσασθαι βουλομένους ἀεὶ καθ' ἑκάστην ἀπέπνιγον, μόνα δὲ αὐτοῖς ἀνέφαπτα τὰ τῆς ἐσθῆτος ἐλέλειπτο πωλητήρια, μηχανῶνται καὶ ἄμφ' αὐτοῖς τάδε ...

⁵⁴ Su tutto si vedano, sempre fondamentali, gli studi di A. PETRUCCI, su cui *supra*, p. 11, nt. 10; si aggiungano, sempre dello stesso studioso, *Qualche riflessione sulla possibile configurazione di un 'diritto bancario' romano nell'età commerciale (età del III secolo a.C. - età del III secolo d. C.)*, in *Studi senesi* 15, 2005, p. 71 ss.; *Riesame del ruolo dei banchieri nelle auctiones private nel diritto classico romano*, in K. VERBOVEN, K. VANDORPE, V. CHANKOWSKI (a cura di), *Pistoi dià tèn technén. Bankers, Loans and Archives in the Ancient World*, Leuven 2008, p. 277 ss.; nonché i lavori di J. ANDREAU, *Histoire des métiers bancaires et évolution économique*, in *Opus* 3, 1984, p. 99 ss.; *Enrichissement et hiérarchies sociales: l'exemple des manieurs d'argent*, in *Index* 13, 1985, p. 529 ss.; *La Vie financière dans le monde romain: les métiers de manieurs d'argent (IVe siècle av. J.-C. - IIIe siècle ap. J.-C.)*, Roma 1987; *Les comptes bancaires en nature*, in *Index* 15, 1987, p. 413 ss.; *Banque et affaires dans le monde romain, IVe siècle av. J.C. - III siècle ap. J.C.*, Paris 2001; e le pagine

Basti, per fare un esempio, relativamente all'obbligo di esibizione dei conti da parte dell'*argentarius*, la lettura di D. 2.13.4.2-3 in cui in ultima analisi viene rappresentato il conflitto fra la tutela delle esigenze del commercio (che sono le esigenze di segretezza e riservatezza del banchiere) e la tutela del privato che chiede l'esibizione di particolari prove certe a conferma di un suo diritto:

D. 2.13.4.2 (Ulp. 4 *ad ed.*): Sed et filius familias continetur his verbis, ut vel ipse cogatur edere: an et pater, quaeritur. Labeo scribit patrem non cogendum, nisi sciente eo argentaria exercetur: sed recte Sabinus respondit tunc id admittendum, cum patri quaestum refert⁵⁵.

Il testo riporta il problema del *filius* (e poi del *servus*) che esercita attività di impresa bancaria.

Il problema parte da una disposizione di carattere generale. Dice l'editto del pretore che *argentariae mensae exercitores rationem, quae ad se pertinet, edent adiuncto die et consule* (D. 2.13.4 pr., Ulp. 4 *ad ed.*), che "coloro che esercitano attività bancaria esibiscano i loro conti con le rispettive date", e Ulpiano spiega la *ratio* di questo con un richiamo all'equità, dal momento che i banchieri confezionano i conti dei singoli clienti per i clienti, e, dunque, come *instrumentum* del cliente stesso: *huius edicti ratio aequissima est: nam cum singulorum rationes argentarii conficiant, aequum fuit id quod mei causa confecit meum quodammodo instrumentum mihi edi*.

Pertanto il figlio che eserciti una *mensa argentaria* ha l'obbligo di esibire i conti. E, poiché secondo i principi dell'equità pretoria che regola la re-

di G. MASELLI, 'Argentaria'. *Banche e banchieri nella Roma repubblicana*, Bari 1986; G. LUCHETTI, *Banche, banchieri e contratti bancari nella legislazione giustiniana*, in *BIRD* 94-95, 1991-92, p. 449 ss.; F. FASOLINO, *Sulle tecniche negoziali bancarie: il "receptum argentarii"*, in *Labeo* 46, 2000, p. 169 ss.; C. HOWGEGO, *The supply and use of money in the Rom. world*, 200 b.C. – a.D. 300, in *JRS* 82, 1992, p. 1 ss.; F. GIMÉNEZ BARRIOCANAL, *La actividad económica en el Derecho Romano. Análisis Contable*, Madrid 2003; M. BIANCHINI, *Attività commerciali fra privato e pubblico in età imperiale*, in *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di L. Labruna* 1, Napoli 2007, p. 423 ss.

⁵⁵ Sul passo A. PETRUCCI, *Mensam exercere cit.*, p. 161 ss.; ID., *Profili giuridici delle attività cit.*, p. 119; *L'organizzazione delle imprese bancarie alla luce della giurisprudenza romana del Principato*, in *Credito e moneta nel mondo romano. Atti degli Incontri capresi di storia dell'economia antica* (Capri, 12-14 ottobre 2000), a cura di Elio Lo Cascio, Bari 2003, p. 114; G. COPPOLA BISAZZA, *Dallo iussum domini alla contemplatio domini. Contributo allo studio della storia della rappresentanza*, Milano 2008, p. 129 ss.; I. PORTONIERO, *Il terzo libro del commentario di Paolo ad edictum. Parte prima*, Milano 2016, p. 75 ss.

sponsabilità adiettizia gli obblighi del sottoposto si traspongono sull'avente potestà, anche il *pater* di lui ha lo stesso obbligo⁵⁶.

La dottrina che si è occupata del passo non si è soffermata in particolare sulle implicazioni che possono derivare dalla complementarità e/o concorrenzialità di tali obblighi (che è a dire, forse, sui motivi più profondi dei dubbi contrapposti di Labeone e Sabino). In pratica ci si deve chiedere quali conti debbano essere esibiti. E quando.

La responsabilità per l'esibizione dei conti è una responsabilità distinta dalla responsabilità generica imprenditoriale, ha una sua giustificazione, ha una sua vita e una sua storia. I giuristi romani la riconoscono soltanto in capo all'esercente una *mensa argentaria* (D. 2.13.10 pr.-1, Gai.1 *ad ed. prov.*: *Argentarius rationes edere iubetur: nec interest cum ipso argentario controversia sit an cum alio. Ideo autem argentarios tantum neque alios ullos absimiles eis edere rationes cogit, quia officium eorum atque ministerium publicam habet causam et haec principalis eorum opera est, ut actus sui rationes diligenter conficiant*), e ne trattano distintamente, talché c'è da chiedersi se, nel caso (esemplificato da Ulpiano, e prima di lui da Labeone e Sabino) di attività bancaria esercitata tramite un figlio preposto, o uno schiavo, essa gravi sull'avente potestà con esiti differenti rispetto alla responsabilità (adiettizia) per i negozi bancari compiuti dal figlio o servo.

Parallela alla riflessione, suggerita da Gaio, circa le motivazioni che rendono speciale l'*editio rationum* dell'*argentarius*, e ne limitano l'obbligatorietà a lui solo fra tutte le categorie socio-economiche del mondo romano, si presenta quella relativa agli aspetti negativi che tale *editio* comporta per chi la deve effettuare.

Se la *mensa argentaria* non ha dei conti propri, giuridicamente propri (ancorché sia logico e presumibile che l'*argentarius* abbia comunque effettuato delle registrazioni separate), in una eventuale lite che veda coinvolto l'*argentarius* questi dovrà esibire quelle *tabulae* o quei *codices* o in ogni caso quei documenti in cui accanto alla registrazione degli affari del cliente risultano anche le registrazioni dei suoi propri affari e conti, dovrà esibire cioè i suoi conti personali, riguardino o meno quella attività bancaria, venendo a documentare così indirettamente anche la sua propria sfera economica, considerata nel suo complesso. E se lui stesso è parte nel processo, attore o convenuto, quella esibizione, quei conti, stanno a garanzia della solvibi-

⁵⁶ C'è da chiedersi a questo punto: se si trattasse di una persona libera ugualmente preposta all'impresa bancaria (*potest enim* come dice D. 2.13.4.3) avrebbe il preponente lo stesso obbligo di *edere rationes*?

lità della sua attività nei confronti degli impegni assunti. L'editto parla di *ratio, quae ad se pertinet*, e, sommessamente, questa pertinenza, non può significare soltanto detenzione di carte che riguardano altri, ma un qualche coinvolgimento dello stesso banchiere – come è logico – in quelle carte⁵⁷.

E se il processo non vede lo stesso banchiere come parte processuale la perplessità è ben più motivata⁵⁸.

Nel caso di specie, essendo un *filius* l'argentario di cui tratta il testo, la sua sfera economica non sarà forse particolarmente ricca e complessa: e pur tuttavia, essendo un figlio, con i suoi conti personali coinvolge necessariamente la sfera economico-patrimoniale del padre. Di qui la prima precisazione del giurista romano, *et filius familias continetur his verbis, ut vel ipse cogatur edere*, nata forse dall'esigenza di rispondere alle perplessità che potevano sorgere al riguardo, da un lato a causa della incapacità del figlio, dall'altro per tutelare la posizione del padre.

Ma quando poi si passi ad affermare l'obbligo di esibizione del *pater* stesso i dubbi si fanno più gravi. Quali conti deve esibire il *pater*? A quali conti si riferiscono Labeone e Sabino, l'uno per negare un obbligo di esibizione, l'altro per affermarlo, sia pure a certe condizioni?

I dubbi dei due giuristi augustei relativamente al *pater* non riguardano i conti del figlio che ha esercitato la *mensa argentaria* e che comprendono le

⁵⁷ Poco più oltre lo stesso Ulpiano ritiene di dover chiarire che *unde apparet ita demum tenere hoc edictum, si ad eum pertineat. Pertinere autem videtur ad me ratio, si modo eam tractaveris me mandante. Sed si procurator meus absente me mandaverit, an mihi edenda sit, quasi ad me pertineat? Et magis est ut edatur. Procuratori quoque meo edendam rationem, quam mecum habet, non dubito, quasi ad eum pertineat: et cauturum de rato, si mandatum ei non sit* (D. 2.13.6, Ulp. 4 ad ed.); e ancora Paolo (D. 2.13.9.4, Paul. 3 ad ed.) precisa che *Ad nos enim pertinet non tantum cum ipsi contraximus vel successimus ei qui contraxit, sed etiam si is qui in nostra potestate est contraxit*.

⁵⁸ Basta considerare quanto dice Gaio in D. 2.13.10 pr.-2 (Gai. 1 ad ed. prov.) circa l'esigenza di completezza e di intelligibilità delle *rationes* prodotte: *Argentarius rationes edere iubetur: nec interest cum ipso argentario controversia sit an cum alio. [...] 2. Edi autem ratio ita intellegitur, si a capite edatur, nam ratio nisi a capite inspiciatur, intellegi non potest: scilicet ut non totum cuique codicem rationum totasque membranas inspiciendi describendique potestas fiat, sed ut ea sola pars rationum, quae ad instruendum aliquem pertineat, inspiciatur et describatur*. Non si nascondono, tra i giuristi, gli aspetti negativi di quest'obbligo, tant'è che lo stesso Gaio tiene a precisare i motivi per cui si impone quest'obbligo grave, e, conseguentemente, i motivi per cui questo obbligo è imposto soltanto alla categoria economico-sociale dei banchieri: *Ideo autem argentarios tantum neque alios ullos absimiles eis edere rationes cogit, quia officium eorum atque ministerium publicam habet causam et haec principalis eorum opera est, ut actus sui rationes diligenter conficiant* (D. 2.13.10.1). Ed è forse per questo motivo che l'esibizione dei conti viene così minuziosamente disciplinata, come dimostra la gran parte del titolo D. 2.13, *de edendo*.

registrazioni degli affari della banca magari unitamente a registrazioni personali del figlio stesso. L'interpretazione dell'editto di cui alla prima frase del passo già impone pacificamente (si tratta soltanto di esplicitarlo) che il figlio debba esibire: e questo vuoi che lui stesso sia parte dell'azione, chiamato personalmente a rispondere del suo operato da un qualche cliente, vuoi che coinvolto nel processo in sede adiettizia sia il padre del banchiere, vuoi che la lite si svolga fra due soggetti altri e che l'esibizione dei conti della banca serva a chiarire i reciproci rapporti fra i due⁵⁹. L'obbligo di esibizione risponde in ogni caso ad una esigenza di chiarezza nello svolgimento del processo, e, fondamentalmente, serve al vantaggio di chi la richiede; tant'è che nel caso di inottemperanza (ovvero anche – si può aggiungere – nel caso di falsa esibizione) il pretore concede un'azione *in factum*⁶⁰, e si potrebbe forse parlare di un obbligo *de calumnia*⁶¹.

L'obbligo di esibizione del *pater* dovrebbe riguardare – riterrei – gli stessi conti detenuti dal padre, dai quali apparirà comunque, in parte, anche quello che compone la sua sfera economica e patrimoniale: poiché, anche se non vi compariranno le registrazioni direttamente riguardanti l'attività bancaria (che sono conti separati che attengono al figlio), tuttavia in quanto referente, perché avente potestà sul figlio, a lui come tale pervengono in ultima analisi i risultati attivi (e passivi) dell'esercizio della *mensa argentaria*.

Perciò Labeone ne restringe la responsabilità dicendo che *patrem non cogendum, nisi sciente eo argentaria exercetur*. Perciò Sabino replica, a maggior tutela, che *tunc id admittendum, cum patri quaestum refert*. E cioè, relativamente all'*editio* delle *rationes* Labeone richiede che il padre fosse anche soltanto consapevole dell'attività esercitata dal figlio per considerarlo di conseguenza obbligato all'esibizione, Sabino invece, a sua maggior tutela, vuole che ne abbia tratto un guadagno.

Ora, come è stato proposto, è bene collegare al paragrafo sopra riportato del passo ulpiano, anche l'inizio del successivo paragrafo 3 che prende in considerazione l'ipotesi in cui la *mensa argentaria* sia tenuta da un servo:

⁵⁹ Cfr. D. 2.13.10 pr. (Gaius 1 *ad ed. prov.*): *Argentarius rationes edere iubetur: nec interest cum ipso argentario controversia sit an cum alio*.

⁶⁰ Cfr. A.M. GIOMARO, *Actio in factum* cit.

⁶¹ Così I.G. CAMINAS, *El iusiurandum calumniae en la editio actionis y en la editio rationum del argentarius*, in *Anuario da Faculdade de Dereito* 8, 2004, p. 369 ss., che peraltro all'*editio rationum* dedica solo qualche accenno come un atto processuale che permette di acquisire importanti mezzi di prova, e da valutarsi «como recurso para evitar la calumnia del demandado». Il suo pensiero si correla a quello di A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *La previa información del adversario en el proceso privado romano*, Pamplona 1969, p. 23 ss.

D. 2.13.4.3 (Ulp. 4 *ad ed.*): Sed si servus argentariam faciat (potest enim), si quidem voluntate domini fecerit, compellendum dominum edere ac perinde in eum dandum est iudicium, ac si ipse fecisset. 4. Sed si inscio domino fecit, satis esse dominum iurare eas se rationes non habere: si servus peculiarem faciat argentariam, dominus de peculio vel de in rem verso tenetur: sed si dominus habet rationes nec edit, in solidum tenetur⁶².

In definitiva, relativamente all'*editio rationum* descritta da Ulpiano, in un passo non privo di difficoltà di lettura⁶³, si devono rappresentare diversamente il caso del figlio e quello del servo, secondo due/tre ipotesi:

a) la *mensa argentaria* esercitata da un figlio, ipotesi nella quale nel caso di consapevolezza del padre (e si dovrebbe intendere sia che abbia voluto – si può dire con Giovanna Coppola Bisazza⁶⁴: che ne avesse espresso relativo *iussum* –, sia che avesse solo la mera conoscenza dell'attività del figlio) si deve registrare la disputa fra Labeone e Sabino; mentre

⁶² Scrive G. COPPOLA BISAZZA, *Dallo iussum domini cit.*, p. 129 ss., nt. 76, a proposito di D. 2.13.4.4: «... In questa parte del passo ... il giurista precisa che il servo può esercitare l'attività di "agente bancario", diremmo noi oggi [si noti il *potest enim* che non a torto si è dubitato essere di origine glossematica] ..., non solo per volere del *dominus*, ma anche di sua iniziativa, come emerge dalla precisazione ulpiana secondo cui, se il servo *peculiarem faciat argentarium*, il *dominus* sarà tenuto semplicemente nei limiti del *peculium* o dell'arricchimento, e quindi con le relative *actiones de peculio* e *de in rem verso*, salvo che abbia *rationes nec edit*: cioè se il padrone è in possesso della contabilità e non la produce, come avrebbe dovuto, rispettando il dettato edittale, la sua responsabilità sarà equivalente al caso esposto prima, e cioè all'ipotesi in cui l'attività in questione sia espletata per volontà del *dominus*; in tal caso, appunto, in *solidum tenetur* ... ».

⁶³ Ne dà conto la stessa G. COPPOLA BISAZZA, *ivi*, p. 131, nt. 79: «... le ipotesi prospettate da Ulpiano sono le seguenti: a) che sia il figlio ad esercitare l'attività di banchiere, nel qual caso se la esercita all'insaputa del genitore su quest'ultimo non graverà alcuna responsabilità, mentre se la esercita *sciente eo*, Labeone ammetteva un coinvolgimento del *pater* in ogni caso, di contro a Sabino che invece ne limitava la responsabilità all'eventuale guadagno ottenuto dal genitore; b) che sia lo schiavo ad esercitarla: in questa ipotesi alla *scientia* (che a nostro avviso finisce per comprendere anche la *voluntas*) Ulpiano sostituisce la *voluntas*, prende cioè in considerazione soprattutto il caso di una eventuale *praepositio* dello schiavo da parte del padrone, che automaticamente comporta un obbligo di quest'ultimo di produrre *rationes*, a differenza dell'ipotesi in cui ancora una volta egli sia *inscius*, con conseguente esonero di responsabilità per mancata *editio*, e sempre che il *dominus* giuri di non avere presso di sé i documenti contabili. Una considerazione particolare è infine riservata alla *peculiaris argentaria*, per la quale il *dominus* sarà tenuto *de peculio* o *de in rem verso*, a meno che non conservi le *rationes* omettendo di produrle, perché in tal caso la sua responsabilità sarà illimitata ...».

⁶⁴ *Ibidem*.

se era *inscius* non avrà alcuna responsabilità relativamente all'esibizione delle *rationes*⁶⁵;

b) *la mensa argentaria* esercitata da un servo, ipotesi relativamente alla quale il padrone che l'abbia voluta sarà obbligato all'esibizione dei conti (come se avesse lui stesso gestito la banca: come si deduce dal combinato fra *in eum dandum est iudicium, ac si ipse fecisset*, e la disposizione editale *argentariae mensae exercitores rationem, quae ad se pertinet, edent adiuncto die et consule*); mentre il padrone *inscius* non avrà alcuna responsabilità in ordine alle *rationes*, purché, però, giuri di non averle presso di sé;

c) infine, a corollario, di questa seconda ipotesi, il caso della *peculiaris argentaria* gestita dal servo: in questo caso l'eventuale possesso delle *rationes* e la loro mancata esibizione da parte del *dominus* comporterà un aggravamento della sua responsabilità per le *negotiationes* del servo che dovrà essere valutata *in solidum* e non più *de peculio vel de in rem verso*.

Tutto ciò porta necessariamente ad interrogarsi su un altro aspetto complementare, strettamente connesso a quelli fin qui posti in evidenza, e che coinvolge – si potrebbe dire – la differenza fra l'esito della responsabilità del *pater* o *dominus* per le *rationes* e, separatamente, per le contrattazioni. Sembrerebbe logico pensare che l'avente potestà, rispondendo per il negozio concluso, debba considerarsi parimenti tenuto all'obbligo di esibire i conti; eventualità questa che risulta però sfumata in quei casi in cui la responsabilità del *pater* o *dominus* per le *rationes* non coincide con quella per le contrattazioni.

È infatti noto che, per le regole della responsabilità adietizia, gli obblighi del sottoposto si trasferiscono sull'avente potestà, il quale attraverso le azioni introdotte dal pretore, è chiamato responsabile per le attività compiute dal figlio, o servo che sia, compreso – come si è visto – l'obbligo di esibire i conti. Tuttavia vi sono ipotesi in cui dalle fonti sembrerebbe emergere che il sottoposto risponda in forma separata e personale delle proprie contrattazioni, ipotesi queste che lascerebbero aperto l'interrogativo se comunque in capo all'avente potestà sussista l'obbligo di *edere rationes*⁶⁶.

⁶⁵ E neppure per il negozio, se personalmente coinvolto nella disputa.

⁶⁶ Sulle azioni adietizie cfr., per tutti, A. WACKE, *Alle origini della rappresentanza diretta: le azioni adietizie*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al prof. F. Gallo II*, Napoli 1997, p. 583 ss.; M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitates'*, Torino 2001; T.J. CHIUSI, *Die actio de in rem verso im römischen Recht*, München 2001. Sul funzionamento e sull'organizzazione dell'attività imprenditoriale attraverso un sottoposto cfr. tra gli altri A. DI PORTO, *Servus e libero strumenti dell'imprenditore romano*, in M. MARRONE (a cura di),

Un indizio potrebbe apparire anche dal passo citato per l'*editio rationum*, D. 2.13.4.3, Ulp. 4 *ad ed.*, che nella parte finale sembra riferirsi all'obbligo per le contrattazioni sul quale avrebbe influenza un differente (separato) obbligo di *edere rationes*: ... *si servus peculiarem faciat argentariam, dominus de peculio vel de in rem verso tenetur: sed si dominus habet rationes nec edit, in solidum tenetur*. Nel caso specifico, mentre per le attività negoziali l'azione concessa contro l'avente potestà è la normale azione *adiecticia de peculio* o *de in rem verso*, che limita la responsabilità all'ammontare del peculio o all'arricchimento, in ipotesi di mancata esibizione dei conti, invece, si parla di una responsabilità molto più ampia, per così dire totale, ovvero *in solidum*.

Stando alla lettura del testo ulpiano sembrerebbe che vi siano due distinte situazioni, due obblighi separati, l'uno per le contrattazioni, l'altro per l'*edere rationes*: ma il passo non dà conto ancora dell' "autonomia" di quest'ultimo obbligo, ovvero ancora delle conseguenze quando, per esempio, "*controversia sit ... cum alio*" (D. 2.13.10 pr., Gai. 1 *ad ed. prov.*). Si dovrebbe allora ipotizzare che se il *dominus* ha la contabilità e non la produce, sia tenuto verso l'*alius* per l'intero?

Si tratta di dinamiche e di rapporti giuridici che richiederebbero un apposito ed ulteriore approfondimento al fine di comprendere appieno la portata dell'editto *de edendo rationes* da parte degli *argentarii*, ma anche – e soprattutto – la complessità delle relazioni bancarie di Roma antica.

Imprenditorialità e diritto nell'esperienza storica, Palermo 1992, p. 246 ss. e A. PETRUCCI, *Servi imuberum esercenti attività imprenditoriali nella riflessione della giurisprudenza romana dell'età commerciale*, in *Societas-ius. Munuscula di allievi a F. Serrao*, Napoli 1999, p. 218 ss. (con ulteriore bibliografia).

IVAN CECCHINI *

*Dal deposito dell'ottimismo al leviatano, sine – cura.
Norme in materia di sicurezza urbana nonché a tutela
della sicurezza delle città e del decoro urbano*

ABSTRACT

- ✓ Il decreto legge 20 febbraio 2017 n. 14 “Disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle città”, convertito in legge 18 aprile 2017, che ha introdotto, per legge, la sicurezza urbana e la promozione della sicurezza integrata, interpella il politico, il giurista e l'operatore.
Il quadro normativo si caratterizza per molti problematici aspetti, tra i quali spicca la violazione del principio che i decreti legge debbano essere emanati nei casi straordinari di necessità ed urgenza, a fronte di una continua diminuzione della criminalità in Italia che ha toccato nell'anno in corso il suo minimo storico, l'enfasi sulla percezione della sicurezza e sull'utilizzo dell'armamentario delle ordinanze “legge ed ordine”, già censurato dalla Corte Costituzionale.
L'espansione pressoché illimitata del diritto punitivo amministrativo di ottocentesca memoria può arrecare gravi conseguenze a livello sociale, politico ed economico, rende opaca ed incerta l'attività degli Enti Locali, è in contrasto con il principio del pluralismo democratico, della razionalità dell'ordinamento, la capacità di produrre effetti socialmente utili per il singolo e la collettività.
La palese distorsione degli strumenti emergenziali promuove lo stato d'eccezione, la sospensione, fa saltare il riparto di competenze. Un leviatano che tende a produrre sicurezza non dei diritti universali, non sottoposti a limiti e restrizioni, ma della parte più numerosa ed attiva del popolo - la maggioranza, che può desiderare opprimere una propria parte.
L'articolo è un piccolo omaggio ad un grande Maestro, il prof. Massimo Pavarini.
- ✓ The Decree n°14, 20/2/2017, titled “Urgent measures in the field of urban security”, translated into a law on April 18 2017, aims to regulate urban security

* Responsabile dell'Osservatorio Provinciale di Rimini per la criminalità organizzata.

and to promote an integrate system of security. This law speaks to the politician, to the legal expert and to the practitioner.

This new law is characterized by many controversial issues. Among them, the first and more important is the violation of the principle that regulations by decree should be restricted only to urgent matters, whereas it is well known that crime, in Italy, is decreasing and it reached its lowest level this year. Secondly, the emphasis on citizens' perception of security and the implementation of a "law and order" set of measures, that in the past was already censored by the Constitutional Court.

The almost unlimited expansion of a nineteenth-century model of punitive administrative law can potentially provoke serious consequences at the social, political and economic level. It can also make the activity of local governments unclear and uncertain. Finally, it challenges the principles of democratic pluralism, of rationality of the whole system, and the capacity to produce socially useful consequences for the individual and the community.

The clear distortion of the emergency instruments promotes exceptions to and suspension of the rules of law, and undermines the partition of competencies. This law represents a "Leviathan" that seems to promote the security not of the universal rights, but of the bigger and more active section of the population, the majority, that can desire to oppress a part of itself.

This article is a small homage to a great master, professor Massimo Pavarini.

IVAN CECCHINI

DAL DEPOSITO DELL'OTTIMISMO AL LEVIATANO, SINE-CURA

NORME IN MATERIA DI SICUREZZA URBANA
NONCHÉ A TUTELA DELLA SICUREZZA DELLE CITTÀ
E DEL DECORO URBANO

*Preferisco di no?
Come sarebbe a dire?
Cosa vi prende?
Voglio che mi aiutate a esaminare
codesto foglio, prendetelo.
Avrei preferenza di no.*

(Herman Melville, 1856, Trad. di Gianni Celati)

Dal latino *sine cura* o *se-curitas*, senza preoccupazione, la sicurezza è lo stato d'animo e la condizione derivante dalla consapevolezza pubblica o privata che l'evoluzione di un sistema o l'azione di un singolo non provocheranno danni, è il governo delle tensioni che proiettano un'ombra nel sociale, che fanno affiorare inquietudini che chiedono di essere sedate.

Questa consapevolezza viene messa in difficoltà tutte le volte in cui veniamo sorpresi da gesti di protervia o di vigliacca aggressione, come sempre più sta capitando a opera di fanatici violenti.

Si registrano così paura e insicurezza giustificate, ma non sempre del tutto condivisibili.

Se paura, dolore e rabbia orientano le politiche criminali si favoriscono le paure stesse, assegnando loro una piega distruttiva, anti istituzionale, degenerativa sul piano dei diritti e dei legami sociali¹.

La paura e il senso di insicurezza non si superano demonizzando, delegittimando, opponendo violenza a violenza².

La criminologia critica insegna che proprio sullo spazio che una società

¹ A. CERETTI, R. CORNELLI, *Oltre la paura, cinque riflessioni su criminalità, società e polizia*, Feltrinelli, Milano 2013, p. 13: «Siamo qui lontani da quella cultura che ha edificato la modernità, le sue istituzioni e il suo progetto politico e che ha conferito un posto fondante alla paura della violenza».

² N. GALANTINO, *Tra garantismo e tolleranza, abitare le parole*, 7 agosto 2016, in <https://www.nunziogalantino.it/tra-garantismo-e-tolleranza>.

lascia alla devianza, oltretutto sulle forme, autoritarie o meno, repressive o meno, si misura la distanza fra i diversi tipi di società³.

La gestione dell'insicurezza non può attivare ingiustificati processi di esclusione sociale⁴. Sono le mura delle città medioevali che testimoniano al meglio la distanza fra società dell'esclusione e quelle dell'inclusione. Gli affreschi del palazzo Pubblico di Siena, ci parlano di una città felice e prospera perché ben governata.

Le mura diventano il simbolo stesso della città e appare, è il secolo undicesimo, il termine paradiso che in iraniano antico significo giardino chiuso e protetto da mura⁵.

La felicità non è data dalle virtù innate dei luoghi o dei cittadini, ma dalla qualità delle leggi e dei governanti. Su questa città ben governata vola l'angelo della sicurezza, *Securitas*, che porta un cartiglio su cui è scritto: *Senza paura ognuom franco camini*.

La più importante qualità di una città felice è, dunque, la tranquillità della sua gente, la tranquillità è tra i fini principali dei governanti.

Un maestro del teatro contemporaneo, con una raffinatissima composizione di immagini, c'indica la via: tenersi fuori senza lasciarsi isolare. La materializzazione di questo modo di pensare è un giardino – arboreto – curato ed incolto, di meli, susini e peri; i frutti della Bibbia, dell'esilio di Brecht e dei quadri di Magritte⁶.

³ A. BARATTA, *Introduzione alla sociologia giuridico penale, criminologia critica e critica del diritto penale*, Dispense del ciclo di lezioni tenute alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bologna, Bologna 1980, p. 209: «Quanto più una società è diseguale, tanto più essa ha bisogno di un sistema di controllo sociale della devianza di tipo repressivo».

⁴ M. PAVARINI, *L'aria delle città rende (ancora) liberi? Dieci anni di politiche locali di sicurezza* in ID. (a cura di) *L'amministrazione locale della paura, ricerche tematiche sulle politiche di sicurezza urbana in Italia*, Carocci, Roma 2006, p. 34: «Da un punto di vista esterno, ci ricorda il grande antropologo Lévi – Strauss, le società sembrano atteggiarsi in due modi opposti di fronte a chi è avvertito pericoloso: o, sviluppando un atteggiamento cannibalesco, cercano di fagocitare chi è percepito in termini di ostilità, nella speranza così di neutralizzarne la pericolosità attraverso l'inclusione nel corpo sociale; o esasperando le pratiche di vero e proprio rifiuto 'atropemico', vomitando al di fuori di sé tutto ciò che è socialmente avvertito come estraneo».

⁵ G. AMENDOLA, *Senza paura ognuom franco camini. La città del buon governo e la vita quotidiana*, in Associazione Amapola (a cura di) *Atti del Convegno Regioni, Province e Comuni: Quale ruolo nelle politiche integrate di sicurezza urbana?* (Torino 1 giugno 2007), Regione Piemonte Assessorato alla Polizia Locale, Torino 2007, p. 11.

⁶ E. BARBA, *Prediche dal giardino*, l'Arboreto, Mondaino 2010, p. 15. Lo studio racchiude i discorsi per il conferimento di lauree e dottorati *honoris causa*, con intensità e talento interpellare il buon governo: «L'onore di un artigiano del teatro si fonda sui 'no' che riesce a

Ma che cos'è la politica della cittadinanza? Il progetto viene espresso dai filosofi con una formula semplice ed elementare: una vita buona. Solo nella *polis*, nella cittadinanza come professione politica, è possibile costruire le condizioni morali, economiche e culturali per vivere bene: non c'è felicità per l'individuo fuori dalla *polis*.

Il fondamento della giustizia che imprime al progetto la direzione giusta, si trova nei diritti umani consacrati dalle convenzioni di diritto internazionale e nei diritti fondamentali riconosciuti dalle costituzioni degli Stati di diritto⁷.

Se al deposito dell'ottimismo e dell'amore divino si arriva sotto la guida di Platone e dei suoi discepoli più lontani dalla materia, come aprire la cornucopia di tutti i mali del mondo? Come sapere chi li muove e da quando?⁸.

Il male ha spesso la meglio, ce ne accorgiamo, purtroppo, tutti.

Le pietre d'inciampo dell'ottimismo affiorano: ombre spesse come un sudario, demoni che latrano più rabbiosi dei cani.

Si tratta di una apparente simmetria fra bene e male, il bene trionfa, forse, ma il male viene prima è il fatto o l'antefatto dell'essere. Il *secretum* dei segreti, ovvero il male primordiale dei mistici ebraici, compongono una (attuale) visione distopica della *polis* nella Atene del V secolo a.C.

Lo stesso che troviamo nella narrazione dell'indemoniato geraseno, dove sono concentrati l'insieme dei numerosi spiriti negativi. Rappresenta il reietto non solo tollerato ma desiderato e custodito, come uno di cui le genti sentono il bisogno. Quando viene liberato dal male, la popolazione ne è sgomenta, come se fosse venuta meno una assicurazione di cui avevano bisogno⁹.

tradurre in azione non solo con gli spettacoli, ma con la disciplina del lavoro e la natura delle relazioni fra i membri del gruppo e con coloro fanno parte del piccolo ecosistema che li circonda. L'onorabilità coincide con il non lasciarsi inglobare e col riuscire a non condividere i valori che paiono imposti dalle circostanze e dallo spirito dei tempi».

⁷ A. BARATTA, *Introduzione*, in R. SELMINI, S. ARSANI (a cura di) *Atti del convegno internazionale organizzato dalla Regione Emilia Romagna Governare la sicurezza: attori, politiche e istituzioni in Europa* (Bologna 4 – 5 aprile 2002); *Dei delitti e delle pene*, 1-2-3, 2002, p. 27: «Il fondamento della sua validità è il consenso, il fondamento della sua giustizia sono i bisogni umani».

⁸ M. IDEL, *Il male primordiale nella qabbalah*, Adelphi, Milano 2017, p. 43: «Il male precede il bene, il frutto è anticipato dalla scorza. In termini aristotelici, la steresi precede l'esistenza: la scorza il frutto».

⁹ R. GIRARD, *Il capro espiatorio*, Adelphi, Milano 1987, p. 257, citato in G. ZAGREBSKY, *Postfazione*, in L. MANCONI, S. ANASTASIA, V. CALDERONE, F. RESTA (a cura di) *Abolire il carcere, una ragionevole proposta per la sicurezza dei cittadini*, Chiarelettere, Milano 2015, p. 108:

I conflitti che agitano la città, palesano la difficoltà della gestione e del suo governo politico e possono far nascere la tentazione di gestire la città limitandosi a tener separate le parti che in esse convivono, mediante paratie tecniche, ma così muore la città e soprattutto il suo compito di custodia della pienezza dell'umano¹⁰.

Ma, le città sono divenute la discarica della globalizzazione, come formulato da Zygmunt Bauman, devono fronteggiare grandi problemi in spazi limitati. Se non si vuole esorcizzare simbolicamente il male, come per il folle geraseno, vanno modificate le coordinate con le quali concepiamo la complessità in atto negli agglomerati urbani ed affrontare le sfide che pongono le città¹¹.

Riduzioni, semplificazioni e talora distorsioni non sono solo elementi incidentali nella rappresentazione di tali fenomeni, ma scaturiscono spesso dalla necessità di trovare una regola che possa essere formulata e insegnata facilmente o diffusa presso ampie platee.

Per Alessandro Baratta, dentro le mura del nostro arboreto, vi sono le politiche pubbliche di prevenzione e sicurezza. Le stesse devono avere alcuni requisiti fondamentali:

1. Sono politiche complementari, cioè sono in sinergia con tutte le altre politiche che concorrono alla protezione integrale dei diritti.
2. Sono politiche differenziate funzionalmente, le politiche sociali non possono essere funzionalizzate alla politica di prevenzione dei crimini.
3. Sono politiche integrali perché sono parte della politica di protezione integrale dei diritti.
4. Sono politiche integrate.
5. Sono politiche sussidiarie, perché non sostituiscono i meccanismi spontanei di prevenzione controllo dei conflitti.

«Il Cristo vuole la conciliazione integrale, ma la società degli onesti non la vuole. Il carcere è nato, più che come sanzione, come pulizia della società dai suoi scarti: poveri, vagabondi, mendicanti, sbandati, irregolari di ogni genere, da offrire in sacrificio all'ordine sociale».

¹⁰ C.M. MARTINI, *Com'è bella la città aperta*, Il Sole 24 ore, 12 febbraio 2017, p. 35: «La città è sempre meno un territorio con caratteristiche peculiari e sempre più un mini stato dove si agitano tutti i problemi dell'umano».

¹¹ Z. BAUMAN, *Paura liquida*, Laterza, Roma-Bari 2006, p. 219: «Il pensiero critico necessita di un costante ripensamento per restare all'altezza del compito, al centro di questo ripensamento si deve collocare la speranza che si raggiunga un equilibrio accettabile fra libertà e sicurezza: le due condizioni *sine qua non* della società umana, entrambe cruciali ma non immediatamente compatibili fra loro».

6. Sono politiche multi dimensionali, locale, centrale, regionale e globale ed all'importanza della dialettica che unisce ciascuna dimensione a tutte le altre¹².

La sicurezza va intesa come la sicurezza di tutti i diritti in tutti i campi specifici delle politiche pubbliche.

Per il caso italiano¹³, il riferimento è alle oramai ventennali analisi e alle sperimentazioni sulle topiche della prevenzione condotte dal Forum italiano per la sicurezza urbana, dal Servizio per le politiche per la sicurezza urbana della Regione Emilia Romagna (Città "sicure") raccolte in 43 volumi¹⁴.

Eccone i principi.

La domanda di sicurezza fa parte dell'insieme delle aspettative di "benessere" che la comunità avanza coinvolgendo sia chi la amministra sia tutte le componenti economiche, professionali e sociali.

La sicurezza dei cittadini va considerata come un diritto primario, che deve essere garantito non in astratto, ma sul territorio dove si lavora e si vive, creando una strategia di prevenzione che deve vedere coinvolti e responsabilizzati i vari attori in campo, a partire dalle stesse istituzioni pubbliche, ma comprendono la società civile, le associazioni, i comitati di cittadini, il tessuto economico.

Il campo di intervento delle Amministrazioni Locali è la prevenzione integrata, intesa come insieme di strategie orientate a diminuire il verificarsi di azioni criminose, di infiltrazioni criminali o di disturbo.

Gli enti locali (componenti dell'Efus, forum europeo sicurezza urbana) di tutta Europa rifiutano che la questione della sicurezza nelle città sia gestita nell'urgenza e richiedono che siano invece favorite politiche preventive di lungo termine.

Il Manifesto di Aubervilliers e Saint-Denis è una piattaforma politica

¹² A. BARATTA, *Governare la sicurezza*, cit., p. 29.

¹³ Per la ricostruzione della storia delle politiche di sicurezza urbana in Italia e la loro dimensione locale in rapporto alle politiche europee di nuova prevenzione, G.G. NOBILI, *Evoluzione delle security policy: 20 anni di sicurezza urbana in Italia*, in FDE / Istituto di Criminologia di Mantova (a cura di) *Dalla (in)sicurezza dei luoghi alla sicurezza dei legami*, *Atti della conferenza internazionale* (Mantova 27, 28, 29 novembre 2015) Nepi 2017, p.178 ss.

¹⁴ http://autonomie.regione.emilia-romagna.it/sicurezza-urbana/approfondimenti/quaderni-di-citta-sicure-1/quaderni/copy_of_volumi-on-line-rapporti; <http://autonomie.regione.emilia-romagna.it/sicurezza-urbana/approfondimenti/quaderni-di-citta-sicure-1/rapporti-di-ricerca/volumi-on-line-rapporti>.

sulla sicurezza urbana elaborata dall'Efus, raggruppante i valori ed i principi che fondano le sue azioni e quelle dei suoi membri¹⁵.

Rivendicano la scelta della prevenzione «in quanto opzione razionale e strategica che gode del miglior rapporto costi-benefici». La prevenzione deve essere privilegiata al fine di «garantire alle generazioni future la sicurezza in quanto diritto fondamentale ed elemento indispensabile della qualità della vita nella città».

È importante sottolineare come le azioni di prevenzione siano meno costose di altre politiche, non solo da un punto di vista economico, ma anche da quello sociale. La prevenzione situazionale e quella sociale sono ottimi investimenti perché hanno un ritorno efficace per la riduzione della criminalità¹⁶.

Anche la partecipazione dei cittadini può diventare un principio trasversale delle politiche di sicurezza. La società civile deve essere associata a tutti gli stadi di ideazione, di realizzazione e di valutazione delle azioni condotte. Esse richiedono in particolare una piena partecipazione dei giovani «troppo stigmatizzati e vittime di violenze». Le città esigono che «la promozione dei diritti delle donne e dell'uguaglianza tra i sessi debba essere sistematica e costante».

Questi sono i principi, consolidati (ed in una certa misura praticati), in tema di sicurezza urbana negli ultimi vent'anni. Se le vicende della politica criminale oggi sembrano orientarsi fra il binomio a favore di più diritto penale e più controllo sociale ed una corrente (minoritaria) "garantista" a favore di meno diritto penale, il primato sembra essere saldamente in pugno alle politiche inflattive.

Così, insieme alla crisi delle grandi narrative criminologiche, ci si è concentrati su poche, pochissime questioni in negativo: quel che non si dovrebbe mai fare in tema di sicurezza¹⁷.

¹⁵ Il *Manifesto* è stato adottato il 14 dicembre 2012, in chiusura della conferenza internazionale *Sicurezza, democrazia e città: il futuro della prevenzione*, organizzata dall'Efus in partenariato con le città di Aubervilliers e di Saint-Denis.

¹⁶ Uno strumento concreto di consultazione ed orientamento, che raccoglie le migliori esperienze locali fondate sulla partecipazione e la prevenzione, lo scambio di pratiche e il loro processo di realizzazione, si rinviene nei volumi, *100 Idee per la Sicurezza*, annualità 2008 – 2011 – 2014, a cura del Forum Italiano per la Sicurezza, www.fisu.it.

¹⁷ M. PAVARINI, *Alcune proposte per un governo della sicurezza*, in R. SELMINI (a cura di) *La sicurezza urbana*, Il Mulino, Bologna 2004, p. 302. Con realismo ed efficacia: «Non esiste *farmacum* perché non esiste malattia: affrontare l'elettorato promettendo più sicurezza significa il sicuro insuccesso alla prossima tornata elettorale».

Si utilizzerà questo termine di riferimento per il decreto legge pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale di lunedì 20 febbraio 2017, n. 42, 20 febbraio 2017, n. 14 recante “Disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle città” (c.d. Decreto Sicurezza Urbana), convertito in legge 18 aprile 2017 n. 48, Gazzetta Ufficiale 21 aprile 2017 n. 93.

Per il presidente dell'ANCI (associazione nazionale comuni italiani) e sindaco di Bari Antonio Decaro, il decreto legge sulla sicurezza urbana è una vittoria dei sindaci: riconosce un ruolo e garantisce strumenti agli amministratori locali¹⁸.

Il testo rafforza, in astratto, il potere dei sindaci ed introduce, in concreto, nuove sanzioni ai danni di chi impedisce l'accesso a infrastrutture correlate al trasporto pubblico, ma anche ad aree sensibili sottoposte a misure di tutela (parchi, musei e luoghi di cultura in generale). Viene inoltre previsto il Daspo cittadino per prevenire lo spaccio di stupefacenti.

Introduce, per legge, la promozione della sicurezza integrata e la sicurezza urbana.

Il concetto di prevenzione, si sa, rappresenta da secoli un elemento centrale del discorso sulla criminalità¹⁹. Si propone una classificazione fondata sui modelli più diffusi e condivisi:

- La prevenzione situazionale che interviene sul contesto, sui fattori che creano o favoriscono le occasioni²⁰.

¹⁸ <http://www.anci.it/index.cfm?layout=dettaglio&IdSez=821157&IdDett=59719>, Il Presidente di Anci: «Ora comincia il cammino, in sede di conversione del decreto, per integrare le norme in due direzioni: garantire alle polizie locali quel turn over di cui hanno bisogno, l'accesso alle banche dati a disposizione delle forze dell'ordine e l'equo indennizzo; introdurre il reato di estorsione da parte dei parcheggiatori abusivi». Gli impegni sono mantenuti, la legge di conversione prevede la possibilità di nuove assunzioni nella polizia locale per i comuni virtuosi, quelli che hanno rispettato il pareggio di bilancio, potranno assumere a tempo determinato nel limite dell'80% di coloro che hanno lasciato il lavoro nell'anno precedente, dal 2018 il limite sale al 100%. Si prevede poi l'equo indennizzo ed il rimborso delle spese di degenza per causa di servizio, la polizia municipale sarà così equiparata ai dipendenti del comparto sicurezza. I parcheggiatori abusivi sono trattati nel nuovo art. 16 bis, con una sostituzione, comma 15 bis art. 7 del codice della strada, salvo il fatto costituisca reato, coloro che esercitano abusivamente, anche avvalendosi dell'attività di altre persona, ovvero determinano altri ad esercitare abusivamente l'attività di parcheggiatore o guardia macchine sono puniti con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 1.000 ad euro 3.500.

¹⁹ R. SELMINI, *La prevenzione*, in ID. (a cura di) *La sicurezza urbana*, Il Mulino, Bologna 2004, *passim*.

²⁰ M. BARBAGLI, *L'occasione e l'uomo ladro, furti e rapine in Italia*, il Mulino, Bologna 1995.

- La prevenzione sociale che si propone di intervenire sulle cause sociali, con programmi a carattere generale in grado di intervenire o modificare le motivazioni che spingono alla criminalità.
- La prevenzione comunitaria che vede il coinvolgimento della comunità nel controllo della criminalità.

Nel decreto, per sicurezza urbana s'intende il bene pubblico che afferrisce alla vivibilità ed al decoro delle città, anche attraverso interventi di riqualificazione e recupero delle aree o dei siti degradati, all'eliminazione dei fattori di marginalità sociale e di esclusione, alla prevenzione situazionale e precoce²¹.

La nuova definizione, indubbiamente più completa, delinea una scelta cardine del legislatore, la nozione di sicurezza, fino ad oggi demandata ad un decreto del Ministero dell'Interno (d.m. 5 agosto 2008) ora è legge.

Il riordino espresso dal decreto ha, principalmente, lo scopo di creare un percorso di legittimazione normativa delle funzioni di sicurezza urbana.

I Comuni operano nel solco della tipicità e determinatezza imposti dal principio di legalità dell'azione amministrativa, non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, competenza legislativa dell'azione amministrativa, Corte Costituzionale 32/2009, 115/2011.

Si vuole così rispondere ai recenti arresti della giurisprudenza amministrativa, si insegue una legittimità formale, la rassicurazione su più fronti, si

²¹ Si riconoscono i discorsi sulla questione criminale di E. FERRI, *Dei Sostitutivi Penali*, in *Archivio di psichiatria, antropologia criminale e scienze penali per servire allo studio dell'uomo alienato e delinquente*, 1880, p. 41 e ss.: «Nel campo criminale invece i sostitutivi penali debbono divenire i primi e i principali organi di quella funzione sociale dell'ordine, a cui le pene serviranno ancora, ma in via secondaria. Ed il concetto di questi sostitutivi penali si riassume in ciò: che il legislatore abbracciando l'andamento complessivo della vita sociale e scorgendone le origini, le condizioni e gli effetti, si renda padrone di una gran parte dei fattori del crimine e specialmente di quelli sociali, per influire così in modo indiretto, ma più sicuro, sull'andamento della criminalità. Il che poi si riduce a dire, che nelle disposizioni legislative, dai più grandi istituti ai minimi particolari, sia dato all'organismo sociale un tale assetto, per quale l'attività umana sia in modo continuo ed indiretto guidata nelle vie non criminose». Non si è ancora censita l'ordinanza sindacale che: «per impedire molti furti, le case si fabbricassero in modo che per entrare negli appartamenti si dovesse passare attraverso il camerino del portinaio!».

rinuncia ad una azione a più lungo termine a scapito di una minore efficacia in omaggio a misure simboliche ed immediate²².

Tutto ciò, lo dimostra il capo I del decreto, l'oggetto e la definizione delle politiche pubbliche per la promozione della sicurezza integrata, gli strumenti di competenza dello Stato, Regioni ed Enti locali, i patti per la sicurezza, la concorrenza con interventi integrati fra Stato, Regioni ed Enti locali, nel rispetto delle rispettive competenze, sono tutte misure già previste dall'ordinamento italiano.

Sia chiaro, affermare la necessità di agire sui profili di coordinamento e di integrazione fra Stato e Autonomie non è scorretto, ma la questione è già stata esaminata e risolta oltre dieci anni fa. Certo, la sicurezza ha trovato una schematica articolazione di competenza nella Carta Costituzionale con la riforma del 2001, ove si delinea un riparto di competenze che, pur riservando allo Stato il nucleo di attività essenzialmente riconducibile all'ambito dell'ordine pubblico, apre ad un riconoscimento di ruoli da parte delle autonomie, che tiene conto delle esperienze realizzate nelle concrete situazioni locali.

In questo senso, la sicurezza urbana non è né una nuova materia in senso proprio, né una componente da ricomprendere nella materia dell'ordine pubblico e sicurezza riservata allo Stato. Rappresenta un punto di intersezione fra materie e competenze diverse. L'esigenza di collaborazione, fra diversi soggetti, livelli, competenze, politiche pubbliche, connota la sicurezza urbana in maniera imprescindibile, è nella natura stessa del concetto²³.

La scorgiamo raffigurata nel frontespizio della terza edizione de *Dei delitti e delle pene*, una classica Giustizia, Minerva con il capo armato, ma priva di armi nelle mani, che esprime un gesto di ripulsa di fronte al boia che gli presenta delle teste mozze²⁴.

²² E. BEZZON, G. NAPOLITANO, M. ORLANDO, F. PICCIONI, *Disposizioni urgenti in materia di sicurezza urbana delle città*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna 2017.

²³ Così, L. VANDELLI, *La sicurezza urbana: profili di coordinamento e di integrazione fra Stato ed autonomie*, in F. CARRER (a cura di) *Dal controllo del territorio alla certezza della pena*, Franco Angeli, Milano 2010, p. 21. Il decreto prevede molteplici strumenti di coordinamento, di tipo verticale e non orizzontale, per lo più con strumenti poco agili quali la conferenza unificata che riunisce la conferenza Stato Regioni e la conferenza Stato – Città ed Autonomie locali, per le linee generali per la promozione della sicurezza urbana, i patti per l'attuazione della sicurezza urbana su proposta del Ministero dell'Interno in sede di conferenza Stato – Città ed autonomie locali, insomma l'attuazione, come nel decreto del 2008, è tutta rimandata agli atti ministeriali.

²⁴ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, in F. VENTURI (a cura di), Einaudi, Torino 2002, cap. XI della tranquillità pubblica: «Finalmente, fra i delitti della terza specie sono partico-

Quanto alla riforma poliziale. Nel decreto non ne troviamo traccia, solo le indicazioni del presidente ANCI, sull'esigenza di una sua integrazione nella fase della conversione.

Laddove nel 1829, in Gran Bretagna, quarant'anni dopo la dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, Sir Robert Peel poneva i nove principi su cui basare l'azione della neonata Polizia Metropolitana di Londra. Il punto 7 ci incuriosisce ancora oggi: «La polizia in qualsiasi momento deve mantenere ottime relazioni con i cittadini, dando sostanza all'antico concetto che la polizia è il pubblico il pubblico è la polizia, il poliziotto non è che un cittadino che viene pagato per dare piena attenzione ai diritti ed ai doveri del cittadino al fine di assicurare il benessere sociale²⁵».

La prevenzione non può essere una questione delle sole polizie, ma non può escluderle. Se la produzione di una cultura e professionalità adeguate ad una strategia di prevenzione è un obiettivo primario, anche mediante l'aggiornamento professionale integrato per gli operatori della polizia locale e delle forze di polizia²⁶, art. 2 comma b del decreto, non si affronta il problema del modello di polizia²⁷. Questione centrale per l'Italia, unico paese dove vi sono polizie municipali articolate secondo una polizia di comunità orientata alla soluzione dei problemi.

L'ossessione dei divieti pubblici locali crea un corto circuito quanto all'adeguamento delle condotte, istituzionali e locali, della polizia ai valori

larmente quelli che turbano la pubblica tranquillità e la quiete de' cittadini, come gli strepiti e i bagordi nelle pubbliche vie destinate al commercio ed al passeggio de' cittadini.... La notte illuminata a pubbliche spese, le guardie distribuite né differenti quartieri delle città, i semplici e morali discorsi sulla religione riserbati al silenzio e alla sacra tranquillità dei templi protetti dall'autorità pubblica, le arringhe destinate a sostenere gl'interessi privati e pubblici nelle adunanze della nazione, nei parlamenti o dove risieda la maestà del sovrano, sono tutti mezzi efficaci per prevenire il pericoloso addensamento delle popolari passioni. Questi formano un ramo... che i francesi chiamano della police».

²⁵ F. CARRER, M. A. SENIGA, *L'etica della polizia, teoria e pratica*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna 2011; F. CARRER, *La polizia di stato a trent'anni dalla legge di riforma*, Franco Angeli, Milano 2014, p. 16. «Robert Peel presentò al parlamento una legge per costituire una polizia civile, disarmata e al servizio dei cittadini, l'intenzione di creare un nuovo rapporto con i cittadini era tale che Peel, per dare un segnale di rottura anche esteriore con il passato, volle che la nuova polizia civile non fosse solo disarmata ma vestisse un'uniforme blu, ben diversa e riconoscibile rispetto alle uniformi kaki dell'esercito».

²⁶ Interconnessione a livello territoriale delle sale operative della polizia locale con la polizia di Stato, scambio informativo ed equo indennizzo, si palesano già come terreno di criticità fra le polizie locali e la polizia di stato.

²⁷ D. BERTACCINI, *I Modelli di polizia*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna 2011, *passim*.

sociali che, per mandato politico e professionale, deve servire. La sicurezza si trova strettamente legata ai concetti di rischio ed affidabilità, si eleva se diminuisce il rischio o aumenta l'affidabilità. Ma questo si consegue solo se si genera fiducia e la polizia è uno degli elementi idonei a tal fine, costituendosi in "nodo di accesso dell'affidabilità"²⁸.

Gli strumenti, poi, sono i soliti, l'armamentario del pacchetto sicurezza del 2008: ordinanze sindacali e regolamenti.

Il modello sanzionatorio dei divieti locali era, *ab origine*, costruito sulla differenziazione locale, ove i divieti erano accompagnati da interventi di conciliazione e rimozione delle conseguenze e delle omissioni ricollegabili al comportamento illecito, a partire dalla legge comunale e provinciale del governo Crispi, r.d. 10 febbraio 1889 n. 5921 e l. 4 maggio 1898 n. 164. La conciliazione andava esperita obbligatoriamente su convocazione del sindaco e prestando attenzione alla rimozione delle cause, alle dinamiche sociali, alle conseguenze ed alle motivazioni sottostanti alla trasgressione²⁹.

Quanto alla potestà regolamentare dei comuni, l'art. 8 comma 2 del decreto autorizza i comuni ad adottare regolamenti in questa materia, ma, delimitando l'oggetto, risulta improduttivo e controproducente, in quanto non occorre alcuna nuova norma di legge per ammettere regolamenti comunali volti al decoro, alla vivibilità urbana, alla protezione del territorio comunale da grave incuria e degrado,³⁰.

In vigenza della legge 20 marzo 1865 n. 2248 all. a, erano previste le violazioni ai regolamenti comunali, la giurisprudenza riconosceva al comune la facoltà di costituirsi parte civile nei giudizi riguardanti le infrazioni ai regolamenti di igiene e di polizia locale.

Sulla vicenda dei regolamenti si affrontano due tesi, per la prima, più radicale, la potestà normativa è inserita in un nuovo sistema delle fonti, artt. 117, 6° comma, e 118 1° e 2° comma della Costituzione, in cui è configurabile una riserva di potestà, comportando una più o meno ampia emanci-

²⁸ A. RECASENS I BRUNET, *Introduzione al codice europeo di etica per la polizia*, in Forum Italiano Sicurezza Urbana (a cura di) *Codice europeo per la polizia*, 2005, p. 19, www.fisu.it.: «Per questo la polizia deve costituirsi (per colmare le aspettative su di essa riposte e da essa esigibili) in ciò che Giddens denomina "nodo di accesso dell'affidabilità". La sicurezza si fonda sul contrasto del pericolo mediante un equilibrio fra affidabilità e rischio accettabile. Se la polizia fallisce come nodo di accesso, oppure vien meno la trasparenza, la polizia non può compiere la sua funzione».

²⁹ G. PIGHI, *Illecito amministrativo, divieti locali e sicurezza urbana, dall'evoluzione tormentata agli sviluppi possibili*, in *Cassazione penale*, 2015 n. 6, p. 2471, (v.s.).

³⁰ E. BEZZON, G. NAPOLITANO, M. ORLANDO, F. PICCIONI, *Disposizioni urgenti*, cit., p. 18.

pazione dal principio di legalità, per altra tesi non si consente comunque un affrancamento dal principio di legalità ma una indefinibilità dei fini con esso perseguibili, come sono indeterminabili quelli del comune, ente a fini generali. A proposito della misura della potestà regolamentare degli enti locali, essi devono essere dotati di potestà normativa in misura proporzionata ai fini da raggiungere ed agli interessi da curare³¹.

Non si tratta di un affrancamento dal principio di legalità, ma della natura ontologica, storica, coesistente dell'ente territoriale, ente a fini generali già prima dell'ordinamento costituzionale. Proprio sui divieti locali, la Corte Costituzionale aveva già affermato la loro legittimità per esigenze di decentramento, ai fini di differenziazione delle sanzioni, nel rispetto del principio di specificità locale, C. cost. 23 marzo 1966 n. 26.

Bisogna partire dalla dimensione locale. Oggi si concorda che l'azione di prevenzione criminale deve privilegiare la dimensione locale, la più decentrata possibile: il riferimento più raccomandato è il quartiere.

Va colta l'essenzialità del rapporto fra dimensione locale e dimensione centrale, come potrebbe essere fra un quartiere e l'amministrazione comunale e regionale, nel senso che l'azione di prevenzione è svolta localmente, sempre localmente, ma deve rapportarsi con un polo centrale che sia in grado di finanziare, coordinare ed indicare le linee strategiche di fondo, nonché di valutare l'efficacia dell'azione stessa³².

Ma gli enti locali sono ora profondamente trasformati. Le crisi economiche hanno sempre un'interferenza con il sistema politico e istituzionale degli Stati interessati. Anzi, più forte è la crisi e più si registrano ripercussioni sul piano dell'assetto dei pubblici poteri, del sistema legislativo, finanche sulla complessiva articolazione costituzionale e istituzionale di una nazione.

Questa situazione determina un'amplificazione degli effetti tale da portare al superamento dei più tradizionali modelli di configurazione dei principali attori istituzionali e anche cambiamenti rispetto ai diritti fondamentali dei cittadini.

Uno dei settori maggiormente interessati da tali trasformazioni è il go-

³¹ B. GRAZIOSI, *Nuovi regolamenti per il verde urbano e la pubblicizzazione del verde privato*, in Rivista giuridica dell'edilizia, novembre – dicembre 2012, Giuffrè, p. 195: «Quanto all'utilizzo della disposizione regolamentare, con le norme regolamentari di polizia locale si possono imporre ai singoli limitazioni alla proprietà ed alla libertà economica non meno gravi rispetto a quelle previste dalla legge, trattandosi di un potere che opera *praeter legem*».

³² M. PAVARINI, *I nuovi confini della penalità, introduzione alla sociologia della pena*, Martina, Bologna 1996, p. 174.

verno locale. Qui, la crisi economica sembra aver amplificato criticità già presenti giustificando interventi legislativi diretti a rivedere gli assetti esistenti, fino al punto da mettere in discussione gli stessi fondamenti di quelle istituzioni.

Molti dei paesi europei stanno ripensando l'assetto dei propri governi locali: per alcuni ciò rappresenta una necessità, per altri una scelta, per tutti dovrebbe essere un'occasione per rilanciare, quantomeno in termini di maggiore efficienza (e forse anche ripensare) il ruolo delle istituzioni più vicine ai cittadini.

Le ultime riforme nazionali fanno apparire in modo netto il conflitto tra autonomia locale e modelli organizzativi predefiniti a livello legislativo e si può discutere se non sia meglio preferire dinamiche di aggregazione strutturate dal basso secondo logiche di adeguatezza e proporzionalità, piuttosto che percorsi imposti dall'alto secondo schemi rigidi e rispondenti ad una astratta razionalità³³.

Razionalizzazione, revisione, sostenibilità sono ora le chiavi di lettura di una trasformazione in atto, alla base della quale vi è una precisa scelta a favore di principi e approcci al governo locale più efficientisti.

Sui temi del governo locale, come sulle politiche della prevenzione, si potrebbe prendere in prestito la «filosofia» di Gaetano Salvemini, artefice di una visione di autonomismo locale molto intensa, il quale a proposito di riforme degli enti locali ricordava che si poteva arrivare a riscriverne i confini, ma seguendo processi «decisi localmente dagli interessati, e non dai bestioni di Roma, ispirati da chi sa quale Dio»³⁴.

Senza riforma federativa ed ampio decentramento i sindaci rimangono, anche dopo il decreto legge, privi di potere reale.

Obiettivi tanto ambiziosi si seguono esclusivamente coltivando il principio di ultima *ratio*³⁵.

Il solo cambio di etichetta, la rivisitazione di ordinanze e regolamenti, ora maggiormente rispettosi dei principi costituzionali di legalità e concorrenza, non garantiscono di certo l'effettività e l'efficacia.

³³ G. PIPERATA, *I poteri locali: da sistema autonomo a modello razionale e sostenibile, La razionalizzazione del sistema locale in Italia e in Europa*, in *Istituzioni del federalismo*, 2012, XXXIII - luglio/settembre, Bologna, p. 520.

³⁴ G. SALVEMINI, *Movimento socialista e questione meridionale*, Laterza, 1995, p. 295, in G. PIPERATA, op. cit., p. 522.

³⁵ Su questo aspetto della genesi e della pragmatica dell'*extrema ratio*, ho potuto profittare del lavoro di G. MARRA di prossima pubblicazione.

Il principio dell'*extrema ratio* impone di ricorrere alla sanzione, al diritto punitivo amministrativo del decreto, solo se gli interventi diretti, le buone prassi siano inappropriate, legittima la ricerca di qualche cosa di diverso, certo più efficace delle politiche penali-poliziali nella tutela dei consociati.

I poteri del sindaco gli stessi rimangono, ora rimodulati dall'art. 8 del decreto, l'ordinanza, in qualità di rappresentante della comunità locale, *extra ordinem* in relazione all'urgente necessità di interventi volti a superare situazioni di grave incuria o degrado del territorio e le nuove ordinanze ordinarie volte ad assicurare la tranquillità ed il riposo dei residenti in determinate aree³⁶.

Le esigenze di assicurazione, l'espansione dell'illecito amministrativo e del sistema delle sanzioni amministrative pecuniarie, a scapito di misure alternative quali la mediazione, l'approccio collaborativo, la promozione di forme di riduzione delle controversie, trascurano che, spesso, il panico sociale matura per la commissione di illeciti amministrativi e di reati³⁷. La situazione non è destinata a migliorare. Il riferimento alla contingibilità ed urgenza è problematico, come già rilevato dalla Corte Costituzionale n. 115/2011: il rispetto dei limiti finalistici e contenutistici all'uso dei poteri di ordinanza renderanno residuali le condotte o situazioni contingenti che si vogliono contrastare³⁸.

Risulta manifesta la netta distinzione e separazione delle competenze in materia di sicurezza fra Sindaco e responsabili locali dell'amministrazione di pubblica sicurezza.

Per la giustizia amministrativa, nulla è cambiato dopo la riforma del

³⁶ C. RUGO RIVA, *il decreto legge in materia di sicurezza delle città: verso una repressione urbi et orbi*, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 marzo 2017: «Come nei western, anche qui i soggetti sono tre, questore, sindaco e prefetto». Se le richieste si impernano sul sindaco, questi si troverà con pochi o scarsi strumenti per eseguire i propri editti. Anche in passato, l'ampliamento dei poteri dei sindaci è stato usato in maniera poco coerente o illegittimo, si veda il rapporto ANCI, *Oltre le ordinanze, i sindaci e la sicurezza urbana*, 2009, in www.cittalia.it.

³⁷ M. PAVARINI, *Degrado, paure ed insicurezze nello spazio urbano*, in *Cassazione penale*, 2009, n. 2 p. 805.

³⁸ «Se l'impiego del decreto legge appare discutibile sul piano costituzionale, il legislatore non si è confrontato con le posizioni della Grande Camera sulla libertà di circolazione, riconosciuta dall'art. 2 Prot. 4 CEDU, sull'insufficiente chiarezza e precisione della base legale e nel carattere non necessario di queste misure in una società democratica nella sua applicazione nel caso concreto». Così F. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3 marzo 2017, le limitazioni immaginate dal decreto sembrano incompatibili con il principio del *nullum crimen*.

titolo V della Costituzione circa le funzioni, come quelle di pubblica sicurezza, in cui il sindaco opera come ufficiale di governo restando pertanto subordinato, in questi ambiti, agli organi del potere esecutivo statale³⁹.

Occorre essere cauti (sull'utilizzo e sull'efficacia dei "nuovi" strumenti a disposizione dei sindaci) e spiegare che nel futuro, proprio per evitare che una maggiore efficacia del sistema penale passi per una compressione dei diritti umani e civili, è necessaria la ricerca di altre strade che portino ad una riduzione della criminalità a costi inferiori di quelli attuali del sistema penale.

La soluzione sta in una prevenzione integrata dove, insieme a quella penale, resa selettiva, si sviluppino forme di prevenzione come quella situazionale e si investa di più in quella psicologica-sociale⁴⁰. Il decreto definisce la sicurezza urbana quale bene pubblico: «che proietta nel sistema di tutela una pluralità di fattori a misura variabile, in parte governati dagli apparati difensivi della comunità, in parte amministrati dalle stesse comunità locali attraverso interventi di profilassi e di prevenzione che, in un ottica di sicurezza situazionale, agiscano sulle cause più profonde del malessere urbano e realizzino migliori condizioni di socialità⁴¹».

Il ruolo preminente delle leggi *ad hoc*, spesso introdotte e reiterate da decreti legge, in reazione al lutto di turno, senza un idoneo *corpus* codicistico, sono un ritorno agli anni di polizia. Se il tema dell'ordine pubblico è una cartina tornasole degli spasmi normativi, occorre un ammonimento.

³⁹ E. RAFFIOTTA, *Il problematico ruolo del sindaco "garante della sicurezza urbana: fra istanze locali e competenze statali*, in N. GALLO, T. GIUPPONI (a cura di), *L'ordinamento della sicurezza: soggetti e funzioni*, Franco Angeli, Milano 2014, p. 78.

⁴⁰ E. SAVONA, *Ipotesi per uno scenario della prevenzione*, p. 277, in R. SELMINI, *La sicurezza urbana*, cit., p. 276.

⁴¹ E. FERRI, nella sua *Sociologia criminale*, Fratelli Bocca, quarta edizione, Torino 1900, p. 34 e ss. ha, appunto, immaginato questi scenari: «È questione di studiare il delitto come fenomeno naturale e sociale e di indicare il metodo ed i mezzi di preservazione sociale contro di esso, il resto è quisquilìa accademica, ...vuota discussione delle formule scolastiche o infeconda ruminazione delle tradizionali teorie, ...la diagnosi scientifica e positiva delle cause della criminalità ridurrà il numero dei delinquenti al minimo irriducibile nell'ordinamento futuro e sempre in via di formazione quotidiana, delle civili società, nelle quali per tanto meno si avrà giustizia penale per quanto più si avrà di giustizia sociale, ... il delitto scomparirà nelle forme più numerose ed epidemiche, ma non scomparirà del tutto, restando nelle forme sporadiche di casi patologici acuti, doversi d'ora innanzi fare non più del dottrinario diritto penale». L'ottimismo negli irresistibili progressi della scienza di uno dei padri della sociologia del 1900 ci appaiono gli stessi del legislatore del 2017: «L'eliminazione dei fattori di marginalità e di esclusione sociale, la prevenzione della criminalità, in particolare di tipo predatorio».

La norma è servente all'uomo ed alla società di uomini. I diritti dell'uomo che formano un diritto dei diritti, esterno ai Trattati ed alle Costituzioni, cui appellarsi⁴².

La relazione illustrativa al decreto palesa i reali proponimenti: garantire la sicurezza primaria, l'inveramento dei diritti, la prevenzione situazionale, (non vi è traccia alcuna di prevenzione sociale e comunitaria, solo di prevenzione precoce!) perché: «i precisi interventi sulle dinamiche socio – economiche e di contesto, sono di competenza più propriamente dell'ente locale».

Senza un solido ancoraggio alle politiche preventive adottate a livello locale e regionale in questi anni in gran parte dei paesi europei, la panoplia di strumenti previsti dall'attuale decreto legge rischia di responsabilizzare ancora di più i sindaci, senza riconoscergli una reale possibilità di influire seriamente sui fattori di marginalità e devianza che interessano le loro città⁴³. Un'occasione persa. Eppure vi sono, in Italia, esempi straordinari di prevenzione integrata realizzati dal sistema delle autonomie⁴⁴.

⁴² Così, A. BONDI, *Vietato Vietare*, in E. CECCHINI (a cura di), *...libera veramente*, La Piazza, 2014. Uno slogan aiuta l'analisi, "vietato vietare, se non si deve per necessità vietare".

⁴³ G.G. NOBILI, *A proposito del recente decreto sulla sicurezza urbana*, in *La rivista Il Mulino*, 4 aprile 2017, https://www.rivistailmulino.it/news/newsitem/index/Item/News:NEWS_ITEM:3861.

⁴⁴ Il "Progetto Chance" del comune di Genova nasce nell'ottobre 2015 per affrontare il problema degli assembramenti di persone, prevalentemente di origine maghrebina, che vendevano oggetti usati in piazza San Giorgio. Chance ha consentito di liberare una delle zone turistiche più frequentate della città. L'intervento non solo ha liberato la zona di San Giorgio dalla quotidiana e selvaggia occupazione degli spazi pubblici ma ha costituito e costituisce una chance per centinaia di persone (oltre 700 gli iscritti al progetto) che ora si riuniscono, rispettando alcune regole base, in un'area che, utilizzata poche ore per un mercatino, non abusivo e non illegale, viene lasciata libera e pulita all'orario convenuto. Chi partecipa al progetto è inoltre coinvolto in percorsi di formazione e di ricerca di lavoro: grazie ai colloqui orientativi le persone che ora svolgono altre attività lavorative sono oltre 50. A distanza di un anno l'abbattimento dell'impiego di agenti della Polizia municipale è stato pari al 97%, forze che possono essere impiegate in altri compiti, a beneficio di tutta la cittadinanza. Una restituzione alla città sui contenuti e sui numeri del progetto ma anche una riflessione sulla sicurezza, la marginalità e le azioni efficaci che un'Amministrazione è stata in grado di produrre, insieme alle associazioni e al Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica, http://www.comune.genova.it/sites/default/files/comune_di_genova_-_progetto_chance_-_sintesi_di_un_intervento_sociale_.pdf. Nell'anno 2011, dopo tre tre anni di lavori e nell'ambito di un ampio progetto di riqualificazione e sicurezza urbana, i blocchi 1 e 2 del "Garibaldi 2" di Calderara di Reno (Bo) sono stati completamente ristrutturati e ora, al posto dei 62 monolocali, vi sono 37 nuovi appartamenti più ampi che entrano a far parte del patrimonio di edilizia residenziale pubblica del Comune. Il Comune ha acquisito l'intera proprietà dei blocchi 1 e 2 e, come stabilito dall'accordo di riqualificazione, trasformato i

Prevenzione integrata è un termine tecnico che può sembrare un po' astratto ma che vuol dire qualcosa di preciso semplice: non esiste intervento a favore della sicurezza che possa realizzarsi efficacemente senza mettere insieme in modo coordinato interventi diversi: il recupero urbano, cioè l'intervento fisico sui luoghi e la prevenzione sociale e comunitaria cioè l'intervento sulle relazioni sociali⁴⁵.

Al contrario, il decreto continua nella tradizione dei decreti e delle ordinanze sindacali degli ultimi vent'anni: «divide fra perbene e permale, dove i permale nemmeno veri cittadini sarebbero. I permale, poi, sono i soliti: poveri, emarginati, tossici, mendicanti, barboni, prostitute. E giovani di tutte le specie⁴⁶».

Chi propone, favorisce o attua queste soluzioni confonde la condizione di una persona con il suo comportamento, stravolgendo il senso e la realtà della sicurezza stessa.

Mentre, si sa, la nozione di controllo sociale dovrebbe essere dichiarata tenendo in considerazione la natura economico – sociale della città. Qui, forse, si annida una contraddizione, l'atteggiarsi davanti ai problemi della città ed ai suoi fenomeni con una cultura ancora provinciale o meglio ottocentesca, con un impegno tutto rivolto alla lotta contro la micro criminalità, quando l'economia delle città produce un diverso e temibile rischio, la sua

62 monolocali in 37 alloggi più grandi. I nuovi appartamenti – dai due monolocali fino al più grande con tre camere e due bagni – sono entrati a far parte del patrimonio Erp del Comune e consegnati in base alla graduatoria Erp. L'intero intervento è frutto di un progetto sperimentale e multisettoriale che ha integrato interventi di progettazione e trasformazione edilizia e urbanistica ad iniziative di carattere sociale, culturale ed economico. La completa riqualificazione dei blocchi 1 e 2 ha reso possibile una riduzione della densità abitativa, ripristinando una situazione di sicurezza dal punto di vista edilizio, igienico-sanitario e sociale. La riqualificazione del Garibaldi 2 è stata affiancata dal 2006 dal Piano di accompagnamento sociale che ha previsto una serie di attività sociali di supporto e dedicate alle famiglie residenti e ai cittadini di Calderara. Il Comune ha inaugurato nell'area porticata al piano terra del blocco 2 i nuovi uffici della Polizia municipale del corpo intercomunale "Terre d'Acqua", costituito grazie ad un accordo con la Regione. <http://bur.regione.emilia-romagna.it/bur/area-bollettini/bollettini-pubblicati/2011/gennaio-periodico-parte-seconda-2a-quindicina-1/approvazione-accordo-di-programma-tra-la-regione-emilia-romagna-e-il-comune-di-calderara-di-reno-bo-e-assegnazione-e-concessione-contributo-ai-sensi-dellart.-6-comma-1-l.r.-24-del-4-12-2003/allegato-alla-dgr-1960-2011>.

⁴⁵ R. SELMINI, *Introduzione*, in *Fili di Vita Trame di Comunità, per il programma di riqualificazione urbano allo stabile di via Garibaldi 2*.

⁴⁶ TAMAR PITCH, *Da Maroni a Minniti*, in Studi sulla questione criminale online 2017 <https://studiquestionecriminale.wordpress.com/2017/02/14/la-sicurezza-di-chi-di-tamar-pitch/>

ricchezza ed il modo in cui viene prodotta non possono non renderla appetibile agli interessi delle organizzazioni criminali⁴⁷.

Ora come allora, sembrano più consapevoli e preoccupati gli amministratori locali. Le inchieste ci consegnano una 'ndrangheta agguerrita sull'intero territorio nazionale, ed in espansione verso i territori circostanti, pur in assenza di quello che si riteneva l'indice rivelatore della presenza mafiosa nelle regioni del sud come in quelle del nord: l'omicidio.

Se non risulta più seguita la teoria della criminalizzazione, di un intero territorio per il sol fatto di parlare dell'esistenza della mafia, nascondere i problemi non è mai servito a risolverli. Mentre, anche in passato, mafiosi storici si sono incontrati con un mondo imprenditoriale che si è mostrato molto ben disposto e non li ha considerati dei corpi estranei⁴⁸.

Le difficoltà emergono in tutta la loro portata se si guarda la storia della lotta per ottenere che i beni sequestrati e confiscati alla mafia fossero disponibili per essere consegnati ai comuni, alla società civile. Un percorso lungo e sconnesso ha accompagnato ogni bene confiscato e la mappa dei beni confiscati segna la rete della diffusione mafiosa ed anche gli interessi economici diffusi su tutto il territorio nazionale⁴⁹.

⁴⁷ Sono le conclusioni di MASSIMO PAVARINI nel secondo rapporto annuale del 1996, *La sicurezza in Emilia Romagna*, in *Quaderni di città sicura* n. 5 settembre 1996, p. 199. Quanto ai bisogni di sicurezza ed alle opinioni di testimoni privilegiati sulla città di Rimini dalle interviste svolte con i responsabili della redazione locale del Resto del Carlino e de l'Unità, si ricava che «entrambe le testate abbiano fatto sulla questione dell'insicurezza una precisa scelta editoriale nel senso di dare massima enfasi al fenomeni di criminalità, assumendo il medesimo punto di vista del cittadino medio riminese: che l'ordine pubblico a Rimini sia particolarmente grave e che le questioni di massima emergenza siano la prostituzione, la presenza di immigrati irregolari e lo spaccio di droga. Mentre il tema delle possibili infiltrazioni da parte delle organizzazioni mafiose nel territorio riminese o viene taciuto ovvero si afferma che è un falso problema "non credo onestamente a tutte quelle storie sugli investimenti dei capitali mafiosi in riviera che ogni tanto saltano fuori perché non c'è mai stato un processo a Rimini, un caso, un inchiesta, qui i veri ed unici problemi sono la prostituzione, lo spaccio di droghe e la presenza massiccia di extra comunitari illegali" chiarisce il responsabile della redazione del Resto del Carlino».

⁴⁸ Alcuni esempi dei picchi elevati delle incomprensioni in terra emiliana ci arrivano dalle relazioni di prefetti e procuratori della Repubblica, episodi di una decina di anni fa, «a Parma la città è considerata tranquilla e lontana dai fatti di mafia, mentre a Bologna, il problema più grave era ritenuto quello della prostituzione maschile, non vi erano pericoli derivanti dall'attività della criminalità men che meno di quella organizzata e mafiosa», così E. CICONTE, *Mafie economia, territori, politica in Emilia Romagna*, in *Quaderni di città sicura* n. 41, 2017, p.46.

⁴⁹ S. PELLEGRINI, *L'aggressione dei patrimoni mafiosi ed il riutilizzo dei beni confiscati*, Aracne, Ariccia 2015. Va ricordato il lavoro di scavo svolto da componenti dell'antimafia

L'idea dell'autorità è connessa a quella della responsabilità morale, la responsabilità implica la mediazione, la coscienza per gli effetti dell'esercizio dell'autorità, per le conseguenze terribili che una decisione sbagliata può avere sulla libertà o sulla vita di qualcuno⁵⁰.

Carl Schmitt ha lasciato una eredità testuale che ancora oggi interpella il lettore, il presente è l'epoca caratterizzata dall'inimicizia assoluta, dove possono sorgere nuove ed inattese forme di inimicizia.

Interventi simbolici e di scarsa efficacia dove anche il semplice decoro diventa ragione sufficiente per la limitazione delle libertà civili fondamentali, come l'utilizzo di un potere d'urgenza per far guerra a coloro che chiedono un aiuto⁵¹, non producono altro che belle ed edificanti suggestioni del vago⁵², radicalizzano le contrapposizioni e le trasformano in conflitti discriminatori⁵³.

civile: Gruppo antimafia Pio la Torre, *Beni confiscati in provincia di Rimini*, Rimini 2013. Per la razionalizzazione dell'amministrazione, a cura della ANBSC, Agenzia Nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata, nella custodia, gestione e destinazione dei beni confiscati il prospetto dei beni mobili ed immobili è ora consultabile nel portale www.openregio.it.

⁵⁰ T. GRASSO, *Bellodi o dell'antimafia*, in E. CICONTE, F. FORGIONE, I. SALES (a cura di) *Atlante delle mafie, storia, economia società e cultura*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2016, p. 293.

⁵¹ V. OTTONELLI, *Il diritto di mendicare*, in *Rivista il Mulino*, 10 Aprile 2017. Il Presidente della Repubblica (decreto del 3.4.2017, su parere del Consiglio di Stato, sezione prima, del 9.11.2016), ha annullato un'ordinanza del sindaco di Molinella, un comune in provincia di Bologna, con la quale si vietava qualsiasi forma di mendicizia nei luoghi pubblici. Il parere del Consiglio di Stato richiama la giurisprudenza della Corte costituzionale, sentenze 519/1995 e 115/2011, che si è espressa contro la penalizzazione della mendicizia quando non è vessatoria, molesta o lesiva della libertà di terzi. Il semplice chiedere l'elemosina, in altre parole, non può costituire reato, né tantomeno, conferma il Consiglio di Stato, può essere sanzionata da un divieto amministrativo come quello oggetto dell'ordinanza in questione.

⁵² C. SCHMITT, *Teoria del partigiano*, v.s., Adelphi, Milano 2005, p. 131, richiama con forza l'esigenza «di un nuovo ordine geopolitico, di un nuovo nomos della terra. Il teorico non può dar di più che salvaguardare i concetti e chiamare le cose con il loro nome. La teoria del partigiano sfocia nel concetto del Politico». Il rigore del giurista e quello del filosofo: «Si bolla la parte avversa come criminale e disumana, come un disvalore assoluto. Altrimenti sarebbero essi stessi dei criminali e dei mostri. La logica di valore e disvalore dispiega tutta la sua devastatrice consequenzialità e costringe a creare sempre nuove e più profonde discriminazione, criminalizzazione e svalutazione, fino all'annientamento di ogni vita indegna di esistere».

⁵³ Sulla libertà di dire no, sul singolo braccato da un ordine che esige un controllo capillare, E. JUNGER, *Trattato del ribelle*, Adelphi, Milano 1990, p. 121: «Il mondo è gremito di nuove incarnazioni del dolore. Sono gli esiliati, i proscritti, i violentati, i milioni di esseri umani strappati alla loro patria e alla loro terra, o brutalmente respinti al fondo dell'abisso. Sono queste le catacombe di oggi, che non vengono aperte se non per concedere, di tanto

Lo stato d'eccezione giustifica la palese distorsione degli strumenti emergenziali, si salta il reparto di competenza fra enti, si promuove la sospensione, la deroga, l'eccezione, per arrivare, in luogo di governare l'emergenza e la paura a governare con l'emergenza e la paura: non vi è altra forma di controllo sociale più efficace dello spettro di insicurezza che incombe sui controllati⁵⁴.

Le parole concetto contano più della realtà, quando non si offrono all'opinione pubblica gli strumenti per smascherare l'inconsistenza di certi sensazionalismi mediatici e di certi demagogici allarmismi.

In questi ultimi vent'anni, il sistema delle autonomie locali, spesso in maniera disorganica, ha rafforzato la correlazione fra la conoscenza accademica, i programmi e la prassi di prevenzione della criminalità, potenziando la fase di diagnosi locale, secondo un approccio strategico alla sicurezza urbana, rivolto ai problemi locali, evitando così l'espansione pressoché illimitata del sistema punitivo, anche quello amministrativo.

Le città, senza quelle restrizioni del diritto, in cui lo stato si dà il compito e l'obbligo di intervenire in ogni occasione in cui vi è una spaccatura, anche da un singolo episodio criminale, con misure ed interventi eccezionali⁵⁵, hanno gli anticorpi per promuovere la politica della sicurezza come sicurezza dei diritti di tutti e per correre più rischi per garantire di più l'esercizio dei nostri diritti.

Appunto: «l'aria della città rende liberi, oggi come nel passato, a patto che si vogliano e si sappiano correre gli inevitabili rischi»⁵⁶.

in tanto, il voto ai diseredati: essi sono chiamati a decidere in che modo la burocrazia debba amministrare la loro miseria».

⁵⁴ M.A. CABIDDU, *La solidarietà come elemento costruttivo di una società più sicura*, 2017, in FDE / Istituto di Criminologia di Mantova (a cura di) *Dalla (in)sicurezza dei luoghi alla sicurezza dei legami, Atti della conferenza internazionale* (Mantova 27, 28, 29 novembre 2015) Nepi 2017, p. 103.

⁵⁵ S. PADOVANO, *La questione sicurezza, genesi e sviluppo di un concetto equivoco*, (v.s.), Rubettino, Soveria Mannelli 2011, p. 178: «Occorre ripartire da una società in cui la legalità e la sicurezza equivalgono a diritti universali estesi a tutti, e che non può sottoporsi a limiti e restrizioni d'altro canto garantite costituzionalmente».

⁵⁶ Così M. PAVARINI, *L'aria delle città rende (ancora) liberi?*, cit., p. 58.

MARINA FRUNZIO *

Il leneliano titolo de furtis dei libri ad Plautium di Paolo

ABSTRACT

- ✓ Nell'articolo sono esaminati i passi che a giudizio del Lenel compongono il libro 7 *Ad Plautium* di Paolo, dedicato al furto (D. 19.1.36; D. 41.1.48 pr.-2; D. 47.2.67. pr.-5; D. 9.4.31). L'analisi si rivela interessante non solo per la ricostruzione del pensiero del Lenel, ma anche per un primo tentativo di comprensione di un'opera, i libri di commento paolino a Plautio, ancora per molti aspetti oscura. Nella prospettiva, da un lato, di illustrare più compiutamente la figura di un grande giurista severiano; dall'altro, di tentare una ricostruzione dell'opera e del pensiero di un più oscuro giurista di età precedente qual è Plautio, nei suoi rapporti con Paolo e con gli altri giuristi che sembrano interpreti di un singolarmente interessante ed articolato percorso di saperi.
- ✓ The article examines the texts that, according to Lenel, compose the Book 7 of Paul's *Ad Plautium*, on the subject of theft (D. 19.1.36, D. 41.1.48 pr.-2, D. 47.2.67 pr.- 5; D 9.4.31). The analysis aims both to rebuild Lenel's thinking, and to understand the Paul's Books *Ad Plautium*, that still presents many obscure aspects. Therefore it has been analyzed, on one hand, the figure of a great Severian jurist; on the other hand, the work and thought of Plautio, in his relations with Paul and the other jurists who are exponents of an interesting path of knowledge.

* Ricercatore per il ssd IUS/18 Diritto romano e Diritti dell'antichità. È docente di Diritto penale romano e Lavoro e lavoratori in diritto romano nell'Università di Urbino.

MARINA FRUNZIO

IL LENELIANO TITOLO DE FURTIS DEI LIBRI
AD PLAUTIUM DI PAOLO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Analisi e commento di D. 19.1.36 (Paul. l. 7 *ad Plautium*), (Lenel: 1139): la congruità del testo rispetto al tema della furtività. – 3. Analisi e commento di D. 41.1.48 pr.-2 (Paul. l. 7 *ad Plautium*), (Lenel 1140): *bona fides* e acquisto dei frutti. – 4. Analisi e commento di D. 47.2.67 pr.-5 (Paul. l. 7 *ad Plautium*), (Lenel 1141): un'ampia casistica a proposito del *furtum facere*. – 5. Analisi e commento di D. 9.4.31 (Paul. l. 7 *ad Plautium*), (Lenel 1142): *cum familia furtum faciat*. – 6. Conclusioni.

1. Premessa.

Secondo la restituzione leneliana¹ il libro 7 *Ad Plautium* comprende quattro frammenti collocati dallo studioso sotto la rubrica *De furtis*. Di que-

¹ Palingenesia iuris civilis. Iuris consultorum reliquiae quae Iustiniani digestis continentur ceteraque iuris prudentiae civilis fragmenta minora secundum auctores et libros disposita I, col. 1158-1159, framm. 1139-1142, Lipsiae 1889.

Il titolo *de furtis* nella sequenza dei titoli proposta dal Lenel per i commentari paolini *ad Plautium* si collocerebbe nel terzo libro, dopo il titolo *de tutelis* e prima del *de iure patronatus*. Può essere opportuno riportare preliminarmente uno stralcio della scheda che nel progetto SIR (ERC 2014, *Scriptores Iuris Romani, Host Institution: Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università di Roma 'La Sapienza'*: in www.scriptores-iuris-romani.eu) illustra lo stato attuale dell'opera paolina *ad Plautium* secondo la ricostruzione del Lenel, e ne auspica una nuova lettura: «dopo aver recepito dalle *inscriptiones* l'ampiezza totale dell'opera paolina in 18 libri, lo stesso Lenel preferisce ricostruirne il tessuto creando una divisione interna per titoli (40) che non sempre corrispondono a quelli nei quali il singolo frammento è collocato nella compilazione giustiniana. L'opera che ne risulta si articola pertanto secondo la seguente scansione:

- liber I – *De in ius vocando* (1 passo) + *De vadimoniis* (2 passi) + *De cognitoribus et procuratoribus* (4 passi)
- liber II – *Si eum eo agatur qui incertum promiserit* (2 passi) + *De noxalibus actionibus* (1 passo) + *De hereditatis petitione* (1 passo) + *De rei vindicatione* (1 passo) + *De lege Aquilia* (3 passi)
- liber III – *De iudiciis divisoriiis* (4 passi) + *De adpromissoribus* (5 passi)

sti quattro solo uno appartiene al *De furtis* secondo i compilatori, mentre gli altri tre vengono posizionati sotto diversi titoli. Si tratta, seguendo l'ordine della Palingenesi, di:

D. 19.1.36 (Paul. l. 7 *ad Plautium*), (Lenel: 1139), collocato dai compilatori giustiniane sotto il titolo *De actionibus empti venditi*

D. 41.1.48 *pr.*-2 (Paul. l. 7 *ad Plautium*), (Lenel: 1140), collocato dai compilatori giustiniane sotto il titolo *De acquirendo rerum dominio*

D. 47.2.67 *pr.*-5 (Paul. l. 7 *ad Plautium*), (Lenel: 1141), collocato dai compilatori giustiniane sotto il titolo *De furtis*

D. 9.4.31 (Paul. l. 7 *ad Plautium*), (Lenel: 1142), collocato dai compilatori giustiniane sotto il titolo *De noxalibus actionibus*.

Interessante si dimostra l'analisi dei testi sotto diverse angolazioni. Intanto, la valutazione circa la loro possibile coerenza interna e rispetto alla materia della furtività. Secondariamente, non parrà superfluo il tentativo di una prima ipotesi sui rapporti tra Plautio e Paolo, sulla tipologia di 'materiali' sottostanti alle riflessioni espresse dal giurista severiano e sul genere letterario a cui provare, congetturalmente, ad ascrivere l'opera di Plautio.

-
- liber IV – *De condictione* (4 passi) + *De pecunia constituta* (1 passo) + *De institoria actione* (1 passo) + *De peculio. Quod iussu* (5 passi/7?)
 - liber V – *Depositi* (4 passi) + *Fiduciae* (3 passi) + *Mandati* (3 passi) + *Empti venditi* (6 passi)
 - liber VI – *De re uxoria* (13 passi)
 - liber VII – *De tutelis* (4 passi) + *De furtis* (4 passi) + *De iure patronatus* (4 passi)
 - liber VIII – *De bonorum possessionibus* (4 passi) + *De testamentis aperiundis* (1 passo) + *De legatis* (9 passi/10?)
 - liber IX – *De legatis* (17 passi)
 - liber X – *De operis novi nuntiatione* (1 passo) + *De damno infecto* (2 passi)
 - liber XI – *De testamentis vel legatis* ? (2 passi)
 - liber XII – *De testamentis vel legatis* (6 passi)
 - liber XIII – *De interdictis* ? (4 passi)
 - liber XIV – *De exceptionibus* ? (4 passi) + *De stipulationibus et liberationibus* (6 passi)
 - + *De hereditate vel actione vendita* (2 passi) + *De stipulationibus praetoriis* (4 passi)
 - liber XV – *De servitutibus* (8 passi) + *De usucapione* (2 passi)
 - liber XVI – *De manumissionibus* (12 passi)
 - liber XVII – *De iure domum revocandi* (1 passo) + *De conductionibus* (10 passi)
 - liber XVIII – *De cognitionibus* ? (3 passi) + *Quae actiones heredi et in heredem dentur* (3 passi)».

2. Analisi e commento di D. 19.1.36 (Paul. l. 7 *ad Plautium*), (Lenel: 1139): la congruità del testo rispetto al tema della furtività

Partiamo allora nella nostra analisi da

D. 19.1.36 (Paul. 7 *ad Plaut.*): Venditor domus antequam eam tradat, damni infecti stipulationem interponere debet, quia, antequam vacuum possessionem tradat, custodiam et diligentiam praestare debet et pars est custodiae diligentiaeque hanc interponere stipulationem: et ideo si id neglexerit, tenebitur emptori.

Il venditore di una *domus* che minaccia un crollo, prima di farne la consegna, è tenuto ad impegnarsi con una *cautio damni infecti*², perché, si dice, nell'ambito degli obblighi di '*custodiam et diligentiam praestare*' che gravano su di lui, fino alla *traditio* del possesso, rientra anche la suddetta cauzione. Ove si rifiuti, sarà tenuto nei confronti del compratore.

Siamo, cioè nell'ipotesi di una compravendita di un edificio pericolante, e il quesito che Paolo affronta consiste nel chiedersi, quando non sia ancora avvenuto il trasferimento del possesso, chi, tra venditore e compratore sia tenuto nei confronti del vicino che teme un danno dalla rovina dell'edificio. Per il giurista non v'è dubbio che gravi sul venditore tale responsabilità, la quale discenderebbe direttamente da un suo obbligo di '*custodiam et diligentiam praestare*', sussistente fino a quando egli trattiene il possesso materiale del bene.

Il testo parrebbe inserirsi nell'ambito di un'ampia riflessione di Paolo sulla importanza del momento del *possessionem tradere* nell'*emptio venditio*

² Sul tema del danno temuto, cfr., soprattutto, B. ALBANESE, *Gai. 4.31 e il "lege agere damni infecti"*, in *AUPA* 31, 1969, p. 5 ss.; G. MACCORMACK, *The cautio damni infecti: Buyer and Seller*, in *ZSS* 88, 1971, p. 300 ss.; T. GIARO, *Il limite della responsabilità "ex cautione damni infecti"*, in *BIDR* 78, 1975, p. 251 ss.; F. BETANCOURT, *Recursos supletorios de la "cautio damni infecti" en el Derecho Romano clásico*, in *AHDE* 45, 1975, p. 7 ss.; S. TAFARO, *Il giurista mediatore tra istanze sostanziali e schema processuale: l'actio ex cautione damni infecti*, in *Index* 5, 1974-1975, p. 66 ss.; G. FALCONE, *Sulle tracce del "lege agere damni infecti"*, in *AUPA* 43, 1995, p. 521 ss.; C. SALMEN-EVERINGOFF, *Zur cautio damni infecti: die Rückkehr eines römisch-rechtlichen Rechtstituts in das moderne Zivilrecht*, Frankfurt am Main 2009, spec. p. 15 ss.; T. FINKENAUER, *Vereblichkeit und Drittwirkungen der Stipulation im klassischen römischen Recht*, Tübingen 2010, spec. p. 270 ss.; R. SCEVOLA, *A proposito del dialogo tra sistemi normativi nell'esperienza giusprivatistica romana: alcune considerazioni sulla 'cautio damni infecti'*, in *Dialogo tra corti e principio di proporzionalità. Atti del I Convegno dei 'Colloquia' dei Ricercatori della Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Padova*, Padova, 13-14 gennaio 2013 (a cura di M. Bianchini e G. Gioia), Padova 2013, p. 361 ss.

ai fini di molteplici effetti. In questo senso, D. 19.1.36 deve essere letto, come ha proceduto la dottrina più recente³, accanto a D.19.4.1 pr. (Paul. 34 *ad ed.*) in cui appare, al di là del resto – distinzione tra *emptio* e permuta –, una riflessione tendente a centralizzare la posizione del venditore su una serie di obblighi che la differenzierebbero da quella dell'*emptor*:

Sicut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, ita pretium aliud, aliud merx, at in permutatione discerni non potest, uter emptor vel uter venditor sit, multumque differunt praestationes, emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito, venditori sufficit ob evictionem se obligare possessionem tradere et purgari dolo malo, itaque si evicta res non sit, nihil debet:...

Il giurista, partendo dalla differenziazione tra *vendere* ed *emere*, venditore e compratore, prezzo e merce, avvia la sua riflessione sul contenuto delle rispettive prestazioni delle parti, che non sarebbero evidenziabili all'interno della permuta, ma solo dell'*emptio venditio*. Per concludere che, mentre il compratore sarebbe soltanto tenuto ad un *nummos accipientis facere (debere)*, il venditore avrebbe tra i suoi obblighi, oltre a quello di trasferire la *vacua possessio*, anche quelli di '*purgari dolo malo*' e, come si ricava e contrario, di garantire dal *periculum evictionis*.

Ma, specificamente, l'obbligo di impegnarsi per il venditore a garantire dal pericolo di un danno è sostenuto diffusamente da Paolo in altri luoghi.

Così, ad esempio, in

D. 39.2.18.8 (Paul. 48 *ad ed.*): Venditorem autem aedium prius, quam possessionem tradat, stipulari oportet, quia huius quoque rei culpam praestat.

Il venditore di un edificio, prima di trasferirne il possesso, sarebbe tenuto ad impegnarsi nei confronti dell'*emptor* con una *stipulatio*, essendo, sino a quel momento, responsabile per colpa.

Il richiamo ancora ad un vero e proprio obbligo di *diligentiam et custodiam praestare* appare chiaramente da

D. 39.2.18.9 (Paul. 48 *ad ed.*): Sed quid fiet, si venditor sine culpa stipulari non potuerit et ob hoc emptor stipulatus fuerit? Nonne damnum patitur? An

³ Si legga l'analisi accurata di S.A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, Milano 2007, spec. p. 125 e nt. 12 con bibliografia e fonti.

hoc damnum in aliena re acciderit, revolvitur autem ad emptorem, quia actionem ex empto non habet? Sed nihil in hac causa proficit stipulatio, nisi in id, quod post traditionem accidit, quia, dum venditoris custodia est, is stipulari debet omnemque diligentiam emptori praestare: et quod alia actione quaeri potest, id in stipulatione damni infecti omnino non deducitur.

E analogamente, si dispone in

D. 39.2.38 pr. (Paul. 10 *ad Sab.*): Emptor aedium ante traditam sibi possessionem ideo inutiliter stipulatur, quia venditor omnem diligentiam ei praestare debet, tunc certe utiliter stipulatur, cum omnis culpa a venditore aberit, veluti si precario emptori in his aedibus esse permisit custodiamque ei afuturus tradidit.

L'eventuale stipulazione dell'*emptor aedium ante traditionem* sarebbe contratta *inutiliter* in quanto in capo al venditore grava, ancora qui, *omnem diligentiam* e la sua garanzia è dunque *utiliter* effettuata. Poi il passo equipara la situazione di assenza di colpa in capo al venditore a quella generata dall'aver consentito in precario all'*emptor* di immettersi in un immobile, per poi trasferirgliene la custodia. Il gioco dei due avverbi, *utiliter/inutiliter* segna le rispettive posizioni ed obblighi delle parti, venditore e compratore, il cui momento di verifica cadrebbe sempre nell'avvenuto o non avvenuto trasferimento del bene.

Nei passi la dottrina specie più recente non ha esitato ad intravedere da un lato, un aggravamento, da parte di Paolo della posizione del venditore, dall'altro un ampliamento del concetto di *custodia* che tenderebbe a divenire uno strumento tecnico vero e proprio⁴.

Preliminarmente, tuttavia, va subito detto che tanto D. 19.1.36 da cui siamo partiti, che D. 39.2.19.9 e D. 39.2.38 pr. non sono immuni da sospetti di interpolazioni. In particolare, la dottrina ha ritenuto insiticio ogni rife-

⁴ M. SERRANO VICENTE, *Custodiam praestare. La prestación de custodia en el derecho romano*, Madrid 2006, p. 305 ss. che riconosce un ampliamento della custodia ai beni immobili, sostenendo, p. 307, che in «toda la época clásica, la custodia se entiende como una actividad – técnica – y no como un criterio de responsabilidad».

I passi, va rilevato, sembrano nel loro insieme autorizzare la conclusione che il *possessionem tradere* non fosse, nella visione paolina, almeno, esaustivo di tutti gli obblighi del venditore: al contrario, la lettura di D. 19.1.4.1 pr. sembrerebbe riferirsi ad una serie di comportamenti i quali sarebbero necessari e sufficienti a descrivere la posizione contrattuale del venditore (*sufficit*), *tradere possessionem, obligare se ob evictionem, purgari dolo malo*. Sul punto, S.A. CRISTALDI, *op. cit.*, p. 124 ss.

rimento alla *diligentia* nei su citati frammenti, soprattutto per la presenza dell'endiadi custodia-diligenza che rifletterebbe una chiara aggiunta compilatoria. F. Haymann⁵, certo uno dei più severi cacciatori di interpolazioni, giudica postclassico l'intero D. 19.1.36, mentre, meno radicalmente, G. Von Beseler⁶, ricostruisce così: [*stipulationem interponere debet*] <*utiliter stipulatur*>, espungendo *et diligentiam*, seguito dall'Arangio Ruiz⁷ e dal Kunkel⁸.

Da parte nostra, non disconoscendo un indubbio fondamento alla base delle proposte revisioniste citate, ci sembra tuttavia inaccoglibile la soluzione di Haymann di eliminare l'intero contenuto di D. 19.1.36. Troppi i riferimenti ad un dovere per il venditore, secondo il pensiero di Paolo, di impegnarsi alla *cautio* prima del trasferimento del possesso del bene per poter seriamente pensare di sbarazzarsi di ogni riferimento testuale ad esso⁹. In

⁵ F. HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationrecht I. Über Haftung für custodia*, in ZSS 40, 1919, p. 3295 ss.

⁶ G. VON BESELER, *Romanistische Studien*, in ZSS 47, 1927.

⁷ V. ARANGIO RUIZ, *La Responsabilità contrattuale nel Diritto Romano*, rist II ed. 1935, Napoli 1957 (1987), p. 199.

⁸ W. KUNKEL, *Diligentia*, in ZSS 45, 1925, p. 279 ss.

⁹ Si occupano specificamente della responsabilità e delle posizioni contrattuali: G.I. LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale I. La responsabilità per custodia*, Milano 1938; J. ROSENTHAL, *Custodia und Aktivlegitimation zur Actio furti*, in ZSS 68, 1951, p. 217 ss.; E. BETTI, "Periculum". *Problema del rischio contrattuale in Diritto romano classico e giustiniano*, in *Studi in onore di P. De Francisci*, Milano 1956, p. 142 s., ove l'Autore ritiene il contenuto del *custodiam praestare* oggetto di *pactum*; ID., *Imputabilità dell'inadempimento contrattuale dell'obbligazione in diritto romano*, Roma 1958; G.I. LUZZATTO, *Spunti critici in tema di responsabilità contrattuale*, in BIDR 63, 1960, p. 47 ss.; A. METRO, *L'obbligazione di custodire nel Diritto Romano*, Milano 1966; F. PASTORI, *Commodato. Contratto. Responsabilità*, Milano 1986; P. VOCI, *Diligentia, custodia, culpa: i dati fondamentali*, in SDHI 56, 1990, p. 29 ss.; F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel diritto romano dalle origini a tutta l'età postclassica*, Bari 1994; R. CARDILLI, *L'obbligazione di "praestare" e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C-II sec. d.C.)*, Milano 1995; C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano (Materiali per un corso di diritto romano)*, Catania 1996; C. BRANCATI, *Il carattere temporaneo della missio in possessionem*, in *Studi Urbinati* 68, 2000/01, p. 165 ss.; M.R. CIMMA, *La responsabilità nel diritto privato romano*, in *Diritto@Storia* 1, 2002; C.A. CANNATA, *Scritti scelti di diritto romano II* (a cura di L. Vacca), Torino 2012.

La *Pro Quinctio* di Cicerone offre numerosi spunti di riflessione sul ricorso allo strumento pretorio della *cautio damni infecti*, dato di un certo rilievo se solo si pensi che si tratta molto probabilmente della prima orazione dell'Arpinate, datata comunemente nell'81 a.C.. Al riguardo, uno squarcio del paragrafo XXVII ne riporta un interessante spaccato attraverso un continuo richiamo all'editto pretorio: *Omnia sunt, C. Aquili, eius modi quivis ut perspicere possit in hac causa improbitatem et gratiam cum inopia et veritate contendere. Praetor te quem ad modum possidere iussit? Opinor, ex edicto. Sponsio quae in verba facta est? SI EX EDICTO PRAETORIS BONA P. QVINCTI POSSESSA NON SVNT. Redeamus ad*

ogni caso, pur convenendo sulla natura compilatoria del termine *diligentia*, resta dal nostro punto di vista inalterata la sostanza del passo in questione e dei testi che ne confermano la paternità paolina.

Invero, non è difficile cogliere nel riferimento alla *custodia* anche una verisimile applicazione del criterio dell'*utilitas contrahendi*¹⁰, interpretazione che secondo noi sarebbe avallata dalla contrapposizione, che riteniamo senz'altro genuina, tra la *stipulatio* dell'*emptor* e quella del *venditor* (*ante traditam possessionem*), per cui la prima sarebbe realizzata *inutiliter*, la seconda *certe utiliter*.

Se la collocazione di D. 19.1.36 non desta dunque particolare preoccupazione all'interno del pensiero paolino in tema degli obblighi del venditore, tuttavia con ciò non si è ancora chiarita, invece, la sua collocazione nel titolo *De furtis*, come abbiamo rilevato in apertura.

In realtà è proprio il Lenel che ci lascia un importante indizio per la comprensione del suo pensiero. Lo Studioso richiama infatti a confronto di D. 19.1.36 un passo di Ulpiano, tratto dal libro 29 *ad Sabinum*, rubricato dallo stesso Studioso nei libri di commento ulpiane a Sabino e dedicato al furto. Si tratta di

D. 47.2.14 pr. (Ulp. 29 *ad Sab.*)¹¹: Eum qui emit, si non tradita est ei res, furti

*edictum. Id quidem quem ad modum iubet possidere? Numquid est causae, C. Aquili, quin, si longe aliter possedit quam praetor edixit, iste ex edicto non possederit, ego sponsione vicerim? Nihil, opinor. Cognoscamus edictum. QVI EX EDICTO MEO IN POSSESSIONEM VENERINT. De te loquitur, Naevi, quem ad modum tu putas; ais enim te ex edicto venisse; tibi quid facias definit, te instituit, tibi praecepta dat. EOS ITA VIDETVR IN POSSESSIONE ESSE OPORTERE. Quo modo? QVOD IBIDEM RECTE CVSTODIRE POTERVNT, ID IBIDEM CVSTODIANT; QVOD NON POTERVNT, ID AVFERRE ET ABDVCERE LICEBIT. Quid tum? DOMINVM, inquit, INVITVM DETRVDERE NON PLACET. Sull'orazione, K. KUMANIECKI, L'orazione pro Quintio di Marco Tullio Cicerone, in AA. VV., in *Studi classici in onore di Quintino Cataudella*, Catania 1972, Vol. III, p. 129 ss.; J.M. MAY, *Trials of Character. The Eloquence of Ciceronian Ethos*, Chapel Hill-London, 1988; E. NARDUCCI, *Cicerone. La parola e la politica*, Roma-Bari 2009.*

¹⁰ Su cui, M. NAVARRA, "Utilitas contrahentium" e *sinallagma*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni in diritto romano*. II (a cura di L. Garofalo), Padova 2007, p. 225 ss., ma si veda, pure, EAD., *Ricerche sull'utilitas nel pensiero dei giuristi romani*, Torino 2002.

¹¹ A sua volta collocato al fr. 2734, col. 1125, *De custodia a venditore praestanda*. Sul testo, cfr. D. LIEBS, *Römische Jurisprudenz in Afrika mit Studien zu den pseudopaulinischen Sentenzen*, Berlin 1993, p. 103 nt. 254; L. MANNA, *Spunti per un'indagine dei criteri della responsabilità contrattuale in diritto postclassico*, in *Atti del II Convegno sulla problematica contrattuale in diritto romano*, Milano, 11-12 maggio 1995, Milano 1998, p. 493 ss.; M. PENNITZ, *Das periculum rei venditae. Ein Beitrag zum "actionenrechtlichen Denken" im römischen*

actionem non habere, sed adhuc venditoris esse hanc actionem Celsus scripsit. Mandare eum plane oportebit emptori furti actionem et condictioem et vindicationem, et si quid ex his actionibus fuerit consecutus, id praestare eum emptori oportebit: quae sententia vera est, et ita Iulianus. Et sane periculum rei ad emptorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet.

Nel passo si afferma una regola, confermata da Celso, per cui la legittimazione all'azione di furto spetta a chi risponde di *custodia*. Regola che in ogni caso, doveva certo ammettere eccezioni, considerata l'ampiezza dei casi in cui si concedeva l'*actio furti* anche al di fuori dei limiti della responsabilità contrattuale (così, il caso del comodatario)¹². Il ragionamento di Lenel si fonderebbe, allora, proprio su questo, nel collocare D. 19.1.36 all'interno di una tradizione in cui centrale è la posizione giuliana nel legame tra l'*actio furti* e la *custodia*. Cosa che sarebbe testimoniata da un altro passo, sempre tratto dal l. 29 del commento ulpiano a Sabino, che riportiamo per completezza e chiarezza del discorso.

D. 47.2.14.10 (Ulp. 29 *ad Sab.*): An pater, cuius filio commodata res est, furti actionem habeat, quaeritur; et Iulianus ait patrem hoc nomine agere non posse, quia custodiam praestare non debeat, sicuti, inquit, is qui pro eo, cui commodata res erat, fideiusserit, non habet furti actionem. Neque enim inquit is, cuiuscumque interierit, rem non perire, habet furti actionem, sed qui ob eam

Privatrecht, Wien Köln Weimar 2000, p. 115 nt. 40; U. BABUSIAUX, *Id quod actum est. Zur Ermittlung des Parteiwillens im klassischen römischen Zivilprozeß*, München 2006, p. 213 nt. 1018. Si può oltretutto vedere l'imponente disamina tracciata da J.H. DALHUISEN, *Dalbuisen on Transnational comparative, commercial, financial and trade Law II. Contract and Movable Property*⁶, London 2016. Rileva lo Studioso inglese che se «the Roman Law of goods and the passing of the risk in them had been fairly simple», tuttavia ciò non può dirsi «if the sale was conditional or suspended, if there remained a choice between various performance, duties, or if the buyer had to approve the goods». In tutti questi casi, in cui rientrerebbe anche D. 47.2.14.pr. «the risk could not pass, therefore notably not before the final price was determined (*pretium certum*), which was seen as a substantive protection for the buyer and assumed at the same time a sufficient individualization upon counting, weighing or measuring». Non del tutto convincente ci sembra la lettura di M.A. FENOCCHIO, *Sulle tracce del delitto di furtum. Genesi sviluppi vicende*, Napoli 2008, p. 262, secondo il quale l'ultima frase del passo in esame non sarebbe di derivazione giuliana perché l' «*et ita et Iulianus*» sarebbe «correlabile alla parte di discorso precedente a quella contenente il riferimento alla *custodia* («*et sane periculum rei ad emptorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet*»)). L'aggancio formale non impedisce infatti di credere che la regola enunciata nella conclusione del passo possa comunque essere stata sostenuta anche da Giuliano.

¹² Sul punto, M.A. FENOCCHIO, *Sulle tracce cit.*

rem tenetur, quod ea res culpa eius perierit. Quam sententiam Celsus quoque libro duodecimo digestorum probat¹³.

Vero è che in D. 19.1.36 si fa questione di immobili. E come abbiamo chiarito, dobbiamo immaginare una tendenza di Paolo ad estendere gli obblighi del *venditor aedium*, ammettendone evidentemente anche la responsabilità per *custodia* e correlata estensione della furtività¹⁴.

Ma tale conclusione non è immune da problemi. Già Mario Talamanca¹⁵ aveva rilevato con preoccupazione come, immaginando in epoca severiana un obbligo di *custodia* in capo al *venditor* dell'immobile, si sarebbe stati costretti ad ammettere per costui anche l'assunzione della responsabilità per furto. Con la conseguenza, piuttosto gravosa, di riconoscere l'ammissibilità

¹³ Su cui, *ex multis*, da ultimo, A. VALIÑO, *El hurto de la cosa dada en comodato al filius in potestate: a propósito de D. 47.2.14.10 (Ulp. 29 ad Sab.)*, in *Scritti in ricordo di Barbara Bonfiglio*, Milano 2004, p. 391 ss., con rassegna bibliografica.

¹⁴ Che ci fosse un legame saldissimo tra responsabilità per custodia e responsabilità per furto è un dato fuori discussione. Basterebbe leggere, a conferma, i noti paragrafi gaiani, 3.203-207: *Furti autem actio ei competit, cuius interest rem salvam esse, licet dominus non sit. Itaque nec domino aliter competit, quam si eius intersit rem non perire. Unde constat creditorem de pignore subrepto furti agere posse; adeo quidem, ut quamvis ipse dominus, id est ipse debitor, eam rem subripuerit, nibilo minus creditori competat actio furti. Idem si fullo polienda curandave aut sarcinator sarcienda vestimenta mercede certa acceperit eaque furto amiserit, ipse furti habet actionem, non dominus, quia domini nihil interest ea non periisse, cum iudicio locati a fullone aut sarcinatore suum consequi possit, si modo is fullo aut sarcinator rei praestandae sufficiat; nam si solvendo non est, tunc quia ab eo dominus suum consequi non potest, ipsi furti actio competit, quia hoc casu ipsius interest rem salvam esse. Quae de fullone aut sarcinatore diximus, eadem transferemus et ad eum, cui rem commodavimus: nam ut illi mercedem capiendo custodiam praestant, ita hic quoque utendi commodum percipiendo similiter necesse habet custodiam praestare. Sed is, apud quem res deposita est custodiam non praestat tantumque in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit. qua de causa si res ei subrepta fuerit, quia restituendae eius nomine depositi non tenetur nec ob id eius interest rem salvam esse, furti itaque agere non potest, sed ea actio domino competit.*

Rileva il Cannata, *op. cit.*, come la custodia, quale attività dovuta dal debitore per evitare la perdita o il danneggiamento del debitore verrebbe a configurarsi talora come responsabilità senza colpa, talaltra come *diligentia in custodiendo*. Nella prima accezione il debitore risponderebbe pure per il furto della cosa. Dunque, la costruzione classica tenderebbe a distinguere nettamente i problemi legati alla custodia da quelli connessi alla colpa. Per la *diligentia in custodiendo* si tratterebbe invece di un criterio elaborato in età epiclassica e dunque recepito dai compilatori giustinianeî. Tuttavia, la costruzione della *custodia* come responsabilità senza colpa e quella della *custodia* come *diligentia in custodiendo* non corrisponderebbero a due regimi pratici diversi, trattandosi, al contrario, di due costruzioni dommatiche diverse dello stesso criterio della responsabilità.

¹⁵ M. TALAMANCA, *s.v. Vendita in generale (dir. rom.)*, in *Enc. Dir.* 46, 1993, p. 448 nt. 1501.

del furto immobiliare all'epoca di Paolo, cosa, come è noto, che parrebbe doversi radicalmente escludere. Proprio per tale considerazione il Talamanca concludeva nel senso che originario sarebbe stato il termine *diligentia*, a cui, successivamente sarebbe stato aggiunto quello di *custodia*.

Tradizionalmente infatti si ritiene in dottrina che in origine il furto fosse limitato alla sola ipotesi di *subreptio* di *res mobiles*. Ancora fondamentale nella ricostruzione della storia del delitto di furto è l'opera di Bernardo Albanese, secondo il quale dalla ristretta concezione dell'epoca decemvirale si passò ad una nozione del *furtum* estremamente ampia, in seguito ad un poderoso processo di estensione da parte della giurisprudenza: «Contrariamente a quanto è stato talvolta, e anche autorevolmente affermato, noi riteniamo che nel sistema delle XII Tavole la nozione di *furtum* fosse assai più limitata di quanto è dato constatare con certezza per le epoche successive. In effetti a nostro parere le poche testimonianze rimasteci per la legislazione decemvirale si riferiscono indubbiamente ad una concezione di *furtum* corrispondente esclusivamente alla ristretta ipotesi della sottrazione dell'altrui *res mobile*»¹⁶.

L'analisi dello Studioso palermitano, a tutt'oggi largamente seguita in letteratura, non trascurava di riconoscere tuttavia la verisimiglianza di un tentativo, forse ascrivibile all'epoca repubblicana, di estendere il furto ai beni immobili¹⁷. Come noto, la relativa notizia viene comunemente ricavata da un famoso brano di Gellio, *Noct. Att.* 11.18.13-14:

¹⁶ B. ALBANESE, *La nozione del furtum fino a Nerazio*, in *AUPA* 23, 1953, p. 8 ss.

¹⁷ Cfr., M. KASER, *Das altrömischen Jus*, Göttingen 1949, p. 213 nt.1 e H. NIEDERLÄNDER, *Die Entwicklung des furtum und seine etymologischen Ableitungen*, in *ZSS* 67, 1950, p. 253. Sul furto in epoca arcaica, segnaliamo, in aggiunta, H.F. HITZIG, *Beiträge zur Lehre vom furtum*, in *ZSS* 23, 1902, p. 315 ss.; A. QUARITSCH, *Institutionen und Rechtsgeschichte. Kompendium des römischen Privatrechts und Zivilprozesses*, Berlin 1904, p. 233 ss.; M. WŁASSAK, *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren. IV. Das Gesetz der Zwölftafeln über den fur manifestus*, in *ZSS* 25, 1904, p. 95 ss.; M. PAMPALONI, *Studi sopra il delitto di furto*, in *BIDR* 12, 1908, p. 205 ss.; P. HUVELIN, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain I. Les sources*, Lyon-Paris, 1915; ID., *L'animus lucri faciendi dans la theorie romaine du vol*, in *NRH* 42, 1918, p. 73 ss.; V. ARANGIO RUIZ, *La répression du vol flagrant et du non flagrant dans l'ancien droit romain*, in *Al Qanoun Wal Iqtisad* II, 1932, p. 109 ss. (= *Rariora*, Roma 1946, rist. Camerino 1970, p. 197 ss. e *Scritti di diritto romano* II, Napoli 1974, p. 371 ss.), *VIR* II, Berlin 1933, c. 975 ss.; F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Recht*, München 1934, p. 32 e p. 47; E. CARRELLI, *La repressione del furto flagrante nel diritto quiritario*, in *AUBA* 2, 1939, p. 107 ss.; F.H. JOLOWICZ, *Digest XLVII.2 De furtis*, Cambridge 1940; ID., *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, Cambridge 1952, p. 170 ss.; D. PUGSLEY, *Furtum in the XII Tables*, in *The Irish Jurist* 4, 1969, p. 139 ss.; A. WATSON, *The Law of the ancient Romans*, Dallas 1970, p. 76 ss.; D. FLORIA HIDALGO, *La casuística del 'furtum' en la jurisprudencia ro-*

In quo (=De furtis) id quoque scriptum est, quod vulgo inopitatum est, non hominum tantum neque rerum moventium, quae auferre occulte atque subripui possunt, sed fundi quoque et aedium fieri furtum; condemnatum quoque furti colonum, qui fundo quem conduxerat, vendito possessione eius dominum intervertisset. 14. Atque id etiam, quod magis inopinabile est, Sabinus dicit furem esset hominis iudicatum, qui cum fugitivus praeter oculos forte domini, obtentu togae, tamquam se amiciens, ne videretur a domino obstitisset.

L'antiquario e curioso archiviato di notizie, dopo aver suggerito al lettore di prendere visione del *De furtis* sabiniano (11.18.12)¹⁸, segnala come sorprendente stranezza che proprio lì si riporti una decisione secondo la quale sarebbe stato condannato per furto un colono che aveva venduto il fondo locato. La stranezza starebbe nel fatto che il furto riguarderebbe non una cosa mobile sottratta in modo clandestino, ma un bene immobile. Il che costituisce poi un importante indizio nel senso di individuare nella *subreptio* di *res mobiles* la primigenia e forse tipica ipotesi di furto, dalla quale la giurisprudenza sarebbe partita per enucleare via via nuove fattispecie.

È pacifico in dottrina ritenere che l'ammissibilità del furto del fondo non sia da interpretare come un'innovazione attribuibile a Sabino, limitandosi quest'ultimo solo a riportare la notizia che verisimilmente accoglieva¹⁹.

mana, Madrid 1991; A. WATSON, *Studies in Roman Private Law*, London-Rio Grande 1991, p. 309 ss.; M. BALZARINI, *Il furto manifesto tra pena pubblica e privata*, in *ACOP* 5, 1992, p. 49 ss.; L. PEPE, *Ricerche sul furto nelle XII Tavole e nel diritto attico*, Milano 2004; P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, Milano 2005; I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum*. Qui sciens indebitum accipit, Milano 2006; M.A. FENOCCHIO, *Sulle tracce cit.*, con ulteriori ragguagli bibliografici.

¹⁸ *Noct. Att.* 11.18.12: ...*Sed quod sit 'oblatum', quod 'conceptum' et pleraquae alia ad eam rem ex egregiis veterum moribus accepta neque inutilia cognitu neque iniucunda qui legere volet inveniet Sabini librum, cui titulus est 'De furtis'*. Non si può escludere che in realtà il libro citato da Gellio, cui *titulus est 'De furtis'* non fosse altro che una parte dei *libri tres* sabiniani specificamente rivolta al furto. Anche in questo caso, cioè escludendo l'esistenza di un'opera autonoma dedicata dal giurista al furto, ne risulterebbe tuttavia confermata l'ampia attenzione che nell'ambito del diritto civile egli aveva rivolto al tema: considerazioni, da ultimo, in M. FRUNZIO, *Res furtivae. Contributo allo studio della circolazione degli oggetti furtivi in diritto romano*, Torino 2017, cui ci permettiamo di rinviare.

¹⁹ È del tutto evidente, infatti, nei paragrafi gelliani il contrasto tra l'autorità di Sabino, invocato apertamente come fonte di conoscenza del diritto rispetto a indefiniti *veteres* che si sarebbero resi autori della ammissibilità del furto immobiliare. Sul punto, cfr. B. ALBANESE, *op. cit.*, p. 58 ss. Per una accorta lettura di *Noct. Att.* 11.18, si veda, ora, F. BATTAGLIA, *An Aulus Gellius 'commentary' on Masurius Sabinus (Noct. Att. 11.18)*, in *Tijds. voor Rechtsg.* 97, 2016, p. 565 ss. Su Gellio, v. nota 39 del presente lavoro.

D'altronde, è stato sostenuto che la posizione di Sabino al riguardo non fosse nella direzione di un generico e indifferenziato accoglimento del *furtum fundi*, ma che il giurista abbia ammesso il furto del fondo solo intendendo la *contractatio* in un certo modo: così, l'Astolfi²⁰ ha ritenuto di ricavare dalla lettura di alcuni passi che il pensiero del giurista fosse di concepire intanto il furto di una *res quae tolli non potest*. Di qui, l'ammissione anche del *furtum fundi*, in cui la *contractatio* sarebbe consistita in un *tangere*. La conclusione dello Studioso si basa essenzialmente sull'analisi di

D. 47.2.21 pr. (Ulp. 40 *ad Sab.*): Volgaris est quaestio, an is, qui ex acervo frumenti modium sustulit, totius rei furtum faciat an vero eius tantum quod abstulit. Ofilius totius acervi furem esse putat: nam et qui aurem alicuius tetigit, inquit Trebatius totum eum videri tetigisse: proinde et qui dolium aperuit et inde parvum vivi abstulit, non tantum eius quod abstulit, verum totius videtur fur esse. Sed verum est in tantum eos furti actione teneri, quantum abstulerunt. Nam et si quis armarium, quod tollere non poterat, aperuit et omnes res, quae in eo erant, contractaverit atque ita discesserit, deinde reversus unam ex his abstulerit et antequam se reciperet, quo destituerat, deprehensus fuerit, eiusdem rei et manifestus et nec manifestus fur erit, rell.

Riferisce Ulpiano di una *vulgaris quaestio* consistente nel dubbio per cui se qualcuno avesse tolto un tomolo di frumento da un mucchio andasse considerato *fur* di tutto o solo di quello che asportò. Secondo il parere di Ofilio lo si dovrebbe ritenere ladro dell'intero mucchio. Per Trebazio quell'azione consistente nell'asportazione di una parte di un tutto implicherebbe il contatto con il mucchio alla stessa stregua di chi apre una botte e prelevando un pò di vino sarebbe da considerare ladro non solo di quanto tolse, ma del vino nella sua interezza. Ulpiano aggiunge un caso particolare, in cui taluno aveva asportato solo alcune cose da un ripostiglio che non riusciva a portare via. Poi, andatosene, ritornò successivamente e rubò ancora un oggetto, ma prima di riuscire a nascondersi, fu sorpreso. Allora per la medesima *res* egli sarà tenuto a risponderne sia di furto manifesto che di furto non manifesto.

Il passo attesta certamente di un'attenzione da parte di Trebazio e Ofilio per il tema del furto di beni immobili e lascia scorgere un orientamento rivolto ad ammettere il furto della cosa immobile almeno quando fosse rav-

²⁰ R. ASTOLFI, *Sabino e il 'furtum fundi'*, in *SDHI* 51, 1985, p. 402 ss.

visabile la *subreptio* di una *res* parte di un tutto. La provenienza poi dai libri di commento a Sabino lascerebbe intravedere una tradizione di pensiero che dall'età repubblicana, passando per Sabino, viene raccolta dal severiano Ulpiano.

Esso sarebbe da leggere insieme ad un brano che lo precede nello stesso frammento ulpiano,

D. 47.2.21.8 (Ulp. 40 *ad Sab.*):...Proinde si involucrum, quod tollere non potuit, solvit, ut contrectet, deinde contrectavit quasdam res: quamvis singulas res, quae in eo fuerunt, tollere potuerit, si tamen involucrum tollere non potuerit, singularum rerum, quas tulerit, fur est, ceterarum non est. quod si totum vas tollere potuit, dicimus eum totius esse furem, licet solverit, ut singulas vel quasdam tolleret: et ita Sabinus ait,

in cui si afferma che se taluno, nell'impossibilità di asportare l'intero *involucrum*, lo aprì e asportò solo alcune cose, sarà tenuto per il furto di quelle. Secondo Sabino sarebbe invece da considerare responsabile per il furto del tutto ove, potendo asportare l'intero *vas*, avesse tuttavia prelevato da esso solo alcuni oggetti.

Qui Sabino, espressamente richiamato, sembra allora sostenere che fosse ladro del tutto chi avesse sottratto solo alcuni oggetti, in quanto, prelevata una parte, si riteneva che idealmente l'asportazione avesse avuto ad oggetto il contenuto nella sua interezza. D'altronde, come ha cura di precisare l'Astolfi²¹, vi sono casi in cui si commette furto pure quando vi sia un mutamento nello stato d'animo e non oggettivo, dimostrandosi, così che la casistica in tema di furtività era fin da epoca relativamente antica, estremamente variegata.

Che fosse stata sostenuta la possibilità di un *furtum fundi locive* prima di Sabino lo ricaviamo, inoltre, da molte e tutte notissime testimonianze.

D. 41.3.38 (Gai. 2 *rerum cott. sive aureorum*): Quam rem ipse quidem non potest usucapere, quia intellegit alienum se possidere et ob id mala fide possidet. Sed si alii bona fide accipientes tradiderit, poterit is usucapere, quia neque vi possessum neque furtivum possidet: abolita est enim quorundam veterum sententia existimantium etiam fundi locive furtum fieri.

Il passo presenta numerosi spunti di riflessione e va considerato sostan-

²¹ R. ASTOLFI, *op. cit.*, p. 406.

zialmente genuino, anche per la sua corrispondenza a I. 2.6.7²². In esso Gaio distingue la posizione del possessore di mala fede che non potrà mai usucapire il bene da quella dei terzi aventi causa da lui. Infatti, ove un terzo acquisti il bene in buona fede potrà usucapirlo. Ma – questo è il ragionamento sotteso – se si tratta di cosa rubata o il cui impossessamento sia avvenuto in modo violento, il terzo, seppure in buona fede, non potrà usucapire. Le discipline di riferimento nelle due ipotesi, sottrazione di beni e impossessamento *vi*, discendono, come noto, rispettivamente dalla *lex Atinia de rebus subreptis* e dalla *lex Plautia de vi*²³. Al di fuori di questi due casi

²² I. 2.6.7: *Quod autem ad eas res, quae solo continentur, expeditius procedit: ut si quis locis vacantis possessionem propter absentiam aut neglegentiam domini, aut quia sine successore decesserit. Sine vi nanciscatur. Qui quamvis ipse mala fide possidet, quia intellegit se alienum fundum occupasse, tamen, si alii bona fide accipienti tradiderit, poterit ei longa possessione res adquiri, quia neque furtivum neque possessum accepit. Abolita est enim quorundam, veterum sententia existimantium etiam fundi locive furtum fieri, et eorum, qui res soli possident, principalibus constitutionibus prospicitur, ne cui longa et indubitata possessio auferri debeat.* Segnaliamo la presenza nel passo del verbo *nanciscor* (*sine vi nanciscatur*) che sovente indica con una discreta valenza tecnica l'effetto dell'acquisto del possesso: sul punto, la completa disamina di F. ZUCCOTTI, *Sulla tutela processuale delle servitù cosiddette pretorie*, in *Processo civile e processo penale nell'esperienza del mondo antico*, Milano 2001, p. 328 nt. 63.

²³ La *lex Atinia* di cui abbiamo notizia soprattutto grazie a Gell., *Noct. Att.* 17.7 (riportato alla nota seguente), D. 41.3.4.6 (Paul. 54 *ad ed.*) e D. 50.16.215 (Paul. *Ad leg. sing. Fuf. Canin.*) fu emanata prima della *lex Plautia* (149 a.C. è la data che abbiamo proposto in un precedente studio, *La "lex Atinia de rebus subreptis": un'ipotesi sulla datazione*, in *Labeo* 43, 1997, p. 259 ss. e che oggi ribadiamo in *Res furtivae cit.*, p. 67 ss., con ulteriori riflessioni) e probabilmente nel vietare l'usucapione delle *res mobiles* sottratte clandestinamente, introduceva il principio della *cd. reversio* in potestà, secondo cui le cose così rubate sarebbero state nuovamente usucapibili in seguito al loro recupero da parte del derubato. La giurisprudenza sottopose il dettato letterale della legge ad un'operazione interpretativa, per cui la *reversio* fu intesa, con talune eccezioni, come recupero da parte del *dominus*. La *lex Plautia de vi*, di data incerta, ma probabilmente della prima metà del I sec. a.C., dovette stabilire l'iusucapibilità delle *res vi possessae*, sia mobili che immobili e correlata *reversio* in potestà: M. BALZARINI, *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano*, Padova 1969, p. 181 e p. 188 nt. 18, con bibliografia, la collocava tra il 78 e il 63 a.C. Autori più recenti pensano ad un arco temporale compreso tra il 70 e il 63: cfr. L. LABRUNA, *Il console "sovversivo". Marco Emilio Lepido e la sua rivolta*², Napoli 1976, spec. p. 105 ss. (= *Genera iuris institutorum morum. Studii di storia costituzionale romana*, Napoli 1998, p. 216 ss. e *Marco Emilio Lepido e la sua rivolta*, a cura di C. Cascione, Napoli 2000, p. 128 ss.); ID., *Tutela del possesso fondiario e ideologia repressiva della violenza nella Roma repubblicana*², Napoli 1986, p. 7 (= *Alle radici dell'ideologia repressiva della violenza nella storia del diritto romano*, in *Admunicula*, Napoli 1991, p. 171 e *Diritto e storia. L'esperienza giuridica di Roma attraverso le riflessioni di antichisti e giusromanisti contemporanei*, a cura di A. Corbino con la collaborazione di F. Milazzo, Padova 1995, p. 332); ID., *'Iuri maxime...adversaria'. La violenza tra repressione privata e persecuzione pubblica nei conflitti politici della tarda repubblica*, in *Illecito e pena privata in età repubblicana*. Atti del convegno internazionale di diritto romano, Copanello 4-7 giugno

l'usucapione, conclude il giurista, sarebbe possibile – sempre ricorrendo la *bona fides* in capo all'accipiente. Trattandosi, in particolare, di cosa immobile il cui impossessamento non fosse avvenuto attraverso la violenza, nulla, a detta del giurista antoniniano, potrebbe impedire il sorgere del *ius usucapionis*, non avendo più ai suoi tempi vigore la *sententia* dei *veteres* secondo cui sarebbe stato possibile anche un *furtum fundi locive*.

I *veteres* cui si riferisce Gaio (ma anche Gellio) non sappiamo chi fossero. Trebazio, Ofilio che abbiamo visto interessarsi del furto anche di una cosa non asportabile. Ma non si può escludere che si tratti anche dei tre *fundatores* autori, come noto, della famosa discussione sugli effetti temporali della *lex Atinia*²⁴.

1990, a cura di F. Milazzo, Napoli 1992, p. 267 s. (= Genera, cit., p. 15 s.); R.A. BAUMAN, *Il 'sovversivismo' di Emilio Lepido*, in *Labeo* 24, 1978, p. 69 ss.; A. CAVARZERE, *La 'lex Plautia de vi' nello specchio deformante della 'pro Caelio' di Cicerone*, in *Atti del III Seminario romanistico gardesano*, Milano 1988, p. 237; L. VACCA, *L'editto di Lucullo*, in *Illecito cit.*, p. 221; M. BALZARINI, s. v. *'Violenza (dir. rom.)'*, in *Enc. Dir.* 46, 1993, p. 836 e nt. 56; C. RENDA, *La 'lex Plautia de vi': problemi e ipotesi di ricerca*, in *Index* 36, 2008, p. 492; G. D'ANGELO, *Occupazione clandestina e lex Plautia de vi*, in *AUPA* 55, 2012, p. 279 ss.. Per questi aspetti, ora, M.A. CALZADA, *Reversio in potestatem de las res furtivae et vi possessae*, in *SDHI* 78, 2012, p. 167 ss. e M. FRUNZIO, *Res furtivae cit.*

²⁴ Della disputa ci informa Gell., *Noct. Att.* 17.7, che riporta le parole della legge e si sofferma – attraverso la voce di Scevola, Bruto e Manilio – sulla portata esatta del verbo *"erit"* che vi si leggeva: *Legis veteris Atinae verba sunt: 'Quod subruptum erit, eius rei aeterna auctoritas esto'. Quis aliud putet in hisce verbis quam de tempore tantum futuro legem loqui? Sed Q. Scaevola patrem suum et Brutum et Manilium, viros adprime doctos, quaevisse ait dubitasseque, utrumne in post facta furta lex valeret an etiam in ante facta: quoniam 'subruptum erit' utrumque tempus videretur ostendere, tam praeteritum quam futurum. Itaque P. Nigidius, civitatis Romanae doctissimus, super dubitatione hac eorum scripsit in tertio vicesimo grammaticorum commentariorum. Atque ipse quoque idem putat incertam esse temporis demonstrationem, sed anguste perquam et obscure disserit, ut signa rerum ponere videas ad subsidium magis memoriae suae quam ad legentium disciplinam. Videbatur tamen hoc dicere suum verbum et 'est' 'esse' et 'erit': quando per sese ponuntur, habent atque retinens tempus suum: cum vero praeterito iunguntur, vim temporis sui amittunt et in praeteritum contendunt. Cum enim dico 'in campo est' et 'in comitio est', tempus istans significo; item cum dico 'in campo erit', tempus futurum demonstro; at cum dico: 'factum est', 'scriptum est', 'subruptum est', quamquam 'est' verbum temporis est praesentis, confunditur tamen cum praeterito et praesens esse desinit. 'Sic igitur' inquit etiam istud, quod in lege est: si dividas separeque duo verba haec 'subruptum' et 'erit', ut sic audias 'subruptum <erit>' tamquam 'certamen erit', aut 'sacrificium erit', tum videbitur lex in postfuturum loqui: si vero copulatae permixteque dictum intellegas, ut 'subruptum erit' non duo, sed unum verbum sit idque unitum patiendi declinatione sit, tum hoc verbo non minus praeteritum tempus ostenditur quam futurum'. Da leggere insieme a D. 41.3.24 pr.-1 (Pomp. 24 ad Quintum Mucium): *Ubi lex inhibet usucapionem, bona fides possidenti nihil prodest. 1. Interdum etiamsi non fuerit inchoata usucapio a defuncto, procedit heredi eius: veluti si vitium, quod obstat non ex persona, sed ex re, purgatum fuerit, ut puta**

Ancora Ulpiano e ancora commentando Sabino afferma,

D. 47.2.25 pr. (41 *ad Sab.*): Verum est, quod plerique probant, fundi furti agi non posse.

Alcuni dunque, ormai è chiaro, avevano ritenuto ammissibile il furto del fondo, ma la loro opinione non era prevalsa di fronte ad una maggioranza (*plerique*) di giuristi che ne avevano negato il fondamento.

Il Gaio delle *Institutiones* conferma l'esistenza di un'*improbata sententia* per la quale si reputava che *furtivum fundum fieri posse*, Gai. 2.51:

...et quamvis ipse qui vacantem possessionem nactus est intellegat alienum esse fundum, tamen nihil hoc bonae fidei possessori ad usucapionem nocet cum improbata sit eorum sententia, qui putaverint furtivum fundum fieri posse.

Non nascondiamo di pensare, ma il punto non può essere affrontato in questa sede, che il tentativo di estendere il furto agli immobili fosse determinato dalla necessità di apprestare una più significativa tutela a quei beni che certo mantenevano tutta la loro tradizionale importanza. Circostanza aggravata dal fatto che, verisimilmente, la legge Atinia aveva vietato l'usucapione

si fisci res esse desiderit aut furtiva aut vi possessa, esaminato anche oltre nel testo. La lettura delle due testimonianze sembra autorizzare l'esistenza di una tradizione risalente ai tre *fundatores*, autori della disputa sulla retroattività. Probabilmente, Quinto, figlio di Publio aveva riportato la notizia sulla discussione che però Gellio raccoglie da Nigidio Figulo, il quale ne aveva trattato nel libro 23 dei suoi *Commentarii grammaticali*. E Pomponio, a sua volta, riferisce di una distinzione, forse raccogliendola ancora da Quinto (o forse frutto della sua stessa interpretazione) tra un vizio *ex re* e un vizio *ex persona*: il primo sarebbe occorso, tra gli altri, nel caso del furto che come una macchia colpisce il bene e lo segue nella sua circolazione. Ma Pomponio si richiama ancora a Quinto, D. 50.16.123 (26 *ad Q. Muc.*) per l'interpretazione del verbo '*erit*' presente pure nella *lex Atinia*: *Verbum 'erit' etiam praeteritum nec solum futurum tempus demonstrat...*, cioè, il verbo '*erit*' talora indica anche il perfetto e non solo il tempo futuro, riannodando così alla tradizione muciana, e attraverso questi, ai tre *fundatores* l'interpretazione sulle parole della legge Atinia e rendendo vieppiù sostenibile l'ipotesi che Quinto, sulla scia del padre, avesse a sua volta commentato la legge. In ogni caso, nella formazione di Quinto non si esita a intravedere un'attenzione ed un gusto spiccato per l'interpretazione delle parole, cosa che, come attesta proprio la discussione sulla retroattività della nostra legge, dovette essere in comune col padre: cfr., ad esempio Varr., *De ling. lat.* 5.15.83 sull'etimologia di '*pontufex*', Cic., *Top.* 9.38, su l' '*aqua pluvia*' e ancora Cic., *Top.* 8.37 sulla natura composta del termine '*postliminium*'. La notizia di Gellio rappresenta anche un prezioso elemento per collocare con una certa serenità, la *lex Atinia* nel II sec. a.C. Sul punto, in merito al quale svolgeremo a breve ulteriori considerazioni, si legga quanto osserviamo in *Res furtivae* cit.

pione solo delle *res mobiles* sottratte in modo clandestino. Conclusione che ricaviamo oltretutto anche dalla disposizione sulla *reversio* in potestà in essa contenuta, la quale implicava, nella sua accezione originaria, che in seguito ad uno spostamento fisico del bene, conseguenza del furto, se ne determinasse il suo ritorno (*re-vertor*) nella posizione antecedente all'illecito²⁵.

Il tentativo potrebbe, inoltre, rispondere alla necessità di estendere a talune fattispecie di comportamento fraudolento, non ancora disciplinate con specifici mezzi giurisdizionali la legittimazione, attiva e passiva, all'*actio furti*²⁶. Conclusione che sembrerà più chiara nel corso del presente lavoro e in seguito all'analisi di una serie di testi che testimoniano inequivocabilmente come questa fosse la preoccupazione almeno della giurisprudenza alto-medio repubblicana.

Ne ricaviamo per gli immobili che fino all'emanazione della *lex Plautia de vi*, l'autore di un impossessamento fraudolento non avrebbe potuto usucapire il bene, ma il terzo in buona fede sì, come Gaio ha cura di spiegare. Inoltre, la *lex Plautia* aveva considerato solo l'ipotesi dell'impossessamento *vi*, lasciando comunque fuori il caso del furto immobiliare in senso stretto, che dobbiamo ritenere senza alcuna tutela efficace sino a tutta l'epoca giustiniana²⁷.

Ma quanto detto sinora, merita tuttavia ulteriori precisazioni. Infatti, a ben vedere, le fonti riferiscono di un'opinione maggioritaria che avrebbe prevalso e secondo cui il furto non sarebbe stato ammissibile per gli immobili, ma non escludono che in singoli casi alcuni giuristi abbiano potuto ragionare diversamente. Lo stesso Ulpiano in D. 47.2.21.pr., che abbiamo

²⁵ Il che non esclude una successiva operazione interpretativa estensiva, per cui, in seguito all'emanazione della *lex Atinia*, furono considerate furtive, nel senso dell'inusucapibilità, anche cose non sottratte in senso stretto. Lo dimostrerebbero tutti i passi della giurisprudenza classica che sembrano talora riferirsi genericamente alle *res furtivae*. Ma il punto non può essere affrontato in questa sede.

²⁶ Va da sé che lo sguardo che rivolgiamo alla materia della furtività e alla repressione del furto attiene del tutto alla fase per così dire, 'privatistica' del delitto, cioè al rapporto privato tra *fur* e derubato. Non ci occupiamo pertanto degli aspetti 'pubblicistici' e delle pene scaturenti dall'attività di controllo della comunità. Su questi aspetti, rinviamo a C. CASCIONE, *Tresviri capitales. Storia di una magistratura minore*, Napoli 1999.

²⁷ Considerazione questa che secondo il D'ANGELO (*Occupazione* cit., p. 290) implicherebbe che la regola della continuazione della *possessio animo retenta* fosse operante ancora all'epoca della *lex Plautia*: «In forza di detta regola, infatti, il possesso clandestino dell'occupante veniva sicuramente meno non solo – come è ovvio – se il titolare riusciva a cacciare quest'ultimo, ma anche se l'occupante, al contrario, respingeva il titolare mutando così in violento il suo possesso». Sul punto, la nostra ricerca, *Res furtivae* cit., spec. p. 56 ss.

poc' anzi letto, sembra, con le dovute cautele, collocarsi sulla medesima linea di pensiero di Trebazio ed Ofilio.

Ma non solo. Celso, come ci riferisce ancora Ulpiano, sembra muoversi nella stessa direzione²⁸.

D. 13.3.2 (Ulp. 18 *ad Sab.*): Sed et ei, qui vi aliquem de fundo deiecit, posse fundum condici Sabinus scribit, et ita et Celsus, sed ita, si dominus sit qui deiectus condicat: ceterum si non sit, possessionem eum condicere Celsus ait.

Si tratta sempre di casi specifici, ma sono emblematici di un modo di ragionare poco dogmatico e ritagliato in base a particolari e concrete considerazioni. È probabile infatti che, fermo restando l'abbandono della antica *sententia veterum*, alcuni giuristi abbiano ammesso il furto immobiliare in ipotesi circoscritte e forse allo scopo di conferire ad esse una tutela giurisdizionale altrimenti mancante.

Se queste considerazioni sono almeno plausibili, la collocazione di D. 19.1.36 nell'ambito del libro 7 *Ad Plautium* di Paolo, come ipotizzata dal Lenel, acquisterebbe una sua possibile e ragionevole spiegazione. La scelta dello Studioso seguirebbe così il filo degli obblighi del *venditor* per approdare alla tutela del furto, lasciandoci scorgere il forte indirizzo di ricostruzione giuridica che ne è probabilmente alla base.

Il nostro vuole essere solo un tentativo di spiegare la scelta del Lenel, valendo più che mai in questo caso l'avvertenza di Dario Mantovani²⁹: «... Il più delle volte, le scelte di Lenel non hanno una motivazione esplicita e, di conseguenza, chi non ne sia persuaso deve prima di tutto ipotizzare quali argomenti l'abbiano determinata e solo allora provarsi a criticarli. Una condizione, come si vede, molto precaria, che si vive per di più con la sensazione che sfugga pur sempre qualcosa, che a Lenel, invece, era presente».

²⁸ Non sembra, invece, che alcuna preoccupazione abbia suscitato l'ammissibilità del furto di cose appartenenti al fondo, quali la terra, i frutti, ecc. Sul tema, L. PARENTI, *Notazioni sulla legittimazione attiva all'actio furti per i frutti del fondo dato in locazione al colono*, in *Semin. Compl. de derecho romano* 28, 2015, p. 783 ss. cfr., pure, F. SCHULZ, *Die Aktivlegitimation zur actio furti in Klassischen römischen Recht*, in *ZSS* 32, 1911, spec. p. 67 ss; F. LUCREZI, *Il furto di terra e di animali in diritto ebraico e romano. Studi sulla "Collatio" VII*, Torino 2015; M. FUENTESECA, *Actio furti y reparación de danôs*, in *Semin. Compl. de derecho romano* 28, 2015, p. 369 ss.; L. MINIERI, *Furto di terra e furto di bestiame nel tardoantico*, in *Iura and Legal System* 4, 2017, p. 6 ss.

²⁹ D. MANTOVANI, *Un'integrazione alla Palingenesi leneliana dei Digesta di Giuliano (Paul. 1 ad edict. D. 2.4.19, 21 e l'in ius vocari de domo sua)*, in *AUPA* 50, 2005, p. 13.

Probabile ci sembra pure la conclusione che Paolo abbia raccolto nell'opera di Plautio le tracce di una riflessione sul tema della responsabilità contrattuale, forse già avviata nella direzione in particolare della posizione venditoria e l'abbia ampliata e adattata alle nuove esigenze della realtà economica³⁰, così come resa coerente alla sua impostazione di pensiero, non di rado originale e innovativa³¹.

3. Analisi e commento di D. 41.1.48 pr-2 (Paul. l. 7 ad Plautium), (Lenel 1140): *bona fides* e acquisto dei frutti.

Procediamo ora nell'analisi del secondo brano contenuto nel titolo *De furtis* del libro 7 di commento a Plautio.

³⁰ Non apparirà in tal senso superfluo ricordare che in epoca imperiale la realtà delle compravendite di edifici pericolanti era particolarmente diffusa. Corrispondono certo a verità le descrizioni della *forma urbis* fatte da Giovenale, che dipinge una Roma retta da fragili puntelli e la notizia secondo cui nel II sec. d.C. le *insulae* erano circa 46.602, a fronte di appena 1797 *domus*. Sul punto, cfr., tra gli altri, G. FIORE COLTELLACCI, *I segreti tecnologici degli antichi romani* (spec., *Le insulae, i condomini della plebe*, ivi), Roma 2016.

³¹ Abbiamo avuto modo in più di un'occasione (cfr. M. FRUNZIO, 'Reversio in potestatem' delle res furtivae e 'furtum suae rei' nel pensiero del giurista Paolo, in *Cultura giuridica e diritto vivente* 1, 2014 e EAD., *Res furtivae cit.*) di rilevare l'originalità del pensiero di Paolo, soprattutto in tema di usucapione e furtività. Così, ad esempio, a proposito dell'ipotesi del tutto peculiare del cd. *furtum suae rei*, che incontreremo ancora nel corso del presente studio, ci è sembrato di notare che il giurista pervenga a soluzioni anche dirompenti quando distingue tra un furto compiuto dal *dominus* su cosa propria a cui abbia fatto seguito la distrazione della *res*, da un furto analogamente compiuto in cui, però, diversamente, il proprietario ruba per trattenerne presso di sé il bene. La distinzione che sembra effettuare Paolo attiene più specificamente alle conseguenze circa l'usucapibilità: nel primo caso, la cosa per essere nuovamente usucapibile, deve far rientro nella *potestas* del derubato; nel secondo, essa è immediatamente usucapibile, come se l'atto della *subreptio* coincidesse con quello della *reversio*. Soluzione che non sembra sia prevalsa ma che tuttavia lumeggia bene il contributo rigoroso e attento del giurista severiano alla materia della circolazione dei beni. D'altronde, è ben nota l'attenzione del giurista in generale alle dottrine possessorie, per lo più visibile all'interno della sua grande opera, i commentari *ad edictum*. Basterà, al riguardo, anche solo un breve sguardo al libro 54 *ad edictum*, dedicato proprio alla *possessio* e all'*usucapio*, per verificare l'ampiezza del contributo paolino alla materia. In particolare, pensiamo al lungo squarcio che il Lenel, *Palingenesi cit.*, colloca al frammento 673, colonna 1070, squarcio che si apre con D. 41.3.4.6, proprio in tema di *lex Atinia* e che prosegue affrontando una vasta disamina inerente alla disciplina degli oggetti furtivi. Sul commento di Paolo all'editto, G. LUCHETTI, *I primi due libri del commentario di Paolo ad edictum. Parte I*, in Iura 57, 2009, p. 149 ss.; ID., *I primi due libri del commentario di Paolo ad edictum. Parte II*, in AA. VV., *Studi in onore di R. Martini II*, Milano 2009, p. 509 ss.; I. PONTORIERO, *Il terzo libro del commentario di Paolo "ad edictum" I*, Bologna 2013.

D. 41.1.48 pr.-2: Bonae fidei emptor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facit non tantum eos, qui diligentia et opera eius pervernerunt, sed omnes, quia quod ad fructus attinet, loco domini paene est. denique etiam priusquam percipiat, statim ubi a solo separati sunt, bonae fidei emptoris fiunt. nec interest, ea res, quam bona fide emi, longo tempore capi possit nec ne, veluti si pupilli sit aut vi possessa aut praesidi contra legem repetundarum donata ab eoque abalienata sit bonae fidei emptori. 1. In contrarium quaeritur, si eo tempore, quo mihi res traditur, putem vendentis esse, deinde cognovero alienam esse, quia perseverat per longum tempus capio, an fructus meos faciam. Pomponius verendum, ne non sit bonae fidei possessor, quamvis capiat: hoc enim ad ius, id est capionem, illud ad factum pertinere, ut quis bona aut mala fide possideat: nec contrarium est, quod longum tempus currit, nam e contrario is, qui non potest capere propter rei vitium, fructus suos facit. 2. Et ovium fetus in fructu sunt et ideo ad bonae fidei emptorem pertinent, etiam si praegnates venierint vel subreptae sint. et sane quin lac suum faciat, quamvis plenius uberibus venierint, dubitari non potest: idemque in lana iuris est.

Il *principium* recita la regola generale per cui *non dubie* che l'acquirente in buona fede faccia suoi i frutti, *interim*, anche *ex re aliena*, attraverso la *perceptio*, e non solo quelli che pervennero grazie alla sua opera e diligenza, ma tutti, perché rispetto ad essi si pone *loco domini*. Se poi sono stati separati dal suolo divengono subito suoi, non importando se la *res* possa o meno essere usucapita, come nel caso di cosa del pupillo, o cosa posseduta con la violenza o donata al preside in spregio alla *lex de repetundis* e da lui alienata ad un possessore di buona fede.

Ma dal paragrafo 1 ecco affacciarsi il dibattito giurisprudenziale (*in contrarium quaeritur*) in cui è richiamata l'opinione di Pomponio. Dibattito che coinvolge non solo gli aspetti inerenti all'acquisto di *res alienae*, ma come subito ci si potrà accorgere, più specificamente investe la disciplina delle *res furtivae* e i problemi connessi alla loro usucapibilità.

Ci si chiede, infatti, cosa accada quando, al momento della *traditio*, l'acquirente, dapprima convinto che la cosa appartenga al venditore, venga a conoscenza che invece si tratti di *res aliena*. La *quaestio* si incentra sulla possibilità di acquistare o meno i frutti, in merito alla quale viene invocato il parere di Pomponio, secondo cui ci sarebbe da dubitare (*verendum*) che l'acquirente possa essere definito possessore di buona fede. Paolo interviene chiarendo che la circostanza per cui l'usucapione in questo caso non sarebbe impedita non atterrebbe punto al problema dell'acquisto dei frutti. Tant'è che, chiarisce il giurista, nel caso opposto, quello cioè in cui taluno non possa usucapire per un vizio oggettivo del bene (si pensi al furto o

all'impossessamento violento), non è per ciò solo impedito l'acquisto dei frutti.

Per comprendere appieno il senso del passo bisogna porre mente al fatto che, verisimilmente, secondo le discipline introdotte dalla legge Atinia e dalla legge *Plautia*, neppure il possessore di buona fede avrebbe potuto usucapire rispettivamente le cose sottratte o il cui impossessamento fosse avvenuto attraverso la violenza, salvo che se ne fosse determinata la loro *reversio* in potestà. Ma rispetto ai frutti la giurisprudenza pare ragionare in modo diverso e consentire in linea di massima che il possessore di buona fede possa acquistarli in proprietà. Ulteriore distinzione, come noto, si applica ai parti dell'*ancilla furtiva*, i quali, in base ad una opinione largamente seguita dall'età repubblicana in poi, non tendono ad essere considerati frutti in senso stretto e dunque non possono essere immediatamente acquistati in proprietà, ma, tutt'al più in seguito al decorso del tempo, per usucapione.

In questo modo va spiegato il paragrafo 2 del passo in esame, in cui Paolo chiarisce che i parti degli animali, il latte e la lana spettano, per la loro indubitabile qualifica di frutti, al possessore di buona fede. L'esistenza di un ampio dibattito in materia, visibile anche dal *non dubie*, sappiamo che prende vita dall'interpretazione muciana in materia di *perceptio fructus* (D. 22.1.45)³² per cui '*fructos percipiendo ... suo facit*'.

La presunta 'regola' muciana in base alla quale il possessore di buona fede farebbe suoi i frutti all'atto della *perceptio*, è evidentemente seguita da Plauzio a cui dobbiamo, pertanto, con alta verisimiglianza il tratto iniziale '*bonae fidei emptor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facit*'. Quel che risulta dopo è il commento paolino che sembrerebbe propendere per la soluzione di considerare il possessore di buona fede, quanto ai frutti, in una posizione assimilabile a quella del proprietario³³.

³² D. 22.1.45 (Pomp. 22 ad Q. Mucium): *Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata suos facit, illos tamen, quos suis operis adquisierit, veluti serendo: nam si ponum decerpserit, vel ex silva caedit, non fit eius, sicuti nec cuiuslibet bonae fidei possessoris quia non ex facto eius is fructus nascitur*. Sull'estensione però della regola dell'acquisto dei frutti con la *perceptio* al *possessor bonae fidei*, già dall'epoca muciana, permangono seri dubbi, non potendosi escludere che tale estensione sia successiva (forse dello stesso Plauzio?). Sul punto con ampiezza di argomentazioni, R. CARDILLI, *La nozione giuridica di fructus*, Napoli 2000, p. 108 ss.

³³ In D. 22.1.25.1 (Iul. 7 dig.) parrebbe essere esplicitata la posizione giulianea di consentire al *possessor bonae fidei* l'acquisto attraverso la *separatio*, posizione verisimilmente seguita da Paolo: *In alieno fundo, quem Titius bona fide mercatus fuerat, frumentum sevi: an Titius bonae fidei emptor perceptos fructus suos faciat? Respondi, quod fructus qui ex fundo percipiuntur intellegi debet propius ea accedere, quae servi operis suis adquiruntur, quoniam in percipiendis fructibus magis corporis ius ex quo percipiuntur quam seminis, ex quo oriuntur*

Difatti Paolo sostiene l'idea che l'acquirente di buona fede non acquista i frutti col decorso dell'usucapione, ma li fa suoi immediatamente. Conveniamo col Cardilli nel considerare l'*interim* come non qualificante «la natura giuridica dell'acquisto da parte del compratore di buona fede (teoria della cd. proprietà temporanea)», ma piuttosto evocativo di «un lasso di tempo, in particolare quello necessario per l'acquisto della cosa frugifera altrui per usucapione»³⁴. Pertanto, l'acquisto dei frutti avviene durante il tempo che è invece necessario per l'usucapione della cosa madre.

Sulla disciplina dei frutti, acquistabili in proprietà, rispetto a quella diversamente apprestata per i nati dall'uomo³⁵, interessante si presenta il

aspicitur: et ideo nemo unquam dubitavit, quin, si in meo fundo frumentum tuum severim, segetes et quod ex messibus collectum fuerit meum fieret. porro bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id iuris habet, quod dominis praediorum tributum est. Praeterea cum ad fructuarium pertineant fructus a quolibet sati, quanto magis hoc in bonae fidei possessoribus recipiendum est, qui plus iuris in percipiendis fructibus habent? Cum fructuarii quidem non fiant, antequam ab eo percipiantur, ad bonae fidei autem possessorem pertineant, quoquo modo a solo separati fuerint, sicut eius qui vectigalem fundum habet fructus fiunt, simul atque solo separati sunt.

Cfr., M. KASER, *Zum Fruchterwerb des Usufruktuars*, in *Studi G. Scherillo* 1, Milano 1972, p. 405 ss.; G. THIELMANN, *Produktion als Grundlage des fruchterwerbs*, in *ZSS* 94, 1977, p. 76 ss.; J.L. LINARES PINEDA, *Las doctrinas de la adquisicion de fructos*, in *BIRD* 90, 1987, p. 439 ss.

³⁴ R. CARDILLI, *op. cit.*, p. 316 ss. Cfr., pure, V. ARANGIO RUIZ, *Corso di istituzioni di diritto romano*, Napoli 1921, p. 60 e E. BETTI, *Problemi e criteri metodici d'un manuale d'Istituzioni romane*, in *BIDR* 34, 1925, p. 290.

³⁵ Proprio a proposito del problema del *partus* dell'*ancilla furtiva*, in D. 1.5.26 (Iul. 69 dig.), Giuliano afferma: *...praeterea si ancilla praegnas subrepta fuerit, quamvis apud bonae fidei emptorem pepererit, id quod natum erit tamquam furtivum usum non capitur...* Diversamente, lo stesso Giuliano dispone per il caso in cui l'*ancilla* non sia stata rubata *praegnas*, D. 41.3.33. pr. (Iul. 44 dig.): *Non solum bonae fidei emptores, sed et omnes, qui possident ex ea causa, quam usucapio sequi solet, partus ancillae furtivae usum suum faciunt, ideque ratione iuris introductum arbitror: nam ex qua causa quis ancillam usucaperet, nisi lex duodecim tabularum vel Atinia obstaret, ex ea causa necesse est partum usucapi, si apud eum conceptus et editus eo tempore fuerit, quo furtivam esse matrem eius ignorabat* (sul difficile rapporto tra le due leggi, scorrettamente rette da un verbo al singolare, cfr., P. HUVELIN, *op. cit.*, p. 261 ss.). Le testimonianze si riannodano alla *vetus quaestio* del *partus ancillae*, che non venendo considerato alla stessa stregua di un qualsiasi frutto non era suscettibile di usucapione: sul punto, M. KASER, *Partus ancillae*, in *ZSS* 75, 1958, p. 156 ss. Per la dottrina più recente sul tema, cfr., F. ZUCCOTTI, «*Fruges fructusque*» (*studio esegetico su d. 50.16.77*). *Per una ricerca sulle origini della nozione di «frutto»*, Padova 2000, p. 91 ss.; R. CARDILLI, *op. cit.*, p. 84 ss.; F. ZUCCOTTI, «*Partus ancillae in fructu non est*», in *Antecessori oblata. Cinque studi inediti dedicati ad Aldo Dell'Oro*, Padova 2001, p. 187 ss.; M.V. SANNA, «*Conceptus pro iam nato habetur*» e nozione di frutto, in *Il diritto giustiniano fra tradizione classica e innovazione*. Atti del Convegno di Cagliari, 13-14 ottobre 2000, a cura di F. Botta, Torino 2003, p. 230 ss. La distinzione ha condotto, non senza un qualche fondamento, P. FERRETTI, *In rerum natura*

confronto tra il passo in esame e D. 41.3.4.19³⁶, sempre di Paolo.

D. 41.1.48.1-2: ...nam e contrario is, qui non potest capere propter rei vitium, fructus suos facit. Et ovium fetus in fructu sunt et ideo ad bonae fidei emptorem pertinent, etiam si praegnates venierint vel subreptae sint. et sane quin lac suum faciat, quamvis plenis uberibus venierint, dubitari non potest: idemque in lana iuris est, rell.

D. 41.3.4.19 (Paul. 54 *ad ed.*): Lana ovium furtivarum si quidem apud furem detonsa est, usucapi non potest, si vero apud bonae fidei emptorem, contra: quoniam in fructu est, nec usucapi debet, sed statim emptoris fit, rell.

La lana delle pecore furtive se fu tosata presso il ladro non può essere usucapita, viceversa se fu tosata presso il *bonae fidei emptor*, diviene immediatamente di costui, senza necessità di essere usucapita, in quanto compresa nei frutti. La necessità che la lana fosse *detonsa apud bonae fidei emptorem* e non *apud furem* segna una precisazione di Paolo che integra D. 41.1.48.1-2, specificandone, potremmo dire, la trattazione.

Ma non è tutto. Per la piena comprensione del passo, anche al fine di chiarire i 'materiali' utilizzati da Paolo, dobbiamo dire che l'autorità di Pomponio, apertamente invocata, vale a rendere ancora più complessa la tradizione del pensiero giuridico che il giurista severiano raccoglie.

La sottile distinzione richiamata nel testo fra un vizio oggettivo, intrinseco del bene e quello soggettivo, attinente al particolare atteggiamento psicologico del possessore, evidenzia una riflessione a cui Pomponio, come

esse. In rebus humanis nondum esse. L'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico, Milano 2008, p. 62, a concludere che «è proprio l'idea dell' 'esistenza' e non quella di 'parte' che consente di spiegare il caso dell'*ancilla praegnas subrepta*. Se il concepimento è avvenuto prima della sottrazione, il nato non può essere usucapito dal compratore di buona fede della schiava gravida: il figlio 'esiste' al momento del furto e, come la madre, è *furtivus*. Riassumendo, soltanto chi esiste può dirsi sottratto e quindi furtivo», su cui le osservazioni di F. LAMBERTI, *Concepimento e nascita nell'esperienza giuridica romana. Visuali antiche e distorsioni moderne*, in *Serta giuridica. Scritti Grelle*, Napoli 2011, p. 303 ss. Cfr., pure, E. BIANCHI, *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur' (Fondamenti arcaici e classici)*, Milano 2009, p. 290 ss. e M.V. SANNA, 'Partus ancillae', 'fetus pecudis' e il principio del 'commodum', in *Teoria e storia del diritto privato* 5, 2012. Da ultima, M. FRUNZIO, *Res furtivae cit.*, p. 157 ss.

³⁶ Cfr., pure, D. 22.1.28 pr. (Gai. 2 *rer. cott.*): *In pecudum fructu etiam est sicut lac et pilus et lana: itaque agni et haedi et vituli statim pleno iure sunt bonae fidei possessori et fructuarii*, dove l'aggiunta dell'*et fructuarii* potrebbe essere postclassica: M. BRETON, *La nozione romana di usufrutto I. Dalle origini a Diocleziano*, Napoli 1962, p. 148.

abbiamo prima rilevato³⁷, approda sulla base di materiale sicuramente muciano. D. 41.3.24 che riportiamo ancora per chiarezza ne costituisce la limpida prova:

D. 41.3.24 (Pomp. 24 *ad Q. Mucium*): Ubi lex inhibet usucapionem, bona fides possidenti nihil prodest. 1. Interdum etiamsi non fuerit inchoata usucapio a defuncto, procedit heredi eius: veluti si vitium, quod obstabat non ex persona, sed ex re, purgatum fuerit, ut puta si fisci res esse desierit aut furtiva aut vi possessa.

Ricordiamo che i tre *fundatores*, Bruto, Manilio e Scevola avevano commentato il testo della *lex Atinia* e avevano discusso in merito alla sua presunta portata retroattiva. La ragione della disputa risiedeva in un dato formale³⁸, cioè nella presenza nel testo della legge dell'espressione '*subruptum erit*', la quale avrebbe potuto riferirsi tanto al passato quanto al futuro. Gellio (*Noct. Att.* 17.7) che ci informa della disputa³⁹, dice di aver raccolto la notizia dai Commentarii grammaticali di Nigidio Figulo il quale a sua volta ne aveva avuto conoscenza dall'opera di Quinto, il figlio di Mucio⁴⁰. Perciò ben potrebbe supporre che nell'analisi dei vizi intrinseci della cosa Paolo leggesse Pomponio, commentatore di Quinto il quale potrebbe avere proprio lui per la prima volta introdotto (o ripreso, a sua volta, dal padre) il concetto di vizio che colpisce i beni, li macchia seguendoli di mano in mano e ne impedisce l'usucapione. Concetto poi esplicitato con maggiore consa-

³⁷ Si veda retro alla nota 24.

³⁸ O, per meglio dire, 'grammaticale'.

³⁹ Il brano è riportato per esteso alla nota 24 del presente lavoro. Su Aulo Gellio cfr., in generale, B. BALDWIN, *Studies in Aulus Gellius*, Lawrence, 1975, spec. p. 76; C. MASI DORIA, *Civitas operae obsequium. Tre studi sulla condizione giuridica dei liberti*, Napoli 1993, soprattutto, per quel che ci riguarda, p. 95 nt. 25; M.L. ASTARITA, *La cultura nelle 'Noctes Atticae'*, Catania 1993, p. 122 ss.; O. DILIBERTO, *Materiali per la palinogenesi delle XII Tavole I*, Cagliari 1992, spec. p. 244 ss.; Id., *La pena tra filosofia e diritto nelle Noctes Atticae di Aulo Gellio*, in *Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano*, a cura di O. Diliberto, Napoli 1993, p. 121 ss.; Id., *I destinatari delle Noctes Atticae*, in *Labeo* 42, 1996, p. 277 ss.; D. NÖRR, *L'esperienza giuridica di Gellio ('Noctes Atticae' XIV 2)*, in *Atti dei Convegni Lincei, Filellenismo e tradizionalismo a Roma nei primi due secoli dell'Impero*, Convegno Internazionale, Roma 27-28 aprile 1995, 1996, p. 33 ss.; O. DILIBERTO, *Bibliografia ragionata delle edizioni a stampa della Legge delle XII Tavole (secoli XVI-XX)*, Roma 2001 e M. TALAMANCA, *Aulo Gellio ed i 'municipes'. Per un'esegesi di 'Noctes Atticae'*, in *Gli Statuti Municipali*, a cura di L. Capogrossi Colognesi, E. Gabba, Pavia 2006.

⁴⁰ Sul *modus rationandi* di Figulo, A. SWOBODA, *P. Nigidii Figuli operum reliquiae*, Amsterdam 1964.

pevolezza da Pomponio che ‘formalizza’ la distinzione tra vizio *ex re* e vizio nascente dall’atteggiamento psicologico del possessore, *ex persona*. Senza trascurare poi la circostanza per cui a sua volta Pomponio leggeva Plautio il quale forse aveva sostenuto l’estensione al possessore di buona fede della regola dell’acquisto dei frutti attraverso la *perceptio*⁴¹.

Questo aspetto diventa nella dimensione della giurisprudenza classica un nodo centrale: assicurare una disciplina distinta per le *res* oggetto di furto innanzitutto, che non possono circolare (*rectius*: essere acquistate in proprietà per usucapione, potendosene sempre disporre attraverso atti traslativi del possesso), in quanto affette da un vizio che le segue ovunque, anche presso il possessore di buona fede; e *res* il cui ‘limite’ si delinea, invece, rispetto al possessore, il quale, all’atto dell’acquisto del possesso difettava della *bona fides* (da intendersi, in questo caso, come ignoranza circa l’altruità della cosa).

La differenza concreta tra il vizio *ex re* e il vizio *ex persona* sta in ciò: che mentre nel primo caso, l’usucapione è interdetta tanto per l’autore dell’illecito, quanto per i successivi aventi causa da lui, nell’ipotesi di vizio *ex persona*, il *possessor malae fidei* non potrà usucapire, ma un terzo in buona fede, sì. Questo vale, in sintesi, almeno fino a quando il vizio oggettivo non sia purgato attraverso il meccanismo della *reversio*; e subordinatamente a ciò, bisogna poi, tenere distinte le sorti delle *res furtivae* principali da quelle dei loro frutti, avendo cura di chiarire la diversa posizione giuridica dei nati dell’uomo, rispetto a frutti e prodotti animali. All’interno di questo quadro, com’è facile immaginare, il dibattito giurisprudenziale si colora di diverse e tra loro a volte contrastanti opinioni, che non è questa la sede opportuna per affrontare.

La scelta del Lenel di inserire il testo nella rubrica *De furtis* si presenta qui ancora più limpida che nel caso precedente: il tema centrale appare la *bona fides*, ma ritagliata sullo sfondo della furtività dei beni, in un’alternanza di posizioni giuridiche, possessore della *res furtiva* principale, possessore del prodotto della *res furtiva*, che ne delimita l’operatività.

Infine, emerge all’interno del copioso dibattito, la complessità delle tradizioni di pensiero, da Publio a Quinto, attraverso questi a Pomponio, lettore di Plautio e dunque a Paolo che a sua volta lo commenta. Il che consente una prima immagine dell’opera di commento paolino nient’affatto marginale sia per la conoscenza del pensiero di Paolo su singoli aspetti, sia

⁴¹ Si tratta di un’eventualità non trascurabile: si veda retro alla nota 32.

per la ricostruzione di una pagina composita e densissima della tradizione del pensiero giuridico romano⁴².

4. Analisi e commento di D. 47.2.67 pr.–5 (Paul. l. 7 *ad Plautium*), (Lenel 1141): un'ampia casistica a proposito del *furtum facere*.

Veniamo ora all'analisi del testo successivo, l'unico, come si accennava in apertura del presente lavoro, ad essere collocato dai compilatori giustiniani specificamente nel titolo *De furtis* del Digesto.

⁴² Gioverà ricordare che nel nostro attuale ordinamento, ai sensi dell'art. 1147 c.c., il possesso di buona fede si presume ed è sufficiente che sussista al momento dell'acquisto, in applicazione della regola '*mala fides superveniens non nocet*' ("È possessore di buona fede chi possiede ignorando di ledere l'altrui diritto. La buona fede non giova se l'ignoranza dipende da colpa grave. La buona fede è presunta e basta che vi sia stata al tempo dell'acquisto").

La qualifica di possessore di buona o di mala fede rileva essenzialmente dal punto di vista della fattispecie acquisitiva dei beni mobili. Infatti secondo il disposto dell'art. 1153 c.c., colui che acquista il possesso di bene mobile in virtù di un titolo astrattamente idoneo a trasferire la proprietà (o altro diritto reale) del bene, ne acquista la proprietà piena, anche se l'alienante risulti, poi, privo della legittimazione in concreto, secondo la regola del 'possesso vale titolo'. Per cui, ove esista un titolo astrattamente idoneo l'acquisto sarà immediato; viceversa, occorrerà l'usucapione decennale se si tratta di possessore in buona fede, ventennale se in mala fede (art. 1161 c.c.). Ne deriva che nel nostro codice civile la mancanza di titolo si configura come limitazione all'operatività della regola suddetta, e in ciò si è potuto registrare un notevole progresso, specie in termini di semplicità nella circolazione dei beni, rispetto alla regolamentazione del codice civile del 1865. Infatti, l'art. 701 così disponeva: "È possessore di buona fede chi possiede come proprietario in forza di un titolo abile a trasferire il dominio, del quale titolo ignorava i vizi". Definire se il possesso è di buona o di mala fede è rilevante pure per individuare gli ulteriori effetti del possesso. In caso di possesso di buona fede, al possessore spettano i frutti naturali separati e quelli civili percepiti, o che avrebbero potuto esserlo secondo l'ordinaria diligenza, sino alla proposizione della domanda di rivendicazione. Qualora il possessore sia di mala fede i frutti, invece, spettano dal momento dell'illegittima apprensione del possesso. Sia per il possesso di buona fede che per quello di mala fede, per il tempo per cui è dovuta la restituzione, è dovuto anche il rimborso delle spese sostenute per la produzione dei frutti e per il mantenimento e la conservazione del bene. In entrambi i casi, ancora, è dovuta un'indennità per i miglioramenti apportati alla cosa e per le addizioni che il proprietario voglia ritenere (con differenze circa la misura dell'indennità a seconda sempre che si tratti di possessore in buona o in cattiva fede); nonché il rimborso delle spese straordinarie sostenute per la conservazione della cosa (cfr. l'art. 1150 c.c.). Solo al possessore di buona fede, infine, è riconosciuto un diritto di ritenzione sulla cosa, all'interno del giudizio rivendicatorio, per conseguire il pagamento delle indennità (art. 1152 c.c.). Il quale avrebbe un carattere eccezionale, non suscettibile dunque di estensione analogica.

Per i riferimenti bibliografici essenziali, rimandiamo a L. MENGONI, *Gli acquisti a non domino*³, Milano 1975; R. SACCO, R. CATERINA, *Il possesso*², in *Trattato di diritto civile e com-*

D. 47.2.67(66)pr.-5: Si is, qui rem pignori dedit, vendiderit eam: quamvis dominus sit, furtum facit, sive eam tradiderat creditori sive speciali pactione tantum obligaverat: idque et Iulianus putat. 1. Si is, cui res subrepta sit, dum apud furem sit, legaverat eam mihi, an, si postea fur eam contrectet, furti actionem habeam? et secundum Octaveni sententiam mihi soli competit furti actio, cum heres suo nomine non habeat, quia, quacumque ratione dominium mutatum sit, domino competere furti actionem constat. 2. Eum, qui mulionem dolo malo in ius vocasset, si interea mulae perissent, furti teneri veteres responderunt. 3. Iulianus respondit eum, qui pecuniis exigendis praepositus est, si manumissus exigat, furti teneri. quod ei consequens est dicere et in tutore, cui post pubertatem solutum est. 4. Si tu titium mihi commendaveris quasi idoneum, cui crederem, et ego in titium inquisii, deinde tu alium adducas quasi titium, furtum facies, quia titium esse hunc credo, scilicet si et ille qui adducitur scit: quod si nesciat, non facies furtum, nec hic qui adduxit opem tulisse potest videri cum furtum factum non sit: sed dabitur actio in factum in eum qui adduxit. 5. Si stipulatus de te sim 'per te non fieri', quo minus homo eros intra 'kalendas illas mihi detur', quamvis mea interesset eum non subripi (cum subrepto eo ex stipulatu non teneris, si tamen per te factum non sit quo minus mihi daretur), non tamen furti actionem me habere.

Si tratta di un testo complesso, articolato in una serie di casi differenti la cui sequenza richiede, prima di un'analisi complessiva, uno sguardo specifico sulle singole ipotesi trattate. Procediamo dunque analiticamente per ogni paragrafo.

pr.: Si is, qui rem pignori dedit, vendiderit eam: quamvis dominus sit, furtum facit, sive eam tradiderat creditori sive speciali pactione tantum obligaverat: idque et Iulianus putat.

Si afferma che se colui che ha dato a pegno una cosa, l'ha poi venduta, sebbene sia il proprietario, commette furto, e ciò tanto nel caso in cui la consegna al compratore, quanto in quello in cui si obblighi con patto separato a consegnargliela, opinione, quest'ultima, avallata dall'autorità di Giuliano.

Potremmo dire che il tratto iniziale, *Si is, qui rem pignori dedit, vendiderit eam: quamvis dominus sit, furtum facit*, possa ascriversi a Plautio, vissuto,

come si ipotizza più di frequente, nel I sec. d.C. Non è, cioè, improbabile che la questione del furto commesso dal proprietario si sia ben presto presentata all'attenzione dei giuristi, e che Plauzio abbia partecipato, in sede di *responsum*, al dibattito giurisprudenziale, concludendo per l'ammissibilità dell'illecito. Impostata così da Plauzio, Giuliano e Paolo avrebbero completato la fattispecie, e soprattutto se ne sarebbe occupato Paolo che si era spinto molto oltre i suoi *antecessores* nella ricerca di una disciplina aderente ai diversi interessi coinvolti.

Così il *principium* del passo.

Il dubbio interpretativo, probabilmente mosso da Plauzio, consiste nel chiedersi se possa ritenersi legittimato passivo all'azione di furto il *dominus* che abbia sottratto il pegno garantito. È, dunque, l'ipotesi del cd. *furtum suae rei*, cui si è fatto cenno in precedenza⁴³, descritto da Gaio in 3.200 e 3.204⁴⁴.

Gai. 3.200: Aliquando etiam suae rei quisque furtum committit, veluti si debitor rem, quam creditor pignori dedit, subtraxerit, vel si bonae fidei possessor rem eam possidenti subriperim...

Gai. 3.204: Unde constat creditorem de pignore subrepto furti agere posse; adeo quidem, ut quamvis ipse dominus, id est debitor, eam rem subriperit, nihilo minus creditori competat actio furti.

Paolo, sembra ammettere la responsabilità per il furto in capo al proprietario-ladro quando costui abbia distratto la cosa ad un terzo (con conseguente inusucapibilità). Cosa che non doveva aver suscitato consensi unanimi, per il fatto che, essendo la disciplina del furto nata, verisimilmente, a difesa della proprietà, si reputava inconcepibile che lo stesso proprietario potesse essere legittimato passivo all'azione di furto, subire una condanna, e le relative conseguenze infamanti. L'espressione adoperata dal giurista severiano, *quamvis dominus sit*, permette di scorgere tutta la sua cautela nel legittimare passivamente il *dominus* e poco si discosta dal tono con cui si esprime Gaio, quando ne tratta, lasciandosi sfuggire un evidente imbarazzo (*ut quamvis ipse dominus... id est ipse debitor... nihilo minus*, 3.200).

⁴³ Retro, alla nt. 31.

⁴⁴ Su cui, principalmente, H. ANKUM, *L'application de la loi Atinia aux cas de furtum pignoris et de furtum fiduciae*, in *Auctoritas. Mélanges offerts au professeur Olivier Guillot*. Publications de l'Université Paris Sorbonne (PUPS 2006), p. 20 ss.

Ma l'attenzione dei giuristi era rivolta anche alla circolazione illegittima dei beni: una *macula furti* avrebbe comportato l'immediata inusucapibilità dell'oggetto. E ulteriore problema sarebbe stato quello di stabilire in che modo il vizio si sarebbe potuto estinguere. Infatti, la giurisprudenza pare concorde nell'affermare che la *reversio* indicata come rimedio necessario per la purgazione della furtività debba avvenire presso il *dominus* della cosa. Ma *quid iuris* quando autore dell'illecito fosse stato lo stesso *dominus* e la cosa fosse presso di lui? Si sarebbero dovute ammettere in un unico atto *subreptio* e *reversio*? Questo è lo sfondo delle tematiche a cui Paolo sembra aver offerto un notevole contributo in termini di rigore ed originalità⁴⁵.

Si passa quindi, nel paragrafo 1, ad una differente ipotesi:

1. Si is, cui res subrepta sit, dum apud furem sit, legaverat eam mihi, an, si postea fur eam contrectet, furti actionem habeam? et secundum Octaveni sententiam mihi soli competit furti actio, cum heres suo nomine non habeat, quia, quacumque ratione dominium mutatum sit, domino competere furti actionem constat.

Una *res*, che è stata precedentemente sottratta al suo proprietario, viene lasciata in legato e poi nuovamente rubata: ci si chiede a chi spetti l'azione di furto, all'erede o al legatario.

È ancora il tema della legittimazione all'*actio furti*, ma stavolta della legittimazione attiva. Anche questo caso lascia indubbiamente scorgere un dubbio interpretativo che, tuttavia, viene ora risolto riprendendo l'opinione di Ottaviano, secondo il quale l'azione di furto spetterebbe al legatario, attuale proprietario del bene. E proprio al *iuris peritus*, vissuto tra il I e il II sec. d.C. (e secondo il Grozio, proculeiano⁴⁶) potrebbe rimontare la paternità dell'interpretazione per cui l'*actio furti* sarebbe di spettanza dell'attuale

⁴⁵ Si veda retro, alla nt. 31.

⁴⁶ Sul giurista, C. FERRINI, *Ottaviano e le sue dottrine*, in *Rendiconti del Regio Istituto Lombardo di Scienze e Lettere* 20, 1887. Cfr., oggi, M. VARVARO, *Per la storia del "certum": alla radice della categoria delle cose fungibili*, Torino 2008, p. 41 nt. 109, con indicazioni bibliografiche. Numerose sono le testimonianze di un'intensa attività di questo giurista a cui possono essere ascritte non poche intuizioni originali. Si veda, solo a titolo di esempio, D. 6.1.6 (Paul. 6 ad ed.): *Si in rem aliquis agat, debet designare rem, et utrum totam an partem et quotam petat: appellatio enim rei non genus, sed speciem significat. Octavenus ita definit, quod infectae quidem materiae pondus, signatae vero numerum, factae autem speciem dici oportet: sed et mensura dicenda erit, cum res mensura contenebitur*, su cui M.P. PAVESE, *Scire leges est verba tenere. Ricerche sulle competenze grammaticali dei giuristi romani*, Torino 2013, p. 156.

dominus della *res*, richiamandosi all'antico insegnamento secondo cui l'azione suddetta aveva un esclusivo ambito dominicale. Forse il dubbio sulla legittimazione attiva era proprio all'attenzione di Plauzio che, può ipotizzarsi, discuteva se legittimare attivamente chi avesse vantato la proprietà al momento del furto o al momento dell'esercizio dell'azione.

Quanto all'accostamento dei due termini, *subreptio* e *contrectatio*, sebbene da più parti non si dubiti che il secondo rappresenti proprio il criterio per eccellenza utilizzato da Paolo per la descrizione del delitto di furto, rileviamo, sommessamente, come, nel caso di specie, possa dirsi qualcosa di più, cioè che esso possa avere avuto la funzione di indicare un atto furtivo non precipuamente consistente nell'asportazione clandestina in senso stretto, ma comprensivo in generale di un qualsiasi comportamento di disposizione dolosa della *res*.

Ancora un altro caso è illustrato al paragrafo 2.

2. Eum, qui mulionem dolo malo in ius vocasset, si interea mulae perissent, furti teneri veteres responderunt.

Colui che ha chiamato dolosamente in giudizio un mulattiere, è tenuto per furto, se le mule nel frattempo siano perite. E ciò secondo il parere dei *veteres*.

Il paragrafo presenta numerosi profili di interesse e non può escludersi che sia interamente da attribuire a Plauzio che a sua volta si richiamava ai *veteres*. I quali dunque non sarebbero tali per Paolo, ma per Plauzio stesso.⁴⁷

Innanzitutto, gli studiosi concordano nell'escludere che nella fattispecie si faccia questione della complicità tra l'autore del comportamento fraudolento e terzi, che sarebbero stati coinvolti in una successiva azione di

⁴⁷ Così P. HUVELIN, *op. cit.*, p. 380 e B. ALBANESE, *La nozione di furtum fino a Nerazio cit.*, p. 44. Cfr., inoltre, G. LONGO, *La complicità nel diritto penale romano*, in *BIDR* 61, 1958, p. 125; A. WATSON, *Contrectatio as an Essential of Furtum*, in *LQR* 77, 1961, p. 526 ss.; ID., 'Contrectatio' again, in *SDHI* 28, 1962, p. 335 ss.; G. MACCORMACK, *Ope consilio furtum factum*, in *TR* 51, 1983, p. 271 ss. L'Autore, p. 272, afferma: «On the natural interpretation of the wording of the text the person who summons the mule driver to court is held liable in theft if the mules are lost. However widely or narrowly one construes *dolus malus*, a matter considered further below, there is no implication that he intended the mules actually were stolen. Likewise there is no implication in the word *perissent* that the mules actually were stolen. Whether they were or not is irrelevant in law; all that the mule driver has to prove for success in his action is the disappearance or loss of the mules». Si veda, inoltre, ID., *Dolus in Republican Law*, in *BIDR* 27, 1985, p. 1 ss.

sottrazione delle mule⁴⁸. Senza forzature, infatti, è ben evidente come anche per i *veteres* un comportamento palesemente fraudolento possa integrare il delitto di furto di per sé, a prescindere, cioè, da una successiva azione di terzi. Quel che rileva è il *perire* degli animali in seguito al comportamento malizioso di un soggetto, restando del tutto indifferente lo scopo per cui costui ha inteso porre in essere il dolo: «...la specifica malvagia intenzione dell'*in ius vocans* può essere considerata indifferentemente o come orientata nel senso di agevolare un'eventuale sottrazione ad opera di terzi, o, invece, nel senso di provocare altrimenti un danno al mulattiere»⁴⁹.

Potremmo a ciò anche aggiungere che così spiegato il testo dice molto anche sul concetto dell'azione di furto, attorno al quale sembrano ruotare tutte le fattispecie descritte in D. 47.2.67(66), a partire dal *principium*. Infatti, il perimento delle bestie, da intendersi in senso molto ampio (dispersione, morte, danneggiamento, fuga)⁵⁰ va ad essere in qualche modo reintegrato con la condanna al doppio del loro valore. Anche in un caso come questo, dove la sottrazione può essere al massimo supposta, ma non provata, e di fronte, invece, ad un comportamento dell'agente che più che essere furtivo è chiaramente doloso.

⁴⁸ Circostanza già invocata da P. HUVELIN, *op. cit.*, p. 380, per cui «en réalité l'*in ius vocans* commet un vol même si les mules ont péri tout à fait fortuitement, et il est auteur unique de ce vol». Cfr., inoltre, W.W. BUCKLAND, *Digest XLVII.2 (de furtis) and the Methods of the Compilers*, in *Tijds. voor Rechtsg.*, 10, 1930, p. 128; D. DAUBE, *Zur Palingenesie einiger Klassikerfragmente*, in *ZSS* 76, 1959, p. 161 nt. 50; O. BEHREND, *Der Zwölftafelprozess. Zur Geschichte des römischen Obligationenrecht*, Göttingen 1974, p. 16, nt. 35; Id., *Die Wissenschaftslehre im Zivilrecht des Q. Mucius Scaevola pontifex*, in *Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen* 7, Göttingen 1976, p. 271 nt. 26; B. NICHOLAS, *Theophilus and contractatio*, in *Studies J. A. Thomas*, London 1983, p. 119; V.M. AMAYA GARCIA, *Coautoria y complicidad: estudio histórico y jurisprudencial*, Madrid 1993, p. 40 ss.; E. STOLFI, *Studi sui 'libri ad Edictum' di Pomponio. I. Trasmissione e fonti*, Napoli 2002, p. 499 nt. 140; P. FERRETTI, *Complicità e furto cit.*, p. 23 nt. 68 ss.

⁴⁹ B. ALBANESE, *La nozione cit.*, p. 45. Lo studioso palermitano individua nel responso la prova del processo di estensione operato dai giuristi della prima fase repubblicana della nozione di furto, quando cioè ancora non si era proceduti nel senso di delimitare, ad esempio, attraverso la *contractatio*, che sarebbe stata ampiamente utilizzata da Paolo, il nucleo dell'agire furtivo.

⁵⁰ Già P. HUVELIN, *op. cit.*, insegnava l'ampiezza del verbo '*perire*', indicandone i molteplici significati. Ci sembra quanto mai importante riferire alcune parole dell'ALBANESE, *La nozione cit.*, p. 45 nt. 6, al riguardo: «Da notare che è singolare come il famoso D. 50.16.9 – relativo appunto ad un contrasto tra Marcello e Giuliano nell'interpretazione del *perire*... – sia escerpito dal l. 5 *ad edictum* di Ulpiano relativo alla *in ius vocatio*. È troppo ardito congetturare una connessione del testo enigmatico, isolato come si ritrova nel Digesto con questioni del tipo di quella trattata in D. 47.2.67.2?».

Al punto che il Beherends ha ritenuto il passo in questione una prova eloquente di un atteggiamento della giurisprudenza repubblicana, a individuare il furto pure in atti di semplice disturbo, orientati puramente a provocare un danno –quando, naturalmente, fossero di natura dolosa⁵¹.

Nel paragrafo 3 di D. 47.2.67(66) si fa il caso di un servo, che era solito riscuotere crediti per conto del padrone.

3. Iulianus respondit eum, qui pecuniis exigendis praepositus est, si manumissus exigat, furti teneri. quod ei consequens est dicere et in tutore, cui post pubertatem solutum est.

Una volta manomesso e nonostante che, dunque, a seguito della manomissione, abbia perduto la legittimazione ed i poteri connessi alla riscossione dei crediti, lo schiavo continua, ingiustificatamente, nella sua attività. Per Giuliano, senza alcun dubbio, egli commette furto, nel momento in cui lascia intendere di essere ancora legittimato alla riscossione.

Con '*quod ei consequens est dicere*' Paolo riannoda a questo caso quello di un tutore che, raggiunta il pupillo l'età pubere, continua tuttavia a riscuotere i crediti. Percependo allora denaro illegittimamente risponde anche egli per furto. La *ratio* che accomuna le due fattispecie – è chiarissimo – sta nel comportamento fraudolento del servo come del tutore che agiscono evidentemente lasciando credere di essere ancora nella posizione giuridica idonea ad incassare il denaro, rispettivamente per conto del *dominus* e del pupillo.

La trattazione della seconda fattispecie incentrata sul comportamento ingiusto del tutore ha ricevuto molti attacchi, non solo dalla consueta critica interpolazionistica: il Voci, ad esempio, rilevando alcune scorrettezze formali, piuttosto che procedere nel senso della demolizione dell'intero passo, ha ritenuto trattarsi di un malaccorto tentativo di sintesi operato in epoca postclassica⁵². In effetti, già l'Albanese, a cui non si può certo attribuire un *furor* demolitorio, aveva notato il contrasto tra l'indebita esazione di cui si discute per il servo e la *solutio* che invece appare a proposito del *tutor*⁵³.

⁵¹ O. BEHERENDS, *Gesetz und Sprache. Das römischen Gesetz unter dem Einfluß der ellenistischen Philosophie*, in *Nomos und Gesetz. Ursprünge und Wirkungen des griechischen Gesetzdenkens*, Göttingen 1995, p. 227. Al riguardo, cfr. le osservazioni svolte da M.A. FENOCCHIO, *op. cit.*, p. 199 ss.

⁵² P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, Milano 1952, p. 153.

⁵³ B. ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, in *AUPA* 25, 1956, p. 122, nt. 81.

Più di recente si tende a confermare la genuinità del passo, mantenendo tuttavia per ferma la conclusione per cui esso, così come si presenta, sembri una versione sintetica di un discorso ben più ampio, senza tuttavia che ciò offuschi l'indubitabile armonia interna che lega i due casi.

E proprio infatti su tale considerazione che si è ipotizzato, da parte del Waldestein, non senza ragione, che il caso trattato da Paolo sia un'aggiunta a quello discusso da Giuliano, aggiunta giustificata dal tentativo del giurista di procedere ad una costruzione analogica⁵⁴. La conclusione dello Studioso, secondo noi del tutto condivisibile, viene ricavata in seguito ad un ampio esame in merito all'argomento consequenziale nella giurisprudenza classica e sull'uso dei termini *consequentia*, *consequens* e *consequenter* presenti nelle fonti, spie di un'applicazione del ragionamento analogico, rinvenibile anche nel nostro passo. Pur nella diversità delle due fattispecie descritte, una incentrata sul comportamento di un tutore, l'altra su quello di uno schiavo, infatti la *ratio* di fondo, tuttavia, sembra la stessa e ciò giustificerebbe, per conseguenza appunto, il ricorso all'analogia.

Il paragrafo 4 introduce una fattispecie ancora diversa e non scevra di una qualche difficoltà interpretativa.

4. Si tu Titium mihi commendaveris quasi idoneum, cui crederem, et ego in Titium inquisii, deinde tu alium adducas quasi Titium, furtum facies, quia Titium esse hunc credo, scilicet si et ille qui adducitur scit: quod si nesciat, non facies furtum, nec hic qui adduxit opem tulisse potest videri cum furtum factum non sit: sed dabitur actio in factum in eum qui adduxit.

Tu mi raccomandi Tizio come soggetto solvibile cui concedere un mutuo. Io facendo una serie di indagini, scopro che si tratta di persona affidabile. Ma all'atto della conclusione del contratto tu mi presenti un altro soggetto invece di Tizio ed è perciò che sarai responsabile per furto nei miei confronti.

⁵⁴ W. WALDESTEIN, *Konsequenz als Argument Klassischer Juristen*, in ZSS 195, 1975, p. 48. Con decisione lo Studioso afferma: «Ein aufschlußreiches Beispiel für die Bezeichnung der analogen Anwendung einer Entscheidung auf einen ähnlichen Fall als *consequens* ist Paul. D. 47, 2, 67, 3. Zunächst zitiert Paulus dort eine Entscheidung Julians, wonach derjenige, der – offenbar als Sklave – mit dem Einziehen von Forderungen beauftragt worden war, sich eines Furtums schuldig macht, wenn er nach seiner Freilassung weiterhin Forderungen des Freilasser eintreibt. Daran ist die wohl von Paulus stammende Bemerkung geknüpft, es sei ei *consequens*, dasselbe hinsichtlich eines Tutors zu sagen, der nach erlangter Mündigkeit seines Pflegebefohlenen Zahlungen annimmt». Adesivamente I. FARNOLI, *Ricerche in tema di furtum cit.*, p. 104.

Condividiamo l'intuizione dell'Albanese secondo cui proprio la fermezza del responso ne rivela la appartenenza a Plauzio, considerato che all'epoca di Paolo il processo di riflessione (e, secondo l'Autore di ri-definizione) sul furto avrebbe dovuto evidenziarsi attraverso una più ampia discussione sulla natura del caso. Né ci pare improbabile sostenere che a sua volta Plauzio abbia ripreso la questione dai giuristi precedenti, e discusso, accogliendone il contenuto.

Da *'quia Titium'* in poi la lettura si complica, per una serie di indubitabili scorrettezze formali, a cominciare dall'improvviso cambiamento del *crederem* in *credo* (un passaggio dall'ipotesi alla certezza) e dalla scomparsa del *'tu'* sostituito da *'hic qui adduxit'* (un passaggio alla forma impersonale). La spiegazione introdotta dal *quia* può in verità essere facilmente riportata ad una glossa, considerato, dal punto di vista della sostanza, che essa non ha neppure troppo senso. Ma contro le proposte radicali di alcuni studiosi, si pone ancora, secondo noi come più convincente la lettura esegetica dell'Albanese. Il quale attribuisce a Giustiniano la parte finale, *nec hic—in eum qui adduxit* che potrebbe essere stata collocata dai compilatori frettolosamente ad escludere una diversa soluzione paolina, ad esempio, il riferimento all'*actio de dolo*, come ha pensato il De Francisci⁵⁵.

In ogni caso, la soluzione in base alla quale si commette furto ove il terzo sia a conoscenza dell'inganno significa in buona sostanza ritenere *fur* colui che accetta fraudolentemente un mutuo, con la complicità del soggetto che lo aveva proposto. Soluzione che, al di là di alcuni possibili rilievi formali, non appare affatto incoerente rispetto all'elaborazione del furto in epoca severiana. Parallelamente, proprio la presenza di imprecisioni stilistiche, potrebbe nascondere, non lo possiamo escludere, anche un accenno di discorso che Paolo apprende da Plauzio e commenta e che poi i compilatori restituiscono, nell'intento di abbreviarlo, in una versione, quella attuale, poco rigorosa.

E giungiamo così al paragrafo 5.

5. Si stipulatus de te sim 'per te non fieri, quo minus homo Eros intra kalendas illas mihi detur', quamvis mea interesset eum non subripi (cum subrepto eo ex stipulatu non teneris, si tamen per te factum non sit quo minus mihi daretur), non tamen furti actionem me habere.

⁵⁵ P. DE FRANCISCI, *Synallagma. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, Pavia 1916, p. 122.

Si affronta l'interpretazione di una *stipulatio* compiuta in forma negativa. Nel passo si dice: «se ho ricevuto da te una promessa in questi termini: 'non sia impedito da te che lo schiavo Eros mi sia consegnato entro la tal data', sebbene io abbia interesse a che lo schiavo non venga sottratto (in caso di furto non saresti tenuto con l'*actio ex stipulatu*, sempre che non avessi impedito tu che mi fosse dato), tuttavia non avrò l'azione di furto».

Il giurista nega chiaramente allo stipulante l'esperimento dell'*actio furti*, nonostante il suo interesse alla conservazione dello schiavo, né il promittente risponderà con l'*actio ex stipulatu*, salvo che non sia dipesa da lui la mancata dazione dello schiavo stesso.

Nel tentativo di definire i limiti della responsabilità contrattuale, Paolo nega allo *stipulans* l'esercizio dell'*actio furti* che evidentemente non trova nella logica del giurista alcuna sufficiente giustificazione, neppure nell'accertata esistenza dell'interesse specifico affinché lo schiavo non sia sottratto. Infatti, nel caso la mancata dazione non va ad integrare una *contrectatio* dello schiavo stesso, ma tutt'al più un comportamento eventualmente malizioso. Né, come rilevato dal Kaser⁵⁶, il problema circa la responsabilità per furto viene risolto da Paolo alla luce della forma con cui è confezionata la *stipulatio*, ma attraverso un'analisi concreta della specifica condotta del soggetto, in cui il mero interesse non è di per sé sufficiente.

D. 47.2.67. pr.-5 presenta, in conclusione, una significativa varietà di fattispecie. A partire dal dubbio iniziale, se attribuire al proprietario-ladro la responsabilità per furto, si passa al caso di un doppio comportamento

⁵⁶ M. KASER, *Grenzfragen der Aktivlegitimation zur actio furti*, in *Festgabe von Lübtow*, 1980, p. 291 ss. Lo Studioso tedesco, dopo un'accurata analisi comparativa di D. 47.2.13 (Paul. 5 ad Sab.): *Is cui ex stipulatu debetur, furti actionem non habet, si ea subrepta sit, cum per debitorem stetisset, quo minus eam daret* e di D. 47.2.86 (Paul. 1 man.): *Is, cui interest non subripui, furti actionem habet, si et rem tenuit domini voluntate, id est veluti is cui res locata est. is, autem, qui sua voluntate vel etiam pro tutore negotia gerit, item tutor vel curator ob rem sua culpa subreptam non habet furti actionem. Item is qui ex stipulato vel testamento servum debetur, quovis intersit eius, non habet furti actionem: sed nec is qui fideiussit pro colono*, rileva, per il nostro passo: «Anders als in fr. 13 und 86, verspricht der Schuldner hier nicht unmittelbar die Leistung des Sklaven, sondern daß er die termingerechte Leistung nicht verhindern werde. Das ist kein *certam rem dari*, sondern ein *non fieri* (*spondere*), das mit dem Untergang der Sache nicht erlischt und darum keine Perpetuierung zuläßt. Daß der Gläubiger die a. f. nicht erhält, ist auch hier unzweifelhaft. Paulus hat dem von ihm zitierten Juristen, am ehesten dem Plautius (o. Anm. 70), nicht widersprochen: das *quamvis mea interesset non subripui* will ja nicht die Bejahung, sondern die Verneinung der Aktivlegitimation des Stipulationsgläubigers rectfertigen. Das ist nicht anders als in Gai. 3, 207 beim Depositär: *quia restituendae eius nomine depositi non tenetur nec ob id interest rem salvam esse*: Es liegt kein solches Interesse (ob id) vor, wie es für die a. f. erforderlich wäre».

delittuoso – una *subreptio* cui abbia fatto seguito una *contrectatio* su una *res* lasciata in legato – e ci si chiede se l'*actio furti* spetti all'erede o al legatario. Di poi si affronta il tema della legittimazione passiva all'azione di furto per colui che dolosamente chiamò in giudizio un mulattiere allo scopo di provocare il perimento dei suoi animali, caso certamente esaminato dai *veteres*. Nel paragrafo successivo è in gioco il comportamento disonesto del servo e del tutore che, pur non avendone più titolo, hanno continuato a riscuotere i crediti per conto del *dominus* e del pupillo. Dunque, si ravvisa furto a carico di colui che, avendo indicato un soggetto come sicuramente solvibile e pertanto idoneo a ricevere un mutuo, ne presenta poi un altro all'atto della conclusione del contratto. E infine, viene in rilievo l'interpretazione di una *stipulatio* in forma negativa, alla luce della quale escludere l'esperibilità dell'*actio furti*.

Ma pur nella indubbia varietà dei casi affrontati e dei riferimenti giurisprudenziali presenti, il testo è attraversato da un unico filo rosso: la valutazione in concreto della concessione dell'azione di furto, la quale viene in discussione sia per i suoi profili 'risarcitori', sia con riguardo al tema della legittimazione attiva e passiva.

5. Analisi e commento di D. 9.4.31 (Paul. l. 7 *ad Plautium*), (Lenel 1142): *cum familia furtum faciat*

L'ultimo testo da considerare è

D. 9.4.31: Quod ait praetor, cum familia furtum faciat, ad eum modum se actionem daturum, ut tantum actor consequatur, quantum si liber fecisset consequeretur, quaeritur, utrum ad pecuniae praestationem respiciat an etiam ad noxae deditionem, ut puta si ex pretiis noxae deditorum duplum colligatur, sequentes actiones inhibeantur. Sabinus et Cassius putant pretium quoque noxae deditorum imputari debere, quod Pomponius probat et est verum: nam et si servus indefensus ductus sit, aestimatio eius imputanda est. Certe non tantum duplicationis, sed et conductionis rationem habendam Iulianus putat. Furti faciendi tempus spectandum esse, an eiusdem familiae sint servi: nam si hi, qui plurium dominorum erunt ⁵⁷, unius esse postea coeperint, locus edicto non erit.

⁵⁷ C. FERRINI, in *Digesta Iustiniani Augusti (recognoverunt et ediderunt)*, P. Bonfante, C.

“Relativamente a quello che dice il pretore, che ‘quando il furto è commesso dai servi’, concederà l’azione in modo tale che l’attore consegua tanto quanto conseguirebbe se fosse stato derubato da un uomo libero, si chiede se l’obbligo debba riguardare la pena pecuniaria ovvero anche la dazione a nozza”. Questo l’inizio del passo che propone la *quaestio* sulla base di un lemma editale. Di qui ci si chiede se restano in piedi le varie azioni relative quando si sia ottenuto il doppio del prezzo attraverso la dazione a nozza.

Il quesito specifico viene risolto attraverso il parere di Sabino e Cassio, per i quali andrà computato anche il valore di coloro che sono stati dati a nozza. Parere seguito anche da Pomponio ed accolto come *verum* da Paolo: infatti, aggiunge quest’ultimo, anche ove *servus indefensus ductus sit*, il suo valore (*aestimatio*) dovrà essere calcolato. Poi il giurista severiano riporta il pensiero di Giuliano, per il quale si dovrà tenere in conto soprattutto la *ratio condictionis*, più che la *ratio duplationis*. Quest’ultimo termine non è troppo chiaro e forse esso andrebbe sciolto in *dupli actionis*, come sospetta il Blume⁵⁸, che ben si accorderebbe, crediamo, col ‘*ex pretiis noxae deditorum duplum colligatur*’ di poco precedente.

Dovrà considerarsi – ancora secondo Paolo – il momento in cui è stato perpetrato il furto, onde verificare se i servi appartenevano allo stesso padrone: infatti, se quelli che precedentemente appartenevano a diversi padroni, solo in seguito hanno cominciato ad appartenere ad uno solo, non sarà applicabile l’editto in parola (*locus edicto non erit*).

Proprio sulla base di tale testimonianza, il Lenel ricostruisce in questo modo il tenore dell’editto richiamato:

Quod ait praetor, cum familia furtum faciat, ad eum modum se actionem daturum, ut tantum actor consequatur, quantum, si liber fecisset, consequeretur⁵⁹.

Il testo è centrato sulla discussione che doveva essere insorta fra i giuristi romani in merito all’ammontare della condanna nell’*actio furti*, richiamandosi anche ad un parere di Sabino e Cassio secondo i quali nel computo sarebbe dovuto rientrare anche il valore di coloro che fossero stati dati a

Fadda, C. Ferrini, S. Riccobono, V. Scialoia), Milano 1960, p. 251, introduce dopo *erunt*, ‘*autem*’ a rimarcare il contrasto con la disciplina prima descritta.

⁵⁸ La nota del Blume è riferita in *Digesta Iustiniani Augusti* cit.

⁵⁹ O. LENEL, *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung* 3, Leipzig 1927, p. 335.

nossa; parere seguito da Pomponio e accolto apertamente da Paolo (*et est verum*).

Secondo il Marrone, in realtà, non si discuterebbe dell'eventualità di un'azione per la differenza: «a proposito di furto di una *familia servorum* si invocano le autorità di Sabino e Cassio per dire che il debito del *dominus familiae* non *sciens* corrispondente alla *poena* quale sarebbe stata se il furto fosse stato commesso da un uomo libero (cfr. D. 47.6.1 pr., Ulp.), va calcolato tenuto conto di quanto prestato per lo stesso delitto»⁶⁰.

Non ci pare azzardato pensare che il riferimento al pensiero di Plauzio sia contenuto nella prima parte del testo, da *quod a inhibeantur*. Si potrebbe cioè credere che Paolo abbia riferito un quesito presente nell'opera di Plauzio svelato dal *quaeritur*, e nascente proprio dall'interpretazione delle parole dell'editto *Si familia* ... applicate al caso in presenza.

In verità, tutta la materia dei delitti commessi dai servi fu oggetto, come notissimo, di ampie discussioni. Specialmente larga attenzione da parte dei giuristi, relativamente agli illeciti della *familia servorum*, fu dedicata all'elemento della *scientia domini* rispetto al delitto compiuto. Così, ad esempio, ci informa Marcello, che se il furto è commesso da una *familia* di schiavi in proprietà tra un *dominus sciens* e un *dominus ignorans* il primo sarà tenuto con l'azione di furto in via nossale, il secondo, invece, conformemente a quanto previsto nell'editto, cioè come se il furto fosse stato commesso da un uomo libero. È plausibile poi che il *dominus sciens* condannato potesse chiedere al *socius ignorans* quanto pagato per uno dei due schiavi.

D. 47.6.5 (Marc. 8 *dig.*): Familia communis sciente altero furtum fecit: omnium nomine cum eo qui scit furti agi poterit, cum altero ad eum modum, qui edicto comprehensum est ... si ergo dumtaxat duos habuerimus servos communes ... cum eo, quo ignorante factum est, agere volet, duplum tantum consequetur. et videamus an iam in socium alterius servi nomine, non sit dandum iudicium, quemadmodum si omnium nomine socius decidisset: nisi forte hoc casu severius a praetore constituendum est, nec servorum conscio parcendum est⁶¹.

⁶⁰ M. MARRONE, *Sul concorso tra azione 'in solido' e azione nossale: a proposito di D.9.4.4.3 (Paul. 3 ad ed.)*, in *AUPA* 48, 2003, p. 17 e note.

⁶¹ Sospetta della genuinità del passo, specie della parte conclusiva, G. VON BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* 4, Tübingen 1920, p. 288; ID., *Unklassische Wörter*, in *ZSS* 57, 1937, p. 51, ma *contra*, L. FANIZZA, *Giuristi crimini leggi nell'età degli Antonini*, Napoli 1982, p. 65 nt. 154.

E ulteriormente Ulpiano precisa che in base all'editto il proprietario *ignorans* della *familia* di schiavi che aveva commesso un furto avrebbe potuto darla a nozza, o pagare una somma a titolo di *aestimatio* pari al valore della lite ove l'illecito fosse stato compiuto da un uomo libero.

Se ne ricava che, a differenza del furto commesso dal *servus communis*, per quello compiuto dalla *familia* la *scientia* serviva come criterio idoneo ad escludere l'applicazione della clausola edittale⁶². Così Ulpiano,

D. 47.6.1 pr.-1 (Ulp. 38 *ad ed.*): Utilissimum id Edictum Praetor proposuit, quo dominis prospiceret adeversus maleficia servorum: videlicet ne cum plures furtum admittunt, evertant domini patrimonium, si omnes dedere, aut pro singulis aestimationem litis offerre cogatur. Datur igitur arbitrium hoc edicto, ut, si quidem uelit dicere noxios seruos, possit omnes dedere, qui participauerunt furtum: enimvero si maluerit aestimationem offerre, tantum offerat, quantum si unus liber furtum fecisset, et retineat familiam suam 1. Haec autem facultas domino tribuitur toties, quotiens ignorante eo furtum factum est: ceterum si sciente, facultas ei non erit data: nam et suo nomine, et singulorum nomine conveniri potest noxali iudicio, nec una aestimatio, quam homo liber sufferet, defungi poterit: is autem accipitur scire, qui scit, et potuit prohibere: scientiam enim spectare debemus, quae habet et voluntatem: ceterum si scit, prohibuit tamen, dicendum est, usurum edicti beneficio.

Il passo ci informa che la *ratio* di tale utilissimo editto riposa sulla necessità di un'efficace protezione dei padroni contro gli illeciti dei servi. E per evitare che il compimento dell'illecito potesse comprometterne il patrimonio, si concesse ai padroni la facoltà di scegliere se abbandonarli tutti alla riparazione o offrire per ciascuno l'importo della *lis*. In tale secondo caso, l'*aestimatio* sarebbe stata commisurata a tanto quanto il *dominus* avrebbe offerto se un solo uomo libero avesse commesso il furto, conservando la sua *familia*⁶³. Tale *facultas*, si precisa, veniva concessa ogni qualvolta egli fosse

⁶² Al riguardo, S. SCIORTINO, Denegare iudicium e denegare actionem, in *AUPA* 58, 2015, p. 227 e nt. 96. Cfr., pure, P. FERRETTI, *Complicità e furto* cit., p. 253 ss. E. STOLFI, "In limine litis": esame delle disposizioni introduttive del processo formulare, in *Rivista di Diritto Romano* 2011, p. 78, rileva come la responsabilità del padrone per i delitti commessi dai servi della casa fosse più gravosa per l'ipotesi di danneggiamento rispetto, ad esempio, a quella del furto.

⁶³ Circa l'espressione '*litis aestimationem offerre*' non vi può esser dubbio che essa sia usata sinonimicamente in luogo di '*litis aestimationem sufferre*' e sta ad indicare il pagamento della pena stabilita per l'illecito. Sul punto, A. MANNI, *Noxae deditio del cadavere e respon-*

stato *ignorans* del delitto, diversamente l'editto non avrebbe potuto trovare applicazione.

Importante e chiarificatrice la precisazione finale: si intende per 'consapevole' colui che sapeva e poteva impedire, dovendo considerarsi non la mera '*scientia*', ma la *scientia* che include la volontà. Infatti, seguendo una linea interpretativa favorevole ai padroni, essi avrebbero ben potuto avere consapevolezza del furto, ma essersi ad esso opposti. Per beneficiare, in altre parole, dell'editto, non era indispensabile dimostrare di aver ignorato il delitto, quanto piuttosto dare prova da parte del *dominus* che, pur avendone avuto coscienza, aveva tentato di impedirlo.

6. Conclusioni

Le conclusioni che possiamo trarre da questa sommaria analisi dei testi di commento paolino a Plauzio sono diverse.

In primo luogo, se si potevano inizialmente nutrire dubbi circa la congruità di tutti i passi con la materia della furtività, soprattutto con riguardo a D. 19.1.36, a proposito del *venditor* di una *domus*, essi ci appaiono a questo punto sufficientemente scongiurati. Anzi, più precisamente, potremmo dire che spesso al fondo dei casi discussi vi sia il tema della legittimazione, attiva e passiva, all'*actio furti*. Il rimedio giurisdizionale assume tutta la sua centralità e giustifica il collegamento interno tra fattispecie del tutto diverse, eppure tutte meritevoli di nuove considerazioni.

Sappiamo con certezza che proprio questa azione ha risentito di numerosi adattamenti nel corso dei secoli. E di molteplici estensioni da periodo a periodo e all'interno delle singole riflessioni dei giuristi. L'*actio furti* si configura – è risaputo – come un rimedio di età antichissima e di portata estremamente ampia, capace di colmare pure i vuoti di tutela dei via via sempre nuovi rapporti che si venivano a creare. Da probabile rimedio di esclusiva spettanza dominicale⁶⁴, la ritroviamo in età classica ad essere utilizzata contro lo stesso *dominus*, quando ciò sia sentito come funzionale alla

sabilità, in *Culpa. Facets of Liability in Ancient Legal Theory and Practice*. Proceedings of the Seminar held in Warsaw 17-19 February 2011, p. 89 ss.

⁶⁴ Cfr., ad esempio, F.M. DE ROBERTIS, *La legittimazione attiva nell'actio furti*, Bari 1950, ma abbiamo anche visto come ancora i giuristi di età classica, a partire da Gaio, provino esitazione nell'ammettere il proprietario alla legittimazione passiva all'azione.

protezione di interessi economici più meritevoli. E dell'importanza strategica di tale mezzo abbiamo una rappresentazione non solo attraverso la lente dell'attenzione rivolta ad esso dai giuristi, ma anche dagli editti pretori e dalla rilevante presenza dei temi in cui è coinvolta pure all'interno della Compilazione. Non ci deve sembrare dunque improbabile che Plauzio ne abbia discusso, recuperando casi a lui precedenti e le generazioni successive riannodano i fili di un dibattito che mostra i segni di un lunghissimo e variegato percorso. Al suo interno, non emerge solo il rapporto Paolo-Plauzio, ma trovano voce le opinioni di Quinto, e attraverso lui di suo padre Mucio e in ideale asse atemporale, Sabino e Pomponio che apprende da Quinto, senza essere tuttavia distante dallo stesso Plauzio, i cui libri a sua volta commenta.

Da questa analisi ci sembra, cautamente, di poter rilevare che l'opera di Plauzio non fu, probabilmente, un commento all'editto: la natura eminentemente casistica dei temi affrontati, la loro frequente risalenza ai *veteres*, sembrano piuttosto indurci a propendere per una raccolta di *responsa*⁶⁵ o di *quaestiones*, da cui Paolo attinge per recuperare la discussione, integrandola ed attualizzandola⁶⁶. Il che ovviamente non esclude che in singoli casi il giurista possa aver tratto spunto dalle parole dell'editto per avviare il suo commento, definendo in via di responso la disciplina del caso che aveva in osservazione.

L'opera di Paolo diventa allora anche un'importante testimonianza di una via di saperi di matrice casistica percorsa la quale acquistano luce anche i singoli apporti dei giuristi, le loro impostazioni culturali, la loro sapienza. Cosa che la sua stessa ampiezza, d'altronde, induce a credere: a differenza, ad esempio di analoghe opere di commento ci troviamo di fronte, complessivamente, a ben 18 libri, cioè oltre il doppio di quelli di Giavoleno, 5 libri, e di Pomponio, 7⁶⁷.

⁶⁵ L'opinione fu già sostenuta da C. FERRINI, Atilicinus, in ZSS 7, 1886, p. 76 e ID., *Saggi intorno ad alcuni giureconsulti romani*, in Rend. Ist. Lombardo II, 18, 1885, p. 900 ss. seguito pure dall'ALBANESE, *La nozione di furtum fino a Nerazio* cit., p. 47. Più di recente, si leggano anche le osservazioni di R. CARDILLI, *La nozione* cit., p. 315 ss.

⁶⁶ Il caso dell'attore che cita in giudizio il mulattiere dolosamente per provocargli un danno (D. 47.2.67.2), già da solo dimostrerebbe che ci troviamo di fronte ad una materia in discussione presso i *veteres*, ripresa da Plauzio e commentata da Paolo.

⁶⁷ Per la letteratura, specialmente, P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts*, Leipzig 1888, p. 206 nt. 25; S. RICCOBONO, *Studi critici sui libri XVIII di Paulus ad Plautium*, in BIDR 6, 1893, p. 119 ss.; C. FERRINI, *I libri ad Plautium di Paolo*, in *Opere C. Ferrini 2. Studi sulle fonti del diritto romano*, Milano 1929, p. 205 ss.; C.A. MASCHI,

A sua volta il per noi misconosciuto Plauzio assume un ruolo non insignificante nella storia giuridica del I secolo, tanto da divenire egli stesso uno dei 'ponti' autorevoli di collegamento tra l'epoca repubblicana e quella classica della giurisprudenza romana⁶⁸.

Iulius Paulus. *La conclusione della giurisprudenza classica all'età dei Severi*, in ANRW II. 15, 1976, p. 680 e p. 690 nt. 116.

⁶⁸ Considerazione che diventa assai più significativa ove si voglia accogliere la conclusione di F. SCHULTZ, *History of roman legal Science*, Oxford, 1953, p. 215 e p. 228, secondo la quale il commentario paolino era lemmatico: lo schema lemmatico sarebbe poi stato distrutto o da un editore pre-giustiniano, o dagli stessi compilatori. Per ciò che attiene al lavoro di Plauzio, l'Autore ritiene che esso fosse una raccolta di *problemata*.

ANNA MARIA GIOMARO *

Dubbi sulla collatio lustralis e la sua abolizione

ABSTRACT

- ✓ Dalla considerazione delle fonti relative all'abolizione della *collatio lustralis*, cioè l'imposta in oro e argento variamente indicata come *chrysargyron* o *auraria* che a partire – sembra – da Costantino veniva a colpire i *negotiatores* con periodicità quinquennale, si perviene a tracciare le linee di connotazione dell'imposta stessa attraverso il Codice Teodosiano al fine di confrontare il racconto di Evagrio (di Cedreno, di Procopio, di Prisciano, e degli altri testimoni antichi) con la costituzione anastasiana riportata in C. 11.1, nonché quest'ultima con lo scopo effettivo realizzato dai compilatori giustinianeî nella composizione del titolo *de tollenda lustralis auri collatione*.
- ✓ Considering an analysis about the sources on the abolition of the *collatio lustralis* (a tax in gold and silver, also known as *chrysargyron* or *auraria*, instituted by Constantine and levied every five years on the *negotiatores*), it provides a record of the main characteristics of this tax through the Theodosian Code, to verify the report of Evagrio (Cedreno, Procopio, Prisciano, and some other ancient witnesses) with the constitution of Anastasio C. 11.1, and this one with the purpose of the Justinian's compilers of the title *de tollenda lustralis auri collatione*.

* È professore ordinario di diritto romano (ssd IUS/18) presso il dipartimento di Giurisprudenza (DiGIUR) dell'Università di Urbino.

ANNA MARIA GIOMARO

DUBBI SULLA COLLATIO LUSTRALIS E LA SUA ABOLIZIONE

SOMMARIO: 1. Nell'anno ottavo del regno di Anastasio. – 2. La testimonianza delle fonti circa le modalità dell'abolizione del *chrysargyron*. – 3. Una parentesi sulla formulazione di certe rubriche del Codice giustiniano. – 4. La *collatio lustralis* nel codice teodosiano e, parallelamente, nel giustiniano. – 5. Le costituzioni greche del titolo giustiniano *de tollenda lustralis auri collatione*. – 6. In conclusione sulla *lustralis collatio tollenda*

1. Nell'anno ottavo del regno di Anastasio

Le fonti attestano che nel 498 Anastasio I (l'imperatore era salito sul trono di Costantinopoli sette anni prima)¹ intervenne drasticamente sul

¹ Su Anastasio, le sue vicende, la sua presenza nella politica interna e militare dell'impero sulla soglia del trono di Giustino e di Giustiniano cfr. A.H.M. JONES, *Il tardo impero romano* (1964), Bari 1973, p. 290 ss.; C. CAPIZZI, *L'Imperatore Anastasio I (491-518). Studio sulla sua vita, la sua opera e la sua personalità*, Roma 1969, *passim*. La valutazione dei risultati da lui raggiunti nella politica interna durante il suo lungo regno è assolutamente positiva. Alla sua opera si devono iniziative che hanno notevolmente alleviato il peso fiscale sulle classi più povere, concessioni di sussidi ed esenzioni fiscali alle province della Mesopotamia e dell'Osiroene impoverite dalle guerre persiane degli anni 502-505, importanti interventi di edilizia pubblica (ai quali il Capizzi dedica un intero capitolo, p. 188-232). In particolare l'a. menziona (pp. 140-155): la felice scelta dei collaboratori non influenzata da clientelismi e nepotismo; le dilazioni concesse per i pagamenti delle imposte sia pure con previsione di un interesse (p. 141 e ntt. 189-191: «quando il bilancio della spesa pubblica fu in attivo – cosa probabile già all'epoca dello sfratto degli Isauri da Costantinopoli con la conseguente confisca dei loro beni e la abolizione della somma annuale concessa loro da Zenone – è probabile che il denaro eccedente sia stato dato in prestito» come ipotizza lo STEIN, *Histoire du Bas-Empire*. II. *De la disparition de l'Empire d'Occident à la mort de Justinien* (476-565), Paris-Bruxelles-Amsterdam 1949, p. 195 s.); la riduzione del personale e delle spese di corte; la regolamentazione delle *sportulae* (se ne veda, per esempio, in A. PASQUALINI, *Note su alcuni aspetti 'politici' di un costume di epoca imperiale: le sportulae municipali*, in *Helicon* 9-10, 1969-70, p. 265 ss.; in A. AGUDO RUIZ, *Las costas procesales en la legislación de Anastasio*, in *RGDR* 14, 2010, pp. 1 ss.; e in A. TRISCIUOGGIO, *La disciplina sulle sportulae processuali*

chrysargyron o *auraria*², la tassa in oro o argento, gravante sulle entrate di tutti coloro che ricevevano pagamenti e corrisposizioni in moneta, dai com-

fra Occidente goto e Oriente romano, in *Uno sguardo ad Occidente. Romani e Goti. Isidoro di Siviglia*, Santarcangelo di Romagna 2012, p. 161 ss., in part. p. 179); la nuova tassazione delle navi che viaggiavano attraverso l'Ellesponto e il Bosforo, a sostegno delle spese per la flotta imperiale impegnata nella vigilanza sui mari; la revisione delle somme che dovevano essere versate alle autorità militari dagli abitanti di zone di confine come la diocesi di Libia e d'Oriente; il miglioramento delle condizioni economiche delle milizie e di approvvigionamento dell'esercito, a testimonianza della specifica cura e attenzione che ebbe in generale per l'apparato militare (una rassegna delle imprese militari di Anastasio da un punto di vista particolare si legge in G. BALLAIRA, *I titoli trionfali dell'imperatore Anastasio I*, in Margarita amicorum: *studi di cultura europea per Agostino Sottili*, I, Milano 2005, p. 63 ss.); un particolare sistema di esazione dell'annona, che ne trasferiva la responsabilità dai *curiales* ad una nuova categoria di funzionari che sono i *vindices*; la riduzione delle somme fiscalmente dovute dagli agricoltori per l'annona mediante deduzione dal loro ammontare del valore di frumento ed altri beni in natura per i quali si ricorreva ad una *coemptio* obbligatoria; la discussa istituzione della *comitiva sacri patrimonii* (su cui la contrapposizione fra la teoria positiva dello STEIN, *op. cit.*, p. 206, e quella contraria del KARAYANNOPOULOS, *Das Finanzwesen des frühbyzantinischen Staates*, München 1958, pp. 72-80); la rivendicazione solo a se stesso del potere di concedere esoneri e sgravi fiscali, contro le pratiche abusive delle province e delle prefetture; la riduzione della *capitatio humana et animalium* di origine diocleziana; l'assegnazione di una rendita annuale al clero di Costantinopoli per la celebrazione delle esequie dei poveri, con minacce di un'ammenda nel caso di inottemperanza. Si veda anche CAPIZZI, *L'imperatore Anastasio I. e la Sibilla Tiburtina*, in *Orientalia christiana periodica* 36, 1970, p. 378 ss. Di particolare pregio per sottolineare gli aspetti giuridici e i tratti salienti della politica fiscale di Anastasio, E. DOVERE, *Il secolo breve del Teodosiano. Ordinamento e pratica di governo nel V secolo*, Bari 2016, in part. *Il principato di Anastasio: leggi e sana amministrazione*, p. 153 ss.

² Cfr. CAPIZZI, *L'imperatore Anastasio I (491-518). Studio sulla sua vita* cit., p. 144, nt. 207. La dottrina generalmente descrive il *chrysargyron* come una tassa, dovuta dalle città per le attività negoziali dei cittadini, artigiani e commercianti, da corrispondere al *comitatus sacrarum largitionum* (cfr. R. DELMAIRE, *Largesses sacrées et res privata. L'aerarium impérial et son administration du IV^e au VI^e siècle*, Roma 1989, p. 354 ss.; A. APARICIO PÉREZ, *Las grandes reformas fiscales del imperio Romano. Reformas de Octavio Augusto, Diocleciano y Constantino*, Oviedo 2006, p. 93 s.; J.M. BLANCH NOUGUÉS, *Acerca del impuesto de la collatio lustralis*, in *RGDR* 16, 2011, p. 1 ss.; P. DE CRESCENTINI, *Ricerche in tema di lustralis collatio*, Fano 2013, *passim*), quantunque nella trattazione faccia poi riferimento alla sua incidenza sui più miserevoli, e alla sua estensione nei confronti del mercimonio dei corpi. Peraltro se riguardasse solo il grande commercio forse non si spiegherebbero le lamentazioni che si leggono pure in certe fonti relative alle conseguenze perniciose che essa aveva sui più poveri, né come e perché vi fosse ricompresa la prostituzione. Riterrei, invece, che la tassa riguardasse la circolazione in generale del denaro, e che fosse calcolata sulle entrate in denaro comunque percepite, e quindi sui pagamenti ricevuti per contrattazioni d'ogni tipo, per trasferimenti di beni, per servizi prestati, fin'anche per donazioni ed elemosine. Logicamente i *negotiatores* erano la categoria più esposta, quella relativamente alla quale l'entrata pecuniaria era più facilmente documentabile ovvero presumibile, ma nel novero dei "contribuenti" rientravano altresì le prostitute e i più poveri.

mercianti più o meno grandi, agli artigiani, a coloro che prestavano servizi di ogni tipo (comprese le prostitute), ai “mendicanti”³. Una tassa senz’altro impopolare e osteggiata dichiaratamente sotto due prospettive, sia per il fatto che colpiva duramente anche (e soprattutto) i poveri e i poverissimi⁴, sia perché si valeva dei proventi della prostituzione⁵. Giorgio Cedreno riferisce che Anastasio si sarebbe indotto alla decisione sull’onda emotiva di una ambasceria di monaci della Palestina e dopo aver preso atto della raffigurazione tragica degli atroci episodi di miseria, propostagli, forse attraverso la sua petizione, da Timoteo di Gaza⁶.

³ Così è variamente interpretata la testimonianza del Cedreno che nell’immediato elenca come segue coloro che erano sottoposti al tributo: πᾶς πενόμενος καὶ προσαιτῶν καὶ πᾶσα πόρνη καὶ ἀπολελυμένη καὶ πᾶς δοῦλος καὶ ἀπελεύθερος (lo riprendono quasi letteralmente in particolare Seeck e Karayannopulos, vedi *infra*, nt. 7). Tuttavia sembra un po’ difficile accedere alla più semplice lettura del passo, se non altro per quanto riguarda i mendicanti, dal momento che le loro “entrate” si presumono di minima entità e comunque non documentabili/quantificabili. A proposito della voce πᾶς πενόμενος καὶ προσαιτῶν altri lettori (relativamente a questa e ad altre fonti) vi vedono invece un’insistenza sulla povertà di certi *negotiatores*, titolari di una qualche attività certamente documentabile, magari con una propria poverissima *taberna*, ma con un minimo o quasi nullo “giro di affari”.

⁴ «Libanio riferisce che è lamento comune che gli artigiani e commercianti più poveri debbano vendere i propri figli per pagare il *chrysargyron*» (così M. MELLUSO, *Testimonianze in tema di mercanti di schiavi*, in *Routes et marchés d’esclaves*, Presses Universitaires Francoises 2002, p. 351, a proposito di Lib. or. 46.23, e cita in particolare P. PETIT, *Libanius et la vie municipale à Antioche aux IV^e siècle après J.C.*, Paris 1955, p. 146 s.). Anzi alcune fonti, e sulla loro scia lo Stein (*Histoire* cit., I, p. 116 nt.) considerano questa la principale motivazione che avrebbe indotto l’imperatore alla sua risoluzione. Critico, comunque, il Carrié (J.-M. CARRIÉ, *Les effets historiographiques d’une protestation fiscale efficacement orchestrée: retour sur le chrysargyre*, in *Les affaires de Monsieur Andreau: économie et société du monde romain*, Bordeaux 2014 (Scripta Antiqua, 61), p. 137 ss.) che, citando ulteriormente Libanio, Zosimo, Lattanzio, parla di “orchestrazione” e di utilizzo artificiale di temi già da altri e altrove sfruttati (Filostrato).

⁵ Sulla prostituzione e i suoi proventi “immorali” si veda A. SICARI, *Prostituzione e tutela giuridica della schiava*, Bari 1991, in part. p. 127 ss.; L. SOLIDORO, *I percorsi del diritto: esempi di evoluzione storica e mutamenti del fenomeno giuridico*. II. *La prostituzione femminile nel diritto imperiale*, Torino 2014, p. 19 ss. Una narrazione della vicenda che calca molto sulle motivazioni “moralistiche” che potevano aver ispirato l’azione dell’imperatore, quasi a indicarle come le sole o le più rilevanti si legge in Evagrio, per esempio (*hist. eccl.* 3.39, nell’incipit), in Prisciano (*panegy.* 157-166) o in Procopio di Gaza (*panegy.* 13).

⁶ Ancora ad un fraintendimento della testimonianza di Cedreno si devono – io credo – le diverse attestazioni circa un’opera tragica, una rappresentazione scenica sul tema del *chrysargyron* che sarebbe stata scritta da Timoteo (su cui cfr. E. AMATO, *Sur l’identité de Timothée, commanditaire de la fresque de Gaza*, in *Revue des Études tardo-antiques* 3, 2013-2014, p. 69 ss.; anche A. CORCELLA, *Timoteo di Gaza: un grammatico fra tradizione e innovazione*, in *L’École de Gaza: espace littéraire et identité culturelle dans l’Antiquité tardive*, p. 413 ss.) e rappresentata davanti all’imperatore (così in F. PATRICI, *Della poetica di Francesco Patrici*

Ἀφῆκε δὲ καὶ τὸ τέλος τοῦ λεγομένου χρυσαργύρου. Ὁ δὲ χρυσάργυρος τοιοῦτον τι πρᾶγμα ἦν πᾶς πενόμενος καὶ προσαιτῶν καὶ πᾶσα πόρνη καὶ ἀπολελυμένη καὶ πᾶς δοῦλος καὶ ἀπελεύθερος συνεισφορὰν ἐποιοῦντο κοινὴν πρὸς τὸ δημόσιον

la *deca istoriale*, in Ferrara per Vittorio Baldini 1586, p. 128; così in L. BOSSI, *Della istoria d'Italia antica e moderna*, vol. XII, Milano 1820, p. 31 («Verso quel tempo dovette parimenti fiorire Timoteo di Gaza, detto da Cedreno uomo universale nel sapere, o come ora direbbesi, enciclopedico, il quale una tragedia compose intitolata Crisargiro ad Anastasio dedicata, e secondo quello scrittore produsse la abolizione sospirata della odiosa imposizione conosciuta sotto quel nome. Sarebbe quel Timoteo degno di essere annoverato tra i poeti drammatici più distinti o più fortunati, se la di lui tragedia potè influire sulla politica, ammaestrare i governi, e sollevare il popolo da importuna gravezza»; così C. TROYA, *Storia d'Italia del Medio Evo*, vol. II, parte I. *Eruli e Goti*, Napoli 1844, p. 461 ss., che riporta tutto il racconto («È fama che a' detti di Timoteo di Gaza si congiungessero le preghiere di San Saba e di San Teodosio, Solitarij di Gerusalemme, per far forza sull'animo dell'Imperatore. Alla fine decretò egli, s'abolisse per sempre quell'antica infamia; che più non si rodessero le viscere de' miserabili con la collazione lustrale; che s'avesse vergogna una volta di chieder denaro alla plebe abbietta delle donne impudiche, od agli stuoli de' turpi lor mercatanti»). Così ancora R. UGOLINI, *Guida alla lettura della "Nascita della Tragedia" di Nietzsche*, Bari 2007, § 7.2. *La tragedia dopo Euripide*.

Sul punto si veda E. AMATO, v. *Timothée* in www.ecoledegaza.fr/gazae-schola/#Timothée: «Timothée fut auteur aussi d'une «tragédie», à savoir une invective en vers, par laquelle il plaidait la cause de l'abolition de l'impôt du *chrysargyron*. Ainsi que le croit la plupart des spécialistes, le mot «tragédie» désignerait un discours (pour cet emploi du mot τραγωδία, cf. LSJ, s.v. [II.2] avec renvoi à Hyp., Lyc. 12 et Eux. 26 ; il en va de même pour le verbe τραγωδέω, qui peut bien signifier «tell in tragic style, declaim» : cf. LSJ, s.v. [II] avec renvoi à D. 18, 13 et 19, 189 ; voir en outre E. Rohde, *Der griechische Roman und seine Vorläufer*, Leipzig, 19143, p. 377-378, n. 1). Par contre, pour B. Baldwin, «Some addenda to the Prosopography of the Later Roman Empire», *Historia* 31, 1982, p. 97-111 : 101, Timothée aurait pu composer «a dramatic writing», au sens de tragédie. L'exemple du grammairien Ptolémée Chennos, auteur d'un «drame historique» intitulé *Sphinx* (cf. *Su(i)d.* π 3037 Adler) et qui est en plus contemporain de Trajan et Hadrien, nous paraît pourtant peu pertinent. On se souviendra par contre du témoignage de Théodore le Lecteur (*hist. eccl.* 4, 481 Hansen), qui nous renseigne, précisément pour l'époque d'Anastase, sur une apologie en vers du Concile de Chalcédoine, composée par un certain Dorothée, moine d'Alexandrie, sous le titre de *Tragédie*, à l'imitation d'un ouvrage semblable que Basile le Grand avait déjà fait contre Julien (cf. aussi Theoph. Conf., *Chron.* p. 152, 30-153, 7 de Boor). Le poème de Timothée ne serait donc pas une tragédie en vers au sens classique du mot, mais plutôt, sur l'exemple de Basile, une invective en vers contre le chrysargyre. Des tragédies ayant pour sujet des thèmes chrétiens et dans le style d'Euripide avaient été composées aussi par l'hérétique Apollinaire de Laodicée (cf. Sozom., *hist. eccl.* 5, 18, 4), auteur chrétien auquel on a attribué parfois le *Christus Patiens*, qualifié de tragédie et que la tradition manuscrite nous a transmis sous le nom de Grégoire de Nazianze (c'était l'hypothèse, par exemple, de Q. Cataudella, «Cronologia e attribuzione del *Christus patiens*», *Dioniso* 43, 1969, p. 405-412; *status questionis* avec indication des différentes attributions dans G. W. Most, «On the authorship of the *Christus Patiens*», dans A. Jördens et al. [éd.], *Quaerite faciem eius semper. Studien zu den geistesgeschichtlichen Beziehungen zwischen Antike und Christentum. Dankesgabe für Albrecht Dible zum 85. Geburtstag aus dem Heidelberger «Kirchenväterkolloquium»*, Hamburg, 2008, p. 229-240)).

ὑπὲρ οὗρου καὶ κοπρίας κτηνῶν τε καὶ κυνῶν τῶν ἐν ἀγροῖς καὶ πόλεσι διατριζόντων καὶ ὁ μὲν ἄντροπος νόμισμα ἀργυροῦν συνεισέφερεν, ὁμοίως καὶ ἡ γύνη, ἵππος δὲ καὶ ἡμίονος καὶ βούς τὸ αὐτὸ συνεισέφερον, ὅνος δὲ καὶ κύων φόλλεις ἕξ. Καὶ ἦν ὁδυρμὸς πολὺς ἐν τε χώρᾳ καὶ πόλει τούτων εἰσπραττομένων ἀσυμπαθῶς.

Particolarmente in base alla testimonianza del Cedreno (ma non solo) si può dire che la *collatio lustralis* si presenta come un'imposta che colpiva la forza economica dei soggetti, sudditi dell'impero, misurandola in base ad elementi oggettivi atti ad esprimere una dimensione organizzativa/dimensionale dell'attività "economica" da ciascuno espletata, ma che, in ultima istanza, costituiscono dei dati patrimoniali assunti come indizio di una forza economica⁷.

⁷ Così per esempio il cane, che è sicuramente mezzo di produzione del reddito per un pastore, ma non certo, o non altrettanto, per un contadino, per il *venaliciarius* (ipotesi adombrata in CTh. 13.1.13), per un *tabernarius* qualunque, ecc. Del resto la costituzione CTh. 13,1,21 di Onorio e Teodosio, nel ribadire l'inderogabilità dell'impegno tributario circa il versamento della *collatio lustralis*, al *mercator* accosta, e alla pari, il *possessor rerum* (*Idem AA. Monaxio pp.: Nemo mercator vel possessor rerum, quae lustralis auri collationi tenentur obnoxiae, ...*): ma, considerate anche le altre disposizioni del codice teodosiano sul tema (su cui *infra*, al paragrafo 4) non direi che in quella testimonianza si parli di una *possessio rerum* autonoma dall'*ars mercatoria*. Il Capizzi riferisce che col nome di *chrysargyron* si dovevano intendere «due contribuzioni distinte, che furono ugualmente abolite: una colpiva di un soldo di argento ogni persona per la raccolta delle immondizie o per il possesso di una bestia da soma; l'altra, molto più pesante, era una specie di imposta sulle entrate, stabilita fin dai tempi di Alessandro Severo e regolata da Costantino, la quale pesava non solo sui commercianti, ma su tutti coloro che prestassero un servizio qualsiasi e si facessero pagare in moneta, non esclusi i mendicanti e le prostitute» (C. CAPIZZI, *L'Imperatore Anastasio I (491-518). Studio sulla sua vita* cit., p. 143 s.; e lo stesso ripete – e con identiche parole – Filippo Carcione nel commentare la *Chronica* di Evagrio, EVAGRIO DI EPIFANIA, *Storia ecclesiastica*, Roma 1998, collana di Testi Patristici, p. 187, nt. 106). Sue fonti dichiarate sono O. SEECK, *Collatio lustralis*, in *PWRE* IV, 1, 1900, coll. 370 («auch für ein Pferd, ein Maultier oder ein Rindwar dasselbe Silberstück zu bezahlen, für einen Esel oder einen Hund 6 Folles»), e KARAYANNOPULOS, *op. cit.*, p. 129 ss., in part. p. 131 s. («Mit diesem Verlauf der Entwicklung stimmen jene viel späteren Nachrichten überein, nach denen pro Mann, Ross, Rind und Maulesel je eine Silbelmünze eingefordert wurde, pro Esel und Hund sechs Folles oder Obolen»). Ma la *capitatio animalium*, ancorchè esatta nella stessa moneta d'argento, risponde a criteri totalmente diversi ed ha una sua differente storia. Anche la correlazione con l'*aurum comparaticium* che talora si è voluta proporre (cfr. L. DE GIOVANNI, *Istituzioni, scienza giuridica, codici nel mondo tardo antico: alle radici di una nuova storia*, Roma 2007, p. 196 s., che al *chrysargyron* attribuisce fin dall'epoca di Costantino una duplice valenza, presentandosi esso «nelle due forme dell'*aurum comparaticium*, che gravava sulla proprietà terriera, e della *collatio lustralis*, che riguardava invece le rendite dei beni mobili derivanti dai commerci»; così anche F. AR-

Nella sua semplicità la fonte accomuna insieme i soggetti debitori d'imposta (che da CTh. 13.1.21 sappiamo essere ogni *mercator vel possessor rerum*⁸), e gli elementi su cui l'imposta stessa è commisurata: il mulo, il cavallo, il cane ...

Ed anzi, nella sua prima parte l'autore elenca non tutti i possibili debitori (ove avrebbe a cominciare dai principali, i *negotiatores* appunto), ma insiste solo sui soggetti meno abbienti per dare risalto piuttosto al loro drammatico disagio di fronte alla contribuzione: mendicanti, meretrici, donne sole, servi, liberti, maschi e femmine, in città come in campagna ... Per aggiungere poi, e non sempre nella forma complementare esplicativa dell'oggetto-motivo dell'imposta (ὕπερ), mulo, giumento, cani, cavalli, asini e buoi⁹. Sicchè questi ultimi, gli animali posseduti che costituiscono la forza-lavoro, risultano grammaticalmente sullo stesso piano dei debitori citati prima.

Il testo anastasio che abolisce l'imposta, riportato nel codice giustiniano, C. 11.1.1, non presenta indicazione cronologica alcuna. La data è ora desunta sulla base dalle fonti siriane in particolare dalla *Cronaca* di Giosuè lo Stilite, che è relativa al periodo dal 494 al 596, e, descrivendo i fatti accaduti ad Edessa nell'anno 809 dei Seleucidi, cita in particolare l'abolizione del *chrysargyron*: l'anno corrisponde appunto al 498 del calendario romano¹⁰.

CARIA, O. LICANDRO, *Diritto romano. I. Storia costituzionale di Roma*, Torino 2014, p. 358 s.) rimarca più propriamente le modalità del pagamento in linea con l'incremento delle imposte in oro e argento perseguito nel quadro politico costantiniano, e non l'essenza dell'imposta. Non va trascurato in effetti che a questa imposta si affiancavano, in parallelo, altri tipi di imposizione. In particolare per i *negotiatores* si deve far conto dell'imposta in *siliquae*, e perciò indicata da Cassiodoro come *siliquaticum*: cfr. A.M. GIOMARO, *Negotiatores e imposizione fiscale nelle Variae di Cassiodoro*, in *Dopo il Teodosiano. Il diritto pubblico in Occidente nei secoli V-VII* (Collana Ravenna Capitale 8), Sant'Arcangelo di Romagna 2016, in part. p. 9 ss.), che, se da un lato si commisurava ai capitali fondiari, dall'altro gravava sulle singole transazioni di mercato (cfr. Nov. Nov. Th. 15 *de siliquarum exactionibus*, ed. Mommsen-Meyer). Sulla natura dell'imposta e su «sa place dans le dispositif fiscal d'ensemble» si veda anche – differentemente – CARRIÉ, *Les effets historiographiques* cit., in part. p. 148 ss. e 153.

⁸ Cfr. *infra*, p. 121 ss..

⁹ Si noti la differenza grammaticale fra il nominativo di πᾶς πενόμενος καὶ προσαϊτῶν καὶ πᾶσα πόρνη καὶ ἀπολελυμένη καὶ πᾶς δοῦλος καὶ ἀπελευθέρως e la locuzione argomentativa ὑπὲρ οὗρου καὶ κοπρίας κτηνῶν τε καὶ κυνῶν che segue subito dopo; per riprendere poi, con espressioni anche più ambigue (l'imposta sembrerebbe commisurata come capitale su uomini e animali) col nominativo καὶ ὁ μὲν ἄνθρωπος νόμισμα ἄργυροῦν συνεισέφερον, ὁμοίως καὶ ἡ γύνη, ἵππος δὲ καὶ ἡμίονος καὶ βούς τὸ αὐτὸ συνεισέφερον, ὅνος δὲ καὶ κύων φύλλεις ἔξ.

¹⁰ Cfr. CAPIZZI, *L'Imperatore Anastasio I (491-518). Studio sulla sua vita* cit., p. 144, nt. 207. Sul punto cfr. anche R. DELMAIRE, *Largesses sacrées* cit., pp. 354-374, in part. p. 372 s.,

Una conferma viene anche dalla *Vita di San Saba* scritta dal monaco e agiografo Cirillo di Scitopoli, un'altra fonte siriana, la quale riferisce che il tributo era stato soppresso tredici anni prima della visita di San Saba a Costantinopoli, avvenuta nel 512 d.C.¹¹

“Cette année là l'Empereur Anastase fit remise de l'or que les artisans payaient une fois tous les quatre ans, et que délivrâ de l'impôt. Cet edit ne fut pas seulement publié à Edesse, il le fut encore dans toutes les villes soumises aux Romains. Les habitants de Edesse donnaient, tous les quatre ans, cente-quarante livres d'or”¹².

Le fonti (ancora Giosuè lo Stilita) ci descrivono l'esultanza degli abitanti di Edessa: vestiti di bianco dal più piccolo al più vecchio, con fiaccole accese e incensieri, cantando e suonando, si recano a rendere grazie a Dio e ai Santi e fanno festa per tutta la settimana; “Tous les artisans, couchés à table, se livraient à la joie, se levant et mangeant dans les courts des Eglises ou sous les portiques de la ville”¹³.

che fa un cenno pure dell'opinione, ormai abbandonata, che, sul riferimento di Theofane all'anno 5993 della sua cronologia (si veda V. GRUMEL, *L'année du monde dans la Chronographie de Theophanes*, in *Échos d'Orient* 33, 1934, p. 396 ss.), collocava al 501 la disposizione di Anastasio. Di quella data hanno avuto ragione le differenti indicazioni che provengono dalle fonti siriane, poste in evidenza da Theodor NÖLDEKE, in una lapidaria nota contro il Mommsen, *Die Aufhebung des Chrysargyrum durch Anastasius*, in *Byzantinische Zeitschrift* 13, 1904, p. 135).

¹¹ Cyr. Scyt., *Vita Sabae* 54 (citato anche da R. DELMAIRE, *Largesses sacrées* cit., p. 372, nt. 54). La stessa data riferisce anche la Cronaca di Edessa, che pure, nella sua asciutta schematicità, aggiunge il riferimento al mese [*Chron. Edess.* 74., nella versione di B.H. Cowper, *The Journal of Sacred Literature and Biblical Record*, vol. 5, London 1864, p. 28 ss., in part. p. 35: «An 809, the (tribute of) gold was remitted to the artificers in all the land, in the month Iyar (May)»]: il *chrysargyron* fu abolito nel maggio dell'anno 809, era dei Seleucidi, corrispondente appunto al 498 d.C.

¹² Così GIOSUÈ LO STILITA, *Chronicle*, 30-31 (nella versione francese di Ephrem-Isa Yousif, *Les chroniqueurs syriaques*, Paris, L'Harmattan, 2002). Su Giosuè lo Stilita si veda E. GIBBON, J.B. BURY, *The History of the Decline and Fall of the Roman Empire* (1898), 4, Cambridge 2013, p. 520.

¹³ Nella versione inglese di William Wright, *Joshua the Stylite, Chronicle composed in Syriac in AD 507. A History of the Time of Affliction at Edessa and Amida and Throughout all Mesopotamia*, Cambridge 1882, p. 22: «In this same year was issued an edict of the emperor Anastasius that the money should be remitted which the artisans used to pay once in four year, and they should be freed from the impost. This edict was issued not only in Edessa, but in all cities of the Roman empire. The Edessenes used to pay once in four years one hundred and forty pounds of gold. The whole city rejoiced, and they all put on white garments, both small and great, and carried lighted tapers and censers full of burning incense, and went forth with psalms and hymns, giving thanks to God and praising the emperor, to the church of S. Sergius and S. Simeon, where they celebrated the eucharist. They then reentered the

Ma per quanto riguarda il provvedimento in questione le stesse fonti letterarie si sono fermate al fatto apparente nelle prime parole trionfali della disposizione di Anastasio riportata in C. 11.1.1 (Συνχωρεῖ πᾶσιν εἰς τέλειον τὴν συντέλειαν τὴν τοῦ χρυσουργίου), dalle quali si poteva evincere – e questo era evidentemente nelle intenzioni dell'imperatore – che il *chrysargyron* era stato eliminato in maniera definitiva per tutti i cittadini¹⁴ dell'Impero, senza distinguere fra oriente e occidente, mentre in realtà si rileva poi che il suo intervento avrebbe riguardato soltanto la parte dell'impero dipendente da Costantinopoli, e l'imposta avrebbe continuato a permanere in vigore invece nella parte occidentale, dove, secondo quanto apprendiamo da Cassiodoro (CASSIODORO, *Var.* 2.26.30), continuò ad essere riscosso con il nome di *auraria*¹⁵.

Il gesto di Anastasio viene definito dalle fonti letterarie come uno dei più importanti della sua legislazione ed è celebrato dai contemporanei in termini veramente entusiastici¹⁶.

city, and kept a glad and merry festival during the whole week, and enacted that they should celebrate this festival every year. All the artisans were reclining and enjoying themselves, bathing, and feasting in the court of the (great) Church and in all the porticoes of the city». Cfr. anche D.J. GEANAKOPOLOS, *Byzantium. Church, Society and Civilization Seen through Contemporary Eyes*, Chicago 1984, p. 58 s.

¹⁴ Per un'analisi specifica del solo atto dell'abolizione, motivazioni, vicende e conseguenze, si veda T. DAMSHOLOT, *Das Zeitalter des Zosimos, Euagrios, Eustathios und die Aufhebung des "chrysargyron"*, in *Analecta Romani Instituti Danici* 8, 1977, p. 89 ss.; A. AGUDO RUIZ, *La abolición de la "collatio lustralis"*, in Id., *Estudios de derecho fiscal romano*, Madrid 2016, p. 63 ss.

¹⁵ Della letteratura più risalente cito la testimonianza fiorita di Carlo TROYA, *loc. cit.*: «Svanirono con tal trovato le vestigia d'un tant'obbrobrio nell'Imperio d'Oriente; ma non trovo che né Odoacre né Teodorico pensato avessero a cancellarlo in Italia. [...] s'odono sovente i nomi sinistri così della collazione lustrale, come degli Officiali deputati a riceverla». Sul punto vd. R. DELMAIRE, *Largesses sacrées* cit., p. 373.; A. DEL CASTILLO, *La collatio lustralis en el regimen fiscal del reino visigodo*, in *Antigüedad y Christianismo. Arte, sociedad, economía y religión durante el Bajo Imperio y la Antigüedad Tardía* 8, 1991, p. 57 ss.; C. GEBBIA, *La collatio lustralis e le provincie d'Africa nei secoli 4. e 5.*, in *L'Africa romana*, Sassari 1991 p. 385 ss.; A.M. GIOMARO, *Negotiatores e imposizione fiscale nelle Variae di Cassiodoro*, cit.

¹⁶ Sono forse scontate le lodi dei panegiristi, Prisciano (*panegy.* 149-155), che prevede ed ipotizza per l'imperatore Anastasio una ricompensa eterna dei cieli (*Nunc hominum generi laetissima saecula currunt, / Quos inopes dudum faciebant iussa nefanda, / Quae propter multi sedes fugere parentum, / Quae pater et dominus terrae delevit in aevum, / Argenti relevans atque auri pondere mundum; / Perpetuoque parans sibi maxima praemia caeli / Divitias temnit, quo prodest omnibus unus*), e Procopio di Gaza (*panegy.* 13), che parla di opera sovrumana, che nessun regnante aveva osato prima, espressione sublime di grande virtù (ταῦτα τῶν πρὶν κρατούντων τινές, δόξαντες εἶναι φιλόανθρωποι, ἡλέουν μὲν, βοηθεῖν δὲ οὐκ εἶχον' ἄλλ' ἡβουλήθησαν μόνον καὶ μέχρι τοῦτου τὴν ἀρετὴν ἐνεδείξαντο, τὸ δὲ πρὸς ἔργον

2. La testimonianza delle fonti circa le modalità dell'abolizione del *chrysargyron*

Pure mi sembra di poter dire che l'abolizione del *chrysargyron* non sia avvenuta nei termini che sembrano trasparire dalla tradizione avallata dal titolo 11,1 *De tollenda lustralis auri collatione* del Codice giustiniano.

Ne darebbe riscontro la lunga deposizione di Evagrio relativa allo stragemma ideato dall'imperatore per attuare il suo scopo in tutta completezza, un racconto ricco di particolari che altrimenti farebbero sorgere parecchie perplessità.

Evidentemente Anastasio voleva che l'atto di clemenza imperiale rimanesse ben impresso nella mente dei sudditi: infatti, ottenuta l'approvazione del senato sull'abolizione del tributo in oro e argento, Evagrio ci racconta che l'imperatore aveva fatto bruciare pubblicamente le *matriculae negotiatorum* e tutte le carte dalle quali risultava l'ammontare del carico fiscale dei contribuenti di ciascuna città. Successivamente, nella sua determinazione magnanima, si era preoccupato che nel futuro nessuno dei suoi successori potesse avere a disposizione i mezzi per ripristinare il tributo, e aveva voluto assicurarsi che non vi fossero in giro carte pubbliche e/o private da cui si potessero ricostruire in qualche modo gli elenchi dei contribuenti. Pertanto, fingendo di rimpiangere il suo gesto, aveva annunciato di voler reintrodurre la tassa abrogata con troppa facilità, e a tal fine aveva convocato gli esattori affidando loro il compito – generosamente retribuito – di ricostruire tutti i dati relativi, elenchi dei *negotiatores* contribuenti, modalità delle singole riscossioni, ecc., consegnando le loro proprie documentazioni e ricercando (evidentemente presso i loro emissari) le note e gli appunti più nascosti e privati relativi al loro sistema di riscossione. «Quando, dopo qualche tempo, quelli, assolta la loro missione, si ripresentarono, Anastasio finse di essere contento (...). Poi, domandò in che modo e da chi erano stati

ἐκφέπειν μετὰ τῶν ἀδυνάτων ἐθαύμαζον). Ma l'abolizione del *chrysargyron* è ugualmente lodata, per esempio da Malala che parla di un'alta virtù cristiana com'è la φιλοτιμία (*chron.* 7: ὁ δὲ αὐτὸς βασιλεὺς ἐκούφισε τὴν λειτουργίαν τοῦ λεγομένου χρυσαργύρου πᾶσαν διαιωνίζουσιν ἀπὸ θείου τύπου, ἥτις ἐστὶ μεγάλη καὶ φοβερὰ φιλοτιμία, ἀντεισάξας ταῖς θεαῖς λαργιτιῶσιν πρόσδοτον ἀντ'αὐτοῦ ἐκ τῶν ἰδίων αὐτοῦ); o da Evagrio che lo dice "un atto veramente grande e quasi divino" (EVAGRIO, *hist. eccl.* 3.39: ὑπερμέγθες δὲ κατεπράχθη αὐτῷ καὶ θεῖόν τι χρῆμα, ἡ τοῦ καλουμένου χρυσαργύρου ἐς τέλος κωλύμη). Ne parlano in termini altamente positivi anche autori che non sono altrimenti teneri con l'imperatore Anastasio, come Cirillo di Scitopoli (*loc. cit.*), come Theod. Lect. (*hist. eccl.* 2.53).

rinvenuti i carteggi e se da qualche parte fossero rimasti dei documenti della stessa natura. Al che essi con decisione risposero di aver messo ogni loro attenzione a rinvenire i carteggi e giurarono sul nome dell'imperatore di non aver più da parte in tutto l'Impero alcun documento attestante l'esazione. Anastasio, allora, fece di nuovo accendere un gran rogo per i documenti consegnatigli e gettò acqua sulla loro cenere, desideroso di estinguere definitivamente quella pratica, di modo che non ne rimanesse più nulla, né polvere, né cenere, né il minimo resto dei documenti bruciati»¹⁷.

Evagrio, *Hist. Eccl.* III, 39¹⁸: λθ'. Περὶ τοῦ λεγομένου Χρυσαργύρου, ὡς ἀνεῖλεν αὐτὸ Ἀναστάσιος. Ὑπερμέγεθες δὲ κατεπράχθη αὐτῷ καὶ θεῖόν τι χρῆμα, ἡ τοῦ καλουμένου Χρυσαργύρου ἐς τέλος κωλύμη· ἦν καὶ λεκτέον, τῆς Θουκυδίδου γλώσσης ἢ καὶ μεϊζονός τε καὶ

¹⁷ Trad. di Filippo Carcione (*op. cit.* nella precedente nt. 2), p. 189.

¹⁸ Riporto qui per intero la traduzione italiana di Carcione (*op. cit.*, p. 188 ss.): «[...] Allorché ebbe appreso la fonte di una simile imposta, Anastasio si rivolse al senato e, [...], ordinò di sopprimerla per sempre e di bruciare i registri attestanti l'esazione. Poi, volendo consacrare a Dio questa decisione in modo irreversibile, affinché non fosse più possibile ad alcuno dei suoi successori rinnovare quell'antico esempio di immoralità, finse di rimpiangere il suo gesto: si schernì per l'imprudenza e l'estrema stupidità e disse che, cedendo troppo al desiderio di cambiamento, non aveva tenuto conto di quello che era utile allo Stato e aveva abrogato a cuor leggero e con superficialità un'entrata tanto importante [...]; quindi, senza tradire alcuna delle sue intenzioni interiori, annunciò di voler ripristinare l'imposta suddetta. Convocò, allora, gli esattori e confessò che si pentiva, ma non sapeva che fare né come correggere il proprio errore, poiché i registri attestanti le esazioni erano stati bruciati per sempre. Dal canto loro, anche gli esattori, i quali non per finta ma per convinzione deploravano il suo gesto a motivo dell'iniquo profitto che ricavavano da quell'imposta, addussero una difficoltà simile alla sua; egli, tuttavia, li implorò e li incitò a fare ogni sorta di indagine per vedere se fossero stati in grado di ricostruire, attraverso documenti nascosti da qualche parte, a quanto ammontava il bilancio delle esazioni. Diede, pertanto, ad ognuno del denaro per il reperimento di quei documenti e li inviò, raccomandando loro che, se fossero stati trovati dei carteggi utili a dare chiarimenti sull'imposta, glieli avrebbero dovuti portare, al fine di recuperare il reddito con l'esame più oculato e la precisione più scrupolosa. Quando, dopo qualche tempo, quelli, assolta la loro missione, si ripresentarono, Anastasio finse di essere contento [...]. Poi, domandò in che modo e da chi erano stati rinvenuti i carteggi e se da qualche parte fossero rimasti dei documenti della stessa natura. Al che essi con decisione risposero di aver messo ogni loro attenzione a rinvenire i carteggi e giurarono sul nome dell'imperatore di non aver più da parte in tutto l'Impero alcun documento attestante l'esazione. Anastasio, allora, fece di nuovo accendere un gran rogo per i documenti consegnatigli e gettò acqua sulla loro cenere, desideroso di estinguere definitivamente quella pratica, di modo che non ne rimanesse più nulla, né polvere, né cenere, né il minimo resto dei documenti bruciati». Ne fa una minuziosa lettura anche C. TROYA, *loc. cit.*

κομψοτέρας ἐπιδεομένην· λέξω δὲ καὶ γὰρ, οὐ λόγῳ πεποιθώς, τῇ δὲ πράξει πίσυνος. Ἐπέκειτό τι τῇ τοσαύτῃ καὶ τηλικαύτῃ τῶν Ῥωμαίων πολιτεία τέλος ἔλκεινόν τε καὶ θεομισὲς καὶ βαρβάρων αὐτῶν ἀνάξιον, μὴ τί γε δὴ τῆς Ῥωμαίων χριστιανικωτάτης βασιλείας· ὃ μέχρις αὐτοῦ, ἀνθ' ὅτου λέγειν οὐκ ἔχω, παροφθὲν αὐτὸς ἀνείλε βασιλικώτατα. Ἐπέκειτο δὲ ἐτέροις τε πολλοῖς ἐξ ἐράνου τὴν τροφὴν πορίζουσι, καὶ ταῖς ἀπεμπολούσαις τὴν ὥραν τοῦ σώματος καὶ χύδην πορνείαις ἐπὶ τοῖς κεκρυμμένοις καὶ λανθάνουσι τῆς πόλεως τόποις ἐπὶ χαμαιτυπείοις ἐκδεδομέναις, καὶ πρὸς γε τοῖς ἡταιρηκόσι καὶ μὴ μόνον τὴν φύσιν ἀλλὰ καὶ τὸ πολίτευμα καθυβρίζουσιν· ὥς ἀντὶ νόμου τινὸς τὴν ἐσκομιδὴν βοᾶν ἐπ' ἀδείας εἶναι τὴν τοιαύτην ἀθεμιτοργίαν τοῖς βουλομένοις. Καὶ τὸν ἐντεῦθεν ἀθροιζόμενον ἀνόσιόν τε καὶ ἐναγὴ πόρον ἐπὶ τὴν πρώτην καὶ κορυφαίαν ἐσήγον τῶν ἀρχῶν ἀνὰ τετραετηρίδα οἱ τοῦτον ἑκασταχοῦ συλλέγοντες, ὥς καὶ μέρος οὐκ ἐλάχιστον τῆς ἀρχῆς καθεστάναι, καὶ τῶν καλουμένων εἰδικῶν σκρινίων τυχεῖν, καὶ τῶν τὰ τοιαῦτα διαψηφίζοντων, οὐκ ἀφανῶν ἀνδρῶν, στρατείαν ὥσπερ καὶ τὰς λοιπὰς ἡγουμένων τὸ πρᾶγμα.

Ὁ μεμαθηκὼς ὁ Ἀναστάσιος ἐπὶ τε τὴν γερουσίαν προθείς, καὶ μύσος εἶναι καὶ καινοπρεπὲς ἄγος τὸ πρᾶγμα δικαίως ἀποφηνάμενος, τεθέσπικε καθάπαξ ἀναιρεθῆναι, καὶ τοὺς τὴν εἰσπραξιν δηλοῦντας χάρτας πυρὶ παραδέδωκε. Καὶ τέλεον τὴν πρᾶξιν ἱεουργῆσαι τῷ θεῷ βουλευθεῖς, ἵνα μὴ τινι τῶν μετ' αὐτὸν ἐξῇ τὰ ἀρχαῖα αὐθις ὀνειδὴ ἀνακαλέσασθαι, προσποιεῖται μὲν τὸν ἀσχάλλοντα, ἀβουλίας δὲ ἑαυτοῦ κατηγορεῖ καὶ τῆς ἐς ἄγαν ἀνοίας, λέγων ὥς τῇ καινοδοξίᾳ τὸ πλέον δούς τοῦ συνοίσοντος τῇ πολιτεία παρημέληκε, καὶ τὸν τοσοῦτον πόρον ἀνέκαθεν ἐφευρημένον καὶ τοσοῦτοις χρόνοις βεβαιωθέντα εἰκὴ τε καὶ ἀπερισκέπτως ἀνήρτησεν, οὐ συνεῖς τὰ ἐπαρτώμενα κινδυνεύματα ἢ τὰς στρατιωτικὰς δαπάνας, τὸ ζῶν τοῦ πολιτεύματος τεῖχος, οὐ τὰς ἐς θεραπείαν τοῦ θεοῦ· καὶ μηδὲν τῶν ἐνδοθεν δεικνύς ἀπαγγέλλει βούλεσθαι τὸν εἰρημένον ἀνασώσασθαι πόρον. Καὶ δὴ τοὺς ἐφεστηκότας προσκαλεσάμενος ἔφασκε μεταμελεῖσθαι μὲν, οὐκ ἔχειν δὲ ὃ τι καὶ πράξειν ἢ ὅπως τὴν οἰκείαν ἀμαρτίαν διορθώσαιο, καθάπαξ τῶν χαρτῶν καυθέντων τῶν δυναμένων τὴν εἰσπραξιν δηλοῦν. Κάκεινων δὲ οὐ τινι προσποιήσει ταῖς δὲ ἀληθείαις τὴν πρᾶξιν ὀδυρομένων διὰ τὸν ἐντεῦθεν αὐτοῖς περιποιούμενον ἄδικον μισθόν, καὶ τὴν παραπλησίαν ἀπορίαν προῖσχομένων, προὔτρεπέ τε καὶ παρεκάλει διὰ πάσης ἰόντας ζητήσεως ἐξερευνῆσαι εἴπερ εὐρεῖν δυνηθεῖεν διὰ τῶν ἑκασταχοῦ συγκειμένων πτυκτίων τὴν τοῦ παντὸς εἰσπραξιν. Καὶ πέμψας ἑκάστῳ δαπάνας ἐς τὴν περὶ ταῦτα συλλογὴν ἔπεμπε, ἐπιτρέψας ἑκαστον χάρτην ταῦτα σαφηνίζειν δυνάμενον,

ὅποι ἂν εὐρεθείη, πρὸς αὐτὸν ἀποκομισθῆναι, ἵνα μετὰ πολλῆς τῆς περισκέψεως καὶ τῆς ἐς ἅγαν ἀκριβείας τὰ ἐπὶ τούτων αὐθις συνταχθείη. Ὡς δ' οὖν μετὰ καιρὸν ἦκον οἱ τούτοις διακονούμενοι, χαρίεις τις ἐδόκει καὶ φαιδρότητι γανύμενος Ὁ Ἀναστάσιος· ἔχαιρε δὲ καὶ ταῖς ἀληθείαις τῶν ἐσπουδασμένων τετυχηκώς, καὶ ἀνηρώτα τὸν τρόπον, ὅπως τε εὗρηται, καὶ παρὰ τίσι, καὶ εἴ τι τοιουτῶδες καταλέλειπται. Τῶν δὲ πολλοὺς καταβεβληκέναι πόνους ἐπὶ τῇ τούτων συναγωγῇ διῡσχυριζομένων, ὁμνούντων τε πρὸς τοῦ βασιλέως ὡς οὐδεὶς ἕτερος χάρτης ταῦτα δηλοῦν δυνάμενος ἀνὰ πᾶν ἀπόκειται τὸ πολίτευμα, αὐθις πυρὰν ἐξῆψε μεγάλην ἐκ τῶν ἀποκομισθέντων χαρτῶν καὶ τὴν σποδιὰν ὕδασιν ἐπέκλυσεν, ἀφανίσει τέλεον τὴν πρᾶξιν βουλόμενος· ὥστε μὴ κόνιν, μὴ τέφραν, μήτε μὴν τι λείψανον τοῦ πράγματος ἦττον ἀποκαυθέντων φανῆναι. Ὡς ἂν δὲ μὴ τὸ κώλυμα τῆς πράξεως τοσοῦτον ἐξάραντες δόξαιμεν ἀγνοεῖν τί τε καὶ ὅσα τοῖς ἀρχαιοτέροις περὶ ταύτης ἐμπαθῶς ἱστορήται, φέρε καὶ ταῦτα παράθωμαι καὶ δεῖξω ψευδῇ, καὶ διαφερόντως ἐξ ὧν αὐτοὶ

Il racconto di Evagrio lascia molto perplessi.

Certamente la distruzione delle *matriculae* in sé, quando si volesse mantenere quel tipo di imposta, poteva essere facilmente ovviata ricostruendo l'elenco dei contribuenti e le quote dovute da ciascuno. Ma ciò poteva avvenire anche senza ricorrere al sussidio di altre carte e annotazioni fatte ricercare e reperite "faticosamente" qua e là; e certamente, la mancanza di documentazione non avrebbe fermato – e Anastasio non poteva illudersi su ciò – un successivo regnante che avesse voluto ripristinare quella tassa.

Inoltre, il pubblico rogo, e quel gettare acqua sulle ceneri per disperderle, hanno tanto il sapore di una esibizione gratuita, che a null'altro serva che a suscitare l'eccitazione festaiola attorno alla notizia di un tale intervento fiscale che si vuole proporre platealmente.

Sconcerta poi che il rogo sia allestito due volte: se si può comprendere un atto di pubblica celebrazione, con scopo evidentemente propagandistico¹⁹, il ripeterlo a distanza di qualche tempo (mesi) con la motivazione che

¹⁹ Ne riportano notizia anche Prisciano, *panegy.* 162-170, che ammira il fuoco votivo innalzato al cielo (*Et quo spectra loco dederat tibi rector Olympi, / Quo caput ipse tuum primo diademate cinxit, / Hic sibi donari libro rum vidit acervos, / Censibus infestos, servantes scripta dolorum; / Munera suscipiens flammis aeterna beatis, / Ad quas accessit placidus magis omnibus aris: / Aspexit vestros radiis sol aureus ignes, / Et placuere diem violantia lumina fumo, / Quae pura fulgens accendis mente serenus*); Procopio di Gaza, *panegy.* 13, che a confronto suscita alla mente l'immagine delle frecce fiammeggianti di Ercole e Iolao contro l'Idra di

si sarebbero trovate altre carte da distruggere potrebbe apparire e/o risultare anche negativo: potrebbe, cioè, suscitare imbarazzanti interrogativi circa l'efficacia di quel primo rogo (allora era stato abolito il *chrysargyron*, o non era stato abolito?), e conseguentemente dubbi anche relativamente al secondo (e allora da adesso è veramente abolito, o ci si deve aspettare che nel futuro si ripresenti la necessità di un'altra fiammata?).

E ancora: fingere – da parte dell'imperatore – di voler ripristinare il *chrysargyron* per raggiungere lo scopo opposto, e motivare il proprio comportamento con la determinazione di farsi consegnare tutti i documenti più nascosti relativi all'imposta d'oro e d'argento, non appare certamente una risoluzione imperiale.

Infine: quanto di vero circa gli atti e le intenzioni dell'imperatore, realtà e finzioni dei ripensamenti relativamente al *chrysargyron*, può essere filtrato al di fuori del palazzo per giungere alle orecchie dell'estensore della cronaca? O quanto è stato opportunamente dettato ad Evagrio dallo stesso palazzo? E per quale motivo?

Per prospettare qualche risposta occorre considerare con maggiore attenzione di quanto non si sia fatto finora il testo della disposizione di Anastasio che è riportato nel codice giustiniano.

3. Una parentesi sulla formulazione di certe rubriche del Codice giustiniano

Il titolo C. 11.1 del codice giustiniano, *de tollenda lustralis auri collatione*, è uno dei tredici titoli in cui i compilatori giustinianeî hanno creduto opportuno sottolineare fin dalla rubrica la novellazione operata dalle leggi di Giustiniano, e, conseguentemente, le distanze prese rispetto alla normativa precedente (in particolare teodosiana)²⁰ rappresentando concretamente nella rubrica stessa il portato abrogativo rispetto alla disciplina anteriore.

Lerna (πᾶσα γὰρ περὶ τοῦτου συγγραφὴ πρὸς ἔργον ἐγένετο, καὶ μετὰ τῶν λυπούντων ἢ τοῦτων ἀνήρηται μνήμη· ταῦτα γὰρ ἀνήρηται μνήμη· ταῦτα γὰρ προσέτατες ὥσπερ Ὑδρας κεφαλὰς ἐπικαίειν, ὅπως μὴ πάλιν ἀνίσχοι, τὸν σὸν Ἡρακλέα μιμούμενος); e per ben due volte ne fa cenno anche il Cedreno, *loc. cit.*

²⁰ Naturalmente – la formulazione stessa delle rubriche lo suggerisce – si dovrebbe proporre qui il problema dei rapporti fra il primo e il secondo codice, e, conseguentemente, si dovrebbe valutare, volta per volta, la possibilità di far rientrare la singola costituzione in esame nel novero delle *quingenta decisiones* ovvero delle *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*. I brani di costituzioni giustiniane coinvolte nella stesura dei tredici titoli sarebbero in tutto diciassette, C. 6.33.3 (a. 531); C. 6.40.2 (a. 531); C. 6.40.3 (a.

In alcuni casi la rubrica suggerisce, accanto all'abrogazione, la sussistenza o introduzione di un differente regime giuridico:

C. 6,33. *De edicto divi Hadriani tollendo et quemadmodum scriptus heres in possessionem mittatur*

C. 6,40. *De indicta viduitate et de lege Iulia Miscella tollenda*

C. 6,43. *Communia de legatis et fideicommissis et de in rem missione tollenda*

C. 7,6. *De latina libertate tollenda et per certos modos in civitatem romanam transfusa.*

C. 7,40. *De annali exceptione italici contractus tollenda et de diversis temporibus et exceptionibus et praescriptionibus et interruptionibus earum*

Sono le rubriche in cui il gerundivo *tollendus, a, um*, variamente coniugato secondo il termine (maschile, femminile, singolare, plurale) cui si rapporta nell'usuale complemento di argomento, è seguito o preceduto da un « *et* » copulativo che dà comunque una qualche separatezza ad altra parte della materia che merita regolamentazione a sè.

In altri casi nella rubrica si rappresenta una abrogazione netta che non lascia spazio per una diversa normazione dei problemi affrontati:

C. 6,51. *De caducis tollendis*

C. 7,3. *De lege Fufia Caninia tollenda*

531); C. 6.43.1 (a. 529); C. 6.43.2 (531); C. 6.43.3 (a. 531); C. 6.51.1 (a. 534); C. 7.3.1 (a. 528); C. 7.5.1 (a. 530); C. 7.6.1 (a. 531); C. 7.17.1 (a. 528); C. 7.17.2 (a. 531); C. 7.24.1 (a. 531 o 534); C. 7.25.1 (a. 530 o 531); C. 7.40.1 (a. 530); C. 7.40.2 (a. 531); C. 7.40.3 (a. 531). Qui si può fare solo cenno al problema, richiamando riassuntivamente la posizione dell'ultima dottrina al riguardo. Carmela RUSSO RUGGERI (*Studi sulle Quinquaginta decisiones*, Milano 1999) cita C. 6.51.1 (che vale a individuare un'altra costituzione, C. 6.30.20, come *decisio* in base alle parole, *secundum quod et in divinis nostris numinis decisionibus statutum est*, con cui vi si fa riferimento); e cita C. 7.5.1 (annoverabile fra le *decisiones* in base alla testimonianza di I. 1.5.3: *et dediticios quidem per constitutionem expulimus, quam promulgavimus inter nostras decisiones, per quas, suggerente nobis Triboniano, viro excelso, quaestore, antiqui iuris alterationes placavimus*); e cita C. 7.25.1 (il cui testo si qualifica esso stesso nelle parole iniziali: *Antiquae subtilitatis ludibrium per hanc decisionem expellentes*). Mario VARVARO (*Contributo allo studio delle Quinquaginta decisiones*, in AUPA 46, 2000, p. 359 ss.) menziona C. 6.40.3 (a. 531) e C. 7.40.3 (a. 531) collocandole fra le molte costituzioni che, nonostante il richiamo al *vetus ius*, sono state sempre considerate dalla dottrina come costituzioni *ad commodum propositi operis pertinentes* (p. 483 nt. 347); menziona C. 6.43.3 (1° settembre 531) come non rientrante nell'arco temporale in cui, secondo la sua ricostruzione, sarebbero state emanate le *quinquaginta decisiones* (p. 474); cita C. 6.51.1 e il suo riferimento ad altra *decisio* (p. 423); cita a più riprese C. 7.5.1 (in particolare p. 430, e poi altrove, sottoponendo il testo a varie verifiche); cita C. 7.6.1 (p. 461); e cita C. 7.25.1 (p. 468 e altrove).

C. 7,5. *De dediticia libertate tollenda.*

C. 7,17. *De adsertione tollenda*

C. 7,24 *De senatus consulto Claudiano tollendo*

C. 7,25,0 *De nudo ex iure quiritium tollendo*

C. 11,1,0. *De tollenda lustralis auri collatione*

C. 11,44,0. *De gladiatoribus penitus tollendis*

Com'è logico attendersi, data questa premessa, in ogni caso (tranne, come si vedrà, per due eccezioni) il titolo è interamente, o quasi interamente, riempito dalla parola di Giustiniano, che, fedele alla prospettiva suggerita nella rubrica, enuncia il singolo problema, accenna alla regolamentazione pregressa rimarcandone i riflessi negativi, e si esalta nel ruolo del riformatore.

Si consideri infatti:

- il titolo C. 6,33 *de edicto divi Hadriani tollendo et quemadmodum scriptus heres in possessionem mittatur*, dopo i primi due brevissimi testi, del 196 l'uno, riferito al periodo di regno di Settimio Severo e Antonino Caracalla, e del 223 l'altro, proveniente dalla cancelleria di Alessandro Severo, propone un brano giustiniano del 531, più corposo, suddiviso in 5 paragrafi²¹. Peraltro né nel codice teodosiano, né nel Digesto si riscontra una rubrica dedicata all'editto dell'imperatore Adriano in tema di *missio in possessionem* a favore dell'erede, anche se la regolamentazione del fenomeno vi è ampiamente descritta²²;

²¹ Cfr. C. 6.33.3 pr., *imp. Iustinianus A. Iuliano pp.* L'edizione Mommsen-Krueger segnala lo spazio di un'ulteriore, ultima costituzione greca di Giustiniano: *desideratur Graeca constitutio*.

²² Del presente editto di Adriano ci parlano le due sole costituzioni riportate all'inizio del titolo, C. 6.33.1 e C. 6.33.2, cui si devono aggiungere i paragrafi 14-18 di PS 3.5. PS 3.5.14: *Sive falsum, sive ruptum, sive irritum dicatur esse testamentum, salva eorum disceptatione scriptus heres iure in possessionem mitti desiderat*. Allo scopo – sembra – di assicurare al fisco il pagamento della *vicesima hereditatum* l'editto adrianeo prevedeva una *missio in possessionem* a favore dell'erede scritto in un testamento intrinsecamente viziato ma *publice recitatum* (PS. 3.5.17) che ne avesse fatto richiesta entro l'anno dalla morte del *de cuius* (PS. 3.5.17) relativamente ai soli beni notoriamente posseduti dallo stesso al momento della morte (PS. 3.5.18). Giustiniano, C. 6.33.3, ne sancisce l'abolizione (*quod sub occasione vicesimae hereditatum introductum est, cum multis ambagibus et difficultatibus et indiscretis narrationibus penitus quiescente, quia et vicesima hereditatis a nostra recessit re publica, antiquatis nibilo minus et aliis omnibus, quae circa repletionem vel interpretationem eiusdem edicti promulgata sunt*) pur conservando, com'è noto opportunamente ridisegnata, la *missio in possessionem*. Sul tema della "delegificazione" si veda D. MANTOVANI, *Legum multitudo e diritto privato. Revisione critica della tesi di Giovanni Rotondi*, in *Leges publicae. La legge nell'esperienza giuridica romana* (a cura di J.-L. Ferrary), Pavia 2013, p. 707 ss. e in part. p. 746. Il proposito

- **il titolo C. 6,40 *de indicta viduitate et de lege Iulia Miscella tollenda***, comprende tre testi, il primo assai breve di Gordiano, del 241, e gli altri due di Giustiniano, ambedue datati 531, emanati a distanza di otto mesi l'uno dall'altro²³. E anche in questo caso, relativamente alle imposizioni negative che riguardavano la vedovanza e in generale la posizione inferiore della donna in ordine alla possibilità di succedere, non ci sono riferimenti espressi e paralleli né nel codice teodosiano né nel Digesto;
- **il titolo C. 6.43 *communio de legatis et fideicommissis et de in rem missione tollenda*** comprende tre testi, tutti giustinianei, datati rispettivamente 17/18 settembre del 529 (*XV kalendas octobris*), 1° marzo 531 (come il precedente C. 6.40.2) e 1° settembre del 531. E non vi sono corrispondenti titoli specifici nel codice di Teodosio e nel Digesto, ancorchè, naturalmente, la materia abbia in ambedue il suo spazio²⁴;

di valutare il significato delle *quinquaginta decisiones* alla luce della differente prospettiva del lavoro dei compilatori giustinianei fra il 528/529 (le date che si riferiscono al primo codice) ed il 533 (data di emanazione della cost. *Tanta*) ha forse impedito alla dottrina di prendere particolarmente in considerazione questo testo giustiniano del 531, ancorchè vi si legga delle *multae ambages*, delle *multae difficultates*, delle *indiscretas narrationes*, e dei tanti interventi legislativi antichi promulgati per successivi chiarimenti (si veda per tutti S. CORCORAN, *Justinian and his two Codes Revisiting P. Oxy. 1814*, in JJP 38, 2008, p. 73 ss.).

²³ Cfr. 6.40.2 indirizzata al prefetto del pretorio Giuliano e 6.40.3 indirizzata al prefetto del pretorio Giovanni. Il titolo C. 6.40 dovrebbe prevedere l'abrogazione di tutto quanto rimaneva, fondamentalmente nella prassi, della legislazione matrimoniale augustea, ed in particolare della situazione successoria della donna rimasta vedova: in particolare il disposto per cui la condizione testamentaria che le precludesse ulteriori nozze doveva ritenersi come non apposta e la donna poteva ugualmente acquistare quando avesse prestato cauzione che il suo nuovo matrimonio aveva il solo scopo di procreare figli (così ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli 1974, p. 445; BURDESE, *Manuale di diritto romano*, Torino 1964, p. 276; GUARINO, *Diritto privato romano*⁹, Napoli 1992, p. 582 s.).

L'esistenza di una *lex Iulia Miscella* (cui Giustiniano si riferisce anche in Nov. 22.43) è stata, ed è, discussa, da chi, come il Biondi (cfr. B. BIONDI, *La legislazione di Augusto*, in *Conferenze augustee nel bimillenario della nascita*, Milano 1939, p. 139 ss.) la ritiene frutto della "fantasia" dell'imperatore, a chi la identifica con la *lex Iulia de maritandis ordinibus* o parte di essa (cfr. HUMBERT, *Le remariage à Rome. Étude d'histoire juridique et sociale*, Milano 1972, p. 165 nt. 15; B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979, p. 60 e nt. 206; R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, Milano 2006, p. 22 s.), a chi la considera un compendio della normativa in tema di matrimonio (cfr. E. MALDONADO DE LIZALDE, *Lex Iulia de maritandis ordinibus. Leyes de familia de l'emperador César Augusto*, in *Anuario Mexicano de Historia del Derecho* 14, 2002, p. 545 nt. 45). Di recente S. DI MARIA, *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: «reverentia antiquitatis» e nuove prospettive nella legislazione giustiniana del Codice*, Bologna 2010, dedica una particolare attenzione, con specifico paragrafo, a «La non osservanza della *Lex Iulia Miscella* nei casi trovati nei libri *Sabiniani* di Ulpiano (C.I. 6,40,3)» (p. 141 ss.).

²⁴ Il titolo è completamente occupato dai tre brani giustinianei, C. 6.43.1 *Demostheni*

- **il titolo C. 6,51 de caducis tollendis** comprende un solo testo, molto lungo, di Giustiniano, dell'anno 534. Com'è noto le antiche prescrizioni relative ai *caduca* sono ufficialmente abrogate da Giustiniano che se ne vanta addirittura nelle costituzioni c.d. introduttive²⁵. Perciò non vi saranno riferimenti ai *caduca* nelle rubriche del Digesto anche se qualche sporadica regola sul tema è sfuggita ai compilatori giustiniane; molti sono invece i richiami nel codice teodosiano, benché manchi, tuttavia, un titolo specificamente dedicato;
- **il titolo C. 7,3 de lege Fufia Caninia tollenda** comprende un solo breve testo, di Giustiniano, datato 1° giugno 528. Non c'è riferimento alla *lex Fufia Caninia* nel Digesto, come non c'è riferimento nel codice teodosiano²⁶;
- **il titolo C. 7,5 de dediticia libertate tollenda** comprende un solo breve testo, di Giustiniano, dell'anno 530. Anche in questo caso nel Digesto non c'è riferimento alla *dediticia libertas* che, come dice Giustiniano, è rimasto un "*vanum nomen*"²⁷; parallelamente nel Codice Teodosiano

pp., C. 6.43.2 *Iuliano pp.* e C. 6.43.3 *Iohanni pp.* che rispondono con dovizia ed esemplificazioni varie alla domanda retorica iniziale: *Cum ii, qui legatis vel fideicommissis honorati sunt, personalem plerumque actionem habere noscuntur, quis vel vindicationis vel sinendi modo aliorumque generum legatorum subtilitatem prono animo admittet, quam posteritas optimis rationibus usa nec facile suscepit nec inextricabiles circuitus laudavit? quis in rem missionis scrupulosis utatur ambagibus?*

²⁵ A proposito della quinta parte del Digesto nella cost. *Tanta* l'imperatore dice: 6b. *Sed in his nihil de caducis a nobis memoratum est, ne causa, quae in rebus non prospere gestis et tristibus temporibus Romanis increbuit calamitatibus, bello coalescens civili, nostris remaneant temporibus, quae favor caelestis et pacis vigore firmavit et super omnes gentes in bellicis victoriis posuit, ne luctuosum monumentum laeta saecula inumbrare concedatur.* Sul testo, C. 6.51.1, si veda S. DI MARIA, *op. cit.*, p. 169 ss.

²⁶ Il breve brano (*Menae pp.; D. k. Iun. Constantinopoli dn. Iustiniano pp. A. II cons.*) è una secca prescrizione, dove l'abrogazione della legge Fufia Caninia appare quasi un pleonismo inutile (*Servorum libertates in testamento relictas tam directas quam fideicommissarias ad exemplum inter vivos libertatum indistincte valere censemus, lege Fufia Caninia de cetero cessante nec impediende testantium pro suis servis clementes dispositiones effectui mancipari*), tanto più che non vi è un esplicito riferimento alla legge nelle rubriche del Digesto, né in quelle del Codice Teodosiano. Vi era, però, un'opera di Paolo, di cui un frammento era riportato nel Digesto (D. 35.1.37), espressamente dedicata *ad legem Fufiam Caniniam*. Cfr. J.F. GARDNER, *The Purpose of the Lex Fufia Caninia*, in *Echos du Monde Classique. Classical Views*, 35, 1991, p. 21 ss.; A.J.B. SIRKS, *The Purpose of the Lex Fufia Caninia*, in *ZSS* 129, 2012, p. 549 ss.

²⁷ Cfr. C. 7.5.1 (*Imperator Justinianus AA. Iuliano pp.*) *Dediticia condicio nullo modo in posterum nostram rem publicam molestare concedatur, sed sit penitus delata, quia nec in usu esse reperimus, sed vanum nomen huiusmodi libertatis circumducitur. nos enim, qui veritatem colimus, ea tantummodo volumus in nostris esse legibus, quae re ipsa obtinent* (D. . . . *Lam-*

si riscontra un unico riferimento ai *deditici* non tecnicamente rilevante (CTh. 7.13.16);

- **il titolo C. 7,6 *de latina libertate tollenda et per certos modos in civitatem romanam transfusa*** comprende un solo lungo testo, di Giustiniano, dell'anno 531²⁸. Non c'è riferimento alla *latina libertas* nel Digesto (non risulta nemmeno la radice tematica, con riferimento storico all'antica *natio*); nel codice teodosiano i riferimenti sono numericamente esigui e tutti costantiniani²⁹.
- **C. 7,17 *De adsertione tollenda*** non ha corrispondenti né nel Codice teodosiano né nel Digesto: si compone di due testi entrambi giustiniani: l'uno, del 528, che, preso atto delle difficoltà di trovare persone disposte a ricoprire il ruolo di *adsertor libertatis* (come testimoniato, per esempio, dalla costituzione costantiniana riportata in C. 8.46.10 congiuntamente a C. 7.18.3 = Th. 4.8.5, del 322), ne sancisce l'abrogazione trasformando lo schema del processo di libertà; l'altro, del 531, che cerca di risolvere una "difficoltà" insorta *in praesenti autem ex nostra lege, quam de adsertione tollenda posuimus*³⁰.

padio et Oreste cons.). L'unico riferimento ai *deditici* nel Codice Teodosiano (CTh. 7.13.16) non ha un proprio valore tecnico: vale soltanto a ricomprendere nel *praemium libertatis* e nel premio pecuniario promesso dagli imperatori Arcadio, Onorio e Teodosio anche gli schiavi di federati e *deditici* quando si armino per difendere l'impero: la qualifica di *dediticio* vale qui soltanto a designare le popolazioni non legate a Roma da specifici *foedera*. Si legga anche in rapporto alla nota successiva.

²⁸ La lunga costituzione C. 7.6.1 (il *principium* e tredici paragrafi, indirizzata al prefetto Giovanni) sull'abrogazione dello status peggiore del latino inizia anch'essa con una domanda retorica: *Cum dediticii liberti iam sublatis sunt, quapropter imperfecta latinorum libertas incertis vestigiis titubans et quasi per saturam inducta adhuc remanet et non inutilis quidem pars eius deminuitur, quod autem ex ipsa rationabile est, hoc in ius perfectum deducitur?* Sulla "libertà latina" e la "libertà *dediticia*" e l'abrogazione della *lex Fufia Caninia*, M. MELLUSO, *La schiavitù nell'età giustiniana. Disciplina giuridica e rilevanza sociale*, Paris 2000, 84 s., nonché p. 280 nt. 268 (anche in rapporto alla differente valutazione del fenomeno rispetto alle manomissioni *inter vivos*; lì, nelle Istituzioni, prospettandosi un «bilanciamento delle due situazioni», qua, nel Codice, rilevando le maggiori possibilità offerte *inter vivos*; differenza che aveva fatto ritenere alla RUSSO RUGGERI, *op. cit.*, p. 25 s., un qualche intervento compilatorio sul testo di C. 7.5.1).

²⁹ E segnatamente: CTh. 2.22.1 relativo alla destinazione ereditaria dei beni di chi abbia perduto la cittadinanza romana conservando invece la *latinitas*, CTh. 4.6.3 circa le conseguenze infamanti di un rapporto "familiare" con una schiava o ex schiava, CTh. 4.12.3, con la sua interpretatio, sulle conseguenze di un'unione con servi/e "fiscali", CTh. 9.24.1.4 e l'*interpretatio* di CTh. 9.24.1.5 che trattano casi di concessioni di benemerenzia di cittadinanza romana o latina.

³⁰ Cfr. C. 7.17.1, indirizzata al prefetto Mena, e C. 7.17.2 indirizzata al prefetto Giovanni. Questi titoli, *De latina libertate tollenda*, *De lege Fufia Caninia tollenda*, *De dediticia*

- **il titolo C. 7.24 *De senatus consulto Claudiano tollendo*** comprende un unico testo, giustiniano, privo di *subscriptio*³¹; il corrispondente titolo del teodosiano, CTh. 4.12 *ad senatus consultum Claudianum*, risulta costituito da sette costituzioni nessuna delle quali è stata ripresa dai giustiniane. Va notato che anche il Digesto presenta un titolo dedicato al senatoconsulto in questione, D. 29.5 *de senatoconsulto Silaniano et Claudiano: quorum testamenta ne aperiantur*;
- **il titolo C. 7.25 *De nudo ex iure Quiritium tollendo*** comprende un solo testo giustiniano, *imp. Iustinianus A. Iuliano pp.*, databile al 530 o 531³²;

libertate tollenda, De adsertione tollenda rispondono tutti ad un disegno generale di intervento sull'acquisto della libertà, in gran parte determinato dai differenti assetti sociali rispetto all'epoca di emanazione delle leggi basilari in tema di manumissioni (su cui si veda G. IMPALLOMENI, p. 208 ss.; M. MELLUSO, *loc. ult. cit.* e in part. p. 25 ss. e 122 ss.). Dal punto di vista procedurale si veda R. REGGI, *La vindictio in libertatem e l'adsertor libertatis*, in *Studi Donatuti*, 2, Milano 1973, p. 1006 ss.; G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà in diritto romano*, Napoli 1961; A. RUSSO, *Note sull' "adsertor in libertatem"*, in *Φιλία. Scritti per Gennaro Franciosi* 4, Napoli 2007, p. 2363 ss.

³¹ Per la datazione, considerando che il destinatario Ermogene risulta funzionario in carica come *magister officiorum*, la dottrina è incerta fra il 531 ed il 534. Il Codice porta ad effetto quanto adombrato in I. 3.12: *Erat et ex senatusconsulto Claudiano miserabilis per universitatem adquisitio, cum libera mulier servili amore bacchata ipsam libertatem per senatusconsultum amittebat et cum libertate substantiam: quod indignum nostris temporibus esse existimantes, et a nostra civitate deleri et non inseri nostris digestis concessimus*. Relativamente ad alcune delle problematiche di applicazione del senatoconsulto Claudiano si veda S. CASTAGNETTI, *Giuliano imperatore e il Senatusconsultum Claudianum. Alcune osservazioni su CTh. 4.12*, in *Teoria@Storia del diritto* 6, 2013. Per altri aspetti del senatoconsulto in questione cfr. P. BUONGIORNO, *Senatus consulta Claudianis temporibus facta*, Napoli, 2010, 311 ss.; C. MASI DORIA, *La denuntiatio nel Senatusconsultum Claudianum: i legittimati e la struttura del procedimento, in Parti e giudici nel processo. Dai diritti antichi all'attualità*, Napoli, 2006, p. 12 ss. Per le vicende successive A. STORCHI MARINO, *Schiavi e uomini di vile condizione nel senatoconsulto Claudiano in età tardoantica*, in *Koinonia* 36, 2012, 145 ss.

³² C. 7.25.1 (*imp. Iustinianus A. Iuliano pp.*) *Antiquae subtilitatis ludibrium per hanc decisionem expellentes nullam esse differentiam patimur inter dominos, apud quos vel nudum ex iure quiritium vel tantummodo in bonis reperitur, quia nec huiusmodi esse volumus distinctionem nec ex iure quiritium nomen, quod nihil aenigmate discrepat nec umquam videtur neque in rebus apparet, sed est vacuum et superfluum verbum, per quod animi iuvenum, qui ad primam veniunt legum audientiam, perterriti ex primis eorum cunabulis inutiles legis antiquae dispositiones accipiunt. sed sit plenissimus et legitimus quisque dominus sive servi sui sive aliarum rerum ad se pertinentium*. Sulla base delle parole iniziali si può ben individuare in questa costituzione (e lo dice C. RUSSO RUGGERI, *op. cit.*, p. 47 s.) che si tratta di una delle *quinquaginta decisiones*. Il tema che vi è trattato è troppo vasto e troppo importante per darne qui un'esposizione, sia pure in breve. Ma – quantunque fuori tema – mi sembra opportuno segnalare come, fra le motivazioni addotte a giustificare l'abrogazione dell'antico regime della proprietà che distingueva *dominium* quiritario e *in bonis*, sia menzionata la "*perterritio*" dei giovani studenti *qui ad primam veniunt legum audientiam*.

- **il titolo C. 7.40 *De annali exceptione italici contractus tollenda et de diversis temporibus et exceptionibus et praescriptionibus et interruptionibus earum*** comprende tre brani, tutti giustinianeî, uno datato 530, il 18 marzo (*XV kalendas aprilis*), e gli altri due appartenenti ad una stessa costituzione, del 18 ottobre 531 (*XV kalendas novembris*); il tema dell'*exceptio italici contractus* non ha corrispondenti né nel Codice di Teodosio né nel Digesto, ma certamente non vi poteva mancare spazio per il tema della prescrizione le cui vicende appaiono oggetto di cura da parte di vari imperatori, da Nerva (D. 40.15.4), Claudio (ancora D. 40.15.4), Adriano (D. 40.15.1.1-2), etc., fino a Giustiniano. Invero il portato dell'*exceptio annalis italici contractus* rimane oscuro³³.
- **il titolo C. 11.1 *De tollenda lustralis auri collatione*** comprende due frammenti in lingua greca, il primo attribuito all'imperatore Anastasio, non datato, e il secondo privo di qualsiasi notazione cronologica, senza *inscriptio* né *subscriptio*; il corrispondente titolo del teodosiano, CTh. 13,1 *de lustrali collatione*, si compone di ventuno costituzioni, delle quali, come si dirà, soltanto una è stata riutilizzata dai giustinianeî ma in due luoghi differenti;
- **il titolo C. 11.44 *De gladiatoribus penitus tollendis*** comprende un solo testo, una costituzione dell'imperatore Costantino dell'anno 325, che è parte del primo dei tre testi che compongono il titolo corrispondente del teodosiano CTh. 15,12 *de gladiatoribus*.

Viene da chiedersi come mai per i due titoli relativi alla *lustralis collatio* e ai gladiatori, i compilatori giustinianeî abbiano voluto celebrare nelle rispettive rubriche una "abrogazione" il cui merito, leggendone di seguito il titolo, non poteva essere attribuito a Giustiniano.

Si consideri il *De gladiatoribus penitus tollendis*. Il titolo riproduce,

³³ Il riferimento della rubrica codicistica all'*exceptio annalis* (o *annua*) *italici contractus* doveva risultare ben chiaro ai contemporanei, anche perchè, come leggiamo, la sua disciplina aveva comportato *tantae moles altercationum in omnibus iudiciis [...], quantas et enumerari difficile et explanari impossibile est*: difficoltà nascevano sia per l'esatta e rigorosa verifica dei requisiti necessari, sia per l'invalsa abitudine ad allungarne i tempi. Di qui l'opportunità dell'abrogazione. Ma, in vero, l'ambito di applicazione dell'*exceptio* rimane oscuro, laddove l'ipotesi del Lenel, che, anche in base ad altre testimonianze ulpianee, ritiene di poterla considerare "eine Verjährungseinrede gegenüber der Pfandklage aus einem *pignus in Italia contractum*", è ancora la più accreditata (su tutto cfr. M. AMELLOTI, *La prescrizione delle azioni nel diritto romano*, Milano 1958, *passim*, e in part. p. 63 nt. 124, e poi p. 235 ss.).

come suo unico contenuto, una costituzione teodosiana, che si legge anche in CTh. 15.12.1: ma il testo nella versione giustiniana si arresta improvvisamente dopo la prima frase che esprime la valutazione negativa d'insieme espressa dall'imperatore del 325 sul fenomeno dei giochi gladiatôri (*cruenta spectacula in otio civili et domestica quiete non placent. quapropter <, qui>*³⁴ *omnino gladiatores esse prohibemus*), mentre la versione teodosiana (probabilmente più conforme all'originale), riporta anche il seguito del discorso di Costantino, da cui si trae che la norma non voleva essere un divieto assoluto, ma soltanto proporsi come provvedimento di clemenza nei confronti dei condannati *ad bestias* per qualche delitto: *quapropter, qui omnino gladiatores esse prohibemus eos, qui forte delictorum causa hanc condicionem adque sententiam mereri consueverant, metallo magis facies inservire, ut sine sanguine suorum scelerum poenas agnoscant*.

È facile immaginare il lavoro dei commissari del 534: nel seguire dal punto di vista giustiniano la traccia proposta dalla susseguenza dei titoli teodosiani³⁵, trovandosi di fronte ad un tema, quello dei giochi nel circo, su cui non avevano materiale recente, ma che era opportuno fosse trattato sia pure in negativo, hanno impiegato lo stesso "materiale da costruzione" del teodosiano, ridotto all'essenziale, in modo da ricavarne un significato addirittura opposto a quello che aveva ispirato a suo tempo Costantino.

E la traccia di questa procedura si potrebbe ritrovare in quell'avverbio *penitus* che propone subito l'idea di un percorso abrogativo a tappe, da portare ancora a perfezionamento.

4. Le costituzioni greche del titolo giustiniano *de tollenda lustralis auri collatione*

Più complessa si può immaginare la costruzione del titolo *De tollenda lustralis auri collatione*. Anche in questo caso i commissari giustiniani si trovavano a dover seguire la traccia proposta dalla susseguenza dei titoli teodosiani reinterpretata secondo il punto di vista giustiniano³⁶; anche in

³⁴ Nel codice giustiniano è stato cassato quello che appare entro la parentesi uncinata.

³⁵ Su cui A.M. GIOMARO, *Il codex repetitae praelectionis. Contributi allo studio dello schema delle raccolte normative da Teodosio a Giustiniano*, Roma 2001, p. 475 ss., ma anche p. 322.

³⁶ Per quanto riguarda la elencazione dei titoli teodosiani di questa parte del codice relativa alla struttura economica cittadina e le corrispondenze con i titoli del codice di Giustiniano si veda A.M. GIOMARO, *op. cit.*, p. 466 ss., ma anche p. 321.

questo caso si proponeva loro un tema, quello della tassa in oro e argento sulle attività negoziali, su cui non avevano materiale “di attualità”; e anche in questo caso comunque ritenevano evidentemente necessario trattarne, sia pure in negativo (perchè la tassa – secondo quanto riportato – era stata ufficialmente abolita trentacinque anni prima), all’inizio della lunga trafila dei titoli sulle attività mercantili, artigianali e negoziali.

Prima di analizzare in concreto i testi riportati nel codice dai compilatori giustinianeî, è forse opportuno un confronto fra i due titoli corrispondenti (e pure contrapposti).

La susseguenza dei passi che nel Codice Teodosiano vanno sotto la rubrica *De lustrali collatione*, ventun brani nel totale, prende avvio dall’anno 356, con una costituzione di Costanzo indirizzata al prefetto del pretorio Tauro, al quale è rivolta anche la seconda costituzione, datata nell’anno 360.

Evidentemente l’imperatore Costanzo si era interessato molto delle problematiche relative alla *lustralis collatio*, fors’anche perché, se è vero che l’introduzione dell’imposta (o comunque una sua radicare ristrutturazione) si deve al padre Costantino³⁷, si trattava di normativa recente, e che, essen-

³⁷ Secondo Zosimo l’introduzione di questa tassa si dovrebbe a Costantino, anche se Evagrio dice che Costantino l’avrebbe soltanto regolata, *hist. eccl.* 3.40, mentre la tassazione di alcune professioni è documentata già nel periodo precedente il regno di Alessandro Severo, giusta la testimonianza dell’*hist. aug.* 32.5: *aurum negotiatorium et coronarium Romae remisit* (cui si potrebbe forse aggiungere – facile spunto di nuove e più ampie ipotesi che qui non si vogliono fare – il precedente *hist. aug.* 32.4: *aurum et argentum raro cuiquam nisi militi divisit, nefas esse dicens ut dispensator publicus in delectationes suas et suorum converteret id quod provinciales dedissent*). La testimonianza di Zosimo è la seguente: «Constantine, having done this, not only continued to waste the revenue of the empire in useless expences, and in presents to mean and worthless persons, but oppressed those who paid the tributes, and enriched those that were useless to the state. For he mistook prodigality for magnificence. He also laid a tax of gold and silver on all merchants and tradesmen, even to the lowest classes, nor did he even spare the poorest prostitute. Thus, on the return of every fourth year, when the tax was to be paid, nothing could be heard through the whole city but lamentations and complaints. When the time arrived nothing but whips and tortures, provided for those who on account of their extreme poverty could not pay the money. Mothers were even forced to part with their children, and fathers to prostitute their daughters, for money to satisfy the collectors of this exaction. [...] With these exactions he exhausted all the towns; for they continued in force so long even after the time of Constantine, that the cities were completely drained of money, and many of them forsaken by their inhabitants» (Zos. *Hist. nova* 2.38., nella versione inglese, Londra 1814). La sua narrazione, fra lamenti, reclami, fruste, torture, con l’unico scampo della prostituzione, risulta altamente drammatica. Vi si aggiunge la notizia, desunta da testimonianze di Temistio e Libanio (rispettivamente *or.* 8.13.116c e *or.* 18.282: su cui già JONES, *op. cit.*, p. 175 e p. 528 nt. 44) che negli anni della dinastia di Costantino il tasso delle indizioni (per la ricostruzione delle date delle indizioni si veda R. DELMAIRE, *Largesses sacrées* cit., p. 369 e Id., *Notes sur la périodicité du chrysargyre*, in *Bulletin de la*

do a periodicità quinquennale³⁸, non aveva ancora avuto, presumibilmente, molta sperimentazione e necessitava ancora, dunque, degli aggiustamenti in itinere. A Costanzo, infatti, appartiene anche il terzo brano del titolo.

Tutti tre questi primi testi sono destinati ad attestare o concedere degli esoneri dal pagamento del *chrysargyron*, rispettivamente per i *clerici*, per coloro che sono *sub armis militiae*, e per i contadini che abbiano fatto mercato al minuto dei frutti del loro lavoro nel podere stesso (*quae in his terris quas incolunt atque in eodem rure gignuntur*) sempreché, però, non vadano a spendere altrove i loro guadagni (*si ea homines vestri ac rustici etiam in vestris possessionibus commorantes distrahant*).

Ugualmente la costituzione CTh. 13.1.4, per bocca di Giuliano (e siamo nell'anno 362) ribadisce l'esonero dal pagamento dell'imposta in questione per i *curiales*. Così come, a immunità ed esoneri si riferiscono anche le costituzioni 6, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 16 e 17 del titolo. Ne risulta un quadro variegato di interventi sulle immunità, che va a favorire i clerici, amministrativi e militari, contadini, curiali, di cui si è detto³⁹, e ancora –

société française de numismatique, 1, 1985, pp. 621-623) era cresciuto vertiginosamente fino a raddoppiare.

³⁸ Sul punto anche di recente J.-M. CARRIÉ, *Les effets historiographiques* cit., in part. p. 142 ss., critica l'opinione del DELMAIRE (*Remarques sur le chrysargyre et sa périodicité*, in RN 27, 1985, p. 120 ss., che opta per una periodicità quadriennale), e porta ulteriori argomenti alla tesi di un computo quinquennale (testualmente: «lustrale/indictionnel»), ancorché sulla base di motivazioni che non sono quelle dei giubilei imperiali come nella proposta del Seck (*loc. cit.*).

³⁹ Per i clerici, oltre la già citata CTh. 13.1.1 (*Imp. Constantius A. et Iulianus Caes. ad Taurum pp.: Negotiatores omnes protinus convenit aurum argentumque praebere, clericos excipi tantum, qui copiatas appellantur, nec alium quemquam esse immunem ab huius collationis obsequio. Dat. IIII non. Dec.; acc. Romae VIII id. Feb. constantio A. VIII et Iuliano Caes. II cons.: a. 356*), si veda CTh. 13.1.11 (*Imppp. Gratianus, Valentinianus et Theodosius AAA. ad Hesperium pp.: Etsi omnes mercatores spectat lustralis auri depensio, clerici tamen intra Illyricum et Italiam in denis solidis, intra Gallias in quinis denis solidis immunem usum conversationis exerceant. quidquid autem supra hunc modum negotiationis versabitur, id oportet ad functionem aurariam devocari. Dat. III non. Iul. Aquileiae Auxonio et Olybrio cons.: a. 379*), nonché CTh. 13.1.16 (*Impp. Arcadius et Honorius AA. Clearcho praefecto urbi: Omnes corporatos, de quibus orta querimonia est, quam maturissime praecipimus conveniri, ut aut commoda negotiatorum sequentes a clericorum excusatione discedant aut sacratissimo numini servientes versutis quaestibus intuitu tuae sinceritatis abstineant. distincta enim stipendia sunt religionis et calliditatis. Dat. VIII id. Mai. Constantinopoli Theodoro v.c. cons.: a. 399*). Al proposito R. LIZZI TESTA, *Come e dove reclutare i chierici? I problemi del vescovo Agostino*, in *L'adorabile vescovo d'Ippona*, Soveria Mannelli p. 183 ss. e in part. p. 187 nt. 13, nonché ID., *Privilegi economici e definizione di status. Il caso del vescovo tardoantico*, Resoconti Accademia Lincei 9, 11, 2000, p. 81 ss.

Per la *militia* armata e quella di palazzo: CTh. 13.1.2 (*Idem A. et Caes. <Costanzo>ad*

tutti ricompresi in CTh. 13.1.10⁴⁰ – i *coloni rei privatae*⁴¹, nonchè *qui manu victum rimantur aut tolerant*, in particolare (ma sono esemplificazioni) *figuli e fabri*, e coloro che *pro mercimonio et substantia mercis ex rusticana plebe*

Taurum pp. : Praeter eos, quos manifesta probatio demonstrat sub armis militiae sacramenta tolerasse quosque, cum requiem sortirentur, in pecuniarum certo numero immunitatem claruerit consecutos, universi, qui negotiandi videntur exercere sollertiam, ad onus collationis adstringantur. Acc. VI id. Iul. Karthagine Constantio A. X et Iuliano C. III cons.: a. 360); ma anche CTh. 13.1.7 (Idem AA. <Valentiniano e Valente> ad Probum pp.: Qui in sudore bellandi stipendiorum gradu usque ad protectores meruerunt, unius vaginae pretium, etiamsi aliis mercimoniis studere videantur. si quid autem supra hunc modum in mercimonii commutatione habeant, pro eo, quod amplius potuerit inveniri, ad necessitatem collationis artentur. omnes vero omnino, qui alterius nomine dignitatis emeritaeque militiae honore cumulati sunt, etsi per homines suos id exercent, ad oblationis obsequia adstringantur. Proposita Karthagine kal. April. Valentiniano n.p. et Victore cons.: a. 369); CTh. 13.1.14 (Imppp. Valentinianus, Theodosius et Arcadius AAA. ad Principium pp.: Eos, quos peractae militiae labor decurso stipendiorum ordine vel protectoris honore cumulavit vel honestae vel causariae missionis necessitate donavit, quindecim solidorum in mercimoniis omnibus immunitatem habere iubemus, agnituros publicum munus, si ultra praestitutum legis nostrae modum emendis vendendisque rebus laxiore sumptu operam voluerint commodare. Dat. prid. non. Novemb. Veronae Arcadio A. I et Bautone cons.: a. 385).

Per i *curiales* si veda CTh. 13.1.4.pr-1 (Imp. Iulianus A. Secundo pp.: Post alia: *decuriones, qui ut christiani declinant munia, revocentur. Et ab auri atque argenti praestatione, quod negotiatoribus indicitur, curiae immunes sint, nisi forte decurionem aliquid mercari constituerit, ita ut ordines civitatum ex huiusmodi reliquis sarcinarum, ut iam diximus, amoveantur. PP. III id. Mar. Constantinopoli Mamertino et Nevitta cons.: a. 362), nonchè CTh. 13.1.17 (Idem AA. <Arcadio ed Onorio> Ianuarino consulari Numidiae: A negotiatoribus aurum lustrale dependi non ignoramus et cum ad eos soleat distributionis cura recurrere, quos necessitas collationis adstringit, non convenit municipes hoc onere subiungere. sciant igitur de corpore suo, sicut in omnibus fere civitatibus, mancipes eligere absque ulla aerarii nostri deminutione, a curialibus alienae functionis distributione reiecta. Dat. prid. non. Iun. Mediolano Theodoro v.c. cons.: a. 399).*

La situazione dei *rustici* o *rusticani*, cui si riferiva il citato CTh 13.1.3, viene esaminata partitamente di seguito, nel testo.

⁴⁰ Per tutti CTh. 13.1.10 (Imppp. Valentinianus, Valens et Gratianus AAA. ad Italicum vicarium Italiae: *Colonos rei privatae vel ceteros rusticanos pro speciebus, quae in eorum agris gigni solent, inquietari non oportet. eos etiam, qui manu victum rimantur aut tolerant, figulos videlicet aut fabros, alienos esse a praestationis eius molestia decernimus, ut hi tantum, qui pro mercimonio et substantia mercis ex rusticana plebe inter negotiatores sunt, sortem negotiationis agnoscant, quos in exercendis agris ingenitum iam pridem studium non retinet, sed mercandis distrabendisque rebus institutum vitae et voluntatis implicuit. Dat. non. Feb. Mediolano Gratiano III et Equitio v.c. cons.: a. 374).*

⁴¹ Ai *coloni rei privatae* si riferisce anche CTh. 13.1.,8 (Imppp. Valentinianus, Valens et Gratianus AAA. ad Claudium proconsulem Africae: *Hi tantum ad auri argentique detineantur oblationem merces emendo adque vendendo commutantes, qui in exercitio tabernarum usuque versantur, non etiam coloni rei nostrae, qui ea distrabunt, quae in dominicis possessionibus annus tulerit. Dat. VI kal. Mai. Treviris Valentiniano et Valente III AA. cons.: a. 370).*

sunt; mentre CTh. 13.1.13 aggiunge ulteriormente *qui vendunt vernacula*⁴². Di fronte a queste deroghe campeggia generico e ripetuto l'obbligo di contribuzione, netto, in astratto disposto per tutti indifferentemente, cui si ricerca anche una giustificazione "etica" come si legge nell'apertura della norma CTh. 13.1.6 indirizzata da Valentiniano e Valente al *comes sacrarum largitionum* Florentio: ognuno deve sostenere la sua parte per contribuire al sostentamento dello stato, tanto più coloro che ricoprono cariche di alto prestigio (*aurum mercatoribus atque argentum, quo erogatio publica iuветur, indiximus; igitur exceptione inmunitatis nullus utetur. omnium enim regionum huiusmodi homines, omnium dignitatum hanc virilem iuvandae rei publicae partem sine aliqua privilegii venia iussimus sustinere*)⁴³.

Merita di essere isolato dagli altri e trattato autonomamente l'esonero che i diversi imperatori ripetono a favore dei *rusticani*, sia, come si è visto, in C.Th. 13.1.3, sia in CTh, 13.1.6, in CTh. 13.1.8, in CTh. 13.1.10, in CTh. 13.1.12:

CTh. 13.1.3 (*Idem A. ad senatum*) Rusticanos colonosque vestros inter negotiatores describi non oportet, scilicet si nequaquam exercent negotiationis industrias, siquidem in eo negotiationem et mercimonia non oporteat aestimari, si ea homines vestri ac rusticani etiam in vestris possessionibus commorantes distrahant, quae in his terris quas incolunt atque in eodem rure gi-gnuntur. (*Dat. V non. Mai. Tauro et Florentio cons.: 361*).

CTh. 13.1.6 (*Idem AA. ad Florentium comitem sacr. largitionum*) Aurum mercatoribus atque argentum, quo erogatio publica iuветur, indiximus; igitur exceptione inmunitatis nullus utetur. omnium enim regionum huiusmodi homines, omnium dignitatum hanc virilem iuvandae rei publicae partem sine aliqua privilegii venia iussimus sustinere. exceptio autem eos tantummodo in hac communi fere sorte defendet, qui proprio rure per se aut homines suos qui evidentissime cognoscuntur negotiantes non tam mercatorum loco haberi debent quam sollertium strenuorumque dominorum. (*Dat. VI id. Sept. divo Ioviano et Varroniano cons.: 364*).

⁴² CTh. 13.1.13 (*Imppp. Grat., Valent. et Theodos. AAA. have Postumiane karissime nobis*) *Singuli quique, si per eos vernacula quaeque vendantur, functione auraria non teneantur; si vero emendi vendendive compendiis ultro citroque quaesitis familiaris rei amplitudo cumuletur, etsi militares sint, memoratae praestationi nequantur.* (*Dat. VI id. Nov. Richomere et Clearcho cons.*).

⁴³ Il verbo *indiximus* e la qualifica del destinatario, *comes sacrarum largitionum*, farebbero pensare ad un "regolamento di applicazione" dell'indizione dell'anno.

CTh. 13.1.8 (*Imppp. Valentinianus, Valens et Gratianus AAA. ad Claudium proconsulem Africae*) Hi tantum ad auri argentique detineantur oblationem merces emendo adque vendendo commutantes, qui in exercitio tabernarum usuque versantur, non etiam coloni rei nostrae, qui ea distrahunt, quae in dominicis possessionibus annus tulerit. (*Dat. VI kal. Mai. Treviris Valentiniano et Valente III AA. cons.: 370*).

CTh. 13.1.10 (*Imppp. Valentinianus, Valens et Gratianus AAA. ad Italicum vicarium Italiae*) Colonos rei privatae vel ceteros rusticanos pro speciebus, quae in eorum agris gigni solent, inquietari non oportet. eos etiam, qui manu victum rimantur aut tolerant, figulos videlicet aut fabros, alienos esse a praestationis eius molestia decernimus, ut hi tantum, qui pro mercimonio et substantia mercis ex rusticana plebe inter negotiatores sunt, sortem negotiationis agnoscant, quos in exercendis agris ingenitum iam pridem studium non retinet, sed mercandis distrahendisque rebus institutum vitae et voluntatis implicuit. (*Dat. non. Feb. Mediolano Gratiano III et Equitio v.c. cons.: 374*).

CTh. 13.1.12 (*Idem AAA. ad Atticum pp.*) Nemo negotiator muneribus publicis eximatur exceptis his dumtaxat, qui innocenti industria fructus domesticos suis possessionibus innatos simpliciter vendunt, officiis et exactoribus pro his negotiatoribus adtinendis, quos excusatos subtractosve esse constiterit, in duplam quantitatem eius summae, quam illi inferre debuerant. (*Dat. III id. Mart. Mediolano Richomere et Clearcho cons.: 384*).

L'attività di vendita dei prodotti del terreno da parte di *coloni* e *rusticani* (e deve intendersi frutta, verdura, prodotti dell'orto, certamente anche un minimo di granaglie) non è certo l'attività principale del fondo, non è condotta professionalmente⁴⁴, riguarda i "frutti domestici" derivati da "innocente industria" e venduti "semplicemente" (CTh. 13.1.12). Dalle norme che ne trattano (si veda in particolare CTh. 13.1.3, una costitu-

⁴⁴ Talora si tratta addirittura di prodotti in certo qual modo "sottratti" al rendiconto nei confronti del proprietario del terreno (CTh. 13.1.3: *Rusticanos colonosque vestros ... si ea homines vestri ac rusticani etiam in vestris possessionibus commorantes distrabant, quae in his terris quas incolunt atque in eodem rure gignuntur*), e/o la cui vendita dipende più dal capriccio del compratore che dalla determinata intenzione del venditore, il quale *pro mercimonio et substantia mercis* non può dirsi "transitato" *ex rusticana plebe inter negotiatores* (CTh. 13.1.10.), ed al quale non può applicarsi la descrizione del *mercator* che si ricava da CTh. 13.1.10 *mercandis distrahendisque rebus institutum vitae et voluntatis implicuit*.

zione, il cui carattere generale si evidenzia dal fatto di essere indirizzata al senato), sembra di poter percepire la preoccupazione dei proprietari delle terre: evidentemente sono loro, in quanto proprietari, che temono di dover corrispondere l'imposta per l'attività negoziale dei loro *coloni* e *rusticani* (cui sono equiparati i *coloni rei privatae*, CTh. 13.1.10 e CTh. 13.1.8). Ma anche quando fossero gli stessi proprietari ad operare la vendita *proprio rure per se aut homines suos* dovranno essere considerati *non tam mercatorum loco* ma al contrario padroni capaci, operosi e intelligenti (così CTh. 13.1.6).

Un discorso a parte si deve fare per CTh. 13.1.13, l'unico fra i testi del titolo teodosiano dedicato alla *lustralis collatio* che risulta corredato dall'*interpretatio* alariciano:

CTh. 13.1.13 [=brev.13.1.1] (*Imppp. Grat., Valent. et Theodos. AAA. have Postumiane karissime nobis*)

Singuli quique, si per eos vernacula quaeque vendantur, functione auraria non teneantur; si vero emendi vendendive compendiis ultro citroque quaesitis familiaris rei amplitudo cumuletur, etsi militares sint, memoratae praestationi nectantur. (*Dat. VI id. Nov. Richomere et Clearcho coss.*)

INTERPRETATIO. si quicumque rem, quae ei nata est, aut quam non emit, vendat, ad solutionem aurariam minime teneatur. si vero emendi vendendique studio probabitur huc illucque discurrere, etiamsi militans est, ad solutionem teneatur aurariam.

La costituzione di Graziano Valentiniano e Teodosio, visibilmente una *epistula*, esonera dal pagamento dell'*auraria* la vendita di schiavi nati in casa: la motivazione è in tutta evidenza connessa all'assenza della professionalità, tanto è vero che – si aggiunge subito – se la vendita è solo un aspetto di un rapporto continuato, in cui la vendita tiene dietro ad un acquisto e innesca un sistema di ulteriore acquisto e vendita, pressoché professionale⁴⁵, non potrà valersi di deroghe e privilegi neppure un esponente della *militia*⁴⁶.

⁴⁵ Interessante l'uso dell'espressione suggestivamente evocativa *ultro citroque* (*si vero emendi vendendive compendiis ultro citroque quaesitis familiaris rei amplitudo cumuletur*) che l'*interpretatio* traspone in un *emendi vendendique studio probabitur huc illucque discurrere*.

⁴⁶ Che, com'è noto, godevano di varie immunità.

Un altro dato interessante da rilevare è la previsione di un “modus”, un tetto di attività mercatoria, indicizzato attraverso il guadagno/ricavo, oltre il quale il venditore potrà essere assoggettabile all'imposta come *negotiator*: il carattere “professionale” o meno dell'attività mercatoria viene valutato quantitativamente, considerando il numero delle singole negoziazioni e, in definitiva, l'ammontare di un profitto costante. In linea di massima rimane generico e si esprime con locuzioni che lasciano trasparire la esiguità economica e l'occasionalità non certo “professionale” della vendita, nello specifico; invece in CTh. 13.1.11 si esplicita chiaramente per i clerici, il cui “giro d'affari” non dovrà oltrepassare i 10 solidi per l'Italia e l'Illirico, i 15 solidi per le Gallie (*clerici tamen intra Illyricum et Italiam in denis solidis, intra Gallias in quinis denis solidis immunem usum conversationis exercent*).

Va poi rilevata in modo specifico una singolarità: che una delle costituzioni che Teodosio II aveva considerato illuminanti per trattare di un tema che Giustiniano reputa “*tollendo*” viene ripresa dallo stesso Giustiniano per essere impiegata, frammentata in due parti, sotto altro argomento. È il caso di CTh. 13.1.5, *Impp. Valentinianus et Valens AA. Secundo pp.*, che ritroviamo, con differente destinatario (in ambedue i casi *ad Iulianum comitem Orientis*), in parte in C. 1.4.1 e in parte in C. 4.63.1

Sotto il titolo C.1.4 *De episcopali audientia et de diversis capitulis, quae ad ius curamque et reverentiam pontificalem pertinent*, che comprende nel totale trentun brani, e riguarda in generale la giurisdizione consentita ai vescovi⁴⁷, è riportata la prima parte del citato testo di Valentiniano e Valente:

⁴⁷ Per un quadro generale C.M.A. RINOLFI, *Episcopalis audientia e arbitrato*, in *Principi generali e tecniche operative del processo civile romano nei secoli IV-VI d.C.*, Parma 2010, p. 191 ss. E, in particolare per gli aspetti tecnici della competenza, M.R. CIMMA, *L'episcopalis audientia nelle costituzioni imperiali da Costantino a Giustiniano*, Torino 1989, p. 128 ss.; A. BANFI, *Habent illi iudices suos. Studi sull'esclusività della giurisdizione ecclesiastica e sulle origini del privilegium fori in diritto romano e bizantino*, Milano 2005, *passim*; F. PERGAMI, *Aequum iudicium e processo romano della tarda antichità*, in *Nuovi studi di diritto romano tardo antico*, Torino 2014, in part. p. 20 ss. Ivi ulteriore bibliografia.

CTh. 13.1.5 (*Impp. Valentinianus et Valens AA. Secundo pp.*)

Negotiatores, si qui ad domum nostram pertinent, si modo mercandi videantur exercere sollertiam et christianos, quibus verus est cultus, adiuvere pauperes et positos in necessitatibus volunt, potiorum quoque homines vel potiores ipsos, si tamen his mercandi cura est, ad necessitatem pensationis adhibeas, praesertim cum potiorum quisque aut miscere se negotiationi non debeat aut pensationem debeat, quod honestas postulat, primus agnoscere. (*Dat. XV kal. Mai. Constantinopoli divo Ioviano et Varroniano cons. : 364*).

C. 1.4.1 (*Impp. Valentinianus et Valens AA. ad Iulianum comitem Orientis*)

Negotiatores, si qui ad domum nostram pertinent, ne commodum mercandi videantur excedere, christianos, quibus verus cultus est, adiuvere pauperes et positos in necessitate provideant (*D. XV k. Mai. Constantinopoli divo Ioviano et Varroniano cons. : 364*).

In C. 1.4.1 si legge l'esortazione ad aiutare i *pauperes* rivolta ai *negotiatores qui ad domum nostram pertinent* (come nella versione teodosiana anche ai *potiores* e ai *potiorum homines*) Difficile dare significato a quel *pertinere ad domum nostram* di certi *negotiatores*, con quel richiamo alla vera fede che pare (deve) accomunarli ai poveri cristiani. Si tratta, con ogni verisimiglianza, dell'attività negoziale svolta nell'ambito o a margine della corte imperiale, che in ogni modo deve avere particolare attenzione per le esigenze dei poveri⁴⁸.

Il contesto in cui si doveva inserire tale esortazione (seppure intuibile) è comunque svelato dall'inciso che svolge il ruolo di condizione in quel

⁴⁸ Spunti di particolare interesse sulla situazione della società "minore" in C. CORBO, *Paupertas. La legislazione tardoantica (IV-V secolo d.C.)*, Napoli 2006, in part. p. 157 ss., che prende in esame, con ampiezza di bibliografia, l'ambiente sociale della «*paupertas*» e gli interventi al riguardo, ponendo l'accento sulla funzione esercitata dal vescovo che costituisce «l'indirizzo pratico dell'azione caritativa». Sia attraverso la gestione del patrimonio ecclesiastico, sia nell'ospitalità concessa ai pellegrini, sia nella protezione offerta alle vedove e agli orfani, sia con le continue richieste di sgravi fiscali, sia nel far prevalere «il principio equitativo e la pietà religiosa sul rigore del diritto, rendendo, quindi, più umano il sistema» giudiziario attuato con l'*episcopalis audientia*, il rappresentante dell'autorità ecclesiastica si poneva in generale come «protettore, non solo dei *pauperes*, ma di tutti coloro che, trovandosi in condizioni economiche precarie, sono esposti al rischio di un progressivo impoverimento» (o più precisamente «nei confronti di tutti coloro che sono oppressi da qualsivoglia prepotenza e ingiustizia perpetrata ai loro danni»).

discorso: *ne modo mercandi videantur exercere*, una frase finale che viene a sostituirla una originaria condizionale riscontrabile nella versione teodosiana, *si modo mercandi videantur exercere*, e che in ultima analisi trasforma un discorso permissivo nei confronti dell'attività negoziale degli uomini *qui ad domum nostram pertinent* in una tranquilla presa d'atto delle loro *negotiationes*⁴⁹. La preoccupazione ugualmente espressa è comunque quella che impone un'attività "moderata", che non ecceda il "*modus*". Infine la collocazione di tale norma nell'ambito della *episcopalis audientia* si spiega con l'impegno a sovvenire alle necessità dei bisognosi che la chiesa primitiva aveva assunto come proprio.

La seconda parte di CTh. 13.1.5 si legge al titolo giustiniano C. 4.63 *De commerciis et mercatoribus*, opportunamente introdotta dalle stesse parole iniziali, *negotiatores, si qui ad domum nostram pertinent*:

CTh. 13.1.5 (*Impp. Valentinianus et Valens AA. Secundo pp.*)

Negotiatores, si qui ad domum nostram pertinent, si modo mercandi videantur exercere sollertiam et christianos, quibus verus est cultus, adiuvare pauperes et positos in necessitatibus volunt, **potiorum quoque homines vel potiores ipsos, si tamen his mercandi cura est, ad necessitatem pensitationis adhibeas, praesertim cum potiorum quisque aut miscere se negotiationi non debeat aut pensitationem debeat, quod honestas postulat, primus agnoscere** (*Dat. XV kal. Mai. Constantinopoli divo Ioviano et Varroniano cons. : 364.*)

CJ.4.63.1 (*Impp. Valentinianus et Valens AA. ad Iulianum comitem Orientis*)

Negotiatores, si qui ad domum nostram pertinent, potiorum quoque homines necessitatem debitam pensionum, ut honestas postulat, agnoscere moneantur, ut per cunctos, qui emolumenta negotiationibus captant, tolerabiles fiant agnoscendae devotionis effectus (*D. XV k. Mai. Constantinopoli divo Ioviano et Varroniano cons. : 364*).

⁴⁹ Una qualche differenza va forse rilevata fra i destinatari della versione teodosiana (*negotiatores, christianos, potiores e potiorum homines*) e quelli della versione giustiniana in cui l'assenza della congiuntiva "et" (*et christianos, quibus verus est cultus*) sembra porre il "*christiani*" non come indicazione di soggetti autonomi correlati ai *negotiatores*, ma come aggettivazione dei *pauperes*. Sul testo si veda C. CORBO, *op. cit.*, p. 134 ss.

Si tratta anche in questo caso della prima costituzione di un titolo che comprende nel totale sei brani di argomento vario e generico intorno all'attività della mercatura: è il brano di apertura, in cui si vuole sottolineare come nemmeno i vassalli dei potenti o i *negotiatores* la cui attività si svolge a margine della corte possano sollecitare a proprio favore interventi di privilegio o di deroga alle norme, in quanto *per cunctos, qui emolumenta negotiationibus captant, tolerabiles fiant agnoscendae devotionis effectus*.

5. Le costituzioni greche del titolo giustiniano *de tollenda lustralis auri collatione*

A fronte delle ventuno costituzioni del titolo teodosiano *de lustrali collatione* il "corrispondente" giustiniano, C. 11.1, *de tollenda lustralis auri collatione*, presenta due (?) soli testi di una costituzione greca dell'imperatore Anastasio.

Come si è detto il titolo giustiniano sulla *collatio lustralis*, con quella sua rubrica⁵⁰, nasce – si deve ritenere – da motivazioni di conformità al modello teodosiano, di sistematica codicistica, e di opportunità politica.

Diverso discorso deve farsi per il suo contenuto. I due brani in lingua greca che lo compongono si presentano già a prima vista monchi e lacunosi, senza *inscriptio* (solo il primo riporta la mera indicazione della riferibilità del testo all'imperatore Anastasio) nè *subscriptio*: *sine die et consule* direbbero le costituzioni c.d. introduttive⁵¹.

E si consideri innanzi tutto il testo riportato sotto C. 11.1.1. La struttura sintattica delle frasi mi sembra suggerisca un qualche raffazzonamento più complesso di quello operato su C. 11.44(43).1.

Nel testo leggerei almeno almeno quattro differenti stralci:

Il primo. L'abolizione del *chrysargyron*, compresa la relativa eccezione. È espresso nelle parole già ricordate:

⁵⁰ Come quello *De gladiatoribus penitus tollendis*, di cui si è detto *supra*.

⁵¹ Mancanza che – è ben noto – non impedisce affatto di disporre il *vim obtinere* delle relative costituzioni sia nella cost. *Haec quae necessario*, al paragrafo 2, sia nella *Summa rei publicae*, al paragrafo 3 (in chiara contrapposizione con il *si qua posthac edicta sive constitutiones sine die et consule fuerint deprehensa, auctoritate careant* di CTh. 1.1.1): forse proprio la mancanza di quella precisazione temporale aveva determinato l'esclusione del testo anastasio dalla compilazione di Teodosio II.

Συνχωρεῖ πᾶσιν εἰς τέλειον τὴν συντέλειαν τὴν τοῦ χρυσαργύρου, ἐξηρημένων τῶν πόλεων ἢ κωμῶν τῶν λαβουσῶν τι κατὰ τελευταίαν βούλησιν ὑπὲρ τοῦ συντελεῖν τοῦτο, ἤγουν ἐὰν ἀπὸ τοῦ δημοσίου δίδονται τι ὑπὲρ τοῦ συντελεῖν τοῦτο.

Il secondo. Le modalità di riscossione dell'imposta tuttora esatta (presumibilmente, e ad una prima lettura, in rapporto alla menzionata eccezione):

Οἱ δὲ τὸ τέλος τοῦτο παρέχοντες ἄδειαν ἐχέτωσαν εἴτε ἐν Κωνσταντινουπόλει εἴτε ἐν τῇ ἐπαρχίᾳ καταβαλεῖν αὐτὸ εἴτε τὸν τέταρτον κατ'ἐνιαυτὸν εἴτε ὑπὲρ τετραετίαν, δίχα μέντοι ζημίας καὶ διαστροφῆς.

Il terzo. La previsione di una eventuale e residuale destinazione ad uso della città:

Εἰ δέ τι ἐκ περιττοῦ ἢ μετὰ τὸ τοιοῦτο τέλος, ἀναλίσκῃ εἰς ἀναγκαίας χρείας τῆς πόλεως, οἷον ἔργα ἢ σιτωνεῖαν ἢ φῶτα ἢ τὰ ὅμοια.

Il quarto. La sanzione prevista per l'inottemperanza:

Ἐκατὸν δὲ λίτρας ὀρίζει πρόστιμον τῇ σχολῇ τῶν παλατινῶν καὶ τοῖς ἄρχουσι καὶ τῇ τάξει καὶ τοῖς πολίταις, εἰ ταῦτα παραβαθεῖεν ποτε.

A questi si deve aggiungere (quinta frase) quello che, senza nè *inscriptio* nè *subscriptio*, compare come C. 11.1.2, un testo greco di poche righe, strettamente connesso ai precedenti: il rifiuto di esenzione fiscale per gli evergeti.

Μηδεὶς διαγραφῇ εἰς θεωρητικὰ ἢ ἄλλα τινὰ προφάσει τοῦ κουφισθῆναι τὴν συντέλειαν τοῦ χρυσαργύρου, ἐπεὶ ἡ προειρημένη ποινὴ ἐπικεῖσεται.

Dopo Roland Delmaire nel 1989⁵² solo più recentemente, nel 2012, con Paola De Crescentini⁵³ si è dato il dovuto risalto alla riserva espressamente prevista dalla disposizione imperiale che «dopo aver annunciato la soppressione del tributo, afferma che la misura abrogativa non si sarebbe dovuta applicare ad alcune città e ad alcuni villaggi che, in un certo qual modo, avevano ricevuto in precedenza un vantaggio da parte del fisco, in ordine al pagamento della *lustralis collatio* (ἐξηρημένων τῶν πόλεων ἢ κωμῶν τῶν λαβουσῶν τι κατὰ τελευταίαν πόλεων ἢ κωμῶν τῶν λαβουσῶν

⁵² Cfr. R. DELMAIRE, *op. cit.*, p. 354 ss., e in part. p. 371 ss.

⁵³ Cfr. P. DE CRESCENTINI, *op. cit.*, p. 117 ss., e in part. p. 121.

τι κατὰ τελευταίαν βούλῃσιν ὑπὲρ τοῦ συντελεῖν τοῦτο, ἤγουν ἐὰν ἀπὸ τοῦ δημοσίου δίδονται τι ὑπὲρ τοῦ συντελεῖν τοῦτο)».

L'autore francese ne ha offerto una possibile interpretazione affermando che il *chrysargyron* sarebbe rimasto in vigore in quelle città e in quei villaggi in cui già precedentemente e da tempo dei "benefattori" (*des évèrgètes*)⁵⁴ si erano assunti l'onere di tali pagamenti, provvedendovi con donazioni o eredità mirate: «On peut cependant noter que, dans certaines villes, des évèrgètes en avait assuré le paiement par des legs et des fondations même que, parfois, le cités avaient reçu des donations du fisc a cet effet: dans ces villes, le *chrysargyre* subsistera après 498 mais sera consacré aux besoins de la cité»⁵⁵. In tali comunità l'imperatore Anastasio avrebbe dunque mantenuto il *chrysargyron* trasformandolo però in imposta municipale: pertanto se prima gli introiti dell'imposta venivano corrisposti alle *Sacrae Largitiones*, ora dovevano essere impiegati per far fronte alle necessità di quelle stesse città che continuavano a pagarlo⁵⁶.

La De Crescentini dissente sia per quanto riguarda la diversa destinazione d'uso degli introiti dell'imposta ormai residuali, sia relativamente alla portata temporale dell'eccezione stabilita da Anastasio. Ritiene infatti l'autrice che, preso atto della generale abolizione disposta dall'imperatore e di quella sua precisata eccezione (ἐξῆρημένων ...), neppure relativamente a quest'ultima si possa dire che il *chrysargyron* abbia mutato natura e finalità, in quanto l'eccezione stessa dovrebbe considerarsi soltanto occasionale, e riguardare insomma soltanto i residui della riscossione dell'anno 498⁵⁷, sen-

⁵⁴ Cfr. P. LEPORE, "Rei publicae polliceri". Un'indagine giuridico-epigrafica, Milano 2005, *passim*. Sul tema dell'evergetismo per quello che qui interessa (e senza prendere in considerazione le contribuzioni dei privati per gli allestimenti di giochi e spettacoli, o per l'edilizia pubblica o votiva, ecc.) si veda l'ottimo studio di H. GALSTERER, condotto su un'ampia documentazione epigrafica, *Aspetti finanziari nel mondo antico: evergetismo e fiscalità nelle città romane*, in *Atti Acc. Rov. Agiati* 248, 1998, p. 75 ss.; ma anche, più generale, B. GOFFIN, *Evergetismus in Oberitalien*, Bonn 2002.

⁵⁵ *Op. cit.*, p. 371

⁵⁶ *Loc. cit.*, dove l'autore dice espressamente «Là ou subsiste, le *chrysargyre* devient donc recette municipal payée par des fonds propres affectées à cet usage et non plus par le contribuable destinée à la cité et non plus aux SL».

⁵⁷ Scrive (P. DE CRESCENTINI, *op. cit.*, p. 124 s.): «... Anastasio ce ne dà la motivazione: il *chrysargyron* sarebbe stato riscosso ancora da quelle città e da quei villaggi che, in ordine al pagamento del tributo stesso, avessero già ricevuto dei vantaggi, vantaggi che ora, presumibilmente, erano tenuti a restituire [...] È plausibile pensare che [...] quelle realtà locali di cui parla Anastasio non fossero state escluse dal campo di applicazione del provvedimento in via permanente, ma solo ed esclusivamente in riferimento all'indizione del 498, e probabilmente per pareggiare le concessioni ricevute in precedenza dal fisco stesso in ordine al

za un'applicazione futura, e senza incidere quindi sulla natura del tributo da cui derivava. Se si fosse trattato di un'imposta duratura nel tempo e ormai destinata alle opere pubbliche di ambito cittadino, monumenti, strade, acquedotti, ecc. («travaux publics, distributions alimentaires, éclairages – un texte postérieur, CJ XI,1,2, interdit de les employer pour les spectacles», come dice Delmaire)⁵⁸, e che dovesse dunque ricadere sui cittadini, non si vede motivo perchè la sua riscossione – come prescrive espressamente e minuziosamente l'imperatore – dovesse avvenire, a scelta dei contribuenti, o a Costantinopoli, o, se preferivano, nelle province⁵⁹, oltre che secondo la procedura a suo tempo introdotta da Arcadio e Onorio⁶⁰, in rate annuali o in unica soluzione.

Si può aggiungere ulteriormente che, per quanto riguarda il cambiamento della destinazione d'uso degli introiti della *lustralis collatio*, la frase con cui l'Imperatore sembra destinarli ai bisogni delle città risulta condizionata al fatto che «qualcosa avanzi dal pagamento di questa imposta» (Εἰ δέ τι ἐκ περιττοῦ ἢ μετὰ τὸ τοιοῦτο τέλος): dove questo “avanzo”, questo

pagamento di quel tributo. [...] In definitiva la presunta eccezione introdotta dall'Imperatore si limitava a disporre che quelle località che erano in debito con il fisco relativamente al pagamento del *chrysargyron*, per effetto di concessioni o vantaggi ottenuti in precedenza, fossero tenute al versamento dell'importo dovuto per l'indizione del 498».

⁵⁸ R. DELMAIRE, *op. cit.*, p. 371.

⁵⁹ Scrive la DE CRESCENTINI (*loc. cit.*): «se il *chrysargyron* fosse rimasto in vigore, sia pure soltanto in alcune zone, come imposta municipale destinata a soddisfare quelle esigenze della città che normalmente erano sulle spalle dei curiali, non avrebbe avuto senso da parte dell'Imperatore dettare le regole per una sua riscossione».

⁶⁰ Amministrativamente la procedura per la riscossione dell'imposta era costruita a raggreria e passava attraverso le quattro fasi, usuali per la fiscalità antica, dell'*indictio* imperiale (con cui veniva fissata la somma dovuta all'erario), dell'editto del prefetto del pretorio (che provvedeva a ripartire la somma da riscuotere tra le varie province della sua prefettura e a trasmettere in provincia gli ordini relativi), dell'opera dei governatori provinciali (che a loro volta provvedevano a distribuire il tributo fra le singole città): erano poi le *curiae* delle città che di fatto dovevano provvedere, attraverso l'azione degli esattori locali, a riscuotere le quote dai singoli *negotiatores* sulla base dei registri delle *matriculae negotiatorum*, della cui tenuta e del cui aggiornamento erano responsabili. Nel corso del tempo diversi interventi imperiali hanno apportato talune modifiche al sistema di riscossione. Particolarmente interessanti da questo punto di vista sono due interventi imperiali. Sul finire del IV secolo, anno 399, è documentata la decisione di Arcadio ed Onorio di trasferire direttamente ai collegi dei *negotiatores* le responsabilità della riscossione fino ad allora addossate ai *curiales* (CTh. 13.1.15; cfr. J. KARAYANNOPULOS, *op. cit.*, p. 131). Nell'anno 410 Onorio e Teodosio, com'è riportato in CTh. 13.1.20, concessero che il pagamento del *chrysargyron* potesse essere effettuato ratealmente anzichè con un unico versamento. Su tutto si veda F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, V, Napoli 1967, p. 375 ss.; R. DELMAIRE, *op. cit.*, p. 367 ss.; P. DE CRESCENTINI, *op. cit.*, p. 88 ss.

“superfluo”, questa “eccedenza”, suggerisce un precedente impiego a titolo principale da cui calcolare l’avanzo stesso, nonché, per la parte versata come principale, una sostanziale identità di funzione⁶¹.

Di fronte alle due ipotesi di lettura, che, consentendo sull’abolizione totale dell’imposta salvo per l’accennata eccezione, divergono poi relativamente alla portata da attribuire a quest’ultima, a me sembra, sommessamente, che si possa fare qualche riflessione ulteriore, come innanzi tutto proprio quell’eccezione suggerisce.

A ben vedere la frase ἐξηρημένων τῶν πόλεων η κωμῶν τῶν λαβουσῶν τι κατὰ βούλησιν ὑπὲρ τοῦ συντελεῖν τοῦτο, ἡγουν ἐὰν ἀπὸ τοῦ δημοσίου δίδονταί τι ὑπὲρ τοῦ συντελεῖν τοῦτο, che la citata dottrina ha considerato unitariamente come indicativa di un’unica situazione oggetto della deroga, dovrebbe forse essere letta individuandovi due diverse circostanze, due ipotesi che risultano separate l’una dall’altra (e non unite per specificazione) dalla particella ἡγουν, alla quale attribuirei il significato disgiuntivo di “o forse”, che è pure attestato nelle fonti accanto a quello congiuntivo di “cioè”.

Invero non si è tenuto nel dovuto conto – riterrei – il fatto che, a ben considerare il testo di Anastasio pervenutoci attraverso il Codice giustiniano, l’eccezione disposta dall’imperatore assume due direzioni:

- dovranno continuare a pagare il tributo quelle comunità che hanno ricevuto lasciti o donazioni proprio a quel fine;
- dovranno continuare a pagare il tributo quelle comunità che già precedentemente hanno ottenuto in altro modo uno sgravio fiscale.

La prima delle due previsioni sembrerebbe suggerire un intervento derogativo solo temporaneo, occasionale. Invero, mi sembra difficile immaginare che altrimenti, dopo una costituzione di Anastasio che aboliva il *chrysargyron*, un qualche cittadino avrebbe potuto pensare di donare alla sua città una somma destinata al pagamento della gabella abolita: sarebbe assurdo che taluno potesse determinarsi ad un atto di liberalità di questo

⁶¹ Scrive: «La frase, con cui l’Imperatore sembra destinare gli introiti della *lustralis collatio* ai bisogni delle città, consiste infatti in un periodo ipotetico in cui l’imperativo contenuto nell’apodosi, ἀναλίσκῃσθω εἰς ἀναγκαίαν χρεῖαν τῆς πόλεως, οἷον ἔργα ἢ σιτωνείαν ἢ φῶτα ἢ τὰ ὅμοια era condizionato al verificarsi della circostanza espressa nella protasi, εἰ δέ τι ἐκ περιττοῦ ἢ μετὰ τὸ τοιοῦτο τέλος, e dunque “se qualcosa avanzi dal pagamento di questa imposta, sia utilizzato per far fronte alle spese della città”, vale a dire per l’esecuzione di opere pubbliche, per l’acquisto di frumento, per i lumi e per le terme. In altre parole andava utilizzato per far fronte alle spese della città, solo quella parte del gettito che eventualmente fosse avanzato dopo il pagamento del *chrysargyron*» (p. 124).

genere, e conseguentemente sarebbe assurdo che l'imperatore disponesse una deroga all'abolizione del *chrysargyron* per questo caso. Su tali basi la prevista eccezione verrebbe a restringere la sua portata solamente ai casi di disposizioni del passato in cui un soggetto avesse stabilito una rendita perpetua destinata al pagamento dell'imposta cittadina negli anni a venire.

Al proposito, e per anni precedenti il regno di Anastasio, l'archeologia ci trasmette qualche dato di particolare interesse. Il Delmaire cita – ma non li ricollega a questa ipotesi – due epigrafi significative: *CIL* X, 1256 = D. 6349, rinvenuta a Nola, databile alla prima metà del V secolo, in cui un Pollius Iulius Clementianus viene lodato come “*subventor civium necessitatis aurariae*”, e *CIL* X 5349, proveniente dalle zone del Liri e riferibile all'anno 408, in cui una lode viene indirizzata a M. Sentius Redemptus perché “*ab indictione auri argentique populum suum liberum reddidit*”⁶². A me sembra logico pensare che i due soggetti, Pollius Iulius Clementianus e M. Sentius Redemptus, per qualche loro motivo, per ostentazione di prestigio, come affermazione di uno status, come mezzo per la creazione di un consenso, per un privato rendimento di grazie (come potrebbe suggerire la denominazione/appellativo di “*Redemptus*”), ecc., abbiano provveduto personalmente al pagamento del *chrysargyron* (chiamato *auraria* nella parte occidentale dell'impero) per la loro rispettiva città, per i *cives* di Nola il primo, per il *populum suum* di Interamna il secondo. Ma non possiamo sapere se queste donazioni avessero una portata duratura.

In ogni caso il fatto che l'imperatore abbia previsto la donazione privata come motivo generale di deroga ci dice che poteva essere anche ipotesi non rara⁶³.

⁶² R. DELMAIRE, *op. cit.*, p. 371 nt. 51. Sulle due epigrafi cfr. A. SOFFREDI, *Il patronato in Italia alla luce delle iscrizioni latine*, in *Epigraphica* 18 (1956), p. 2; A.H.M. JONES (et al.), *The Prosopography of the Later Roman Empire*, I, Cambridge 1971 (ma 1975), pp. 260 ss.; V. LOMIENTO, *L'elogio delle virtù nelle iscrizioni onorarie della regio secunda Apulia et Calabria*, in *Studi Bitontini* 70 (2000), pp. 5 ss.; e in particolare in rapporto al *chrysargyron* E. SAVINO, *Campania tardoantica (284-604 d.C.)*, Parte 3, Bari 2005, p. 272 s.; e, critico, A. PARMA, *Universus numerus curiae Pollio Iulio Clementiano statuum conlocavit*, in *Quaderni Lupiensi* 5 (2015), pp. 103 s. e nt. 30 e 31.

⁶³ Sappiamo poi che era riconosciuta anche la possibilità di istituire fondazioni che avessero una loro proiezione nel futuro anche duratura come ci dimostra il caso del pesarese Tizio Valentino che in memoria del figlio morto aveva disposto una somma ingentissima da suddividersi per due iniziative ricorrenti nel futuro, la celebrazione di un banchetto ogni anno e l'allestimento di uno spettacolo ogni cinque (cfr. G. MENNELLA, G. CRESCI MARRONE, *Pisaurum* I, Pisa 1984, nr. 80 e 88); o la disposizione di Plinio il giovane ricordata in *ep.* 4.13, per contribuire a finanziare un istituto di insegnamento; o l'orga-

Per quanto riguarda la seconda previsione di deroga (cioè il mantenimento dell'imposta *auraria* a fronte di benefici fiscali ottenuti in precedenza) si è già detto come sia il Delmaire che la De Crescentini ricolleghino la frase che la prevede (ἐὰν ἀπὸ τοῦ δημοσίου δίδονταί τι ὑπὲρ τοῦ συντελεῖν τοῦτο), e il conseguente vantaggio cittadino (che evidentemente è quello che motiva la deroga stabilita dall'imperatore), soltanto alle già citate donazioni, ai menzionati interventi dei privati in surroga dell'obbligo cittadino, considerando il tutto come un'ipotesi unica.

In realtà, a ben vedere, il testo sembra suggerire due ipotesi e situazioni diverse. Si può notare infatti come espressamente, ma in forma autonoma e separata, si richiami da un lato ad acquisizioni per atto di ultima volontà (τῶν λαβουσῶν τι κατὰ τελευταίαν βούλησιν), dall'altro ad atti di benevolenza pubblica (ἀπὸ τοῦ δημοσίου δίδονταί τι), proponendo uno stacco fra l'una e gli altri, e riferendosi, due volte, e distintamente, alla conseguente azione del συντελεῖν.

Se, dunque, la prima ipotesi di deroga – lasciati e donazioni – può suggerire un'interpretazione limitativa circa l'intervento di deroga disposto da Anastasio, la seconda – che contempla benefici fiscali concessi dall'autorità pubblica – timidamente, lo può confermare, non potendosi presumere molto numerosi i benefici di tal genere.

In pratica le considerazioni fatte, che possono offrire qualche dettaglio di conoscenza al tema della disciplina dell'imposizione fiscale sui *negotiatores*, si rapportano senza difficoltà con il supposto carattere generale dell'abolizione del *chrysargyron*. Ma questa lettura, o per meglio dire gli ipotizzati effetti che questa lettura propone sono subito smentiti (o piuttosto ridimensionati) dal seguito del discorso che si legge nella disposizione greca di C. 11.1.1

Certamente infatti un grave disagio, per lo meno logico, comporta il raccordo fra la commentata prima frase del testo anastasiano e il secondo assunto di C. 11.1.1, relativo alle modalità di riscossione dell'imposta: l'imperatore dice che coloro che pagheranno (lett. pagano) questa imposta

nizzazione ogni quattro anni di giochi e spettacoli come voluto da C. Giulio Demostene di Oinoanda (testimoniata dalla grande iscrizione pubblicata da M. WÖRRLE, *Stadt und Fest im kaiserzeitlichen Kleinasien. Studien zu einer agonistischen Stiftung aus Oinoandia*, München 1988: su cui anche E. DAL COVOLO, R. UGLIONE, *Chiesa e impero: da Augusto a Giustiniano*, Roma 2001, p. 110; L. GAGLIARDI, *Mobilità e integrazione delle persone nei centri cittadini romani. Aspetti giuridici. I. La classificazione degli incolae*, Milano 2006, p. 126 e poi 144).

hanno licenza di pagarla o a Costantinopoli, o in provincia, e dopo quattro anni o anche più, e senza danno o ulteriore accrescimento, sancendo così che la rateizzazione non determinerà l'obbligo di corrispondere degli interessi: Οἱ δὲ τὸ τέλος τοῦτο παρέχοντες ἄδειαν ἐχέτωσαν εἴτε ἐν Κωνσταντινουπόλει εἴτε ἐν τῇ ἐπαρχίᾳ καταβαλεῖν αὐτὸ εἴτε τὸν τέταρτον κατ'ἐνιαυτὸν εἴτε ὑπὲρ τετραετίαν, δίχα μέντοι ζημίας καὶ διαστροφῆς.

La De Crescentini rileva l'illogicità sicuramente antieconomica del pagamento "centralizzato", a Costantinopoli o in provincia, per un'imposta cittadina, gravante sui cittadini, e destinata alle esigenze cittadine; e da questo trae un suo convincimento contro la trasformazione dell'imposta stessa ipotizzata dal Delmaire.

Ma l'obiezione, invero, assume una portata anche più vasta: infatti si potrebbe ulteriormente aggiungere che se l'imposta fosse stata veramente e totalmente abolita, il disporre circa il suo pagamento, in particolare all'amministrazione centrale costantinopolitana, non avrebbe alcun senso sia in rapporto a quei residui destinati all'uso della città, sia, a maggior ragione, se si dovesse/volesse prescindere da essi. L'insistere dell'imperatore su quei luoghi e su quelle modalità di pagamento propri della pratica usuale del *chrysargyron* fa sospettare a buon conto che la vantata abolizione non ci sia stata, o che comunque non abbia affatto l'ampiezza che generalmente le si conferisce.

Il che troverebbe poi conferma nel seguito del discorso.

Come si accennava, infatti, la terza disposizione di C. 11.1.1 (che si vorrebbe sempre riferita soltanto alle riscossioni derogatorie) pone più direttamente il problema della destinazione dell'imposta e⁶⁴ della conservazione funzionale del suo gettito. Vi si parla di un'entrata fiscale complessiva che dovrebbe essere praticamente considerata, però, in rapporto a due scopi, uno scopo principale che è quello tradizionalmente riconosciuto per la *collatio lustralis*, e uno scopo sussidiario, residuale, eventuale, che riguarda l'"avanzo" (il περιττόν) a favore della città: dove il parlare di περιττόν appunto induce a pensare ad una collaudata "normalità" di esazione e di utilizzazione relativamente alla quota principale: Εἰ δέ τι ἐκ περιττοῦ ἢ μετὰ τὸ τοιοῦτο τέλος, ἀναλίσκῃθω εἰς ἀναγκαίᾳς χρείας τῆς πόλεως, οἷον ἔργα ἢ σιτωνείαν ἢ φῶτα ἢ τὰ ὅμοια.

⁶⁴ Unitamente alla precedente indicazione del luogo della riscossione presso l'amministrazione centrale di Costantinopoli (o in provincia).

Dando corpo ai dubbi che nascono da queste considerazioni, sembrerebbe di poter concludere che in realtà il *chrysargyron* sia stato mantenuto, e con la stessa natura, caratteristiche e finalità, comprese le modalità di riscossione; che l'abolizione disposta dall'imperatore Anastasio, ad onta della ostentazione di universalità che apparirebbe dalle parole imperiali, e ad onta delle attestazioni di lode sperticata provenienti dalle fonti monastiche (che risultano per lo meno ambigue)⁶⁵, abbia riguardato in realtà soltanto Edessa e il suo territorio.

Una conclusione di questo genere, che sovverte la convinzione ripetuta dell'abolizione della *lustralis collatio* almeno per le province orientali a partire da Anastasio, e che, consentendo sul mantenimento generale dell'imposta, limita l'intervento di abolizione imperiale ad un solo ambito territoriale e/o temporale, non esonera dal ricercare quale significato debba darsi a quella frase, εἰ δέ τι, che suona come concessione di una possibile entrata fiscale a favore delle città.

Invero la deliberazione imperiale prevede la possibilità che rispetto alle attese del gettito derivante dalla imposizione in oro e argento, calcolato – si deve presumere – a livello centrale su una città o un territorio, si verifichi un avanzo (τὸ περιστόν). Un errore degli esattori locali? calcoli inesatti? un accumulo più ampio da parte dell'esattore per timore di non essere in grado all'ultimo momento di rispettare le richieste centrali? mere estorsioni?

Se la situazione è giunta alla previsione legislativa, evidentemente non si era trattato di un episodio isolato, ma di casi verificatisi con qualche frequenza, casi in cui i funzionari addetti alla riscossione avevano esatto più di quanto avrebbero dovuto, casi in cui (a parte la responsabilità più o meno dolosa da considerare direttamente nei confronti del funzionario esattore – su cui si tornerà immediatamente) appare opportuno che l'amministrazione centrale intervenga a protezione della città o del territorio ingiustamente vessati.

Trova così giustificazione anche l'ultima frase di C. 11.1.1, Ἐκατὸν δὲ λίτρας ὀρίζει πρόστιμον τῇ σχολῇ τῶν παλατινῶν καὶ τοῖς ἀρχουσι καὶ τῇ τάξει καὶ τοῖς πολίταις, εἰ ταῦτα παραβαθεῖεν ποτε, quella in cui, per

⁶⁵ Le frasi entusiasticamente laudative di Evagrio, di Giosuè, di Prisciano, di Malala, di Cirillo, ecc., possono facilmente indurre in errore. Ricondotte ad una più concreta realtà potrebbero comunque attestare una concessione più ampia delle usuali: territoriale sempre, ma, per esempio, valevole su un territorio più vasto, o su categorie di contribuenti più generalizzate, o – come piuttosto riterrei – non limitata nel tempo: il che giustificerebbe appieno l'esultanza della città di Edessa, la quale solo avrebbe dovuto corrispondere ogni volta – ci dice Giosuè lo Stilita, *loc. cit.* – la somma di 140 libbre d'oro.

il caso di trasgressione, si prevede una sanzione che altrimenti non avrebbe significato, contro la *schola* dei *palatini*, contro gli incaricati di comando, contro la compagine di polizia addetta, finanche – e questo suona strano e incongruo nel testo di Anastasio⁶⁶ – contro i comuni cittadini.

A fronte di una netta abrogazione fiscale quale mai trasgressione potrebbe immaginarsi in particolare per la *σχολή τῶν παλατινῶν*, per gli *ἄρχοντες*, per la *τάξις*? difficile pensare che costoro avrebbero potuto ideare una riscossione fiscale assolutamente illegittima, relativa ad un tributo abolito così platealmente, mentre errori e/o soprusi all'ombra delle regolari indizioni si possono sempre facilmente immaginare⁶⁷.

A quella multa, nel suo ammontare, la *προειρημένη ποινή*, fa riferimento anche la frase che si legge, infine, in C. 11.1.2, che può ritenersi un altro stralcio della stessa costituzione di Anastasio. *Μηδεὶς διαγραφέσθω εἰς θεωρητικὰ ἢ ἄλλα τινὰ προφάσει τοῦ κουφισθῆναι τὴν συντέλειαν τοῦ χρυσαργύρου, ἐπεὶ ἡ προειρημένη ποινή ἐπικείσεται*: quella stessa pena pecuniaria è prevista per chi avanzasse pretese di esonero dal *chrysargyron* per il fatto di avere effettuato spese “evergetiche” per la città.

La disposizione si rapporta in particolare alla prima asserzione di C. 11.1.1, là dove, a margine della dichiarazione iniziale di abolizione, si prevedeva la continuazione del debito fiscale periodico quando la città, o il villaggio (*ἐξηρημένων τῶν πόλεων ἢ κωμῶν*) avesse beneficiato da parte di privati di un'eredità o di una donazione espressamente relative all'impegno tributario.

Perciò riterrei che anche questa precisazione si debba all'imperatore Anastasio e che i compilatori l'abbiano desunta dal suo testo, ancorchè non immediatamente in conseguenza con quanto riportato in precedenza. Infatti mentre la norma imperiale che dispone il mantenimento del debito fiscale per quei casi considera il debito complessivo, della *πόλις* o della *κώμη*, la frase che si legge in C. 11.1.2 riguarda il debito del singolo contribuente, quello la cui previsione, unitamente a quello degli altri contribuenti della sua e di altre categorie economiche, contribuisce a formare il debito complessivo.

Si può ben presumere che fra le disposizioni più generali e la precisazione particolare i commissari giustinianeî abbiano fatto cadere, con le loro forbici, qualche altra nota.

⁶⁶ Come si dirà dovrebbe/potrebbe trattarsi di aggiunta giustiniana.

⁶⁷ Il che è perfettamente in linea con quegli aspetti della politica fiscale di Anastasio (*supra*, nt. 1) circa la repressione di pratiche abusive delle province e delle prefetture.

6 In conclusione sulla *collatio lustralis tollenda*

Resta da fare un'ultima considerazione, brevissima, circa i rapporti fra il testo originale di Anastasio e la sua lettura ad opera dei compilatori giustiniani alla luce di quella rubrica altisonante, *de tollenda lustralis auri collatione*.

Come si è cercato di dimostrare la costituzione di Anastasio può essere letta – e a mio sommosso avviso deve essere letta – come una delle varie espressioni di benignità fiscale, generalmente a carattere occasionale, cui l'imperatore indulgeva talora, in Oriente come in Occidente, su iniziativa personale, o, più spesso, a seguito di preghiere e sollecitazioni per lo più da parte delle autorità ecclesiastiche⁶⁸. Come tale essa avrebbe riguardato solo Edessa e il suo territorio, tutte le città minori e i villaggi del suo territorio, e tutte le categorie di contribuenti.

Si noti che la “voce” che racconta ha sempre e comunque la stessa origine: è la voce dei monasteri di Gaza, della cultura e della *pietas* religiosa che ha ispirato la missione pellegrina di supplica all'imperatore, e che ha centro in “quel quadrilatero cruciale che collega la Mesopotamia e il Golfo Persico col Mediterraneo, in un alternarsi di paesaggi fertili e deserto” in cui rientrano molte cittadine e villaggi importanti della storia di quei tempi⁶⁹.

Così si giustifica che la gran festa di popolo, la settimana intera di balli e canti e suoni per le strade e le piazze, sia attestata solo relativamente ad Edessa. Così si giustifica il “silenzio” degli altri territori, che evidentemente non sono interessati.

Così, al contempo, per l'ampiezza locale della disposizione, si vengono a giustificare quelle attestazioni di “universalità” (il *πᾶσιν εἰς τέλειον* del testo di Anastasio, il *τῇ τοσαύτῃ καὶ τηλικαύτῃ τῶν Ῥωμαίων πολιτείᾳ τέλος ἐλεεινόν* di Evagrio, il “cet edit ne fut pas seulement publié à Edesse, il le fut encore dans toutes les villes soumises aux Romains” di Giosuè lo Stilita, ecc., che sono anche frutto di facili esagerazioni entusiastiche e dei confina-

⁶⁸ Così anche per le ipotesi cui fa cenno in Occidente per esempio Cassiodoro, su cui A.M. GIOMARO, *Negotiatores* cit.

⁶⁹ “Le località che delimitano tale quadrilatero sono Babilonia, Edessa, Antiochia e Gaza”. Così ebbe a scrivere Luciano CANFORA sul *Corriere* della sera del 5 maggio 2015 all'indomani della fatale conquista di Palmira da parte dell'Isis (*La storia passa per Palmira – Il sito conquistato dall'Isis era uno snodo fondamentale verso Babilonia, Edessa, Antiochia e Gaza – Al massimo del suo splendore, la città fu un faro di cultura ellenistica*).

menti di territorio mentali ben concepibili in tempi di non facili comunicazioni, ma che rappresentano una “universalità” comunque relativa.

Ma se questo era il testo di Anastasio, resta da chiedersi quale fosse la sua portata al tempo di Giustiniano.

Sul punto, da parte di Giustiniano e dei suoi commissari compilatori del “secondo” codice, si deve ipotizzare innanzi tutto una decisione di politica amministrativa, quella dell’abolizione, che comparativamente rispetto al codice teodosiano avrebbe suscitato un innegabile plauso all’indirizzo dell’imperatore del 534: e tale decisione poteva essere fatta palese fin dalla rubrica.

Secondariamente, non avendo materiale giustiniano al riguardo (e non ritenendo opportuno provvedervi con una costituzione estemporanea) si trattava di stralciare dalla costituzione di Anastasio le frasi più generalizzanti, sfrondandole dei possibili riferimenti ai dati dell’occasionalità⁷⁰.

La lettura del testo nel codice giustiniano soffre però di tutte le incongruenze cui si è accennato. Se ne può ipotizzare il tenore (e di conseguenza la disciplina stabilita ora da Giustiniano) nei seguenti termini:

- l’imposta originariamente creata e regolata a favore delle *sacrae largitiones* è ora davvero e totalmente abolita, ma continueranno a pagarla (ancora alle *sacrae largitiones*) le città che avranno per altre vie (private o pubbliche) diverse agevolazioni fiscali; e in tal caso la pagheranno secondo le modalità e i tempi della prassi consolidata;
- in linea generale, con opportuni aggiustamenti (che ne sfrondano l’ammontare: per questo si parlerebbe di τὸ περιστόν), l’imposta viene veicolata a favore delle città per le esigenze cittadine: rimane dubbio se comunque debba essere pagata centralmente, quasi che necessiti in ogni caso un controllo centrale (o, a livello centrale, la deduzione di un percento?);
- rimane la previsione della pena contro i contravventori, da intendersi come tali tutti quei pubblici funzionari e *milites* che sono addetti al regolare funzionamento dell’amministrazione tributaria; ai quali forse, proprio l’interpretazione compilatoria aggiunge i semplici πολῖται, in ragione della natura tutta cittadina che viene ad assumere la nuova imposta (o l’imposta trasformata) che sollecita più personalmente, se possibile, la responsabilità del singolo;
- e ancora, e infine, i privati contribuenti non potranno vantare di aver

⁷⁰ Come già era avvenuto per la costituzione costantiniana utilizzata nel titolo *de gladiatoribus penitus tollendis* (C. 11.44.1).

già contribuito alle esigenze della città opponendo eventuali azioni di evergetismo.

Una diversa luce potrebbe così derivare alla lettura di due interessanti documenti, la cui correlazione fra loro e con il *chrysargyron* è stata variamente discussa in dottrina⁷¹.

Si tratta, in un primo caso, del papiro viennese CPR IX 44, datato dall'editore alla prima metà del settimo secolo, che riporta una lista di nomi correlati a delle cifre [... (καὶ) διαστολέως κ(εράτ)ια ...], e interpretato come un elenco fiscale, dei contribuenti del villaggio di Senilais.

E si tratta, ancora, nel secondo caso, del manoscritto 1079 del British Museum che in una pagina del testo greco propone per lo stesso villaggio un analogo elenco di nomi (ma non gli stessi) correlati con delle cifre, e scritti in parte dalla stessa mano che ha vergato CPR IX 44⁷². Il riferimento al *chrysargyron* rappresentato dalle tre parole abbreviate che seguono ciascun nome (dove in particolare χρυσαρ starebbe appunto per χρυσάργυρον), è stato negato: sia in ragione del fatto che tale imposta avrebbe dovuto essere stata abolita da Anastasio nel 498 mentre i documenti in esame si collocherebbero fra il 628/29 e il 641 d.C., sia in ragione della qualificazione di taluni di quei soggetti come contadini, [(καὶ) τῶ(ν) ω(ν) γεωργῶ(ν)], quando, come si è visto, il riferimento dell'imposta anche agli "uomini dei campi"

⁷¹ Cfr. J. HALDON, W. BRANDES, *Towns, tax and transformation: state, cities and their hinterlands in the east Roman world, c. 500-800*, in G.P. BROGIOLO, N. GAUTHIER, N. CHRISTIE (a cura di), *Towns and Their Territories between Late Antiquity and the Early Middle Ages*, Leiden-Boston-Köln 2000, p. 160; W. BRANDES, *Finanzverwaltung in Krisenzeiten. Untersuchungen zur byzantinischen Administration im 6.-9. Jahrhundert*, Frankfurt a/M 2002, p. 23; S. COSENTINO, *Politica e fiscalità nell'Italia bizantina*, in *Le città italiane tra la tarda antichità e l'alto Medioevo*, Firenze 2006, p. 37 ss.

⁷² Si veda L.S.B. MACCOULL, *BM 1079, CPR IX 44, and the chrysargyron*, in ZPE 100 (1994), p. 139 ss. Nel retro le dichiarazioni giurate del *protokometes* del villaggio circa la completezza e regolarità della riscossione effettuata, che la studiosa riporta nella versione inglese seguente: (a) "I, Philotheos the ape (village headman, protokometes), son of the late Houri, the man from Tjinela, swear by God Almighty and the well-being of Amr not to have left out any man in our whole village from fourteen years (up) but to have accounted for him to your lordship. — I, Ioustos, the komogrammateus (saH ntime, village scribe), swear by God Almighty and the well-being of Amr not to have left out any man in our whole village but to have accounted for him to your lordship." e (b) "I, Philotheos, together with Esaïas, the apes, and together with Apatēr the priest, the men from the village of Tjinela, we write, swearing by the name of God and the well-being of Amr not to have left out any man in our village from fourteen years on; if you produce any we have left behind we will put them in our house. — Sign of Philotheos the protokometes, he agrees. — Sign of Esaïas, he agrees. — Apatēr, the humble priest, I agree".

non è fondamentalmente da escludere, in rapporto alla loro produttività e al mercato che ne poteva derivare; sia, infine per il fatto che vi si parli di κεράτια, termine che dovrebbe alludere ad una tassa ordinariamente pagata in natura mentre nel quarto e quinto secolo il *chrysargyron* era regolarmente pagato in denaro⁷³.

Quando poi, nonostante la costituzione anastasiana del 498, e nonostante la rubrica giustiniana C. 11.1, è stata pur ammessa la correlazione di questi documenti con l'imposta d'oro e argento, si è dovuto pensare ad una "re-introduzione", che sarebbe stata voluta dall'imperatore Eraclio (575-641), vuoi per finanziare le sue campagne militari contro i Persiani⁷⁴, vuoi come espediente estemporaneo per far fronte ad un periodo di crisi finanziaria particolarmente grave per l'Egitto⁷⁵.

Tornando dunque a quella rubrica giustiniana, *de tollenda lustralis auri collatione*, e alla sua formulazione nell'anno 534, c'è da chiedersi: si tratta di plauso celebrativo *de praeterito* o ancora soltanto di laudabile impegno programmatico?

⁷³ Senza considerare, però, che fra i significati di κεράτια c'è anche quello di *siliqua*, e un accenno all'imposizione in *siliquae* si è fatto *supra*, alla nt. 7. E senza considerare che, comunque, anche a voler intendere κεράτια come versamento in natura, la riscossione in CPR IX 44 dovrebbe apparire per lo meno mista: ... καὶ διαστολέως κεράτια ... νομίματος (ο νόμισμα) ... ; ovvero ... καὶ πάκτου κεράτια ... νομίματος ...

⁷⁴ Così MACCOULL, *op. cit.*

⁷⁵ Così J. HALDON, W. BRANDES, *loc. cit.*

CHIARA LAZZARI *

*Il futuro delle professioni giuridiche nel diritto della
sicurezza sul lavoro, tra tecnica e cultura*

ABSTRACT

- ✓ Questo scritto costituisce la rielaborazione, con l'aggiunta degli essenziali riferimenti bibliografici, dell'intervento svolto al Convegno sul tema "Il futuro delle professioni giuridiche" (Urbino, 4 maggio 2017), proponendo, in particolare, una riflessione sul ruolo del responsabile del servizio di prevenzione e protezione dai rischi (RSPP), in quanto figura professionale di fondamentale importanza nell'organizzazione del sistema aziendale di prevenzione.
- ✓ This essay is the reworking, with the addition of the essential bibliographic references, of the speech at the Conference on "The future of the legal professions" (Urbino, May 4, 2017), proposing, in particular, a reflection on the role of Risk Protection Prevention Service Responsible (RSPP) as professional figure of fundamental importance in the organization of the company's prevention system.

* Ricercatore (tipo b) per il ssd IUS/07. È docente di Laboratorio di diritto sindacale e del lavoro per la Scuola di scienze giuridiche per la consulenza del lavoro e la sicurezza del lavoratori.

CHIARA LAZZARI

*IL FUTURO DELLE PROFESSIONI GIURIDICHE NEL DIRITTO
DELLA SICUREZZA SUL LAVORO, TRA TECNICA E CULTURA*

SOMMARIO: 1. La crisi del tradizionale statuto epistemologico del diritto del lavoro. – 2. Il diritto della sicurezza sul lavoro come micro-sistema in cui sopravvive la “specificità, scientifica e assiologica”, della materia. – 3. Il sistema aziendale di prevenzione e il ruolo del responsabile del servizio di prevenzione e protezione dai rischi (RSPP). – 4. Il rilievo della qualificazione professionale del RSPP nell’elaborazione giurisprudenziale. – 5. La formazione del RSPP e il ruolo dell’Università.

1. La crisi del tradizionale statuto epistemologico del diritto del lavoro

La riflessione che segue muove dall’osservazione, piuttosto diffusa fra i giuslavoristi, di una sorta di “mutazione genetica”¹, di un cambio di paradigma scientifico², che starebbe ormai interessando il diritto del lavoro italiano, tanto da potersi parlare di crisi del suo tradizionale statuto epistemologico.

Il tema appare di così grande complessità da poter essere solo sfiorato in questa sede, anche per evidenti ragioni di attinenza con l’oggetto qui trattato. Con non poche semplificazioni, e in estrema sintesi, si può comunque dire che, a seguito delle radicali trasformazioni che hanno investito la materia nel corso degli anni, specie dopo l’accelerazione impressa dal *Jobs Act* (si pensi, per citare solo due esempi emblematici, alla nuova disciplina dei licenziamenti e del mutamento delle mansioni), il diritto del lavoro sem-

¹ V. SPEZIALE, *La mutazione genetica del diritto del lavoro*, in *Working Papers Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo “Massimo D’Antona”*.IT, 2017, n. 322.

² Cfr. A. PERULLI, *Le modifiche al contratto di lavoro*, in F. CARINCI (a cura di), *Jobs Act: un primo bilancio*, Adapt Labour Studies e-Book series, 2016, n. 54, p. 27 ss.; L. MARIUCCI, *Culture e dottrine del giuslavorismo*, in *Lavoro e diritto*, 2016, p. 602; in argomento, v. anche B. CARUSO, *Impresa, lavoro, diritto nella stagione del Jobs Act*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2016, p. 255 ss.

bra aver modificato la scala assiologica su cui si è basato fin dalle origini, la stessa funzione che ne ha giustificato la nascita e lo sviluppo³, ossia la promozione della tutela, dell'eguaglianza e dell'emancipazione dei lavoratori, nella prospettiva – espressamente accolta dall'art. 3, comma 2, Cost. – di garantirne l'“effettiva partecipazione...all'organizzazione politica, economica e sociale del paese”. E, in effetti, c'è da dubitare fortemente che gli attuali assetti regolativi realizzino un temperamento tra valori costituzionali rispettoso della dignità della persona che lavora⁴.

Pur senza sottostimare l'importanza di altri fattori – quali la globalizzazione, le innovazioni tecnologiche, la crisi economico-finanziaria, i vincoli derivanti dall'unione monetaria⁵ – la profonda alterazione di cui si è detto appare collegata al rapporto con l'economia. Beninteso, tale rapporto è iscritto nel codice genetico della materia, perché “è l'oggetto stesso di questo diritto – il lavoro – ad avere una natura (almeno anche) economica che rende perciò inevitabile la connessione tra economia e diritto”⁶. Sicché, l'apertura verso la scienza economica, e il confronto con le sue acquisizioni, sembra imprescindibile, proprio per motivi di coerenza rispetto allo statuto epistemologico di questa branca giuridica⁷. Del resto, si pensi, in via esemplificativa, all'utilità che può rivestire l'analisi degli effetti economici di una norma per valutarne le conseguenze sul funzionamento dell'impresa, sui costi che essa deve sopportare, sulla sua capacità di essere competitiva, con tutto ciò che può derivarne in termini di ricadute occupazionali e retributive⁸. Il punto, però, è che, più che a un confronto paritario, parrebbe assistersi a una sorta di “colonizzazione”⁹, che, tra l'altro, prescinde spesso dal riscontro empirico: ad esempio, non è empiricamente chiara la correlazione tra riduzione delle tutele nel rapporto di lavoro e crescita dell'occupazione.

Insomma, e fermo restando che “il diritto del lavoro ‘posto’” è comun-

³ Cfr. V. SPEZIALE, *op. cit.*, p. 1.

⁴ L. ZOPPOLI, *I giuristi del lavoro tra politica monodimensionale e polarizzazioni epistemologiche (ovvero il diritto del lavoro tra poesia e prosa)*, in *Lavoro e diritto*, 2016, p. 686.

⁵ R. DEL PUNTA, B. CARUSO, *Il diritto del lavoro e l'autonomia perduta*, in *Lavoro e diritto*, 2016, p. 653.

⁶ V. BAVARO, *Appunti su scienza e politica sul diritto del lavoro*, in *Lavoro e diritto*, 2016, p. 710.

⁷ R. DEL PUNTA, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, in *Lavoro e diritto*, 2013, p. 44.

⁸ V. SPEZIALE, *op. cit.*, p. 56.

⁹ V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, in *Working Papers Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo “Massimo D'Antona”*.IT, 2013, n. 190, p. 9.

que “storicamente e socialmente condizionato”¹⁰ – tanto che “la giusta difesa della (sua) connotazione assiologica..., della sua proiezione a tutela dei valori personali, non deve...far velo alla consapevolezza della sua relatività storica”¹¹ –, le pretese egemonizzanti dell’economia nei confronti della materia ne stanno riducendo vieppiù l’autonomia: alla luce del pensiero economico dominante, infatti, al diritto del lavoro si chiede ormai prioritariamente di garantire la competitività dell’impresa, con un netto capovolgimento di prospettiva nel quale le esigenze di tutela del lavoratore, quantunque ancora presenti, risultano, però, subordinate ad altri obiettivi¹².

Appare, allora, evidente come in discussione sia non solo il futuro delle professioni giuridiche, ma, più radicalmente, quello del giurista del lavoro.

2. Il diritto della sicurezza sul lavoro come micro-sistema in cui sopravvive la “specificità, scientifica e assiologica”, della materia

Se c’è, però, un settore che sta mostrando una maggiore capacità di resistenza rispetto alla tendenza sommariamente descritta, conservando la “specificità, scientifica e assiologica”¹³, della materia, questo mi pare il micro-sistema rappresentato dal diritto della sicurezza sul lavoro.

Le ragioni di ciò, a mio avviso, vanno rintracciate nella combinazione virtuosa fra il radicamento costituzionale di tale micro-sistema e l’ancoraggio europeo, altrettanto saldo, dello stesso.

A ben vedere, infatti, benché tutto il diritto del lavoro costituisca sviluppo e attuazione di principi costituzionali, ciò non ha impedito una progressiva erosione della sua specificità, come sopra osservato. D’altra parte, è vero che il tentativo di ricorrere ai principi costituzionali per arginare la “tirannia dei valori economici”¹⁴ può avere, nel caso della sicurezza sul lavoro, maggiori possibilità di successo, stante il criterio ordinatore direttamente desumibile dall’art. 41, comma 2, Cost. In altri termini, questa norma resti-

¹⁰ V. BAVARO, *op. cit.*, p. 713.

¹¹ R. DE LUCA TAMAJO, *Jobs Act e cultura giuslavoristica*, in *Diritti lavori mercati*, 2016, p. 7.

¹² V. SPEZIALE, *La mutazione genetica*, cit., p. 46.

¹³ V. SPEZIALE, *La mutazione genetica*, cit., p. 50.

¹⁴ A. PERULLI, *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2012, I, p. 584.

tuisce, al legislatore e all'interprete, una precisa gerarchia di valori, alla luce della quale confermare le ragioni che hanno giustificato la nascita del diritto del lavoro. Addirittura, il processo d'inveramento della stessa nella legislazione ordinaria, specialmente dopo il d.lgs. n. 81/2008, rende più sfuggente, come si è cercato di argomentare altrove¹⁵, il confine fra la sicurezza quale limite esclusivamente esterno all'iniziativa economica privata – che vincola, in negativo, il suo esercizio – e quale limite interno, o funzionale, o causale, che ne condiziona, in positivo, la destinazione. Perché il divieto, nello svolgimento dell'attività produttiva, di compiere scelte organizzative che possano recare danno all'integrità psico-fisica dei lavoratori (il diritto alla salute e alla sicurezza come limite meramente esterno) non sembrerebbe distinguersi poi così nettamente dall'obbligo d'indirizzare l'esercizio dei poteri datoriali, attraverso cui la stessa iniziativa economica privata prende forma, verso l'apprestamento di un'organizzazione del lavoro sicura (il diritto alla salute e alla sicurezza come limite interno).

Tuttavia, nell'art. 41, comma 2, Cost., accanto alla sicurezza, sono collocate – in funzione limitativa di tale iniziativa – anche la libertà e la dignità umana, ossia i due pilastri attorno ai quali si è costruito quello statuto protettivo del lavoratore subordinato che si va progressivamente sgretolando. Sicché, la maggiore capacità di resistenza del micro-sistema della sicurezza sul lavoro, poc'anzi osservata, può spiegarsi proprio alla luce del solido radicamento europeo della legislazione ordinaria in cui la norma costituzionale in parola si è gradualmente inverata.

In questo caso, il “ce lo chiede l'Europa”, con cui si sono spesso giustificate, a volte strumentalmente, le politiche di deregolazione attuate negli anni più recenti, non può essere invocato, perché – nonostante le difficoltà dovute all'indubbia tensione tra le istanze di tutela di valori fondamentali, quali la vita e la salute, e i diritti di natura economica – il percorso di emancipazione dell'ordinamento europeo dalla sua iniziale condizione di “frigidità sociale”¹⁶ ha coinciso proprio “con le tappe evolutive del processo di comunitarizzazione delle norme di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori”¹⁷. Si pensi, a titolo esemplificativo, all'impulso dato in tal

¹⁵ C. LAZZARI, *Figure e poteri datoriali nel diritto della sicurezza sul lavoro*, Milano, 2015, p. 60 ss.

¹⁶ G. F. MANCINI, *Principi fondamentali di diritto del lavoro nell'ordinamento delle Comunità europee*, in AA.VV., *Il lavoro nel diritto comunitario e l'ordinamento italiano*, Padova, 1988, p. 26.

¹⁷ L. ANGELINI, *La sicurezza del lavoro nell'ordinamento europeo*, in G. NATULLO (a cura

senso dall'Atto unico europeo del 1987 e dalla possibilità, ivi prevista, di approvare direttive (non più solo all'unanimità, ma) a maggioranza in una serie di materie sociali, tra le quali spiccava per l'appunto "il miglioramento dell'ambiente di lavoro" (art. 118A Tce).

Ciò che ha consentito l'emanazione di quella direttiva quadro n. 89/391/Cee, la quale segna un decisivo passo in avanti nelle politiche comunitarie di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori, *in primis* per l'abbandono del criterio, d'ispirazione anglosassone, della ragionevole praticabilità, sostituito dal principio della massima sicurezza tecnologicamente possibile, già accolto nell'ordinamento italiano e considerato più sintonico con la finalità della "armonizzazione nel progresso", indicata nel citato art. 118A Tce e perseguita da una direttiva nel cui preambolo si legge che "il miglioramento della sicurezza, dell'igiene e della salute durante il lavoro rappresenta un obiettivo che non può dipendere da considerazioni di carattere puramente economico". In secondo luogo, per l'affermazione di quel principio della pianificazione della prevenzione che, in una prospettiva d'integrazione fra condizioni di lavoro e fattori ambientali, organizzativi, tecnologici, impone di considerare la tutela della salute dei lavoratori non più "come un elemento a se stante, subordinato o comunque condizionato dalle scelte tecniche ed organizzative", ma quale "aspetto tipico e ordinario dell'organizzazione dinamica dell'attività produttiva che si esprime plasticamente nel fondamentale obbligo di valutazione dei rischi"¹⁸.

Questi principi orientano tutta la successiva produzione normativa a livello comunitario, ma plasmano altresì la legislazione degli Stati membri, anche grazie all'opera della Corte di Giustizia, che ne ha favorito l'implementazione attraverso la loro rigorosa interpretazione¹⁹.

3. Il sistema aziendale di prevenzione e il ruolo del responsabile del servizio di prevenzione e protezione dai rischi (RSPP)

Il legislatore italiano, chiamato a recepire le indicazioni provenienti dall'ordinamento comunitario, ha così disegnato nel tempo un quadro nor-

di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, Torino, 2015, p. 49.

¹⁸ L. ANGELINI, *op. cit.*, p. 59.

¹⁹ Sul ruolo della Corte di Giustizia, R. FOGLIA, *L'attuazione giurisprudenziale del diritto comunitario del lavoro*, Padova, 2002.

mativo, da ultimo razionalizzato e potenziato con il citato d.lgs. n. 81/2008, imperniato su di un insieme di *technicalities* (soggetti, procedure, adempimenti tecnici) tale da configurare “un vero e proprio sistema aziendale di prevenzione”²⁰, nel quale la rilevanza a fini prevenzionali del fattore organizzativo passa anche dall’obbligatoria predisposizione di una struttura – il servizio di prevenzione e protezione dai rischi – dotata delle competenze necessarie a supportare il datore di lavoro nell’attuazione degli obblighi su di lui gravanti, in primo luogo quello di valutazione dei rischi. In effetti, nell’ambito di una normativa che fa propria una prevenzione di tipo organizzativo, enfatizzando la dimensione dell’organizzazione nella programmazione e gestione della sicurezza nei luoghi di lavoro²¹, non poteva che risultare confermata la centralità del servizio in questione²², quale complesso di “persone, sistemi e mezzi esterni o interni all’azienda” deputato a occuparsi istituzionalmente e stabilmente dell’“attività di prevenzione e protezione dai rischi professionali” (art. 2, comma 1, lett. l, d.lgs. n. 81/2008); servizio coordinato da una figura – quella del suo responsabile, il cd. RSPP – pensata per raccogliere e ordinarne le istanze e le proposizioni²³, così da fungere da interlocutore immediato e diretto del datore di lavoro e degli altri soggetti operanti nel sistema aziendale di prevenzione, come il medico competente e il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza.

Non è chiaramente questa la sede per scendere nel dettaglio della disciplina posta al riguardo²⁴. Merita, però, richiamare l’attenzione su alcuni profili funzionali ai fini che qui interessano.

Innanzitutto, quello dei compiti. L’art. 33 d.lgs. n. 81/2008 conferma le funzioni esercitate dal servizio già indicate dall’art. 9 d.lgs. n. 626/1994,

²⁰ G. NATULLO, “Nuovi” contenuti della contrattazione collettiva, organizzazione del lavoro e tutela della salute e sicurezza dei lavoratori, in *I Working Papers di Olympus*, 2012, n. 5, p. 4.

²¹ Per tutti, P. PASCUCI, *La nuova disciplina della sicurezza sul lavoro del 2008/2009: una rapsodia su novità e conferme*, in *I Working Papers di Olympus*, 2011, n. 1, *passim*.

²² “Si può affermare, infatti, che tutte le attività di prevenzione trovino in esso il loro punto di riferimento”: R. BORTONE, *Commento agli artt. 31-35*, in C. ZOLI (a cura di), *I principi comuni*, in *La nuova sicurezza sul lavoro*, diretto da L. MONTUSCHI, t. I, Bologna, 2011, p. 433.

²³ Si veda in proposito, la definizione di RSPP, fornita dall’art. 2, comma 1, lett. f, d.lgs. n. 81/2008, quale “persona in possesso delle capacità e dei requisiti professionali di cui all’articolo 32 designata dal datore di lavoro, a cui risponde, per coordinare il servizio di prevenzione e protezione dai rischi”.

²⁴ Volendo, C. LAZZARI, *L’organizzazione del sistema aziendale di prevenzione: soggetti ed obblighi tecnici*, in G. NATULLO (a cura di), *op. cit.*, p. 739 ss.

prima normativa di attuazione, nell'ordinamento italiano, della citata direttiva n. 89/391/Cee: esso, infatti, provvede a individuare e valutare i fattori di rischio, identificare le misure per la sicurezza e la salubrità degli ambienti di lavoro, elaborare, per quanto di competenza, le misure preventive e protettive, i sistemi di controllo di tali misure e le procedure di sicurezza per le varie attività aziendali, proporre i programmi di informazione e formazione dei lavoratori, partecipare alle consultazioni in materia di tutela della salute e sicurezza sul lavoro e alla riunione periodica di cui all'art. 35 d.lgs. n. 81/2008. Dalla lettura del citato art. 33 risulta così pienamente convalidato il ruolo di supporto tecnico di staff, di tipo consultivo e promozionale, svolto nei confronti del datore di lavoro²⁵, al quale il servizio stesso – e in primo luogo il suo responsabile – è legato da uno stretto rapporto funzionale, in quanto strumento tecnico deputato a favorire il corretto adempimento dell'obbligazione di sicurezza su di lui gravante²⁶. Invero, quelli assegnati dall'art. 33 sono (non già poteri direttamente operativi e gestori, ma) compiti di studio, valutazione, elaborazione, proposta e simili. Insomma, come affermato dalla giurisprudenza, il RSPP è “un mero ausiliario del datore di lavoro, privo di poteri decisionali”²⁷, “una sorta di consulente...ed i risultati dei suoi studi e delle sue elaborazioni, come pacificamente avviene in qualsiasi altro settore dell'amministrazione dell'azienda” (ad esempio, in campo fiscale, tributario, giuslavoristico) “vengono fatti propri dal datore di lavoro che lo ha scelto, con la conseguenza che quest'ultimo delle eventuali negligenze del consulente è chiamato comunque a rispondere”²⁸. D'altra parte, basta pensare alla terminologia utilizzata, che, relativamente alle attribuzioni del servizio, parla di compiti, e non già di obblighi, come esplicitato nella rubrica dell'art. 33, a conferma della loro valenza strumentale e ancillare²⁹.

²⁵ Per tutti, già con riguardo al d.lgs. n. 626/1994, F. BASENGHI, *La ripartizione intersoggettiva degli obblighi prevenzionistici nel nuovo quadro legale*, in L. GALANTINO (a cura di), *La sicurezza del lavoro*, Milano, 1996, pp. 111-112; R. BORTONE, *Il servizio di prevenzione*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, Torino, 1997, pp. 144-145.

²⁶ V. già L. MONTUSCHI, *La sicurezza nei luoghi di lavoro ovvero l'arte del possibile*, in *Lavoro e diritto*, 1995, pp. 407-408; parla di “tecnostuttura preposta a compiti di consulenza e programmazione” P. CAMPANELLA, *La riforma del sistema prevenzionistico: le definizioni*, in F. CARINCI, E. GRAGNOLI (a cura di), *Codice commentato della sicurezza sul lavoro*, Torino, 2010, p. 97.

²⁷ Cass. pen., 25 marzo 2010, n. 11582, in <http://olympus.uniurb.it/>.

²⁸ Cass. pen., 15 gennaio 2010, n. 1834, in <http://olympus.uniurb.it/>.

²⁹ F. BASENGHI, *La gestione della sicurezza: profili soggettivi*, in F. BASENGHI, L. E. GOLZIO, A. ZINI (a cura di), *La prevenzione dei rischi e la tutela della salute in azienda*, Milano, 2008, p. 82.

rispetto all'attività richiesta al datore di lavoro. E proprio alla luce delle finalità collaborative e consultive tipiche del servizio si giustifica la scelta, già operata dal d.lgs. n. 626/1994 e confermata dal d.lgs. n. 81/2008, di non configurare a carico del responsabile, così come degli addetti, sanzioni penali dirette in caso di violazione di tali compiti, non avendo detti soggetti poteri d'intervento per attuare le norme di prevenzione.

Peraltro, ciò non significa affatto che i componenti del servizio possano allora adempiere alle proprie funzioni al di fuori di ogni responsabilità. Invero – come dimostra, pur se con distinzione di toni e argomentazioni, l'elaborazione giurisprudenziale in materia – la mancanza di sanzioni penali dirette non si traduce in un'assoluta impunità del RSPP (ma anche degli addetti) di fronte a infortuni o tecnopatie, qualora l'omesso assolvimento, o l'assolvimento inadeguato, di un compito risulti causalmente rilevante nella produzione dell'evento lesivo, ossia quando quest'ultimo sia oggettivamente riconducibile a una situazione pericolosa che il soggetto in questione avrebbe avuto l'obbligo di conoscere e segnalare, così da consentire l'adozione, da parte del datore di lavoro, delle necessarie iniziative idonee a neutralizzarla³⁰.

4. Il rilievo della qualificazione professionale del RSPP nell'elaborazione giurisprudenziale

Al di là di ogni valutazione di merito sulla stessa, proprio dall'elaborazione giurisprudenziale, ormai copiosa, sviluppatasi in tema di responsabilità del RSPP emerge la crescente valorizzazione del suo ruolo, in quanto figura professionale di fondamentale importanza nell'organizzazione del sistema aziendale di prevenzione. È ancora una volta dietro *input* del livello europeo che l'esigenza di una maggiore qualificazione del responsabile – anche in termini di competenze di tipo giuridico –, in ragione delle delicate funzioni che lo stesso è chiamato a esercitare, viene raccolta dal legislatore italiano. Infatti, la necessità di ottemperare alla sentenza della Corte di giustizia 15 novembre 2001 ha consentito di porre rimedio, con il d.lgs. n. 195/2003³¹, alla principale criticità rilevabi-

³⁰ In proposito, ci si permette di rinviare a C. LAZZARI, *L'organizzazione del sistema aziendale*, cit., p. 759 ss., ed ivi per ampi riferimenti giurisprudenziali.

³¹ Tale decreto ha, infatti, introdotto, nel corpo dell'originario d.lgs. n. 626/1994, un

le nel d.lgs. n. 626/1994, e concernente l'inadeguatezza dei requisiti originariamente richiesti per svolgere tale funzione, i quali, per la loro estrema genericità (l'art. 8, comma 2, parlava di "attitudini e capacità adeguate"), non sembravano costituire una prescrizione appropriata rispetto alla rilevanza dei compiti affidati al servizio³².

Con la modifica legislativa del 2003 si è così costruito il ruolo di RSPP come corrispondente a una precisa qualifica professionale. Ciò che ha contribuito altresì a innescare una revisione, in via interpretativa, della suddetta figura, che, come ultimo approdo, ha condotto all'individuazione, in capo alla stessa, di una vera e propria posizione di garanzia, la quale, secondo la giurisprudenza, si giustificerebbe anche alla luce delle nuove e specifiche competenze professionali: ne consegue un'assunzione di responsabilità ogni qualvolta un infortunio sia riconducibile anche alla mancata segnalazione di rischi che il responsabile avrebbe avuto l'obbligo di evidenziare³³. Sicché, allorché l'errore compiuto non fosse rilevabile dal datore di lavoro – privo delle cognizioni adeguate a tal fine – quest'ultimo potrebbe persino andare esente da ogni responsabilità, purché, ovviamente, non sia ravvisabile nella sua condotta qualche ulteriore profilo di colpa. Insomma, come si legge costantemente nelle sentenze pronunciate in materia, al RSPP può risultare ascrivibile "un titolo di colpa professionale che può assumere anche un carattere addirittura esclusivo"³⁴. Lo confermano, nel famoso caso Thyssen, le sezioni unite della Cassazione penale³⁵, secondo cui l'assenza di sanzioni penali dirette nel d.lgs. n. 81/2008 non costituisce ragione decisiva per riconoscere il sorgere di una posizione di garanzia, rilevando, piuttosto, il fatto che i componenti del servizio siano destinatari di obblighi giuridici: invero, "non può esserci dubbio che, con l'assunzione dell'incarico, essi assumano l'obbligo giuridico di svolgere diligentemente le funzioni" loro assegnate dalla legge.

nuovo art. 8 *bis*, dedicato, per l'appunto, alle capacità e requisiti professionali degli addetti e dei responsabili dei servizi di prevenzione e protezione interni o esterni.

³² *Ex multis*, R. BORTONE, *Il servizio di prevenzione*, cit., p. 136; C. SMURAGLIA, *Sicurezza del lavoro e obblighi comunitari. I ritardi dell'Italia nell'adempimento e le vie per uscirne*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2002, I, p. 186, p. 193.

³³ Volendo, *amplius*, C. LAZZARI, *L'organizzazione del sistema aziendale*, cit., p. 760 ss., ed ivi per i necessari riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

³⁴ Per tutte, Cass. pen., 10 febbraio 2015, n. 5983, in <http://olympus.uniurb.it/>.

³⁵ Cass. pen., S.U., 18 settembre 2014, n. 38343, in <http://olympus.uniurb.it/>.

5. La formazione del RSPP e il ruolo dell'Università

Non è questa la sede per esaminare nei particolari la disciplina concernente i requisiti professionali richiesti per il responsabile del servizio, stabiliti, in via generale, dall'art. 32 d.lgs. n. 81/2008 e regolati, con specifico riferimento agli appositi corsi di formazione menzionati dalla norma, dagli accordi Stato-Regioni, ai quali il citato art. 32 rinvia per la regolamentazione di dettaglio; accordi intervenuti dapprima il 26 gennaio 2006, cui hanno fatto seguito, il 5 ottobre dello stesso anno, le relative linee guida interpretative, e, da ultimo, il 7 luglio 2016 (intesa, questa, che ha sostituito, abrogandole, quelle precedenti)³⁶. E, d'altra parte, ciò non è necessario ai fini che interessano.

Qui preme, piuttosto, rilevare come il percorso formativo delineato dalla legge e dalle fonti integrative preveda certamente l'acquisizione di competenze di tipo trasversale, quindi non solo giuridiche, in coerenza, del resto, col carattere interdisciplinare della materia della salute e sicurezza sul lavoro, che non è sicuramente appannaggio esclusivo dei giuristi. Pare, però, interessante rilevare come le competenze di natura giuridica siano quelle maggiormente implicate dal cd. Modulo A, di 28 ore, che è configurato come modulo formativo di base, propedeutico allo svolgimento dei moduli, B e C, successivi. Così come sembra importante rimarcare il fatto che le Università siano individuate direttamente dal legislatore tra i soggetti erogatori di tali corsi³⁷.

Collegando i tasselli, può, allora, non essere improprio rilevare, a livello normativo, la diffusa coscienza che la professionalità richiesta al RSPP implichi una competenza tecnica, anche di tipo giuridico, la quale, tuttavia, non può andare disgiunta da una consapevolezza culturale, che in primo luogo attiene al valore dei beni in gioco; consapevolezza che, in ultima analisi, solo lo studio del diritto può garantire.

Anche in quest'ottica, si giustifica la preminenza, nel modulo di base,

³⁶ Basti qui dire che, dopo aver ribadito che le capacità e i requisiti professionali di addetti e responsabili, interni o esterni, devono essere adeguati alla natura dei rischi presenti sul luogo di lavoro e relativi alle attività lavorative (art. 32, comma 1), la norma conferma che, per svolgere le funzioni connesse al servizio di prevenzione e protezione, occorre essere in possesso di un titolo di studio non inferiore al diploma di istruzione secondaria superiore e aver frequentato appositi corsi di formazione, disciplinati dalle intese citate nel testo.

³⁷ Nella cui organizzazione il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Urbino Carlo Bo è, infatti, impegnato dallo scorso anno accademico, con specifico riferimento ai citati moduli A e C.

delle materie giuridiche, con attenzione ai principi costituzionali ed europei che le presiedono, e il coinvolgimento nell'organizzazione dei corsi in questione – benché non esclusivo e che piuttosto andrebbe ulteriormente valorizzato – delle Università³⁸ quali luoghi di cultura per eccellenza, nei quali, cioè, la competenza non è solo acquisizione di abilità tecniche, ma altresì strumento di promozione di quella cultura della sicurezza che sola può fungere da motore di autentico cambiamento dei comportamenti, *in primis* da parte delle imprese. Imprese la cui funzione sociale può così passare anche dalla formazione di figure professionali, come il RSPP, che, nella loro attività di consulenza al datore di lavoro, siano portatrici di una tecnica coniugata con la cultura, in quanto inserita in un quadro assiologico coerente con il contesto giuridico, costituzionale ed europeo, tratteggiato all'inizio di questo scritto³⁹. Anche per questo, guardando al futuro, mi sembra che il diritto abbia ancora molto da dire.

³⁸ Ma pure, alla luce del citato accordo del 2016, delle scuole di dottorato aventi ad oggetto le tematiche del lavoro e della formazione.

³⁹ Cfr. *supra*, § 2.

MORELLO MARIA *

Il problema delle citazioni nella crisi del diritto comune. Interventi a carattere antigiusprudenziale in alcuni ordinamenti italiani tra XV e XVIII secolo

ABSTRACT

- ✓ Il presente lavoro si propone di esaminare come alcuni interventi diretti del potere assoluto, consistenti in provvedimenti autoritativi intesi a limitare le allegazioni in giudizio e le citazioni nelle sentenze, delle *opiniones* dei giuristi, e nell'obbligo di motivazione della sentenza, abbiano contribuito alla destabilizzazione del sistema normativo dello *ius commune*, avviandolo verso il suo inesorabile tramonto.
- ✓ This essay aims to examine how some actions of the absolute power, as authoritative measures that limited allegations and citations in judgments, contributed, together with jurists' *opiniones* and with the obligation to state reasons, to destabilize the system of *ius commune*, initiating its sunset.

* Professoressa a contratto per l'insegnamento di Storia del diritto italiano e Storia del diritto del lavoro (IUS/19) nell'Università di Urbino.

MORELLO MARIA

*IL PROBLEMA DELLE CITAZIONI NELLA CRISI
DEL DIRITTO COMUNE. INTERVENTI A CARATTERE
ANTI GIURISPRUDENZIALE IN ALCUNI ORDINAMENTI ITALIANI
TRA XV E XVIII SECOLO*

SOMMARIO: 1. Il problema della “certezza” del diritto nel sistema del diritto comune. – 2. Disciplina delle allegazioni in alcuni ordinamenti pre-moderni. – 3. La costituzione di Francesco Maria II della Rovere: la legge delle citazioni di un nuovo “Giustiniano” del Seicento. – 4. Le costituzioni piemontesi ovvero un compendio di diritto “patrio” di Vittorio Amedeo II. – 5. Il *Codice di Leggi e Costituzioni* del ducato di Modena (1771): alcuni elementi di valutazione. – 6. Il dispaccio (prammatica) del 23 settembre 1774 di re Ferdinando IV di Borbone. – 7. A mo’ di conclusione.

1. Il problema della “certezza” del diritto nel sistema del diritto comune

Il diritto romano, così come era stato elaborato dalla giurisprudenza medievale, costituì a seguito di alterne vicende, un elemento dominante nell’esperienza giuridica dei vari ordinamenti politici europei, in ciascuno dei quali diede vita, come normativa comune e sussidiaria, al sistema del diritto comune¹. Esso si pose in relazione dialettica con una pluralità di diritti

¹ Sul concetto, il sistema e l’esperienza dello *ius commune* la bibliografia, come si può immaginare, è sconfinata; ne diamo qui un florilegio, senza alcuna pretesa di completezza: F. CALASSO, *Medioevo del diritto*, I. *Le fonti*, Milano 1954, con particolare riferimento alla parte seconda *Il sistema del diritto comune (sec. XII-XV)*, pp. 345-629; con riferimento, poi, ai problemi connessi con il diritto pubblico, è oltremodo proficua la lettura sempre di F. CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici del Rinascimento medievale*, Milano 1965; ma sull’argomento, prima della sistemazione calassiana, era intervenuto un acceso dibattito relativo all’*actio finium regundorum* tra la tradizione romanistica e quella che fa capo alla nuova esperienza giuridica dell’età di mezzo, così come si è venuta costituendo in seguito all’affermarsi della Scuola di Bologna, per cui si veda F. CALASSO, *Tradizione e critica metodologica*, in Id., *Introduzione al diritto comune*, Milano 1951, pp. 3-30, ove sono esposti i termini del problema che non è solo storiografico; vedi inoltre, dello stesso F. CALASSO, *Il concetto di «diritto comune»*, in *Archivio giuridico*, vol. CXI, 1934, pp. 59-97, ora in Id., *Introduzione cit.*, pp. 31-76, nonché, sempre di F. CALASSO, *Il problema storico del diritto comune*, in *Studi di storia e diritto in onore di E. Besta*, vol. II, Milano 1939, pp. 459-513, ora in Id., *Introduzione cit.*, pp. 77-136; Id., *Il diritto comune come fatto spirituale*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. LXXXV, 1948,

locali e particolari o fu utilizzato come *ratio iuris* per una loro uniforme interpretazione, o fornì criteri unitari dogmatici per una loro consolidazione ed elaborazione razionale.

Successivamente, però, a causa del progressivo affermarsi dello Stato moderno, accentrato e assoluto, il regime pluralistico di fonti e la sua 'gestione' giurisprudenziale iniziarono ad entrare in crisi, e al sistema di diritto comune cominciò a contrapporsi il concetto man mano sempre più chiaro di un diritto identificato nella legge dello Stato sovrano, ossia l'immagine dello Stato stesso come produttore unico ed autoritario della norma giuridica, anziché come custode di un eterogeneo e molteplice diritto precostituito². In altre parole, lo Stato si pose come unica fonte del diritto (statualizzazione del diritto) e in ogni caso tese a condizionare la rilevanza giuridica di qualunque normativa interna o esterna non proveniente dal sovrano al requisito della recezione o del rinvio formale³.

Lo *ius commune* cominciò ad essere considerato come un diritto ipertrofico dal punto di vista normativo e controverso da quello applicativo, in cui il dettato di ciascuna norma, passando perentoriamente attraverso la *interpretatio*⁴, si scomponeva in un insieme di *opiniones* dottrinali, non

pp. 315-352, ora in ID., *Introduzione* cit., pp. 137-205; a parte i fondamentali saggi del Calasso (a quelli qui citati specificamente vanno aggiunti gli altri lavori presenti nell'*Introduzione* cit. ai quali si rinvia), occorre aggiungere E. BUSSETI, *Intorno al concetto di diritto comune*, Milano 1935; cui è seguita la severa reazione del Calasso, nella recensione nella *Rivista di storia del diritto italiano*, vol. IX, 1936, pp. 328-332, ora in *Annali di storia del diritto*, vol. IX, 1965, *Scritti di Francesco Calasso*, pp. 569-573; G. CASSANDRO, *Lezioni di diritto comune*, Napoli 1971; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*. I. *Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano 1982; M. BELLOMO, *L'Europa del diritto comune*, Losanna 1988 (poi Roma 1994), spec. p. 147 ss.; S. CAPRIOLI, *Varianti e costante del diritto comune*, in *Rivista di diritto civile*, vol. XXXIX, 1993, fasc. 6, pt. 2, pp. 639-643 (con particolare riferimento all'esperienza del diritto comune nella Repubblica di San Marino ove è tuttora vigente); A. CAMPITELLI, *Europeenses. Presupposti storici e generici del diritto comune*, Bari 1994; E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*. II. *Il basso medioevo*, Roma 1995, spec. p. 291 ss.; V. CRESCENZI, *Diritto comune: analisi di un concetto, struttura di un'esperienza*, in *El Dret Comú i Catalunya*, Actes del VIII Simposi Internacional, Barcelona 28-31 maig del 1998 (ed. A. Iglesias Ferreiròs), Barcelona 1999, pp. 103-172; E. CORTESE, *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, Roma 2000, spec. p. 229 ss.; M. BELLOMO, *Società e diritto nell'Italia medievale e moderna*, Roma 2002, p. 283 ss.; A. PADOA SCHIOPPA, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna 2003, p. 123 ss.; P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari 2006, spec. p. 230 ss.; A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna 2007, p. 188 ss.

² Cfr. A. CAVANNA, *op. cit.*, p. 193.

³ *Ivi*, p. 194.

⁴ In tema di *interpretatio* la bibliografia, recente e meno recente, è molto vasta, pertanto senza alcuna pretesa di esaustività ci limitiamo a segnalare: F. CALASSO, *Medioevo* cit., pp.

solo diverse ma anche in conflitto tra loro, dalle quali il giudice, chiamato a decidere sulle allegazioni, traeva la regola per il singolo caso mediante un procedimento inevitabilmente incerto ed arbitrario⁵. La patologia della decisione giudiziale – scrivono Giuliani e Picardi – è strettamente connessa alla patologia della condotta del giudice: e il problema della sentenza ingiusta «è visto nell'ottica del giudice ingiusto: in primo piano è il dolo processuale del giudice»⁶.

529-531; U. NICOLINI, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane. Legislazione e dottrina politico-giuridica dell'età comunale*, Padova 1955², pp. 205-292; V. PIANO MORTARI, *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione del diritto nel secolo XVI. I. Le premesse*, Milano 1956 (rist. 1986); ID., *Interpretazione (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXII, Milano 1972, pp. 277-293; ID., *Il problema dell'interpretatio iuris nei Commentatori*, in ID., *Dogmatica e interpretazione. I giuristi medievali*, Napoli 1976, pp. 155-262; E. CORTESE, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, vol. I, Milano 1962 (rist. 1995), pp. 297-338 e vol. II, pp. 295-362; M. SBRICCOLI, *L'interpretazione dello statuto: contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Milano 1969; ID., *Interpretazione come argomentazione nella esperienza giuridica intermedia*, in G. GALLI (a cura di), *Interpretazione e contesto*, Atti del I Colloquio sulla interpretazione, Macerata 19-20 aprile 1979, Torino 1980, pp. 47-61; D. QUAGLIONI, *Legislazione statutaria e dottrina della legislazione: le "quaestiones statutorum" di Alberico da Rosciate*, in ID., «Civilis sapientia». *Dottrine giuridiche e dottrine politiche fra medioevo ed età moderna. Saggi per la storia del pensiero giuridico moderno*, Rimini 1989, pp. 35-75; V. CRESCENZI, *Linguaggio scientifico e terminologia giuridica nei glossatori bolognesi: "interpretari", "interpretatio"*, in *Vocabulaire des écoles et des méthodes d'enseignement au moyen âge*. Actes du colloque Rome 21-22 octobre 1989, Turnhout 1992, pp. 11-129; ID., *Problemi dell'interpretatio nel sistema del diritto comune classico*, in *El Dret Comú I Catalunya*. Actes de II Simposi Internacional Barcelona, 31 maig - 1 juny de 1991, Barcelona 1992, pp. 167-206; S. CAPRIOLI, *Interpretazione nel diritto medievale e moderno*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, vol. X, Torino 1993⁴, pp. 13-25; M. CARAVALE, *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, Bologna 1994, pp. 524-529; F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari 1999; C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano 1999; P. COMANDUCCI, *L'interpretazione delle norme giuridiche. La problematica attuale*, in M. BESSONE (a cura di), *Interpretazione e diritto giudiziale*, I. *Regole, metodi, modelli*, Torino 1999, pp. 1-20; G. CHIODI, *L'interpretazione del testamento nel pensiero dei glossatori*, Milano 1997, pp. 1-11; S. CAPRIOLI, *Lineamenti dell'interpretazione*, Perugia 2001; U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, Torino 2002, pp. 174-203; E. CORTESE, *Meccanismi logici dei giuristi medievali e creazione del Diritto comune*, in M.G. DI RENZO VILLATA (a cura di), *Il diritto fra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile*, Atti del Convegno Internazionale della Società Italiana di storia del diritto, Napoli 18-20 ottobre 2001, Napoli 2003, pp. 329-355; U. PETRONIO, *Giuristi e giudici tra scoperta e invenzione del diritto in età moderna*, ivi, pp. 433-462; P. GROSSI, *op. cit.*, pp. 162-175.

⁵ L'arbitrio del giudice, che porta ad una integrazione giudiziaria, dinamica e più aderente alle necessità concrete, ma assai più pericolosa, ha carattere assolutamente eccezionale ed è ristretto entro angusti e ben delimitati confini. Cfr. U. NICOLINI, *op. cit.*, pp. 63-64.

⁶ A. GIULIANI, N. PICARDI, *La responsabilità del giudice: problemi storici e metodologici*,

Il diritto comune era stato e continuava ad essere monopolio dei giuristi, ai quali era integralmente affidato il suo completo e graduale sviluppo: si presentava dunque come un diritto 'fluido', 'aperto' e ricco di contraddizioni, connesso a principi diametralmente opposti al nascente dogma statualistico. Inoltre, non essendo stato fissato con un unico atto ufficiale d'autorità e non poggiando neanche, formalmente, sul valore vincolante del precedente giudiziale, appariva a prima vista irriducibile ad assoluti canoni di certezza giuridica. Pur essendo, per sua stessa natura, un sistema normativo potenzialmente completo, il diritto comune si reggeva su una base 'legale' storica che necessitava costantemente di essere adeguata alle molteplici necessità del presente⁷. Senza scendere troppo nei particolari, va ricordato che in una concezione siffatta, l'attività dell'interprete era sicuramente un'attività sostanzialmente creativa, come quella che non si limitava ad enunciare, chiarificandoli, il contenuto e il significato di leggi già poste dall'ordinamento, ma che costruiva ed elaborava soluzioni giuridiche per problemi giuridici che, non trovavano risposta immediata nel contesto normativo romanistico. Di conseguenza, secondo Tarello, l'attività del giudice si caratterizzava per una sua forte dimensione di scelta, dato che il tipo di ragionamento che egli era chiamato a fare non era unicamente logico-deduttivo, ovvero non traeva da una regola data le conseguenze da applicarsi al caso concreto⁸. Al contrario, il ragionamento che il giudice doveva fare era invece induttivo e di certo più articolato, perché si trattava di partire dal caso da decidere sforzandosi di trovare la soluzione più prossima e più coerente al caso stesso, in un ordinamento, quale era appunto quello del tardo diritto comune, che si presentava dominato dalla pluralità delle interpretazioni dei giuristi, ossia da una giurisprudenza dottrinale che dalla scuola di Bologna ai commentatori e ai trattatisti del XVI e XVII secolo era quantitativamente imponente e qualitativamente complessa, nonché spesso contraddittoria. D'altra parte nemmeno dalla giurisprudenza decidente dei 'Grandi Tribunali' scaturiva un contributo alla semplificazione.

Inoltre, il diritto comune esplicava una funzione sussidiaria rispetto ai

in *L'educazione giuridica*, III, *La responsabilità del giudice*, Perugia 1978, pp. 3-74, e in particolare p. 24 e p. 25 (in seguito rifiuto e sviluppato in A. GIULIANI, N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, Milano 1987); D. QUAGLIONI, *op. cit.*, p. 65.

⁷ A. CAVANNA, *op. cit.*, p. 195.

⁸ G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I. *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, p. 67 ss.; ID., *L'interpretazione della legge*, Milano 1980, p. 33 s.; U. PETRONIO, *La lotta cit.*, pp. 176-177.

diritti particolari nei vari ordinamenti dove era applicato, ossia nei confronti delle consuetudini locali, degli statuti cittadini e della legislazione sovrana e principesca, che esso integrava e da cui veniva integrato in un certo senso. Pertanto, il suo utilizzo non poteva non essere condizionato da una sempre più vasta normativa locale rispondente appieno a quelli che erano i bisogni più recenti e più specifici.

Ma esso presentava soprattutto, in maniera più o meno accentuata, i problemi caratteristici che in ogni diritto con forte carattere giurisprudenziale generano una tenace esigenza di certezza, ossia la mancanza di semplicità e di compendiosità, nonché l'assetto prevalentemente casistico e controversiale⁹. E come in un ordinamento la cui crescita sia vincolata all'opera di intere generazioni di giuristi anziché a quella del legislatore statuale, il problema della certezza si presentava con una particolare impellenza.

Non è necessario ricordare come la complessità del *corpus iuris* e le continue difficoltà di una sua applicazione come legge vigente avessero spianato la strada ad una plurisecolare attività interpretativa, attraverso un processo che si autoalimentava e sulla base del quale per spiegare il diritto si generavano interpretazioni; i vari "tipi" di interpretazione si presentavano, allora, nella coscienza del giurista, come procedimenti di adattamento della norma al fatto, come vere e proprie tecniche per l'applicazione della legge, necessarie per la chiarificazione, l'applicazione letterale o analogica, la correzione e così via, creando in tal modo un intreccio tra processo interpretativo ed *aequitas*, «che mescola e rende equivalenti [...] logica e giustizia»¹⁰. Grazie all'*interpretatio* il giurista adegua i testi giustinianeî alla vita del tempo ed indica alla propria collettività le regole da seguire. L'*interpretatio* muoveva (come muove) dal testo, ma di certo non poteva essere limitata alla sua spiegazione o esegesi.

Ma queste interpretazioni, a loro volta, quasi come in un circolo vizioso, originavano un nuovo bisogno di certezza; bisogno che era stato, mano a mano, soddisfatto comprensibilmente con mezzi endogiurisprudenziali, esempio tipico quello della *communis opinio*¹¹ che, interpretativa delle fonti

⁹ Cfr. L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1967. Inoltre, V. CRESCENZI, *Problemi dell'interpretatio* cit., p. 174 ss.

¹⁰ M. SBRICCOLI, *L'interpretazione dello statuto* cit., p. 136 e nota 82, p. 304; V. PIANO MORTARI, *Il problema dell'interpretatio* cit., p. 171 ss.

¹¹ La dottrina della *communis opinio*, che nasce nell'ambito del diritto comune, intendeva porre ordine nella smisurata proliferazione di opinioni e pareri contrastanti, stabilendo una serie di regole, secondo le quali, da un lato si regolava in quale modo la *communis opinio* si formasse, dall'altro quali fossero per il giudice le conseguenze che la sua inosservanza com-

normative e delle interpretazioni precedenti costituiva, per dottori e giudici, se non strumento di certezza almeno un mezzo pragmatico per ridurre l'incertezza che dominava l'esperienza del tardo diritto comune. Diventava così essenziale nella prassi la ricerca dell'opinione maggiormente diffusa tra i giuristi, in merito ad un caso identificato e dibattuto, tanto da costituire una traccia per gli operatori, avvocati e giudici, che ambivano a conseguire certezza per le loro tesi e le loro sentenze.

Questa vincolatività della *communis opinio* non venne mai imposta per legge, ma si impose gradatamente nei fatti e nella prassi. Infatti né gli avvocati, né i giudici erano obbligati ad attenersi, ma la tendenza in questo senso divenne sempre più forte anche per un motivo concreto: il diritto comune prevedeva, sulla base di alcuni testi romanistici, la responsabilità per colpa, sanzionabile civilmente, del giudice che commettesse errori di diritto¹². Il giudice fedele all'*opinio communis* era esente da ogni rischio.

portava, e dall'altro ancora quando quella potesse essere *sine poena* disattesa. Ma non è detto che con l'osservanza di questa dottrina si fosse raggiunta la meta e assicurata la *certezza del diritto*, problema che era, poi, al fondo della critica che si muoveva alle molteplicità e disparità delle opinioni, alle quali si attribuiva il prolungarsi delle liti, la rovina dei patrimoni, l'arbitrio dei giudici nell'amministrazione della giustizia. Sull'intera questione del rilievo dell'apporto della giurisprudenza nell'esperienza giuridica, in particolare dell'età di mezzo e delle interpretazioni dei giuristi, vedi B. BRUGI, *Per la storia della giurisprudenza e delle università italiane. Saggi*, Torino 1914; ID., *Per la storia della giurisprudenza e delle università italiane. Nuovi saggi*, Torino 1921; A. CHECCHINI, *Storia della giurisprudenza e interpretazione della legge*, in *Archivio giuridico*, vol. XC, fasc. 2 (quarta serie, vol. VI, fasc. 2), Modena 1923. L'argomento è stato affrontato in modo per lo meno controverso da E. Bussi, *Intorno al concetto cit. da leggere* tenendo conto della severa recensione di Calasso, in *Rivista di storia del diritto italiano* sopra citata alla nota 1; G. CASSANDRO, *La crisi del diritto comune*, in *Studi in memoria di Mario E. Viora*, Roma 1990, pp. 152-153. Si veda inoltre, V. CRESCENZI, *La communis opinio doctorum*, in *Actes del I Simposi Juridic Principat d'Andorra/Republica de San Marino: El "ius commune" com a dret vigent: l'experiencia judicial d'Andorra i San Marino*, Andorra la Vella, 15 i 16 d'abril 1993, Andorra 1994 e ora, con qualche ritocco, sotto il titolo *La rilevanza dell'opinione dei giuristi negli attuali ordinamenti di diritto comune: Andorra e San Marino*, anche in *Rivista di Diritto civile*, 1995, n. 2, pt. II, pp. 129-149; ID., *La communis opinio doctorum e la auctoritas rerum similiter iudicatarum nell'esperienza sammarinese* (Atti dell'Incontro internazionale di studio su *Diritto comune vigente*, Pisa, 29-30 settembre 1995, organizzato dall'Istituto di Diritto romano e Storia del diritto della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Pisa), in *Initium. Revista Catalana d'Historia del dret*, 3, 1998, pp. 587-609; G. ROSSI, «*Del modo di deferire all'autorità de' dottori*». *Scienza giuridica e communis opinio doctorum nel pensiero di Giovan Battista de Luca*, in I. BIROCCHI, M. CARVALE, E. CONTE, U. PETRONIO (a cura di), *A Ennio Cortese*, scritti promossi da D. Maffei, vol. III, Roma 2001, pp. 180-203.

¹² Per approfondire l'argomento, si vedano A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto cit.*, pp. 307-308; C. PECORELLA, *Lezioni di storia del diritto italiano*, Ristampa inalterata, Padova 2000, p. 138.

Il pluralismo delle fonti normative, la sussidiarietà di dottrina e giurisprudenza avevano così creato le premesse per ricorrere ad opinioni qualificate, specie se provenienti da giuristi di spicco, vivi o morti che fossero, dato il senso di continuità che pervadeva tutto il diritto comune, e tale ricerca rispecchiava il favore attribuito dalla mentalità del tempo al discorso tradizionale, vale a dire a ciò che si era consolidato con il decorso del tempo, tanto da far guardare con sospetto qualsiasi novità. Si veniva così ad affermare, sempre in via dottrinale, il principio che l'opinione comune, contribuì a risolvere il caso in mancanza di una norma esplicita e in presenza di interpretazioni contraddittorie del diritto vigente. Ma il rinvio ad una mole consistente di "*doctores*" rendeva il ragionamento molto più complesso, e allo stesso tempo ripetitivo e farraginoso. Il sistema giuridico si complicava ulteriormente, ed aumentava in oscurità. Poteva accadere infatti che, intorno ad uno stesso caso, potessero profilarsi anche due o più *communes opiniones* e quindi sarebbe stato arduo accertare giudizialmente quale, fra tante interpretazioni, fosse davvero quella *communis*; ma in se stessa la *communis opinio* si rivelava come una sorta di strumento caratterizzato da una certa instabilità o anche da una stabilità meramente temporanea. Opinioni comuni venivano abbandonate e altre, che tali non erano, lo sarebbero diventate a poco a poco; appunto per questo, esse apparivano facilmente suscettibili di dissolversi nel tempo, magari superate e sostituite da *opiniones* di una maggioranza di più recente costituzione¹³. Quindi la *communis opinio*, strumento endogiurisprudenziale di certezza, «versione giurisprudenziale della legge», secondo la nota definizione di Lombardi, non riesce ad assolvere il suo compito, ma si verrà trasformando in causa di una ulteriore confusione¹⁴.

Tutto ciò, però, nella nuova realtà caratterizzata dall'affermarsi dell'assolutismo cominciava a sfaldarsi e ad apparire fortemente discutibile; i mezzi utilizzati diventavano inefficaci in relazione a quel nuovo contesto politico culturale caratterizzato da un'emergente idea di unità e di statualità del diritto: di fronte ai 'sottosistemi', ovunque costituiti dall'insieme degli

¹³ Cfr. A. CAVANNA, *op. cit.*, p. 243; G. CASSANDRO, *La crisi cit.*, p. 153; V. CRESCENZI, *La communis opinio doctorum cit.*, pp.129-149; ID., *La communis opinio doctorum e la auctoritas cit.*, pp. 587-609.

¹⁴ L. LOMBARDI, *op. cit.*, p. 184 ss.; M.G. DI RENZO VILLATA, *Ludovico Antonio Muratori e la scienza giuridica della sua epoca tra conservazione e suggestioni di riforma*, in G. ALPA (con il coordinamento di), *I difetti della giurisprudenza ieri e oggi. Giornata di studi L.A. Muratori*, Atti del convegno di studi (Vignola, 2 dicembre 2000), Milano 2002, pp. 83-119, in particolare p. 84.

iura propria, il diritto comune decade a strumento sussidiario, integrativo, di riferimento. Esso rimane in formale vigenza, pur in presenza del diritto sovrano, principesco, statutario o locale, con cui si coordina, salve le due sole eccezioni che ben conosciamo, vale a dire la Repubblica di Venezia, che espressamente lo esclude¹⁵, e il Regno inglese che di fatto lo emargina; e tuttavia resta come principio di ragione a cui far riferimento nei casi difficili.

L'idea dello *ius commune* come legge generale universale, sostenuta fino a tutto il XV secolo, cede progressivamente il passo di fronte allo *ius loci*, ovvero ai 'sottosistemi' che ambiscono ad una loro completa autonomia: il sovrano locale si pone, di fatto, come fonte legislativa primaria, titolare di una sovranità che pretende esclusività giuridica¹⁶.

Tuttavia, il sistema continuava a mostrare i propri limiti; il diritto utilizzato continuava ad essere messo in difficoltà dalla coesistenza di molte, forse troppe, fonti normative, lasciando in vigore statuti e leggi principesche, anche molto remote e sia pure entro determinati confini; dal valore ancora attribuito alla consuetudine, dal prevalere, dunque, del particolare sul generale, dello specifico sul generico; per di più, il sistema utilizzava in modo eccessivo il vasto materiale giurisprudenziale, opera sia dei tribunali sia della dottrina.

L'ordinamento giudiziario si rivelava tutt'altro che unico: accanto ai 'Grandi Tribunali' o 'Tribunali supremi'¹⁷ che, protetti dall'autorità dei

¹⁵ Cfr. S. DI NOTO MARRELLA, *Istituzioni di storia giuridica*, vol. I, Padova 2007, p. 173. *Contra*, vedi V. CRESCENZI, *Esse de Maiori Consilio. Legittimità civile e legittimazione politica nella Repubblica di Venezia (secc. XIII-XVI)*, Roma 1996, in part. p. 353 ss.; Id., *Il diritto civile, nella Storia di Venezia dalle origini alla caduta della Serenissima*, vol. III, *La formazione dello Stato patrizio*, a cura della Fondazione Giorgio Cini di Venezia, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma 1997, pp. 409-474; Id., *Il problema delle fonti nell'esperienza giuridica della Repubblica di Venezia. Lo statuto e la sua interpretatio*, in I. BIROCCHI, M. CARVALE, E. CONTE, U. PETRONIO (a cura di), *A Ennio Cortese cit.*, pp. 364-389; Id., *Iacopo Bertaldo e il problema della consuetudo nel sistema delle fonti nell'esperienza giuridica della Repubblica di Venezia*, in *Scritti in onore di Girolamo Arnaldi offerti dalla Scuola nazionale di studi medievali*, Roma 2001, pp. 103-161.

¹⁶ Cfr. S. DI NOTO MARRELLA, *op. cit.*, p. 173.

¹⁷ Quella dei 'Grandi Tribunali' o 'Tribunali supremi' è una categoria storiografica tradizionalmente collocata come prodotto dell'Età moderna, manifestazione di una tendenza accentratrice della potestà regia e sintomo inequivocabile di un nuovo concetto di sovranità. Vedi B. PASCIUTA, *Le fonti giudiziarie del regno di Sicilia fra tardo Medioevo e prima Età moderna: le magistrature centrali*, in A. GIORGI, S. MOSCADELLI, C. ZARRILLI (a cura di), *La documentazione degli organi giudiziari nell'Italia tardo-medievale e moderna*, Atti del convegno di studi Siena, Archivio di Stato, 15-17 settembre 2008, Siena 2012, p. 315. Comunemente si parla di 'Tribunali supremi' proprio per segnalare, come per la nostra Corte di cassazione,

sovrani a legittimazione del loro ampio potere, laddove istituiti, venivano dotati di *arbitrium*¹⁸, e che rappresentavano la parte più elevata ed esclusiva dell'amministrazione della giustizia, esisteva una quantità enorme di tribunali minori, ciascuno con proprie origini storiche (feudale, comunale, canonica, corporativa ecc.), ciascuno dotato di speciali giurisdizioni e competenze, per materia, per territorio, individui o ceti, spesso concatenate fra loro, e determinate non solo da criteri obiettivi, ma anche dall'atto fondativo dei rispettivi poteri e dal lungo e non contestato esercizio¹⁹. Prima dell'affermazione di questi 'Grandi Tribunali', composti da tecnici del diritto e spesso da giudici di alta capacità tecnico-giuridica e "decisionale"²⁰, l'*interpretatio*, come già rilevato, era soprattutto opera dei dottori che svolgevano la loro attività indirettamente anche nell'ambito dei tribunali mediante i loro *consilia*, richiesti dal giudice, profano del diritto e di certo non altamente qualificato, e da lui recepiti di tutto punto nella sua sentenza. Da questo momento in poi, gli interpreti, dotati di maggior autorità nell'*interpretatio*, diventano gradualmente i 'Grandi Tribunali', che secondo il Gorla, «sono organi dello Stato, mentre allora si poteva dire meglio che stavano dentro lo Stato»²¹.

Ma, a fronte del dichiarato intento di far derivare l'intera attività di produzione e applicazione del diritto dalla pura volontà del sovrano, uni-

la loro unicità all'interno di un singolo Stato. Cfr. U. SANTARELLI, *La funzione del giudice nell'esperienza giuridica. Lezioni di storia del diritto*, Pisa 1983, p. 52. Il problema è stato affrontato intorno agli anni Settanta del secolo scorso a partire dalle riflessioni di G. GORLA, *I tribunali supremi degli Stati italiani fra i secoli XVI e XIX quali fattori della unificazione del diritto nello Stato e della sua uniformazione fra Stati (Disegno storico comparatistico)*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, 3 voll., Firenze 1977, vol. I, pp. 447-532. Si vedano inoltre, M. ASCHERI, *Tribunali, giuristi e istituzioni dal Medioevo all'Età moderna*, Bologna 1989; R. SAVELLI, *Tribunali, «decisiones» e giuristi: una proposta di ritorno alle fonti*, in G. CHITTOLINI, A. MOHLO, P. SCHIERA (a cura di), *Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia fra Medioevo ed età moderna*, Bologna 1994, pp. 397-421, e infine I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'Età moderna*, Torino 2002, pp. 85-93.

¹⁸ Cfr. E. GENTA, *Appunti di diritto comune*, a cura di S. Ricco, Torino 1995, p. 101; ma in particolare vedi M. MECCARELLI, *Arbitrium: un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano 1998.

¹⁹ Cfr. S. DI NOTO MARRELLA, *op. cit.*, p. 179. Basti ricordare solo a titolo d'esempio che, nel 1750, a Venezia esistevano ancora ben 130 tribunali con competenze diverse, mentre a Napoli esistevano, oltre alle giurisdizioni baronali, almeno 86 tribunali con competenze e procedure diversificate. M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 ad oggi*, Bologna 1980, p. 15.

²⁰ G. GORLA, *I tribunali supremi cit.*, p. 464.

²¹ G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in ID., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano 1981, pp. 451-452; ID., *I tribunali supremi cit.*, p. 465.

ficando sia le fonti normative che le giurisdizioni, le politiche assolutiste avrebbero finito per prendere di mira aspetti circoscritti del problema, facendo convergere sul ceto forense tutta la possibile intolleranza causata dalle tanto annose disfunzioni dell'amministrazione della giustizia. Gli abusi e il continuo strapotere degli organi giudiziari, l'avidità e la corruzione di avvocati e giudici, e l'incessante moltiplicarsi delle liti, divenute costose ed interminabili, con il tempo, si sarebbero condensati nell'immagine di una spregiudicata «forense giurisprudenza»²², diventata metafora di tutti i mali della giustizia²³.

Non a caso, dunque, l'azione accentratrice dell'assolutismo monarchico, avrebbe trovato, come vedremo a breve, una significativa espressione in interventi di riforma indirizzati a comprimere l'*interpretatio*²⁴ e il 'potere

²² Di «forense» o anche di «divina giurisprudenza» parlava P. VERRI, *Orazione panegirica sulla giurisprudenza milanese*, in C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene. Con una raccolta di lettere e documenti relativi alla nascita dell'opera e alla sua fortuna nell'Europa del Settecento*, a cura di F. Venturi, Torino 1994, p. 144.

²³ M.A. COCCHIARA, *Istituzioni giudiziarie e amministrazione della giustizia nella Sicilia Borbonica*, Milano 2003, p. 32. La storiografia ha a più riprese sottolineato il nesso tra la senescenza del diritto comune e il conseguente disservizio della giustizia. Già alla fine degli anni Settanta il Ghisalberti affermava che: «[...] le contraddizioni di una pratica forense dai riti farraginosi e dalle forme arcaiche, perché concepiti e gli uni e le altre per una società profondamente diversa quale era quella medievale, ed il disservizio degli organi giudiziari legati a metodi e schemi disadattati ai tempi finivano con l'apparire l'espressione di una più generale crisi del sistema giuridico vigente. Questa era però, latente in quanto l'opinione pubblica, o meglio, la parte di essa che più contava, cominciava a ritenere non del tutto idoneo al vivere civile un pluralismo normativo fondato esclusivamente sul particolarismo sociale, mentre l'istituto monarchico mostrava di tendere fatalmente alla realizzazione di una sorta di sia pur embrionale livellamento di posizioni dei sudditi di fronte al potere. Così le contraddizioni della pratica ed il disservizio della giustizia, fastidiosi o addirittura intollerabili per chi doveva ricorrervi per le esigenze della sua vita, si aggiungevano agli inconvenienti di natura politica segnalati da coloro che lamentavano la scarsa idoneità di certi istituti alla realtà presente: ciò contribuiva ad erodere progressivamente la base consensuale che aveva permesso al sistema di sopravvivere per secoli». Cfr. C. GHISALBERTI, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia*, Roma-Bari 1993, p. 33. Di recente, questi argomenti sono stati ripresi con una certa originalità di prospettiva in L. MANNORI, *La crisi dell'ordine plurale. Nazione e costituzione in Italia tra Sette e Ottocento*, in M. SBRICCOLI et AL. (a cura di), *Ordo iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano 2003, p. 137 ss.

²⁴ Una puntuale analisi delle forme dell'interpretazione giuridica nel diritto comune, distinte sulla base della Glossa accursiana e della tradizione dottrinale del Medioevo, è svolta da P. ALVAZZI DEL FRATE, *L'interpretazione autentica nel XVIII secolo. Divieto di interpretatio e "riferimento al legislatore" nell'illuminismo giuridico*, Torino 2000, p. 28 ss. Su tale delineazione delle forme dell'interpretazione giuridica il Grossi sostiene che due sono le osservazioni da fare: «che principe e consuetudine sono qualitativamente equiparati, essendo assolutamente estrinseca la circostanza della redazione scritta; che titolare del potere

normativo' dei giudici, ad esempio, limitando o precludendo il ricorso alle citazioni dottrinali, o prescrivendo l'obbligo di interpretazione autentica della legislazione regia²⁵, oppure assumendo per vie diverse il controllo dell'amministrazione della giustizia, per esempio riorganizzandone le strutture esistenti o creando nuove magistrature fortemente legate alla Corona²⁶, o tentando invece di unificare le fonti normative del processo, grazie alla realizzazione di raccolte, compilazioni o consolidazioni alcune delle quali rappresenteranno, senza dubbio, un passo decisivo verso l'uniformità e la statualizzazione delle procedure.

Certo, il rimedio per eccellenza sarebbe stato quello della codificazione, da realizzare e da adottare Stato per Stato: mi riferisco in questo caso alla codificazione in senso lato, anche se spesse volte nella pratica, si trattava di derivare le norme non tanto dalle fonti e dalle dottrine del diritto romano e comune, ma dalle leggi particolari e dalle *coutumes*, e quindi, tecnicamente, si sarebbe trattato, per dirla con il Viora, soltanto di consolidazioni²⁷: termine, riservato dall'Autore, ad identificare quelle sistemazioni del corpo delle leggi, «riunite in una unica compilazione», quando la complessità e la ricchezza di questo *corpus* sia tale da renderle necessarie²⁸. Il Viora, come

interpretativo è anche lo scienziato del diritto, il quale, proprio perché 'illuminato', pur senza avere poteri normativi, consegue un risultato 'probabile' (aggettivo – [...] non innocuo ma tipico della logica scolastica e che puntualizza un avvicinamento dialettico alla verità)». P. GROSSI, *op. cit.*, p. 166.

²⁵ Il divieto di interpretare la legge del sovrano, come osserva opportunamente Birocchi, riposava sulla «convinzione che interpretare il diritto significasse in qualche misura creare una norma per il caso concreto» e rappresentava il punto saldo intorno al quale costruire un ordinamento «incentrato sulla legge intesa come volontà del sovrano». Cfr. I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine cit.*, p. 343. Non a caso i primi esempi di divieto di interpretazione risalgono a monarchi come l'imperatore Giustiniano e Federico II di Svevia, re di Sicilia. Sul divieto di *interpretatio* si veda il già citato e recente lavoro di P. ALVAZZI DEL FRATE, *L'interpretazione autentica cit.*

²⁶ Su queste tematiche si vedano gli interessanti contributi di R. AJELLO, *Il problema della riforma giudiziaria e legislativa nel Regno di Napoli durante la prima metà del secolo XVIII*, I, *La vita giudiziaria*, Napoli 1968; ID., *Preilluminismo giuridico e tentativi di codificazione nel Regno di Napoli*, Napoli 1968; ID., *Legislazione e crisi del diritto comune nel regno di Napoli: il tentativo di codificazione carolino*, in ID., *Arcana juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli 1976, pp. 27-108.

²⁷ Vedi M. VIORA, *Consolidazioni e codificazioni. Contributo alla storia della codificazione*, Torino 1967.

²⁸ Prendendo consapevolmente e dichiaratamente in prestito la terminologia propria della scienza chimica, il Viora così concludeva: «nascono così le consolidazioni di leggi, che assumono le caratteristiche [...] di un precipitato storico della legislazione». Cfr. *Ivi*, pp. 2-3. Successivamente diversi Autori hanno radicalmente criticato l'uso invalso di separare

sostiene Crescenzi, è ben consapevole del fatto che, quantunque la consolidazione del diritto costituisca uno degli strumenti che storicamente gli ordinamenti giuridici hanno utilizzato per far fronte al loro complicarsi, vale a dire al complicarsi del complesso delle loro fonti, essa non è un effetto diretto e immediato e quasi inevitabile di questo processo, ma il prodotto di una decisione che, se presa e realizzata dall'autorità pubblica, assume le caratteristiche proprie della legislazione, anche perché l'esperienza storica dimostra che operazioni di tal fatta non si propongono di lasciare inalterato il diritto preesistente²⁹.

Un rimedio del genere sarebbe stato sicuramente efficace, ma allo stesso tempo non troppo facile da realizzare. In primo luogo avrebbe richiesto un effettivo superamento del diritto comune, o per essere più precisi, un completo superamento e rinnovamento sia dei metodi sia degli indirizzi della scienza del diritto, l'elaborazione di un sistematico complesso di principi, di norme e di istituti; rinnovamento non solo critico ma anche costruttivo al quale le prime generazioni dei giuristi umanisti non sarebbero stati in grado, forse, di pervenire³⁰. In secondo luogo avrebbe reclamato una completa separazione e un allontanamento tra nuove esigenze e concezioni politiche degli Stati del Cinque e Seicento e le concezioni e le tradizioni politiche medievali. Infine, la riforma si sarebbe rivelata vana se limitata ad un solo settore della vita associata.

La codificazione – ovvero l'introduzione di una legislazione moderna,

dicotomicamente le due categorie codice/consolidazione, che porta a forzare le esperienze normative disomogenee entro l'uno o l'altro campo. Una forte critica è presente in G. ASTUTI, *Legislazione e riforme in Piemonte nei secoli XVI-XVIII*, in Id., *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, Raccolta di scritti a cura di G. Diurni, vol. II, Napoli 1984, pp. 610-611, ma soprattutto vedi U. PETRONIO, *Una categoria storiografica da rivedere*, in *Quaderni fiorentini*, 1984, pp. 705-717, e, in adesione cfr. I. SOFFIETTI, *Les sources du droit dans la législation du Royaume de Sardaigne au XVIII siècle*, in P. VILLARD, J.M. CARBASSE (Éd.) *L'unité des principaux États européens à la veille de la Révolution*, Paris 1992, pp. 252-253; M. ASCHERI, *Dal diritto comune alla codificazione: tra storia e storiografia*, in *El dret comú i Catalunya*, ed. A. Iglesia Ferreirós, Barcelona, Fundació Noguera, 1993, pp. 71-83; G.S. PENE VIDARI, *L'attesa dei codici nello Stato sabaudo della Restaurazione*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, vol. LXVIII, 1995, p. 124, nota 79; E. SPAGNESI, *Iurisprudencia, stilus, au(c)toritas*, in C. ALZATI (a cura di), *Cristianità ed Europa. Miscellanea di studi in onore di Luigi Prodocimi*, vol. II, Roma-Freiburg-Wien 2000, pp. 135-158.

²⁹ Cfr. V. CRESCENZI, *Compilazioni del diritto e diritto vigente*, in *El Dret Comú I Catalunya*. Actes del XI Simposi Internacional Barcelona, 20-22 de Mayo de 2004, Barcelona 2005, p. 197.

³⁰ Cfr. A. MARONGIU, *L'ultima legge delle citazioni e la sua diretta ispirazione*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, vol. III, Milano 1969, p. 1210.

uguale per tutti e in tutte le parti del paese –, non si realizzò, dunque, non perché non fosse stata concepita, ma perché sarebbe stata indubbiamente un atto rivoluzionario inattuale, antistorico. Gli ostacoli erano talmente tanto gravi da apparire insuperabili, non solo dal punto di vista teorico, vale a dire dogmatico-scientifico, dell'eliminazione o meglio della sostituzione del diritto romano con un diritto nuovo e della creazione di nuovi corpi di leggi ispirati, per usare le parole di Marongiu, al «genio nazionale» dei rispettivi Paesi, ma dal punto di vista delle strutture territoriali e sociali, culturali e politiche dei singoli Stati³¹.

2. Disciplina delle allegazioni in alcuni ordinamenti pre-moderni

I primi interventi diretti del potere assoluto nella problematica situazione delle fonti giuridiche consistevano in provvedimenti autoritativi intesi a limitare le allegazioni in giudizio e le citazioni nelle sentenze, delle *opiniones* dei giuristi. In realtà, gli avvocati abusavano in modo eccessivo nell'accrescere a dismisura le loro allegazioni, anche inopportunamente, con citazioni di autori; di conseguenza, i loro scritti erano diventati non solo inutili ma anche dannosi, atti solo a disorientare il giudice che, nella varietà delle opinioni divergenti veniva spesso indirizzato su strade diverse da quella del "giusto giudizio". Occorreva, dunque, prevenire e reprimere allo stesso tempo. Pertanto, allo scopo di vietare che si utilizzassero in giudizio opinioni dottrinarie di discutibile valore e citazioni arbitrarie di testi della tradizione, la facoltà di avvocati e giudici di richiamarsi all'autorità dei 'dottori' di diritto comune per risolvere il caso, anche al fine di semplificare le argomentazioni con l'alleggerimento delle allegazioni, venne limitata esclusivamente a pochi e grandi nomi di giureconsulti.

Disposizioni di questo genere non erano certamente nuove nella storia del diritto, dal momento che l'esigenza di porre un freno alle false citazioni e alla confusione che regnava nei tanti testi dottrinali, soprattutto per l'impossibilità di reperire i testi originali, era stata avvertita anche in epoca romana. Come è ampiamente noto, già nel 426 d.C., l'imperatore Valentiniano III aveva emanato, nella parte occidentale dell'Impero, una costituzione (recepita poi in Oriente da Teodosio: CTh. 1.4.3)³², denominata

³¹ *Ivi*, p. 1211.

³² CTh. 1.4.3: *Papiniani, Pauli, Gai, Ulpiani atque Modestini scripta universa firmamus*

dalla dottrina moderna «legge delle citazioni», con la quale si affidava la decisione dei punti di diritto più controversi ad una sorta di «tribunale dei morti»³³, così definito in quanto riconosceva solo ai giureconsulti classici, la piena autorevolezza delle opinioni, destituendo di ogni prestigio gli sviluppi più recenti della scienza giuridica³⁴. Con questo celebre provvedimento si stabiliva che gli avvocati potessero citare nei tribunali, a sostegno delle ragioni addotte dalle parti processuali, solo le opinioni espresse da cinque giureconsulti: Gaio (II sec. d.C.), Papiniano, Paolo, Ulpiano e Modestino (III sec. d.C.). Tuttavia sarebbero stati ammessi altri pareri solo se provenienti da giuristi a loro volta citati dai cinque e a condizione che venisse esibito il manoscritto originale del brano richiamato.

Se in ciò la norma si limitava, probabilmente, a riconoscere in via ufficiale quanto nella realtà dei fatti già accadeva da tempo³⁵, essa predispondeva anche un meccanismo per risolvere i casi in cui le opinioni dei cinque giuristi risultassero in disaccordo: a prevalere doveva essere l'opinione maggioritaria o altrimenti quella di Papiniano (quando né l'una né l'altra soluzione era possibile, il giudice avrebbe allora potuto scegliere liberamente).

ita, ut Gaium quae Paulum, Ulpianum et ceteros comitetur auctoritas lectionesque ex omni eius corpore recitentur. Eorum quoque scientiam, quorum tractatus atque sententias praedicti omnes suis operibus miscuerunt, ratam esse censemus ut Scaevolae, Sabini, Iuliani atque Marcelli omniumque, quos illi celebrarunt, si tamen eorum libri propter antiquitatis incertum codicum collatione firmentur. Ubi autem diversae sententiae proferuntur, potior numerus vincat auctorum, vel, si numerus aequalis sit, eius partis praecedat auctoritas, in qua excellentis ingenii vir Papinianus emineat, qui ut singulos vincit, ita cedit duobus. Notas etiam Pauli atque Ulpiani in Papiniani corpus factas, sicut dudum statutum est, praecipimus infirmari. Ubi autem eorum pares sententiae recitantur, quorum par censetur auctoritas, quos sequi debeat, eligat moderatio iudicantis. Pauli quoque sententias semper valere praecipimus.

³³ Si vedano per questo, A. CAVANNA, *op. cit.*, p. 248; A. MARONGIU, *Una legge delle citazioni e un «nuovo Giustiniano» nel Seicento*, in *Rivista italiana di diritto e procedura civile*, 1961, pt. II, p. 953.

³⁴ Cfr. L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo. II. Dalla crisi dello ius commune alle codificazioni moderne*, Torino 2010, p. 68. Sulla legge delle citazioni vedi tra gli altri, G. BASSANELLI SOMMARIVA, *La legge di Valentiniano III del 7 novembre 426*, in *Labeo*, vol. XXIX, 1983, pp. 280-313; E. VOLTERRA, *Sulla legge delle citazioni*, Roma 1983; M. DE BERNARDI, *La «legge delle citazioni» del 426 d.C. e l'art. 118 delle disposizioni per l'attuazione del vigente codice di procedura civile italiano*, in *Rivista di diritto romano*, vol. XIII, 2013.

³⁵ L'idea era già presente a Costantino che in due costituzioni, rispettivamente del 321 e del 328, dapprima invalidò le note di Ulpiano e Paolo contrastanti con quella di Papiniano (*C.Th.* 9.43.1) e poi accordò autorità all'opera del giurista Paolo e in particolare alle *Sententiae* che andavano sotto il suo nome (*C.Th.* 1.4.2). Cfr. L. LOSCHIAVO, *L'età del passaggio. All'alba del diritto comune europeo (secoli III-VII)*, Torino 2016, p. 54.

Lo stesso contenuto programmatico della legge di Valentiniano III e il medesimo fine di riportare ordine e chiarezza nella vita sociale e nei giudizi sconvolti dalla molteplicità e dalla contraddittorietà delle interpretazioni riappariranno anche nel mondo medievale, dando vita a statuizioni che si rifaranno appunto alla suddetta legge tardo-imperiale romana. Si trattava di vere e proprie ‘rudimentali’ leggi delle citazioni, da intendere come tentativi di soluzione di problemi contingenti e limitati, o per meglio dire senza eccessive aperture finalistiche e senza obiettivi più generali e certamente più elevati di codificazione, o perlomeno di semplice rinnovamento degli ordinamenti.

Con buona probabilità un primo esempio ci viene fornito da una disposizione contenuta in uno statuto cittadino bolognese, del quale però non è stato possibile reperire né il testo né la data della redazione, ma di cui comunque abbiamo notizia, grazie alle indicazioni attribuite al Cumano (Raffaele Raimondi 1377-1427) e riportate successivamente da Tommaso Diplovataccio (1468-1541), che peraltro visse a lungo nella città felsinea. Questi, infatti, nel suo *Opus de praestantia doctorum*, ricordava che:

Bononiae est statutum quod deficientibus statutis et consuetudinibus Iudex debeat iudicare secundum Jura romana et glossas ordinarias Accursii approbatas per ipsum³⁶.

Nella città di Bologna, dunque, in virtù di una disposizione statutaria vivevano in primo luogo gli statuti cittadini e le consuetudini, in secondo luogo, e cioè in mancanza di norme statutarie, il diritto romano e la Glossa di Accursio, ossia le glosse da questo approvate in quanto accolte nel suo apparato. Tesi questa, avvalorata dal Diplovataccio con il richiamo al cons. 93 del Cumano³⁷. Tuttavia, nell'edizione dei *Consilia* del Cumano da me consultata, il riferimento è a una disposizione dello statuto di Verona (di cui si parlerà a breve) e non di Bologna, e per di più questo riferimento si trova nel cons. 94 e non nel cons. 93, come riportato, nel testo di Diplovataccio³⁸.

³⁶ Cfr. T. DIPLOVATATI, *Opus de praestantia doctorum*, ed. Verlag von R.L. Prager, Berlin 1890, p. CLXVIII.

³⁷ Cfr. A. MARONGIU, *Legislatori e giudici di fronte all'autorità dei giuristi. Dalla legge delle citazioni all'art. 265 cpv. reg. gen. giud.*, in *Studi in onore di E. Besta*, vol. III, Milano 1939, p. 449.

³⁸ Si veda quindi, R. CUMANI, *Consilia sive responsa*, ed. Gasparem Bindonum, Venetiis 1576, f. 47vb.

Del resto il Fulgosio, nel cons. 201³⁹, dà una versione parzialmente diversa riferendola agli statuti di Verona. Questi statuti nella redazione del 1450, riveduta sotto la dominazione veneziana⁴⁰, effettivamente nel libro II, contengono il capitolo 152, che oltre ad Accursio coinvolge Dino del Mugello.

Il capitolo in questione – rubricato *De allegationibus advocatorum dandis in scriptis consultori et de causis exprimendis per consultorem in suo consilio et secundum ipse consultor debeat iudicare* – disponeva che i Consiliarii fossero tenuti a:

dicere et exprimere causas, propter quas consulunt, et etiam expressare certam absolutionem vel condemnationem

e che:

dictus Consultor [il soggetto qui diventa singolare] teneatur consulere secundum formam Statuti primi huius libri videlicet. Primo secundum Statuta et consuetudines Civitatis Veronae et, eis deficientibus secundum iura Romana, et glosas ordinarias Accursii, per ipsum approbatas; et in quantum sibi ad invicem contradicerent, tunc consulatur secundum illam glosam quam Dinus approbat; et Consultor, qui consilium dederit contra praedicta, teneatur et obligatus sit parti laesae ad damnum, expensas et interesse, pro quibus conveniri possit coram D. Potestate Veronae, eiusque Vicario breviter et summam sine strepitu et figura iudici [...]⁴¹.

In sintesi, secondo la sostanza della norma, il consultore, ovvero colui che, studiate le cause, proponeva al giudicante il contenuto della sentenza da emettere, doveva seguire, in primo luogo, gli statuti e le consuetudini della città di Verona; in secondo luogo, quando né gli statuti né le consuetudini contenevano norme sull'argomento in discussione, il diritto romano e

³⁹ Cfr. R. FULGOSIJ, *Consilia*, ed. Gasparem Bindonum, Venetiis 1576, f. 245ra.

⁴⁰ Secondo quanto ci riporta Marongiu, il testo che a breve riporteremo è, nella redazione del 1393, il cap. 130, dello stesso libro II, dello Statuto riformato sotto la signoria di Gian Galeazzo Visconti, che riproduce nella sua prima parte uno degli *Statuta nova* compilati nel 1371 dai *Sapientes* del Comune, mentre nella seconda parte è invece nuovo del tutto. Cfr. A. MARONGIU, *Legislatori e giudici* cit., pp. 449-450.

⁴¹ Cfr. *Statuta magnificae civitatis Veronae*. Additis eiusdem Civitatis, Privilegiis, et Partibus, ac decretis quibusdam Illustr. Domini Venetiarum, cap. CLII, ed. Sebastianum à Donnīs, Veronae 1582, f. 125.

la glossa accursiana; infine, ovvero quando la glossa appariva contraddittoria, la soluzione data da Dino, probabilmente nel suo trattatello *De Glossiis contrariis*⁴², tradizionalmente attribuitogli. Le citazioni, venivano, dunque, in questo caso, ridotte al minimo; ma la norma statutaria in questione, per dirla con il Marongiu, assume un'importanza straordinaria come «documento sullo stato della dottrina e della pratica giuridica di questo periodo di transizione tra il [...] regno della Glossa e [...] l'impero della più spigliata e più ricca e varia e conquistatrice dottrina di Bartolo e della sua scuola»⁴³. Essa mostra, ancora alla fine del XIV secolo e dopo le «insuperabili creazioni dottrinali» di Bartolo e Baldo, la piena fiducia e la grande considerazione riposta nella Glossa e ci dà conferma ancora una volta di quanto rilevato dal Savigny, vale a dire che «benché amanuensi e privati possessori dell'opera accursiana andassero sempre aggiungendo ai manoscritti ulteriori annotazioni e giudizi, pure, gli scrittori ricorrevano sempre alle glosse originali»⁴⁴.

Queste forme di selezione e di uso controllato delle *opiniones* dottrinali, da una parte denunciano una forte matrice antigiusprudenziale attiva in un ordinamento in cui il problema della certezza del diritto si impone in termini di particolare drammaticità, mentre dall'altra testimoniano molto chiaramente il ruolo dominante della giurisprudenza, la sua persistente indispensabilità, e l'autorità, soprattutto dei grandi giuristi, nella pratica⁴⁵. Il problema è sicuramente generale, non riguardando più solo questa o quella città: è un problema comune, come comune è lo stesso sistema in vigore.

Ecco allora che, in base ad una logica non differente, rispetto alla precedente e celebre costituzione imperiale, il potere politico nell'età moderna cerca di interpretare questo disagio e disponendo, con leggi delle citazioni, la selezione e l'uso corretto delle opinioni dottrinali nella pratica forense, tenta di arginare la degenerazione del sistema⁴⁶.

Esempi di primi provvedimenti legislativi in tal senso ci vengono dalla penisola iberica. In Spagna, una *Prammatica* di Juan II di Castiglia,

⁴² Cfr. *Singularia doctorum in utroque iure excellentium*, vol. II, Francoforte 1596, p. 234 ss.; *Tractatus universi iuris*, Francoforte 1596, tom. XVIII, f. 186; *Biblioteca Enciclopedia Italiana*, Milano 1834, p. 439.

⁴³ Cfr. A. MARONGIU, *Una legge delle citazioni cit.*, pp. 956-957.

⁴⁴ Così F.C. SAVIGNY, *Storia del diritto romano nel Medio Evo*, vol. II, Gianini e Fiore Editori, Torino 1857, p. 388.

⁴⁵ Cfr. L. LOMBARDI, *op. cit.*, pp. 120-121.

⁴⁶ Cfr. M. ASCHERI, *I giuristi, l'umanesimo e il sistema giuridico dal medioevo all'età moderna*, in *El dret comú i Catalunya*, ed. Aquilini Iglesia Ferreirós, Estudis 3, Fundació Noguera, Barcelona 1992, p. 156.

proibì – nel 1427 per il León e nel 1433 per la Castiglia – l'allegazione di civilisti e canonisti italiani posteriori a Bartolo da Sassoferrato e Giovanni d'Andrea⁴⁷:

[...] opinión nin determinación, nin decisión nin dicho nin actoridad nin glosa de qualquier doctor nin doctores nin de otro alguno, así legistas como canonistas, de los que han seído fasta aquí después de Juan Andrés e Bartolo, nin otrosí de los que fueren de aquí adelante⁴⁸;

nel 1499 una *Prammatica* dei re cattolici di Spagna (Ferdinando d'Aragona e Isabella di Castiglia), rimasta in vigore solo pochi anni, fino al 1505, indicò che in caso di silenzio della legge, quali uniche autorità si potessero citare Bartolo da Sassoferrato per il diritto civile, e Giovanni d'Andrea, per il diritto canonico, aggiungendo che:

en defecto dela opinion de Juàn Andrés de derecho canonico: se pueda alegar la opinion del abad de Cicilia: y en leys en defecto de Bartolo se pueda alegar Baldo⁴⁹;

dunque, «nel silenzio di Giovanni d'Andrea» si sarebbe potuto allegare «l'opinione dell'abate palermitano (Nicolò Tedeschi)» e per il diritto civile, in caso di mancanza dell'opinione di Bartolo, quella di Baldo degli Ubaldi⁵⁰.

Più severi, nei riguardi della scienza giuridica tradizionale, risultarono i successivi provvedimenti del 1505, detti *Leyes de Toro*, in cui si disponeva che i casi dubbi non dovessero più essere risolti ricorrendo alle autorità dei quattro insigni giuristi italiani, bensì mediante il diretto ricorso al sovrano. Ma questo provvedimento regio non trovò puntuale applicazione

⁴⁷ *Ivi*, p. 155.

⁴⁸ M.A. PÉREZ DE LA CANAL, *La Pragmática de Juan II, de 8 febrero de 1427*, in *Anuario de historia del derecho español*, vol. XXVI, 1956, p. 659 ss.; A. GARCIA-GALLO, *Manual de historia del derecho español*, Madrid 1971, p. 230 ss.

⁴⁹ A. DIAZ DE MONTALVO, *El fuero Real de Espana glossado*, Salamanca 1569, f. 24v; *Leyes por la brevedad y orden de los pleytos* (1499), cap. 13, Edición facs. de la Universidad de Granada, 1993; S.M. CORONAS GONZÁLES, *Alegaciones e Informaciones en Derecho (porcones) en la Castilla del Antiguo Régimen*, in *Anuario de Historia del derecho español*, vol. LXXIII, 2003, pp. 165-192, in particolare p. 175.

⁵⁰ Cfr. A. MARONGIU, *Legislatori e giudici cit.*, pp. 452-453; ID., *L'ultima legge cit.*, pp. 1211-1212; G. ERMINI, *Corso di diritto comune*, I, *Genesi ed evoluzione storica, elementi costitutivi – Fonti*, Milano 1989, pp. 113-114; L. SOLIDORO MARUOTTI, *op. cit.*, p. 68.

nella pratica forense⁵¹. Al contrario, rimasero lungamente in vigore fino alle codificazioni e recepite poi dal Brasile, già colonia portoghese, anche dopo il distacco dal governo di Lisbona, gli interventi regi portoghesi; mi riferisco alle *Ordenações Manuelinas* del 1521, e alle *Ordenações Filipinas* del 1603, intesi a vincolare i giudici esclusivamente alle allegazioni della Glossa e di Bartolo⁵².

3. La costituzione di Francesco Maria II della Rovere: la legge delle citazioni di un nuovo “Giustiniano” del Seicento

La questione, dunque, si rivelava molto grave e complessa, ed il problema si presentava per i tempi insolubile, dal momento che la confusione non appariva solo negli insegnamenti dei giuristi, ma anche, e forse più, nella molteplicità delle fonti del diritto, scritte e non scritte, generali e particolari. I tempi non erano però ancora maturi per una riforma che si rivelasse imponente ed impegnativa, e lo dimostrano, tra le altre cose, anche le incertezze di un sovrano di un piccolo Stato, come il ducato di Urbino, Francesco Maria II della Rovere che, molto sensibile e allo stesso tempo altrettanto sollecito al bene dei suoi sudditi, avrebbe voluto adottare anche lui una soluzione⁵³, indubbiamente radicale e definitiva, quale il divieto ai giudici e agli avvocati di tener conto, sia nel sentenziare sia nel difendere, di altro se non del diritto così come scaturiva direttamente dai testi del *Corpus iuris civilis* e del *Corpus iuris canonici*, nonché dagli statuti e decreti dello Stato. Ma non sarebbe stata cosa certamente facile; il rinunciare al contributo della scienza che costituisce la sostanza dell’esperienza giuridica si sarebbe rivelato veramente arduo e forse anche deleterio⁵⁴. Un divieto di tal fatta, ovvero quello di citare e prendere in considerazione le autorità dottrinali, avrebbe potuto essere imposto solo a complemento di una compilazione o

⁵¹ Per questo si veda, A. CAVANNA, *op. cit.*, p. 248.

⁵² Vedi P. TIAGO FERREIRA, *O Humanismo jurídico en Portugal*, in Data Venia. *Revista jurídica digita*, vol. 4, 2016, n. 5, pp. 135-148; L. LOMBARDI, *op. cit.*, p. 120; G. ERMINI, *Scritti di diritto comune*, a cura di D. Segoloni, vol. II, Perugia 1980, p. 126; A. MARCHISELLO, *La ragione del diritto. Carantonio Pilati tra cattedra e foro nel Trentino del tardo Settecento*, Milano 2008, p. 140.

⁵³ Cfr. L. FIRPO, *Lo Stato ideale della Controriforma. Ludovico Agostini*, Bari 1957, p. 194.

⁵⁴ Per approfondimenti, vedi A. MARONGIU, *Una legge delle citazioni cit.*, p. 960.

di un codice di leggi. Farlo prima sarebbe stato impossibile e assurdo; ecco perché allora il Duca di Urbino finì per ripiegare su posizioni meno avanzate, formulando una sua «legge delle citazioni» che, sostiene il Marongiu, pur essendo un rimedio utile ed assennato, non potrà essere certamente considerato all'avanguardia. Sempre secondo il Marongiu, infatti, come la norma statutaria veronese, anche questa segnava un ritorno all'antico, e per la precisione, mentre la statuizione veronese tornava indietro di circa un secolo, questa per ciò che riguardava i giudizi civili tornava indietro di un secolo e mezzo circa; relativamente ai giudizi penali, la misura non poteva essere certamente considerata radicale, in quanto non si poteva sicuramente negare un posto preminente alla letteratura più recente in materia, impersonata da Egidio Bossi e da Giulio Claro⁵⁵.

Il provvedimento di cui parliamo consiste nella costituzione data appunto da Francesco Maria II della Rovere il 26 febbraio 1613 a Pesaro, da tempo effettiva capitale del ducato urbinato. Si tratta di una legge non solo ampia e particolareggiata, ma contenente riferimenti diretti e specifici sia alle decisioni dei giudizi civili sia a quelle dei giudizi penali. Parte della dottrina ritiene che detta costituzione sia rimasta in vigore fino al 1631⁵⁶, anno della devoluzione del ducato allo Stato Pontificio⁵⁷. In realtà, con il *Primo Bando pubblicato dopo la devoluzione delli Stati d'Urbino alla Santa Sede, con la conferma dei Decreti ducali*, emanato il 28 aprile 1631 da Lorenzo Campeggi, vescovo di Senigallia e governatore di tutti gli stati e i domini del ducato feltresco, si sancisce che tutti i Decreti, Ordini e Costituzioni, emanati dal Duca e dai suoi predecessori, dopo essere stati cassati e dichiarati privi di efficacia, si devono intendere come nuovamente promulgati integralmente, senza soluzione di continuità quanto al loro vigore, ma rinnovati per effetto dell'autorità pontificia.

⁵⁵ Cfr. A. MARONGIU, *Legislatori e giudici cit.*, p. 458.

⁵⁶ Vedi tra gli altri A. CAVANNA, *op. cit.*, p. 248; L. SOLIDORO MARUOTTI, *op. cit.*, p. 68; E. GRAU, *Interpretación y aplicación del derecho*, Madrid 2007, p. 245. *Contra*, vedi A.M. GIOMARO, *Ancora sul collegio dei dottori di Urbino. Rassegna di fonti e documenti editi ed inediti*, in *Studi Urbinati, Nuova Serie A*, vol. 64, n. 3-4, 2013, pp. 249-250, che dubita e si mostra fortemente critica riguardo ciò, per lo meno nella prassi.

⁵⁷ Per ulteriori approfondimenti inerenti le incertezze e le problematiche per la città di Urbino come conseguenze della devoluzione allo Stato Pontificio, si veda P. DE CRESCENTINI, *Sulle origini della storia del tribunale di Urbino*, in A.M. GIOMARO, P. DE CRESCENTINI, *Breve traccia per una storia dell'avvocatura urbinata*, in *Studi Urbinati, Nuova Serie A*, vol. 61, n. 1-2 (monografico), 2010, p. 35 ss.

[...] E se bene per la morte del già Signor Duca Francesco Maria Sesto, & ultimo Duca di Urbino, e per la devoluzione, e ritorno delli Stati sudetti alla Santa Romana Chiesa, & al prenomato Santissimo Signor Nostro, tutti i Decreti, Ordini, e Constitutioni, tanto da S.A., ò con suo nome, & autorità, quando fù in vita, quanto da suoi Predecessori promulgati, restano hora privi del loro valore, e senz' alcuna efficacia, irriti, e nulli; Nondimeno per giuste, e ragionevoli cagioni, che muovono l'animo nostro; Col presente Editto, e con l'autorità, che ne habbiamo dalla medesima Santità Sua, e sino che altrimenti sarà provisto, & à beneplacito, e non altrimenti, innoviamo, e di nuovo statuendo, & ordinando promulghiamo tutti, e singoli Decreti, Constitutioni, & Ordini sudetti: Volendo, e comandando, che per l'avvenire, & à beneplacito, come sopra, siano da tutti, e singoli, à chi spetta, osservati, guardati, e custoditi, come Decreti, Ordini, e Constitutioni con la suddetta autorità di Nostro Signore fabricati, e promulgati; E ciò in quanto convengano con l'immunità, e libertà Ecclesiastica, e con i Sacri Canonì, Concilij, e Constitutioni Apostoliche, e non altrimenti. [...] ⁵⁸.

Questa validità sarà ulteriormente confermata da un altro editto emanato dal Cardinal Legato Altieri, e datato Urbino 25 agosto 1675 ⁵⁹.

La costituzione di cui parliamo, il cui contenuto sarà riportato di seguito, è stata rinvenuta 'fortunosamente' più che 'fortunatamente', secondo quanto nota il Marongiu, presso la Biblioteca Vaticana, in un foglio volante a stampa, incollato sul lato interno della guardia anteriore di una copia degli Statuti di Pesaro, nell'edizione del 1531 ⁶⁰. Di questa costituzione non sembra esservi conservata altra testimonianza (a parte quella di cui diremo tra poco); il Marongiu, in particolare, afferma che non è presente né nella raccolta delle *Constitutiones Ducatus Urbini Collectae* ⁶¹ di Campelli, né nella raccolta manoscritta della Biblioteca Universitaria di Urbino, nello stato delle cose in cui si trovava quando il Marongiu pubblicò il suo saggio, né

⁵⁸ Cfr. *Decreta Constitutiones, Edicta, et Bannimenta Legationis Urbini*, Nunc primum in lucem edita iussu Eminentissimi, et Reverendissimi Cardinalis Astallii Legati, Typis Dominicis, & Fratrum de Gottis, Pasauri 1696, pp. VIII-IX.

⁵⁹ Cfr. *Decreta Constitutiones, Edicta, et Bannimenta Legationis Urbini* cit., p. XI.

⁶⁰ Va segnalato che presso la Biblioteca Vaticana alla segnatura R. I, II, 761, cui fa riferimento il Marongiu, corrisponde un'edizione degli *Statuta civitatis Pisauri noviter impressa*, per Baldassarrem de Carthularis, edita a Pesaro nel 1531 e non nel 1535 come riportato dall'Autore nel suo *Legislatori e giudici* cit., p. 457.

⁶¹ Ci riferiamo a S. CAMPELLI, *Constitutiones Ducatus Urbini collectae et adnotationibus illustratae*, apud Franciscum Gonzagam prope sanctam Mariam in via Lata, Romae 1709.

nonostante lo stesso Autore non lo dica espressamente, tra le Costituzioni rimaste in vigore dopo la devoluzione e pubblicate nei *Decreta, constitutiones, edicta, bannimenta legationis Urbini* del Cardinal Astalli⁶².

È doveroso allora domandarsi se si tratti di un'omissione casuale, di una semplice dimenticanza, oppure di un'omissione voluta: infatti, la costituzione di Francesco Maria II era un provvedimento fortemente innovativo sia dal punto di vista ideologico sia da quello formale. Non siamo in grado di dare una risposta in questa sede. Però una sola cosa è chiara, ed è il motivo profondo che sta alla base sia di questo testo normativo sia degli altri, di cui ci occuperemo in seguito nel corso del presente lavoro, e cioè il bisogno di semplificare un ordinamento determinato da una molteplicità di fonti normative vigenti e, allo stesso tempo, di ridurre la possibilità degli avvocati di citare nelle loro allegazioni le opinioni dei dottori, e dei giudici di pronunciare la sentenza in base alle stesse opinioni, da cui derivava in genere una grande incertezza del singolo operatore giuridico nel coordinamento delle fonti, ossia nell'accertamento del diritto preminente da applicare al caso, nel ritrovamento della norma in quel diritto e nell'interpretazione della norma medesima.

Fortunatamente, però, il testo della costituzione di Francesco Maria II è contenuto nella raccolta di *Decreti Bandi e provvedimenti ducali per il territorio del Ducato di Urbino dal 1537 al 1637. Con aggiunti i Bandi dei Legati pontifici dal 1637 al 1667*, tramandata da un manoscritto dei secc. XVI e XVII, acquistato dall'Università di Urbino da privati nel 1952⁶³ (il che spiega il fatto che non fosse conosciuto dal Marongiu che scriveva nel 1937). È da tale manoscritto urbinato che Anna Maria Giomaro lo ha tratto e pubblicato insieme ad altri documenti editi ed inediti relativi alla storia dell'Ateneo feltresco nel 2013⁶⁴.

Di seguito il testo della Costituzione secondo i due esemplari:

⁶² La suddetta raccolta fu in seguito commentata da Solone Campelli che l'aveva già realizzata come uditore del cardinal Astalli ed ha il titolo di *Constitutiones Ducatus Urbini collectae et adnotationibus illustratae*. Papa Clemente XI la approvò e la dichiarò obbligatoria. Cfr. F. SCHUPFER, *Manuale di storia del diritto italiano. Le fonti*, Roma-Torino-Firenze 1904, p. 647.

⁶³ Cfr. L. MORANTI (a cura di), *Inventari dei manoscritti delle Biblioteche d'Italia*, Biblioteca Universitaria di Urbino, LXXX, Firenze 1954, p. 34.

⁶⁴ A.M. GIOMARO, *Ancora sul collegio dei dottori* cit., p. 249 e p. 365.

Testo Biblioteca Vaticana	Testo Biblioteca Università di Urbino
Il Duca d'Urbino etc. Se bene per facilitare l'ispeditione delle liti sono state da Noi molte provisioni, e parendosi quelle non essere ancora bastanti a dare sicuro rimedio a tante lunghezze. Ci siamo risoluti di provare anco questa, che è di levare à Giudici, e Professori di legge l'incertezza nella quale molte volte si trovano per la varietà dell'oppinioni di tanti, che hanno scritto in questa professione, e così restringendo il numero di essi, ridurlo solo a quelli che vengono riputati più necessarij per apprendere la vera teorica, et intelletto de Testi, à quali principalmente si deve attendere: Per tanto vogliamo che per l'avvenire, sin che a Noi piacerà, nelle cause tanto civili, quanto criminali, non si possi a i Tribunali de nostri Giudici valersi nel sententiare, et alegare in iure, di altro, che del semplice Testo, Glosa et letture de Bartolo, Baldo, Paolo di Castro, Alessandro, Iasone & Imola, Statuti e Decreti dello Stato; non proibendo però, che, oltre i sodetti, non possino i Giudici et Deffensori de Rei valersi nelle cause criminali della pratica del Gandino, dell'Angelo, del Bossio e Claro. Sotto pena al Giudice che contraverà della privatione dell'Uffitio, agl'Avocati e Procuratori della privatione dell'esercitio della professione loro, et alla Parte della perdita delle ragioni d'applicarsi alla parte osservante etc. In Pesaro à 26 Febraro MDCXIII Stephanus Minius Franciscus Bellutius Silvanus Galantes	D. U. Sopra l'Allegare i Dottori Se bene et cet. che per l'avenire sin che a noi piacerà nelle cause tanto Civili quanto Criminali, non si possino tribunali de nostri giudici valersi nel sententiare et allegare in iure di altro che del semplice testo, glossa, et Letture del Bartolo, Baldo, Paolo di Castro, Alesandro, Iasone, et Imola, statuti, e decreti dello Stato, non proibendo però che oltre i suddetti non possino i Giudici e diffensori de Rei valersi nelle cause criminali della pratica del Gandino, dell'Angelo, del Bossio e Claro, sotto pena al Giudice che contraverrà della privation dell'offitio. Agli Avocati e Procuratori della privation dell'esseritio della proffessione loro, et alle parti della perdita delle raggioni, d'applicarsi alla parte osservante⁶⁵. Datum Pisauri die 26 feb. 1613 Min(iu)s Bell(utiu)s

⁶⁵ *Decreti Bandi e provvedimenti ducali per il territorio del Ducato di Urbino dal 1537 al 1637. Con aggiunti i Bandi dei Legati pontifici dal 1637 al 1667*, in BuU., FU, vol. 160, f. 155v.

Tra i due testimoni c'è una sostanzialmente totale concordanza; infatti, a parte qualche variante grafica di scarso rilievo, l'esemplare urbinato omette integralmente la motivazione del provvedimento, presente invece nell'esemplare vaticano. Peraltro, nella motivazione della costituzione sono richiamate precedenti "provisioni", poste in essere per «facilitare l'ispezione delle liti», che però a parere del Duca non avevano raggiunto i risultati sperati; di tali precedenti disposizioni non si dà alcun riferimento né cronologico né di qualsiasi altro tipo. Comunque, siamo riusciti a reperire alcune di esse⁶⁶ nella già citata raccolta di *Constitutiones Ducatus Urbini* del cardinal Astalli. Dalla loro lettura appare ben visibile come i tentativi di rendere più spedite le controversie, con interventi che però riguardavano esclusivamente norme e formalità dei processi, ovvero, solo per fare qualche esempio, l'abbreviazione dei termini probatori, la riduzione delle eccezioni e dei termini per rispondere ecc., senza affrontare, come si farà con la costituzione del 1613 di Francesco Maria II, il problema della struttura delle fonti, si erano rivelati completamente inefficaci. Un solo punto accumuna, però, queste "provisioni", ovvero questi precedenti provvedimenti, essenzialmente processuali, e la costituzione del 1613: vale a dire, la pena stabilita in caso di loro inosservanza e cioè la «privazione dell'offitio» per i giudici e dell'«esercizio della professione» per gli avvocati.

Della costituzione feltresca aveva già dato notizia, nel 1654, l'inglese Arthur Duck⁶⁷, da cui si evince che, con buona probabilità, l'Autore non ne conoscesse il testo⁶⁸, dato che la citazione oltre ad essere di rimando⁶⁹, appare in alcuni punti inesatta ed incompleta:

⁶⁶ Intendo riferirmi alla "provisione" emanata a Pesaro il 9 gennaio 1579; a Urbino il 15 luglio 1594; a Casteldurante il 9 novembre 1599; a Urbino il 18 agosto 1603, ed infine sempre ad Urbino l'8 ottobre 1610.

⁶⁷ Cfr. A. DUCK, *De usu & auctoritate juris civilis romanorum, per dominia Principum Christianorum*, lib. II, cap. III, § XXV, ed. anastatica Forni, Bologna 1971 [riprod. dell'ed. Thomas Dring, Londini 1689], pp. 172-173; A. MARONGIU, *L'ultimo Duca d'Urbino e la sua "legge delle citazioni"*, in *Studi Urbinati*, vol. XI, n. 3-4, 1937, p. 1.

⁶⁸ Il Marongiu sostiene che il Duck non ne conosceva il testo giacché ne indicava soltanto un particolare di poco conto, ossia che a norma di tale legge i giudici avrebbero dovuto, nel formulare le loro sentenze, ignorare ogni altra autorità dottrinale, eccetto, in sede penale, il *De maleficiis tractatus* di Angelo Aretino. Cfr. A. MARONGIU, *L'ultima legge cit.*, p. 1203.

⁶⁹ In nota 105 al testo si legge: «Avity. in descript. Ducat. Urbin. § gouvernement», in altre parole, tratto da P. D'AVITY, *Description générale de l'Europe avec tous ses empires, royaumes, estats et républiques*, t. II, ed. Paris 1637, p. 907.

Et Urbini pariter & Parmae Ius Civile in Judiciis observatur, nullique praeter Iuris Civilis Professores ad Ius dicendum admittuntur; & in Dominiis Ducis Urbini illud singulare est, quod Advocati possint coram Senatu tantum allegare Leges Iustinianae, & ex Doctoribus solos Accursium, Bartolum, Baldum, Aronem, Alexandrum, Castrensem & Iasonem, in criminalibus solum Angelum de Maleficiis; Iuris Canonici vero Interpretum omnium possunt auctoritate uti.

Riguardo le imprecisioni contenute nel testo, appare ben evidente la presenza tra i giuristi che possono essere citati di un tal “Aronem”, che molto probabilmente potrebbe essere Azzone⁷⁰, giurista che tra l’altro non è affatto presente tra quelli indicati nel testo, già sopra riportato, della costituzione feltresca. Manca del tutto, inoltre, il nome del civilista e decretalista Giovanni da Imola. Per quanto riguarda il penale, si legge, infine, e del tutto impropriamente, che il Duca d’Urbino avesse vietato di addurre nelle cause altra autorità dottrinale eccetto quella di Angelo Gambiglioni (l’Aretino) e del suo trattato *De Maleficiis*⁷¹, mentre in realtà nella costituzione di Francesco Maria II della Rovere si nominavano oltre all’Aretino anche altri eminenti ed indiscutibili giuristi di diritto criminale, come Alberto da Gandino, Egidio Bossi e Giulio Claro.

La costituzione del Duca di Urbino è stata inoltre ignorata, almeno nel suo specifico contenuto, dallo stesso Ludovico Antonio Muratori, che nel suo trattato *Dei difetti della giurisprudenza*⁷², ne dà una rapida e sommarissima notizia. Infatti, rivolgendosi direttamente all’opinione pubblica per denunciare i mali della giustizia – individuati essenzialmente nella proliferazione incontrollata delle opinioni degli interpreti, nell’incertezza delle regole, nella lunghezza dei processi e in ultimo nell’arbitrarietà con cui il diritto veniva amministrato – e per proporre come rimedio un intervento del sovrano, che decidesse almeno le più frequenti controversie dubbie rac-

⁷⁰ Tra le varie edizioni dell’opera del Duck da me consultate, il nome di Azzone appare però solo nell’edizione pubblicata a Napoli nel 1719. In tutte le altre, vale a dire nell’edizione Lugduni Batav. 1659, in quella di Lipsia del 1676, ed in quella edita Londini: Thomas Dring, 1689, compare sempre “Aronem”.

⁷¹ Cfr. A. DUCK, *De usu & auctoritate cit.*, p. 173.

⁷² L.A. MURATORI, *Dei difetti della giurisprudenza*, ed. Giambattista Pasquali, Venezia 1742. Inoltre, G. ALPA, «Impossibil cosa è guarir da’ suoi mali la giurisprudenza». Note minime sul programma riformatore di Ludovico Antonio Muratori, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. XXX, n. 1, 2000, pp. 21-30; *Ib.*, (con il coordinamento di), *I difetti della giurisprudenza cit.*

coogliendo le relative soluzioni normative in un “codice”⁷³, valutava positivamente il «lodevole ripiego» adottato da Vittorio Amedeo II di Savoia, che in una delle sue costituzioni (quella del 1729), come vedremo in seguito, aveva proibito questa deplorable prassi, vietando perentoriamente ad avvocati e giudici di fare alcun riferimento, sia nelle difese sia nelle sentenze, all'autorità e agli insegnamenti dei giuristi⁷⁴, ed aggiungeva, citando però anche lui in maniera inesatta e di seconda mano: «[...] Questo medesimo ordinò ne' suoi Stati un Duca di Urbino [...]»⁷⁵.

Sicché, mentre riproduceva il testo della costituzione piemontese, non riportava il testo di quella urbinata, il che fa presumere che non ne avesse conoscenza diretta, in quanto ben diverso è il suo contenuto rispetto a quanto riportato dal Muratori.

Si può ritenere che, come la legge delle citazioni di Valentiniano III del 426, anche quella del Duca d'Urbino codificava probabilmente i risultati della pratica, recependo proprio l'autorità di coloro le cui opere si erano imposte sulla moltitudine dei giuristi che concorrono a formare la giurisprudenza di *ius commune*. Ciò non impedì ad esempio a Traiano Boccalini, scrittore contemporaneo e autore dei *Ragguagli del Parnaso*⁷⁶, di celebrare il Duca definendolo il «serenissimo principe de' letterati moderni», il «nuovo Giustiniano che Dio ha suscitato tra le genti per porre

⁷³ Il trattato si presenta come un *pamphlet* che può sembrare caratterizzato da un preciso atteggiamento antigiusprudenziale; però ciò non toglie che il Muratori resti un «asseritore della necessità e dell'utilità dell'interpretazione». Vi si possono individuare due parti. Nella prima, quella sicuramente più ampia, il *corpus* giustiniano viene considerato come una raccolta contenente molte regole di equità, ma tutt'altro che un'opera perfetta per le sue contraddizioni e le sue oscurità; l'attacco era però diretto contro i numerosi interpreti, tra loro continuamente discordi eppure assunti come oracoli per decidere le controversie, e contro i giudici, accusati di rendere le sentenze secondo la borsa o lo *status* degli interessati, secondo i rapporti di amicizia o di conoscenza o anche a caso. Dopo la critica il Muratori formulava una proposta riguardante l'intervento del sovrano, sia nell'apprestare un codice (inteso sempre nel senso che si è detto sopra), sia nel reclutare i giudici, insistendo sulla necessità che questi fossero soprattutto timorati da Dio, in modo tale da agire con coscienza pura. Nella seconda parte, invece, offriva un saggio dei contenuti che, per alcune materie, quali le donazioni, i testamenti e i fedecomessi, avrebbero potuto essere oggetto dell'intervento codificatorio del principe. Per questo vedi I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine* cit., pp. 351-352; inoltre, E. PATTARO, *Il pensiero giuridico di L.A. Muratori tra metodologia e politica*, Milano 1974, p. 3 ss.

⁷⁴ Cfr. L.A. MURATORI, *Dei difetti* cit., cap. X: *Se fosse ben fatto ed utile il ridurre tutta la Giurisprudenza al solo studio de i Testi delle Leggi*, p. 75.

⁷⁵ *Ivi*, p. 76; A. MARONGIU, *L'ultimo Duca* cit., p. 1.

⁷⁶ La seconda ed ultima “centuria” dei *Ragguagli* fu infatti composta nel 1613, e quella cui vogliamo riferirci è la penultima (ragg. XCIX).

fine e rimedio al disordine della giustizia» e che ha tratto «la sacrosanta giustizia fuori dalle tenebre di quella confusione nella quale l'hanno sepolta, con gl'infiniti sudori dei loro imbrogliati scritti, i malaccorti giureconsulti»; tanto che la legge viene considerata dallo stesso Autore alla stregua di un «santissimo editto», nel quale scorge una «risoluzione degna di eterna memoria» e ne addita i grandi vantaggi al fine di ridurre l'infinita durata e il costo dei giudizi⁷⁷.

Una fonte ispiratrice di questo provvedimento potrebbe essere ricercata forse nell'opera dell'ultimo cortigiano dei duchi di Urbino e fedele servitore della casa ducale, il giurista e letterato pesarese Ludovico Agostini (1536-1612), il quale, nella sua opera *Repubblica immaginaria*⁷⁸ in cui delineava con tratti ben precisi una figura di Stato ideale, non aveva mancato di rilevare che «le cose dubbiose di ragione (cioè di diritto) sono infinite per l'infinità delle opinioni de' dottori» e di proporre il rimedio a tale dubbiosità o incertezza «con decretare tutte le opinioni che infin qua si sono avute per dubbiose, il tutto riducendo in una sincera e leale verità, sempr'alla più pia e alla più onesta opinione aderendo»; e «per levare affatto l'arbitrio del giudice che in niun modo claudicar potesse sotto pretesto di ambigua disposizione legale», con l'ordinare che «in ogni caso, che così dubbioso avvenisse per la diversità degli accidenti delle cose, ricorrere si dovesse all'oracolo del prencipe, il quale, quando non potesse per somiglianza de' casi decretati

⁷⁷ Cfr. T. BOCCALINI, *De Ragguagli di Parnaso*, centuria II, ragg. XCIX, ed. Gio. Battista Bidelli, Milano 1614, pp. 426-427. Appare piuttosto sorprendente il fatto che, il suddetto ragguaglio che conteneva, oltre a tutta una serie di apprezzamenti, anche una chiara esposizione del contenuto del provvedimento legislativo, parafrasato a dovere e in linguaggio «fiorito» (invece di Glossa, ad esempio, utilizza il termine Chiosa) sia sfuggito del tutto al Muratori, che come abbiamo già avuto modo di sottolineare dava della costituzione feltresca un'idea del tutto generica ed imprecisa.

⁷⁸ L. FIRPO (a cura di), *La Repubblica immaginaria di Ludovico Agostini*, Torino 1957. Per la precisione occorre dire che il pesarese Ludovico Agostini, nella sua lunga attività di scrittore, non realizzò mai un'opera dal titolo *Repubblica immaginaria*, ma che detto titolo è stato dato convenzionalmente dal Manicardi prima e poi mantenuto dal Curcio, a quella sezione dei suoi farraginosi dialoghi de *L'Infinito*, nella quale egli espose con dovizia di dettagli le particolari strutture del proprio Stato ideale, menzionandolo più volte per l'appunto con l'espressione «repubblica immaginaria». Vedi pertanto, L. MANICARDI, *La «Repubblica immaginaria» di L. Agostini*, in *La Rassegna* (Genova), vol. XXXIV, 1926, pp. 1-10; C. CURCIO (a cura di), *Utopisti e riformatori sociali del Cinquecento: A.F. Doni, U. Foglietta, F. Patrizi da Cherso, L. Agostini*, Bologna 1941, pp. 145-207; Id., *Utopisti italiani del Cinquecento*, Roma 1944, pp. 119-171. Su Ludovico Agostini vedi *Dizionario Biografico dei giuristi italiani*, Bologna 2013, p. 14.

decidere fosse tenuto con la decisione del caso legislatare [...]»⁷⁹, vale a dire risolvere la questione legislativamente.

È necessario far presente, inoltre, che l'Agostini si era già occupato della questione inviando al papa Clemente VIII (Ippolito Aldobrandini, come lui feltresco e da poco insediato al soglio pontificio) un dettagliato ed organico programma di riforme giudiziarie. Il documento, una lettera datata 14 gennaio 1592, dal titolo "*Ordini e modi per riformare i tribunali di giustizia e per ischivar l'occasione delle liti*", aveva la forma di un progetto di legge distinto in 39 articoli e dettava norme precise per un radicale sfoltimento e per sveltire le procedure giudiziarie. Mirando alla speditezza, l'Autore proponeva che nei casi dubbi, in tema di fatto, si dovesse fare ricorso al responso della sorte; in tema di diritto, invece sarebbe dovuto entrare in gioco un criterio statistico abbastanza singolare, così formulato: «Dove sono per ogni parte le comuni opinioni, si divida per metà; dove per una parte sia la commune e l'altra dottori di maggiore autorità, la divisione si faccia per un terzo, applicando le due parti alla commune e un terzo all'altra; dove le autorità de' dottori siano giudicate indifferenti e in assai differente il numero de' dottori, la divisione si faccia per quarto, dando tre parti alla commune e un quarto all'altra parte»⁸⁰. Dunque, appare evidente come all'Agostini non premesse tanto l'eleganza dell'argomentare giuridico, quanto una sollecita soluzione delle controversie legali⁸¹.

La stessa questione era già stata personalmente dibattuta anche dal duca Francesco Maria II della Rovere, il quale in una sua lettera-circolare, di data probabilmente non di molto successiva a quella della redazione de *L'Infini-*

⁷⁹ L. FIRPO (a cura di), *La repubblica cit.*, p. 58.

⁸⁰ L. FIRPO, *Lo Stato ideale cit.*, p. 191.

⁸¹ A questo proposito, nelle cause lente per more, rinvii e incidenti, prevede che «ogni due mesi tanto i giudici quanto gli avvocati abbiano a patire una riduzione d'un sesto delle loro spettanze, così che in capo ad un anno non solo non percepiranno più mercede veruna, ma saranno tenuti agli interessi delle parti»: ciò vale ovviamente per le contese di diritto, poiché nel caso in cui la disputa sia di fatto, il giudice dovrà fissare un termine rigoroso per la presentazione delle perizie affidate agli «arbitratori, revisori, calcolatori, estimatori e simili». Contro le remore della procedura, non soddisfatto di avere già introdotto l'interesse, l'Agostini arrivava anche ad ipotizzare sanzioni, quando scriveva: «Le cavillazioni, li sotterfugi, le vanità e le moltiplicazioni degli atti siano aborriti, così come eziandio e maggiormente le appellazioni frivole e vane. Che per infami siano avuti coloro che le useranno e siano tenuti li giudici e i loro assessori a ributtarli e a condannare il procuratore, che così calunniosamente e ingiustamente e vanamente procederà, in uno scudo per volta, da pagarsi incontinente, sotto pena della sospensione dell'esercizio, ad arbitrio di esso giudice». *Ivi*, pp. 190-191.

to (1585-1590) da parte dell'Agostini, inviata con la sua consueta accortezza ai sette Vescovi del suo Stato per ascoltare il loro parere, aveva manifestato il desiderio, per abbreviare le liti, di realizzare un decreto «poiché gli altri fatti non giovano a niente» che «non si possa allegare, né sentenziare, se non coi testi soli e con li statuti o decreti», ma si era poi dovuto persuadere che la cosa sarebbe stata ben difficile da tradurre in atto («mi par che vi siano delle difficoltà»)⁸².

Ma nella realtà le esigenze politiche avrebbero imposto, ancora una volta, di ricorrere ad una soluzione di compromesso. Infatti, abbandonati del tutto i due programmi (quello dell'Agostini, di eliminare ogni dubbio risolvendo legislativamente gli innumerevoli punti controversi, e quello dello stesso Duca, di negare ogni possibilità di ricorso alla dottrina giuridica), la costituzione di Francesco Maria II adottava la classica e pur sempre efficace via di mezzo: avrebbe eliminato del tutto l'arbitrio del giudice mediante un ampio e rigoroso elenco di giuristi di rinomata fama; non proprio come, anche se in via subordinata, aveva proposto il giurista pesarese, ma solo in considerazione del valore dell'opera dei singoli giureconsulti⁸³.

Con il provvedimento ducale si introdusse, dunque, come si è mostrato sopra, un elenco tassativo delle fonti disponibili per giudici e avvocati nello svolgimento dei processi civili (il *Corpus iuris civilis*, le opere di Bartolo, Baldo, Paolo di Castro, Giasone del Maino, Alessandro Tartagni, Giovanni da Imola, statuti e decreti dello Stato) e penali (Alberto da Gandino, Angelo Aretino, Egidio Bossi, Giulio Claro), il tutto al conclamato scopo di limitare la stragrande autorità dei giuristi e di far fronte alla straordinaria confusione creata dalla contraddittorietà delle opinioni di questi⁸⁴.

La costituzione urbinata appariva, pertanto, in grado di suscitare una reazione che avrebbe senz'altro garantito la possibilità di raggiungere la certezza univoca delle norme, in due direzioni: da un lato avrebbe estirpato il male alle radici, eliminando ogni possibile motivo di ricorso all'autorità dei dottori, dall'altro, avrebbe comportato l'emanazione di nuove norme giuridiche, per cercare di attenuare i tanti inconvenienti dovuti all'incertezza del diritto.

⁸² *Ivi*, p. 194.

⁸³ Cfr. A. MARONGIU, *L'ultima legge cit.*, pp. 1215-1216.

⁸⁴ Cfr. L. MOSSINI, *Le citazioni dei giuristi*, Milano 1975, p. 33 ss.; A. CAVANNA, *op. cit.*, p. 249.

4. Le costituzioni piemontesi ovvero un compendio di diritto “patrio” di Vittorio Amedeo II

Già nei primi decenni del Settecento complessità e dispersione, e allo stesso tempo discordanza e “illeggibilità” (anche linguistica), delle fonti giuridiche cominciarono ad essere al centro di un ampio dibattito, che d’altra parte – come abbiamo già sottolineato – non mancava di precedenti. Una prima possibile via da percorrere, per ovviare a questi sempre più gravi inconvenienti, apparve quella, tra l’altro non nuova, delle consolidazioni, in alcune delle quali, certamente di grande rilievo per le ripercussioni che avrebbero avuto nel periodo successivo, può essere colto un ben più marcato accento antidottrinale.

Un primo intervento significativo ebbe luogo nel 1723 nello Stato sabaudo⁸⁵, nel quale come del resto in tutto l’Occidente europeo agli inizi

⁸⁵ Non si trattava certo della prima raccolta organica di legislazione sabauda: sin dal 1430 Amedeo VIII (duca dal 1391) aveva emanato i *Decreta seu Statuta*, nelle cui edizioni a stampa posteriori erano state pubblicate anche le integrazioni dei duchi successivi. Ad essi si erano aggiunti gli *Ordini nuovi* di Emanuele Filiberto, in un libro dei quali il sovrano dettò la disciplina essenziale del processo civile, nell’altro quella del processo penale. Non era certo una regolamentazione molto diversa da quella in atto nello *ius commune*, di cui spesso erano precisati e sintetizzati i meccanismi: era tuttavia più chiara, fatta propria dal principe e in quanto tale autoritariamente imposta a tutti i giudici dello Stato, non più esposta in latino ma in volgare, dettata soprattutto per velocizzare il processo. In Piemonte, inoltre, nel sec. XVII era stata redatta la raccolta privata effettuata dal Borelli, attuata – secondo il modello degli *Ordini nuovi* – con preminente ottica processuale. Sulla forma e lo stile da osservarsi nelle cause civili, vedi *Il libro terzo degli “ordini nuovi” di Emanuele Filiberto*, note e introduzione di C. Pecorella, Torino 1989. Cfr. inoltre, M. VIOIRA, *Le costituzioni piemontesi (Leggi e costituzioni di S.M. il Re di Sardegna), 1723-1729-1770*, I, *Storia esterna della compilazione*, Milano-Torino-Roma 1928; F. MICOLO, *Le Regie Costituzioni. Il cauto riformismo di una piccola Corte*, Milano 1984; G. ASTUTI, *Gli ordinamenti giuridici degli stati sabaudi*, in ID., *Tradizione romanistica* cit., p. 623 ss.; I. SOFFIETTI, *Le fonti del diritto nella legislazione del Regno di Sardegna nel XVIII secolo*, in *Rivista di Storia del diritto italiano*, vol. LX, 1987, pp. 255-265; A. MATTONE, «Leggi patrie» e consolidazione del diritto nella Sardegna sabauda (XVIII-XIX secolo), in I. BIROCCHI, A. MATTONE (a cura di), *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*, Atti del Convegno internazionale Alghero 4-6 novembre 2004, Roma 2006, pp. 507-538; G.S. PENE VIDARI, *Storia del diritto. Età medievale e moderna*, Torino 2014, p. 213. Sullo Stato sabaudo nel Settecento, tra i più recenti e in generale, vedi G. RICUPERATI, *Lo Stato sabaudo nel Settecento. Dal trionfo delle burocrazie alla crisi d’antico regime*, Torino 2001; W. BARBERIS (a cura di), *I Savoia. I secoli d’oro di una dinastia europea*, Torino 2007. Come fa notare Pene Vidari si tratta di un’ampia raccolta legislativa, che aveva pretese di territorialità ma che – tra eccezioni e riserve – restava timidamente ancorata al diritto comune, di cui riconosceva la superiorità sia ideologica che di principi generali. Cfr. G.S. PENE VIDARI, *Studi sulla codificazione in Piemonte*, Torino 2007, p. 35.

del Settecento, le fonti del diritto si erano incredibilmente moltiplicate⁸⁶, al punto che la legislazione vigente, a causa della sua vastità, era diventata di difficile per non dire impossibile controllo. Editti principeschi, statuti di terre e città, decisioni delle supreme magistrature, diritto comune e diritto della Chiesa costituivano le fonti del diritto in questi Stati; fonti che formavano una congerie di leggi con le quali si dettavano norme disparate, spesso incoerenti ed incongruenti, che si erano accumulate nei secoli in un insieme disordinato e contraddittorio, che determinava uno stato di perenne incertezza del diritto e di disagio della giustizia⁸⁷, che il nuovo re di Sardegna Vittorio Amedeo II (tale solo dal 1718) considerava preoccupante e giudicava suo compito risolvere. Da questo stato di cose, infatti, derivavano notevoli ed incresciosi disagi per la pratica e a pagarne un prezzo troppo elevato era soprattutto l'amministrazione della giustizia, il cui funzionamento era entrato nelle prospettive e nelle prerogative del principe, diventando così uno fra i primari compiti statali. Sin dall'inizio il Sovrano volle raccogliere essenzialmente la legislazione dei suoi predecessori, curandosi ben poco dei suoi rapporti con il cosiddetto *ius commune*. Ad attirare la sua attenzione, per la necessità di mettervi ordine, era la normativa principesca in quanto effettivamente la più usata: lo *ius commune* quale fonte sussidiaria non lo preoccupò affatto, né per le problematiche relative ad eventuali rapporti (che poi erano ormai sempre di subordinazione), né per l'esigenza di precisazioni. Tutto l'annoso iter di redazione delle *Leggi e Costituzioni di Sua Maestà* – sostiene Pene Vidari – indica che il re non aveva alcun dubbio sulla sua potestà normativa assoluta verso lo *ius commune*: se remore esistettero – sia pure parziali e poi superate – furono verso la legislazione dei suoi predecessori o la normativa privilegiata di alcune terre sabaude⁸⁸. Il proble-

⁸⁶ Negli Stati sabaudi, due secoli prima di questo provvedimento, il giurista, Nevizzano d'Asti (professore a Torino) aveva proposto al Duca di Savoia una radicale semplificazione del diritto vigente, ovvero un volume che raccogliesse le diverse interpretazioni, integrazioni e deroghe che la compilazione giustiniana aveva subito ad opera della dottrina. Il sovrano doveva costituire una commissione di dieci giuristi che in quattro anni dovevano riuscire a portare a termine questa operazione. La proposta, però, non ebbe alcun esito. Vedi, E. GENTA, *Appunti di diritto* cit., p. 110.

⁸⁷ Cfr. M.R. DI SIMONE, *Istituzioni e fonti normative in Italia dall'antico regime al fascismo*, Torino 2007, p. 15. Solo a mo' di esempio possiamo aggiungere che ai tempi di Vittorio Amedeo II erano "virtualmente" in vigore tutte le leggi dettate dai principi sabaudi a partire da Amedeo VIII. E quelle leggi non erano davvero poche. Un elenco degli editti sabaudi emanati prima e dopo Amedeo VIII, si trova in M. VIORA, *Le costituzioni piemontesi* cit., p. 23 ss.

⁸⁸ G.S. PENE VIDARI, "Osservazioni su diritto sabaudo e diritto comune", in *Rivista di Storia del diritto italiano*, vol. LII, 1979, p. 123.

ma dei rapporti tra le norme comprese nelle raccolte (1723-1729-1770) e quelle appartenenti al passato venne risolto con l'affermazione del principio che le disposizioni precedenti, non comprese nelle raccolte, ovviamente per le materie trattate in esse, non restavano in vigore. Le norme del passato, confluite nelle raccolte, dovevano essere poi interpretate secondo la loro collocazione nuova, nell'ambito delle nuove disposizioni, senza alcuna possibilità di invocare motivi di diversità dipendenti dal passato⁸⁹.

La prospettiva di una possibile semplificazione, di un accertamento e allo stesso tempo di un riammodernamento della tanto confusa e altrettanto abbondante legislazione vigente nei territori sabaudi si veniva ad inserire, quindi, in un programma più generale di riforme voluto dallo stesso sovrano⁹⁰ che, partito con il solo intento di riformare esclusivamente la materia processuale finiva con il ritoccare un po' tutto, o per meglio dire pur avendo iniziato con l'intenzione di realizzare una semplice raccolta delle leggi dei suoi predecessori, finiva con una composizione integralmente nuova del testo⁹¹.

Questa opera, in realtà, non era una vera e propria codificazione, in quanto non rispecchiava completamente il punto di vista di Platzaert, segretario particolare del sovrano, che aveva consigliato di eliminare del tutto la normativa precedente e sostituirla con un corpo organico di leggi nuove⁹²,

⁸⁹ Vedi, I. SOFFIETTI, *Le fonti del diritto* cit., p. 263.

⁹⁰ Molto viva era la concreta esigenza di una maggiore certezza giuridica, ostacolata dal disordine e dall'oscurità delle fonti legislative accresciuti dalla farragine delle dottrine degli interpreti. Nel proporsi questa esigenza fondamentale, Vittorio Amedeo II rivelava una spiccata sensibilità verso il problema, quando nel *Proemio* della Costituzione del 1723, dichiarava di aver voluto ridurre le leggi in vigore «in un limpido e breve compendio», allo scopo di stabilire «una legge facile e chiara», e rendere «la spedizione degli affari più pronta». Cfr. G. ASTUTI, *Gli ordinamenti giuridici* cit., p. 665; ID., *Legislazione e riforme* cit., p. 612.

⁹¹ Cfr. M. VIORA, *Le costituzioni piemontesi* cit., con la sua ampia trattazione che rimane basilare e di straordinaria importanza per la ricostruzione e la valutazione della raccolta di Vittorio Amedeo II. Inoltre, G.S. PENE VIDARI, *Legislazione e giurisprudenza nel diritto sabauda*, in I. BROCCHI, A. MATTONE (a cura di), *Il diritto patrio* cit., p. 207. Già nel 1713 il sovrano aveva conferito l'incarico a Giovanni Cristoforo Zoppi, professore di diritto civile all'Ateneo pavese, di «riunire in un sol corpo tutti gli editti sabaudi», e l'operazione che si protrasse per dieci anni, con l'intervento, come ci è noto, di giuristi stranieri e l'audizione del parere delle principali magistrature del Regno, si discostò parecchio, strada facendo, dalle modeste intenzioni originarie. Vedi, C. Pecorella, *Lezioni di storia* cit., p. 161.

⁹² Attraverso le ripetute letture del testo, Andrea Tomaso Platzaert aveva avuto modo di sottolineare le non lievi modifiche che dovevano essere apportate alle Costituzioni e segnalando al Sovrano i numerosi difetti, propose in un lungo manoscritto il mutamento radicale negli indirizzi direttivi della compilazione, che avrebbe dovuto rimediare appunto a tutti i difetti lamentati. Cfr. M. VIORA, *Le costituzioni piemontesi* cit., p. 124. Su Andrea Tomaso

né accoglieva le istanze illuminate della più avanzata scienza giuridica europea dell'epoca. Le costituzioni di Vittorio Amedeo II sono, in effetti, secondo gli studiosi, una consolidazione, o, per essere più precisi, una raccolta non unitaria di disposizioni eterogenee emanate in tempi diversi, ispirata da una forte volontà di accentramento sul modello delle ordinanze francesi del Colbert. Esse non superano l'impostazione dell'età del diritto comune, in quanto ammettono il ricorso sussidiario al diritto romano e non unificano il diritto dello Stato, lasciando sussistere in molti casi non solo leggi, ma anche usi locali, e mi riferisco in particolare alla Sardegna, al Piemonte, alla Valsesia e alla Valle d'Aosta⁹³.

Le Costituzioni, tuttavia, non erano una legge generale. Da un canto – sostiene Astuti – esse costituivano eccezione e deroga al sistema generale del diritto romano comune, che rimaneva base fondamentale dell'ordinamento dei rapporti privati; dall'altro esse non abrogavano interamente i diritti particolari fino allora in vigore, nelle materie su cui non dettavano norme. La raccolta, insomma, si sostituiva come testo organico e ordinato alla congerie della legislazione ducale accumulatasi nel corso dei secoli, e dettava inoltre molte norme di carattere generale, abrogando nelle materie regolate il diritto romano e i diritti locali, ma non diventava l'unica ed esclusiva fonte del diritto vigente, quantunque assumesse un'importanza di gran lunga maggiore rispetto a quella dell'antica legislazione ducale, e costituisse un passo veramente decisivo verso l'unificazione del diritto negli Stati sabaudi⁹⁴.

Tornando a quella che era la problematica di cui ci siamo occupati poco più sopra, ovvero la frammentarietà della normativa, va detto che era diventato sempre più necessario porre rimedio agli inconvenienti, che ne derivavano e che avevano raggiunto ormai una preoccupante gravità. Ecco allora che Vittorio Amedeo II, cui, appunto, spetta il merito di aver compreso la serietà e l'impellenza del problema, e che per un decennio (1713-1723) aveva seguito la redazione di una nuova compilazione del diritto sabardo che

Platzaert, si rinvia a G. RICUPERATI, *op. cit.*, p. 30; P.V. FORMICCHETTI, *Sudditi adottivi. I naturalizzati del Regno di Sardegna 1719-1801*, Torino 2014, pp. 82-83.

⁹³ Per ulteriori approfondimenti, vedi M.R. DI SIMONE, *Istituzioni e fonti cit.*, pp. 15-16; G. ASTUTI, *Gli ordinamenti giuridici cit.*, pp. 662-663.

⁹⁴ Cfr. G. ASTUTI, *Legislazione e riforme cit.*, p. 609; I. SOFFIETTI, C. MONTANARI, *Il diritto negli Stati sabaudi: fonti ed istituzioni (secoli XV-XIX)*, Torino 2008, pp. 60-65; nonché, ID., *Les sources du droit dans la législation du Royaume de Sardaigne au XVIII^e siècle*, in *L'Unité des principaux États cit.*, pp. 248-255; E. MONGIANO, *L'ordinamento giudiziario degli stati sabaudi nel XVIII secolo*, in *Recherches Alpes – Maritimes et Contrées limitrophes régionales*, vol. CXCVI, 2010, p. 11.

semplificasse le norme e velocizzasse la giustizia, pubblica le sue leggi e costituzioni⁹⁵, in cui sancisce altresì – sentito il parere di tre illustri giureconsulti della Scuola giuridica olandese di Leida, Antonio Giovanni Schulting, Gerardo Van Noodt, Philipp Vittrarius⁹⁶, ai quali aveva chiesto (assieme ad

⁹⁵ *Leggi e Costituzioni di S.M. da osservarsi nelle materie civili, e criminali ne' Stati della M.S., tanto di qua, che di là da' monti, e colli*, Torino 1723, note comunemente come *Regie Costituzioni* (RR.CC.), edite in lingua italiana (per i territori piemontesi e nizzardi) e in lingua francese (per la Savoia). È possibile leggerne il testo in ristampa anastatica, in N. PICARDI, A. GIULIANI (a cura di), *Costituzioni sabaude*, 1723, con introduzione di G.S. PENE VIDARI, *Giudici e processo nelle raccolte legislative sabaude settecentesche*, pp. VII-XL, in "TDSP", II^a Sezione: *Codici degli stati preunitari italiani*, vol. I, Milano 2002, pp. 5-258, e in M. VIORA, *Le costituzioni piemontesi cit.*, p. 364 ss. Si tratta del primo intervento legislativo in Italia in quel secolo, che, paradossalmente, non fu però, esteso ai territori sardi in virtù degli accordi internazionali, accettati dallo stesso Vittorio Amedeo II, l'8 agosto 1720, con i quali entrando in possesso dell'Isola il re si impegnava a mantenere «*leges, privilegia et statuta Regni prae-dicti eodem modo et forma quibus observabantur et reperiebantur in usu tempore dominationis Suae Maiestatis Caesareae*». Il che significava di fatto il riferimento alla situazione della legislazione e del diritto in Sardegna al tempo della sovranità spagnola. Per i punti dei trattati e del giuramento con cui il rappresentante del Re prese possesso del governo dell'Isola, vedi I. BIROCCHI, *La carta autonomistica della Sardegna tra antico e moderno. Le "leggi fondamentali" nel triennio rivoluzionario (1793-96)*, Appendice II, Torino 1992, pp. 244-245; e in generale, cfr. E. MONGIANO, "Universae Europae securitas". *I trattati di cessione della Sardegna a Vittorio Amedeo II di Savoia*, nota introduttiva di I. Soffietti, Torino 1995, pp. 128-130; sull'argomento vedi inoltre, A. MATTONE, *La cessione del Regno di Sardegna dal trattato di Utrecht alla presa di possesso sabauda (1713-1720)*, in *Rivista storica italiana*, vol. CIV, 1992, pp. 5-89; A. GIRGENTI, *Vittorio Amedeo II e la cessione della Sardegna: trattative diplomatiche e scelte politiche*, in *Studi Storici*, vol. XXXV, 1994, pp. 677-704. Cfr. C. Pecorella, *Lezioni di storia cit.*, p. 164; M. ASCHERI, *Costituzioni e codici con un cenno al Sei-Settecento*, in ID. (a cura di), *Lezioni di storia delle codificazioni e delle costituzioni*, Torino 2008, p. 9. Va ricordato, inoltre, che il termine "costituzioni" che compare nel titolo della raccolta riprendeva una denominazione antica per la fonte normativa del principe con carattere generale, ma non alludeva affatto ad una posizione formalmente sovraordinata rispetto al testo della legislazione sovrana. Cfr. I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine cit.*, p. 342.

⁹⁶ Il quesito in esame, ossia l'ottavo tra quelli sottoposti ai dottori di Leida, che il re Vittorio Amedeo II, inviava chiedendo se, per ovviare alla confusione derivata dalla quantità eccessiva degli autori e ai danni da ciò causati allo Stato e al pubblico, era così formulato: «[...] il seroit utile, ou non, de limiter le nombre des docteurs, que l'on pourroit citer, et fixer ce nombre a certains auteurs, que l'on designeroit». Il parere dei tre giuristi, datato 1 dicembre 1717, fu il seguente: «[...] lites quidem minui utile esse procul omni dubio: adeoque et illa tolli, quae illarum cursum aut executionem remorantur: verum scrupulus ille remanet, nostra quidem sententia, quo modo litigantibus vel illorum patronis illa possint interdici, quae ad victoriam causae credunt pertinere. Auctorum quoque numerum definire periculosum est, cum sic in illis qui essent intra numerum, aliquid saepe non inveniretur decisum, quod apud alios reperitur definitum. Quoniam tamen probationes causarum pertinent ad persuadendum iudicem, qui nimiam testium copiam, ad justum, numerum restringere potest [...] illius officio posset committi, ut si quando aliquis scripturas allegationibus notorie

altri quesiti) se fosse opportuno intervenire nella pratica forense sabauda con un provvedimento limitativo delle citazioni – notevoli, anche se non del tutto chiare, limitazioni alla facoltà degli avvocati di addurre allegazioni di dottori e alla facoltà dei giudici di avvalersi di queste.

Nell'edizione del 1723, delle Regie Costituzioni, due sono le norme dedicate al problema, entrambe inserite nel libro terzo, e di cui è opportuno riportare i testi, cercando di cogliere qualche aspetto problematico.

RR.CC. (1723) – Lib. III, tit. XXVII, § 14: Non potranno gli Avvocati usar nelle loro Allegazioni o Dispute, altra forma, che quella, che si troverà prescritta ai Giudici, per istabilire i fondamenti delle lor'opinioni nel titolo delle sentenze, né gli sarà lecito reiterar la citazione di quei Dottori, che fossero indicati da quelli, che saranno principalmente citati⁹⁷.

RR.CC. (1723) – Lib. III, tit. XXIX, § 2: Non dovranno i medesimi [Magistrati] aver riguardo ne' fondamenti delle loro sentenze, che in primo luogo alle Leggi, e Costituzioni Nostre; secondo agli Statuti Locali, ne' casi, che siano compatibili con esse, e purché essi si trovino in osservanza, et abbiano riportata l'approvazione de' Nostri Predecessori o Nostra; terzo al Testo Legge comune, quando dall'una, o dagli altri non è provvisto, proibendo loro di poter deferir a quegli'Autori, di qualunque sorta si sieno, che non fondano le lor'opinioni nella Ragion Naturale, o nelle Genti, o nella Disposizione della Legge Comune, o nelle Decisioni de' Tribunali degli Stati Nostri, le quali non si trovano repugnanti a quanto sopra⁹⁸.

supervacuis onerasset magis, quam juvisset, illae rejicerentur: atque ita advocati adsuefierent in rebus saltem claris et apertis non abuti allegationibus». In sostanza essi respingevano ogni limitazione legislativa al richiamo agli insegnamenti dottrinali. Entrambi i testi riportati sono stati ripresi da Mario Viora che ha curato la pubblicazione di tutte le risposte dei tre professori olandesi agli otto quesiti che erano stati loro formulati. Cfr. M. VIORA, *Un parere inedito dello Schulting, del Van Noodt e del Vittrarius*, in *Rivista italiana per le Scienze giuridiche*, 1927, p. 451 e pp. 481-482.

⁹⁷ RR.CC. (1723), Lib. III, tit. XXVII, § 14, in N. PICARDI, A. GIULIANI (a cura di), *Costituzioni sabaude* cit., p. 104; M. VIORA, *Le costituzioni piemontesi* cit., p. 365.

⁹⁸ RR.CC. (1723), Lib. III, tit. XXIX, § 2, in N. PICARDI, A. GIULIANI (a cura di), *Costituzioni sabaude* cit., p. 109; M. VIORA, *Le costituzioni piemontesi* cit., p. 365. Il Tarello ha definito le costituzioni di Vittorio Amedeo II, «una delle più progredite realizzazioni nel campo della razionalizzazione delle fonti del diritto, sia sotto il profilo tecnico, sia sotto il profilo politico». G. TARELLO, *Storia della cultura* cit., p. 202. Sul rilievo di questo passo, in connessione con gli altri delle «Leggi e Costituzioni di Sua Maestà», cfr. G.S. PENE VIDARI, «Osservazioni su diritto» cit., pp. 123-124; I. SOFFIETTI, *Le fonti del diritto* cit., pp. 257-259; I. SOFFIETTI, C. MONTANARI, *Il diritto negli Stati* cit., p. 58 ss.; G.S. PENE VIDARI, *Introduzione: Giudici e processo* cit., pp. XX-XXIII.

Come è evidente la norma del 1723, su riportata, pone il divieto di fare riferimento, nelle sentenze, alle opinioni di quei “dottori” – che per secoli hanno fatto vivere e progredire il sistema, ma che ormai sono accusati di averne causato l’oscurità e la lentezza –, e che non si fondano sulla ragione naturale o delle genti, sulla legge comune o sulle decisioni dei magistrati sabaudi⁹⁹, sempreché non siano in contrasto con le fonti del diritto, vale a dire le leggi e costituzioni del re, gli statuti locali e il testo della legge comune¹⁰⁰.

Il diritto comune, pertanto veniva ad acquistare una funzione sussidiaria, mentre in primo piano nella gerarchia delle fonti troviamo la legge regia, dal momento che gli statuti avevano notevolmente ridotto la loro applicazione¹⁰¹, soggetta alla duplice condizione dell’approvazione sovrana e della dimostrazione che fossero in uso; inoltre, essi non trovavano applicazione in materia penale¹⁰².

Le “decisioni” dei tribunali, infine, sono le sentenze motivate, che però non danno ancora vita alla figura del “precedente” nel senso proprio del termine, ovvero non possono considerarsi, a rigor di logica, come fonti: in altre parole, il giudice può basare le proprie sentenze sugli argomenti di carattere giuridico trattati nelle decisioni, attraverso la mediazione degli autori che le citano nelle loro opere, o mediante le loro raccolte. Questo rappresenta, nella pratica, un riconoscimento di prim’ordine concesso dal sovrano, come conseguenza della considerazione acquisita dalle decisioni

⁹⁹ Per le osservazioni in proposito, cfr. I. SOFFIETTI, C. MONTANARI, *Il diritto negli Stati cit.*, p. 60 ss.; F. MICOLO, *Le Regie Costituzioni cit.*, p. 105.

¹⁰⁰ «D’ora in poi non si discute certo più il corollario secondo cui la legislazione sabauda è il diritto “comune” a tutto lo stato. Il tradizionale *ius commune* si affianca in sostanza alla normativa principesca per disciplinare quegli argomenti, quelle materie o quegli aspetti che questa non tocca. Si può dire ormai che una certa impostazione dei rapporti fra legislazione sabauda e diritto comune si sia capovolta in modo irreversibile, frutto delle vicende storiche e politiche, nonché dell’evoluzione della dottrina giuridica e dei suoi concetti ispiratori in tema di fonti del diritto»: così G.S. PENE VIDARI, “*Osservazioni su diritto*” cit., pp. 113-125. Per quanto concerne il testo della legge comune, è previsto che esso si applichi nei casi in cui i due precedenti tipi di fonte non dispongono nulla: si tratta quindi di una integrazione in via sussidiaria, la quale, però, consente di valutare la distanza di un sistema come questo, che ammette la “eterointegrabilità” della legge del sovrano con il diritto comune, rispetto all’idea di codice che si affermerà con la rivoluzione francese. Cfr. I. SOFFIETTI, C. MONTANARI, *Il diritto negli Stati cit.*, p. 61. Su questi concetti, cfr. A. CAVANNA, *op. cit.*, p. 256 e p. 281. In generale, sul sistema delle fonti del diritto in età moderna, vedi A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto cit.*, pp. 376-392.

¹⁰¹ I SOFFIETTI, *Le fonti del diritto cit.*, pp. 260-261.

¹⁰² G.S. PENE VIDARI, *Introduzione: Giudici e processo cit.*, p. XXII; G. CASSANDRO, *La crisi cit.*, p. 160.

di supremi tribunali e dalle raccolte di queste, compilate dai più noti giureconsulti sabaudi.

Ovviamente, la norma aveva anche un risvolto positivo, in quanto consentiva ai giudici di basarsi, per le loro pronunce, sulle opere di quegli autori che rispondevano ai requisiti prescritti. Nello specifico, per quanto concerne la «ragion naturale» (nel testo francese: «*droit naturel*»), sembra che questo concetto volesse indicare un possibile riferimento al diritto pubblico, forse anche al diritto internazionale, secondo la Scuola del diritto naturale¹⁰³.

Ma la norma varata ebbe vita breve. Infatti, il periodo che seguì la promulgazione delle Regie Costituzioni non fu scevro da problemi legati soprattutto alla novità dello strumento che i magistrati dovevano imparare ad usare. Lo stesso Vittorio Amedeo II si preoccupò di far compiere un'inchiesta intorno all'applicazione delle norme della compilazione nei Supremi Tribunali. La relazione rilevò come in molte occasioni le obiettive difficoltà di interpretazione avessero portato i magistrati a contravvenire alle disposizioni del nuovo testo legislativo. Di qui su indicazione del sovrano già nei primi mesi del 1724 i Senati indirizzarono a Vittorio Amedeo II richieste di chiarimenti intorno ad alcuni passi oppure istruzioni per alcuni casi realmente bisognosi di ulteriori interventi legislativi. Ed è da queste richieste e dalle memorie che le accompagnarono che inizierà il cammino che condurrà alla successiva edizione del 1729¹⁰⁴. Lo stesso sovrano che rivelava una chiara sensibilità al problema del suo tempo, nel riproporsi questa esigenza fondamentale, volle spingersi oltre e con quello che può essere considerato uno tra i primi tentativi di scardinare dalla vita giuridica quel sistema di diritto comune, aperto alle tantissime interpretazioni proposte dalla dottrina, introdusse, innanzitutto, nell'edizione successiva delle Costituzioni piemontesi (1729)¹⁰⁵, tra le fonti del diritto, prima del

¹⁰³ Non è agevole intendere in che cosa si sostanzi l'espressione di «ragion naturale» che sembrerebbe richiamare «un diritto interno all'uomo, piuttosto che una qualche forma di diritto divino». Cfr. I. SOFFIETTI, *Problemi relativi alle fonti del diritto negli Stati sabaudi* (sec. XV-XIX), appunti delle lezioni a cura di C. Montanari, Torino 1982, p. 46; I. SOFFIETTI, C. MONTANARI, *Il diritto negli Stati* cit., p. 61; F. MICOLO, *Le Regie Costituzioni* cit., p. 105.

¹⁰⁴ Cfr. M. VIORA, *Le costituzioni piemontesi* cit., pp. 186-206; F. MICOLO, *Le Regie Costituzioni* cit., pp. 107-108.

¹⁰⁵ Nel disporre la revisione del 1729 Vittorio Amedeo II, ordinava testualmente: «Che le disposizioni le quali si compileranno debbano essere precise, assolute, in modo precettivo, e che non s'involvin sotto quelle riserve che per lo più rovinano la sostanza della legge. — Che si tolga tutto ciò che si stima superfluo, o che non merita di essere posto in una legge,

«testo della legge comune», le «decisioni de' Nostri Magistrati», vale a dire quelle sentenze motivate dei giudici sabaudi (soprattutto dei Senati), dette "decisioni"¹⁰⁶, che con i principi di diritto in esse elaborate venivano a fungere da "precedente" per altri casi e di conseguenza ad anteporsi allo stesso *ius commune*¹⁰⁷. Esse venivano, in ordine gerarchico, dopo le Costituzioni, gli statuti, ma prima del diritto comune. Così, secondo il Gorla – «scartata la *interpretatio* dei dottori, a quella dei Tribunali supremi viene attribuito il valore di *interpretatio necessaria*»¹⁰⁸.

L'inserimento delle "decisioni" nella gerarchia delle fonti non tendeva ad altro se non a formare, – attraverso il principio "del precedente" – un "diritto patrio" più consistente, in modo da ricorrere sempre meno ad un qualcosa che trascendesse l'ordinamento statale, nel caso in cui venisse a mancare la legge regia: si tratta, come sostiene Pene Vidari, in ultima analisi, di un rafforzamento del diritto interno dello stato assoluto e non di un suo indebolimento dovuto all'esistenza di una pluralità di centri di potere¹⁰⁹.

o che si può supplire con istruzioni particolari, e si lascino solamente quelle disposizioni le quali, secondo l'umana provvidenza, pareranno non poter essere soggette ad ulteriore variazione. – Che si tolgano tutte le ripetizioni e le contrarietà, e che si abbia tutta l'attenzione acciò non si cada in alcuna di esse. – [...] e si osservi un ordine chiaro e regolato. – Che in ogni parte si tolga quanto più è possibile l'arbitrio ai giudici, tanto nella materia civile che criminale. – [...]. Che ne' casi ne' quali si possono più disposizioni ridurre in una sola ciò si eseguisca ad effetto che si ottenga quella brevità maggiore che sarà possibile. – Che si tolga generalmente dalla costituzione tutto ciò che può dare agli avvocati e procuratori qualche appiglio per far litigare maggiormente i clienti. – Finalmente che si abbia sempre in mira la giustizia e l'equità, dalla quale non debbono mai andar disgiunte le leggi». Vedi, *Della legislazione civile. Discorsi del conte Federigo Sclopis*, disc. III: *De' progressi delle legislazioni europee dopo il Risorgimento delle civiltà e delle scienze*, in *Memorie della Reale Accademia delle scienze di Torino*, t. XXXVIII, Stamperia Reale, Torino 1835, p. 353.

¹⁰⁶ Sulle "decisioni", cfr. E. GENTA, *Senato e Senatori di Piemonte nel secolo XVIII*, Torino 1983, p. 37 e pp. 46-51; I. SOFFIETTI, C. MONTANARI, *Il diritto negli Stati cit.*, pp. 60-61; P. CASANA TESTORE, *Un esempio di corte suprema nell'età del diritto comune. Il Senato di Piemonte nei primi decenni di attività*, Torino 1995, pp. 31-34 e pp. 49-54. Questa particolare fonte del diritto, con il tempo, si era aggiunta alle altre, perché, in mezzo alle difficoltà portate dalla confusione legislativa, si era sperato di trovare in essa norme chiare, facilmente ritrovabili ed adeguate alla necessità della vita: sicché quella che di per sé è solamente autorità dottrinale era diventata autorità di legge. E si volle anche giustificarla facendo appello ai testi del diritto romano (D. 1.3.38). Vedi M. VIOVA, *Le costituzioni piemontesi cit.*, p. 25.

¹⁰⁷ E. GENTA, *Senato e Senatori cit.*, p. 37 e pp. 48-49; I. SOFFIETTI, *Le fonti del diritto cit.*, p. 259; P. CASANA TESTORE, *Un esempio di corte cit.*, pp. 50-54; E. MONGIANO, *Il Senato di Piemonte nell'ultimo trentennio dell'antico regime (1770-1798)*, in *Rivista di Storia del diritto italiano*, vol. LXIII, 1990, pp. 156-158.

¹⁰⁸ G. GORLA, *I precedenti storici cit.*, p. 455.

¹⁰⁹ Sempre secondo il Pene Vidari, ciò si può constatare con un esame, anche somma-

Nell'intento del legislatore le decisioni dei magistrati, vincolate nell'applicazione delle costituzioni regie, costituivano una fonte in quanto puramente funzionali all'applicazione del diritto romano, che di per sé consisteva in un sistema di norme aperto alla ricerca e al ritrovamento da parte del giudice¹¹⁰. In sostanza, dunque, la forza vincolante attribuita alle decisioni dei tribunali può essere ricondotta ad un orientamento teso a rendere effettiva la considerazione del diritto romano come fonte del diritto. Va ribadito, infatti, che la norma in esame considerava fonte del diritto il «testo della legge comune» – cioè il puro testo delle leggi romane che ne erano alla base, in quanto, secondo Biorocchi, non esiste un «testo» del diritto comune – e faceva riferimento a principi e disposizioni direttamente desumibili dal *corpus iuris* giustiniano, escludendo formalmente il ricorso a quel diritto giurisprudenziale, fatto di interpretazioni e di trattazioni di celebri giureconsulti, di *communes opinioniones* rilevabili in seno a queste autorità del diritto, che costituivano, come già si è detto, l'elemento fondamentale e tradizionale del diritto comune¹¹¹.

Di seguito il sovrano procedette, su un altro importante punto, con una norma palesemente contraria al parere dei dottori di Leida, vietando perentoriamente:

RR.CC. 1729 – Lib. III, tit. XXII, § 9, in fine: agli avvocati di citare nelle loro Allegazioni veruno de' Dottori nelle Materie Legali, ed a' Giudici, tanto

rio, delle opere del Richeri: infatti, nella *Universa civilis et criminalis Jurisprudentia* (ed. ex Typographia regia, Taurini 1774), l'Autore riduce al minimo il riferimento ai «dottori» privilegiando o la citazione diretta delle fonti o il riferimento a decisioni e «decisionisti» sabaudi, dimostrando con ciò di tener conto della pratica giuridica sabauda, anche se l'opera aspira ad una diffusione maggiore; nel *Codex rerum in Pedemontanu Senatu* (ed. ex Typographia regia, Augusta Taurinorum 1783), dedicato invece alla sola pratica del Regno, egli si limita strettamente a fonti e decisioni o decisionisti. Cfr. G.S. PENE VIDARI, *Introduzione: Giudici e processo* cit., p. XXIII. Per un inquadramento della problematica, G. VALLA, *Un giurista dell'ultimo diritto comune. Ricerche su Tommaso Maurizio Richeri (1733-1797)*, in *Rivista di Storia del diritto italiano*, vol. LV, 1982, pp. 117-182.

¹¹⁰ Così I. BIOROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine* cit., p. 341.

¹¹¹ Puntualissimi in questo senso, G. CASSANDRO, *Le crisi* cit., p. 160; G. COZZI, *Fortuna o sfortuna del diritto veneto nel Settecento*, in *Id.*, *Repubblica di Venezia e Stati italiani: politica e giustizia dal secolo 16. al secolo 18.*, Torino 1982, p. 347. Di opposto avviso invece Soffietti e Montanari che sostengono una «eterointegrabilità della legge del sovrano con il diritto comune» e puntualizzano che la disposizione in esame fa riferimento «sia al testo del diritto romano, cioè al «*Corpus iuris civilis*», sia alle opere dei giuristi di diritto comune, costituenti la «*communis opinio*», ai cui pareri, nella prassi giurisprudenziale, si riconosceva valore di «precedente»». I. SOFFIETTI, *Problemi relativi* cit., p. 59; cfr. I. BIOROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine* cit., p. 341.

Supremi, che Inferiori di deferire all'opinione di essi, sotto pena, tanto contro detti Giudici, che Avvocati, della sospensione da' loro Uffizj, fin'a che ne abbiano da Noi riportata la Grazia ¹¹².

In questa nuova formulazione, la norma si commenta da sé o per meglio dire non offre alcuna occasione di interpretazione: è vietato citare le opinioni dei giuristi su materie che trovino riscontro in norme della compilazione; gli avvocati e i giudici sono così obbligati a richiamare solo le disposizioni normative, anche se – come già aveva notato il Muratori – nessuno poteva vietare che i dottori venissero letti e tenuti presenti nello stendere le memorie e le sentenze ¹¹³. Significativo è, dunque, in questo senso il pensiero del Muratori che, pur dichiarandosi grande estimatore della raccolta normativa sabauda, e pur concordando che sarebbe stato salutare «fare un falò» con buona parte delle opere dei giuristi, riteneva di non poter condividere una norma che, sia pure apprezzabile nell'intento, rischiava di continuare a consentire a giudici ed avvocati di utilizzare il *mare magnum* della dottrina e della giurisprudenza per articolare le loro allegazioni ed emettere le loro sentenze, senza essere più vincolati, proprio in virtù del divieto posto nelle costituzioni, ad esplicitare le fonti dottrinali o giurisprudenziali da loro utilizzate. Da un comportamento simile ne sarebbe scaturito certamente un male maggiore: dalla tirannide dottrinale dei giuristi si sarebbe passati ad un integrale arbitrio giudiziale ¹¹⁴.

La certezza del diritto passa però anche attraverso una giustizia più sicura, prevedibile, autorevole: di qui un'ulteriore importante innovazione,

¹¹² *Leggi e costituzioni di Sua Maestà* (1729), t. I, Gio. Battista Chais stampatore di S.S.R.M., Torino 1729, pp. 382-383; M. VIOIRA, *Le costituzioni piemontesi* cit., p. 366. In proposito, cfr. I. SOFFIETTI, *Le fonti del diritto* cit., pp. 259-260; G.S. PENE VIDARI, *Introduzione: Giudici e processo* cit., pp. XXIV-XXVI; Id., *Nota su diritto romano e "Regie Costituzioni" sabaude*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, vol. VI, Napoli 2001, pp. 189-192. Troveremo questa proibizione per i giudici ancora esistente più tardi, nel Regolamento del 1854 per l'esecuzione del codice di procedura civile per gli Stati di S. M. il re di Sardegna e nel Regolamento del 1859 per l'esecuzione del codice di procedura degli Stati Sardi. Cfr. G. ERMINI, *Corso di diritto* cit., p. 114.

¹¹³ M. ASCHERI, *Costituzioni e codici* cit., p. 10.

¹¹⁴ Cfr. L.A. MURATORI, *Dei difetti* cit., p. 75. Inoltre, G. TARELLO, *Storia della cultura* cit., p. 219; A. CAVANNA, *op. cit.*, p. 313; U. PETRONIO, *Una critica arcadica di Ludovico Antonio Muratori ai difetti della giurisprudenza*, in G. ALPA (con il coordinamento di), *I difetti della giurisprudenza* cit., p. 66; M.G. DI RENZO VILLATA, *Ludovico Antonio Muratori* cit., pp. 94-95; C.E. TAVILLA, *L'influenza di Ludovico Antonio Muratori sul diritto e sulla cultura giuridica estensi*, in G. ALPA (con il coordinamento di), *I difetti della giurisprudenza* cit., p. 140.

che sarà contenuta nella successiva edizione delle costituzioni, ovvero nella stesura del 1770, che nonostante, appunto, qualche cambiamento rispetto alle precedenti, apparirà nel complesso – come ci riferisce il Tarello – «stanca ripetizione, arretrata rispetto alle codificazioni di altri Stati e rispetto alle idee, circolanti ormai, dell'illuminismo giuridico»¹¹⁵.

Se, dunque, in realtà, nella prima metà del Settecento, il *corpus* normativo di Vittorio Amedeo II poteva considerarsi all'avanguardia nel cammino intrapreso verso il tanto faticoso superamento del sistema di diritto comune sia per motivi di fondo¹¹⁶, sia con particolare riguardo alla procedura civile (nel libro terzo), per avere introdotto il «divieto delle citazioni», o per meglio dire la proibizione, sanzionata, come abbiamo già avuto modo di accennare, con la «sospensione da' loro uffizi», per gli avvocati di allegare nei loro scritti difensivi le *opiniones* dottrinali e per i giudici di fondare su di esse le loro decisioni, assunta a tale rango per ostacolare le manipolazioni forensi che avrebbero reso più oscure le controversie e rallentato il corso dei giudizi¹¹⁷, altrettanto non poteva dirsi della riformulazione proposta dal figlio Carlo Emanuele III.

Nella redazione delle Regie Costituzioni del 1770, infatti, è vero che il nuovo sovrano accentuava la chiarezza espositiva e rafforzava in chiave assolutistica le disposizioni paterne, ponendo a carico dei giudici obblighi

¹¹⁵ G. TARELLO, *Storia della cultura* cit., p. 202. Oltre al testo di Tarello appena citato, della vasta bibliografia sull'illuminismo giuridico si vedano soprattutto G. D'AMELIO, *Illuminismo e scienza del diritto in Italia*, Milano 1965; P. COMANDUCCI, *L'illuminismo giuridico. Antologia di scritti giuridici*, Bologna 1978; A. CAVANNA, *op. cit.*; R. BONINI, *Giustiniano nella storia: il mito e la critica nel settecento illuminista*, Torino 1991; M.R. DI SIMONE, *Diritto*, in V. FERRONE, D. ROCHE (a cura di), *L'illuminismo. Dizionario storico*, Roma Bari 1997, pp. 137-146; I. BIROCCI, *Alla ricerca dell'ordine* cit., pp. 393-537; U. PETRONIO, *La lotta* cit., pp. 285-343.

¹¹⁶ Intendo riferirmi alla riscrittura in modo organico e ordinato della legislazione dei Savoia, da Amedeo VIII in poi, nell'ambito di una struttura ben articolata; all'affermazione del primato delle norme regie sulla legislazione statutaria e sul diritto comune a cui veniva attribuito il ruolo di diritto sussidiario; al divieto di interpretazione della normativa regia riservata solo al sovrano.

¹¹⁷ Va ricordato come sull'opportunità di «contenersi nelle allegazioni delle autorità» e contro il «cumulo delle autorità», già nella seconda metà del XVII secolo, si era levata la voce del Cardinal De Luca. Vedi pertanto, G.B. DE LUCA, *Dello stile legale, cioè del modo col quale i Professori della facoltà legale, così Avvocati e Procuratori, come Giudici e Consiglieri, ed anche i Cattedratici e Lettori debbano trattare in iscritto ed in voce delle materie giuridiche, giudiziali ed estragiudiziali*, in ID., *Theatrum veritatis, et iustitiae, sive decisivi discursus per materias [...]*, lib. XV, ed. typographia Lucae Laurentii, Neapoli 1758; ID., *Il Dottor Volgare, ovvero il compendio di tutta la legge civile, canonica, feudale, municipale, nelle cose più ricevute in pratica*, lib. XV, cap. IX, stamperia di Giuseppe Corno, Roma 1673, p. 127 ss.

nuovi, disponendo che la motivazione della sentenza, fino al 1723 a richiesta di parte, nella loro inerzia potesse essere disposta anche d'ufficio dal giudice¹¹⁸ e prescrivendo che i magistrati che si fossero trovati in difficoltà avrebbero dovuto rivolgersi al sovrano, per sciogliere i dubbi interpretativi sorti nel corso delle cause (*casus dubius*), richiedendone l'interpretazione autentica¹¹⁹:

RR.CC. 1770 – proemio, § 2 (in fine): e qualora si eccitasse qualche dubbio sulla intelligenza delle medesime, li Magistrati ce ne rassegnaranno le loro rappresentanze per ricevere le nostre determinazioni¹²⁰;

ma è anche sostanzialmente innegabile che si limitava a ricalcare l'edizione precedente (1729), senza «percepire quegli stimoli e quei cambiamenti, che nel frattempo si erano manifestati nella cultura giuridica»¹²¹.

Come è evidente, non veniva istituito, a differenza del ducato di Modena, di cui diremo a breve, un ufficio specifico, ma si riservava al sovrano la determinazione del diritto da applicare nell'esercizio del potere legislativo. Dunque, questa era la base per avviare la costruzione di un ordinamento incentrato sulla legge intesa come volontà del sovrano: era prescritto, infatti, che:

le sentenze, che venissero profferte contro la disposizione delle nostre Costituzioni, non passeranno mai in cosa giudicata, e potrà sempre, ed in qualunque modo proporsi la nullità delle medesime per il corso di anni trenta¹²².

¹¹⁸ *Leggi e costituzioni di Sua Maestà* (1770), t. I, Stamperia Reale, Torino 1770, Lib. III, tit. XXIII, § 19.

¹¹⁹ Sull'argomento, cfr. P. ALVAZZI DEL FRATE, *L'interpretazione autentica* cit., p. 72 ss.; I. SOFFIETTI, *Le fonti del diritto* cit., p. 263.

¹²⁰ *Leggi e costituzioni di Sua Maestà* (1770) cit., p. VIII.

¹²¹ Cfr. G.S. PENE VIDARI, *Introduzione: Giudici e processo* cit., p. XIX; M.A. COCCHIARA, *op. cit.*, p. 72.

¹²² RR.CC. (1729), Lib. III, tit. XXIII, 3 = RR.CC. (1770), Lib. III, tit. XXIII, 3, in *Leggi e costituzioni di Sua Maestà* (1770) cit., p. 399. Cfr. inoltre, I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine* cit., p. 343; M. ASCHERI, *Il processo civile tra diritto comune e diritto locale: da questioni preliminari al caso della giustizia estense*, in N. PICARDI, B. SASSANI, F. TREGGIARI (a cura di), *Diritto e processo: studi in memoria di A. Giuliani*, vol. 3, Napoli 2001, pp. 37-67, in particolare p. 54. Il principio della nullità di una sentenza *contra ius* risaliva al diritto romano, ma è da notare che nel diritto comune si era affermato il principio della sanabilità una volta trascorso il termine per far valere la querela di nullità, mentre il testo delle Costituzioni piemontesi sanciva che «mai» sarebbe passata in giudicato una sentenza che avesse violato le costituzioni regie. Cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto* cit., p. 348.

Questa la via intrapresa che, come ben sappiamo, avrebbe condotto certamente a dei risvolti positivi, anche se il cammino da percorrere per arrivare alla codificazione si sarebbe rivelato tutt'altro che breve e privo di ostacoli: è vero, infatti, che la compilazione si inseriva in maniera massiccia ed innovativa nel particolaristico regime del diritto comune, ma è altrettanto vero che non arrivava ancora ad una sua completa sostituzione.

5. *Il Codice di Leggi e Costituzioni del ducato di Modena (1771): alcuni elementi di valutazione*

Un altro stato italiano in cui l'iniziativa ducale in fatto di giustizia assunse i contorni di un progetto fu il ducato di Modena, patria di Ludovico Antonio Muratori, e ambiente ove venne maturando la sua celebre opera *Dei Difetti della giurisprudenza* che, comunque la si giudichi, si pose come elemento di rottura nel mondo giurisprudenziale settecentesco italiano, in quanto fortemente critica della giustizia nel diritto comune, contro gli abusi dei 'dottori', che confondevano i giudici con le loro 'opinioni' contraddittorie. Il risultato ottenuto dal sovrano Francesco III d'Este, duca di Modena, rappresenterà una delle tappe più significative e avanzate dell'intensa stagione riformatrice italiana del XVIII secolo¹²³. Anche in questo piccolo ordinamento, nella seconda metà del Settecento, ritroviamo un quadro di fonti giuridiche analogo per la sua complessità e mancanza di unità, a quello piemontese. Ed è appunto nella variopinta alluvione normativa formatasi storicamente nel ducato e su tutti i nodi connessi a tale situazione di particolarismo giuridico che si inserisce, influenzata appunto dal pensiero del Muratori, l'energica opera legislativa di Francesco III: mi riferisco al *Codice di leggi e costituzioni per gli Stati di S. Altezza Serenissima* (detto impropriamente *Codice estense*)¹²⁴, promulgato dal duca a breve distanza dall'ultima

¹²³ Il carattere di grande novità è stato attribuito in genere al Codice estense dalla manualistica meno recente, ad esempio G. SALVIOLI, *Storia del diritto italiano*, Torino 1930, p. 148; B. DONATI, *La formazione del codice estense del 1771 e altre riforme nel Ducato a seguito dell'opera di L. A. Muratori*, Modena 1930, p. 11, mentre più inclini a ricondurre le Costituzioni modenesi al modello delle consolidazioni sono Autori successivi come G. TARELLO, *Storia della cultura* cit., p. 221 e p. 537 ss., e A. CAVANNA, *op. cit.*, pp. 287-293.

¹²⁴ Sul codice estense si segnalano tra gli altri, i contributi di B. DONATI, *La formazione* cit., p. 11 ss.; G. TARELLO, *Storia della cultura* cit., p. 537 ss.; F. LANCELOTTI, *La normativa e la letteratura di diritto processuale civile nel Ducato di Modena*, in *Figure e momenti espressivi*

edizione delle Costituzioni piemontesi, il 26 aprile 1771. Il testo era sistematicamente ripartito in cinque libri: il primo era dedicato principalmente alle strutture giudiziarie del ducato ed alla procedura civile; il secondo al diritto privato; il terzo a materie feudali e finanziarie; il quarto e il quinto libro contenevano norme di procedura e di diritto penale. Il materiale normativo diligentemente amalgamato e unificato in questi cinque libri era stato tratto da un complesso piuttosto ampio e vario di fonti, quali ad esempio dalla serie delle *gride* ducali (soprattutto della raccolta del 1755) e dalla parte ancora in vigore del diritto statutario modenese, ma anche dalle stesse Costituzioni piemontesi.

Questo corpo normativo¹²⁵, nato dall'insoddisfazione per il "gridario" del 1755, mera raccolta di "provvisioni, gride, ordini e decreti" e dall'intenzione del duca Francesco III di pervenire ad una vera e propria codificazione generale ampiamente innovativa, frutto di quasi un ventennio di laboriose iniziative, occupa un posto di primo piano fra le grandi compilazioni legislative europee, in cui si consolida una politica nell'ambito della quale l'unificazione legislativa e la riorganizzazione della giustizia appaiono come momento emblematico nel processo di rafforzamento del potere

della Facoltà giuridica modenese, Modena 1977, pp. 3-19; M. TARUFFO, *La giustizia civile* cit., pp. 29-31; G. SANTINI, *Lo Stato estense tra riforme e rivoluzione. Lezioni di storia del diritto italiano*, Milano 1987, p. 89 ss. e p. 217 ss.; e tra i più recenti C.E. TAVILLA, *L'amministrazione centrale della giustizia negli Stati estensi. Dalle origini ferraresi alla Restaurazione*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, vol. LXXI, 1998, pp. 177-236, in particolare pp. 224-227; ID., *Riforme e giustizia nel Settecento estense. Il Supremo Consiglio di Giustizia (1761-1796)*, Milano 2000, p. 317 ss.; ID., *Introduzione: Il Codice Estense del 1771: il processo civile tra istanze consolidatorie e tensioni riformatrici*, in N. PICARDI, A. GIULIANI (a cura di), *Testi e documenti per la storia del processo, II, Codice estense 1771*, Milano 2001, pp. IX-XVII; ID., *Ricerche di storia giuridica estense*, Modena 2004²; ID., *La giustizia suprema negli Stati estensi (secoli XV-XIX)*, in A. SPAGGIARI, G. TRENTI (a cura di), *Lo Stato di Modena. Una capitale, una dinastia, una civiltà nella storia d'Europa*, Atti del convegno di studi (Modena, 25-28 marzo 1998), vol. II, Roma 2001, pp. 905-918; M. CAVINA, *Per una storia della cultura giuridica negli Stati estensi: fonti e problemi*, ivi, pp. 887-904; G. BEDONI, *Il diritto civile negli Stati estensi: dal codice del 1771 al codice del 1851*, ivi, pp. 919-931.

¹²⁵ Nei suoi cinque libri, il Codice estense coordinava organicamente materiale giuridico assai vario come gride e leggi estensi, norme piemontesi, milanesi e toscane, bolle pontificie, nello sforzo di realizzare gli ideali di semplicità, chiarezza e uniformità sostenuti da Muratori e ormai diffusi nella cultura dell'epoca. Cfr. M.R. DI SIMONE, *Istituzioni e fonti* cit., p. 59. Sull'ampiezza del sistema di "fonti" utilizzate dai legislatori estensi è da tener presente la lettera del giurista Bartolomeo Valdrighi al marchese Ippolito Bagnesi, segretario del Duca, e di cui non si riporta il testo data l'economia del presente lavoro, ma che eventualmente è possibile leggere in B. DONATI, *La formazione* cit., p. 55. Su Bartolomeo Valdrighi vedi, *Dizionario biografico dei giuristi italiani* cit., pp. 2009-2010.

centrale e dell'intero apparato istituzionale del potere assoluto, ma in cui, tuttavia – secondo il Cavanna – l'ideologia giuridica della certezza, funzionante in senso meramente statualistico e assolutistico, non giunge a postulare la completa scomparsa dello *ius commune* nel sistema delle fonti dell'ordinamento¹²⁶. Nel Codice estense, infatti, sono contenuti due nuovi elementi importanti, vale a dire una graduazione delle fonti distintamente semplificata e l'introduzione di un meccanismo di interpretazione autentica delle norme codificate.

Quanto al primo elemento, si tratta in effetti di un passo determinante verso la realizzazione dell'uniformità giuridica nei territori estensi; diversamente dalle costituzioni piemontesi, che mantenevano in vita, anche se in via subordinata, gli statuti locali e la giurisprudenza dei tribunali, il Codice estense – sostiene il Tavilla – dopo aver negato la rilevanza di ogni distinzione tra i soggetti destinatari e affermato l'integrità del territorio di vigenza delle norme, eliminava ogni fonte alternativa e concorrente, vietando in particolare il ricorso

a veruno statuto o a disposizione particolare per quelle materie civili, criminali o miste delle quali si parlerà nelle presenti Costituzioni, per cui non fosse stato provveduto¹²⁷.

Ovviamente restava in piedi il grande complesso – suppletivo e integrativo – costituito dallo *ius commune*, ritenuto fino a quel momento roccaforte insuperata ed insuperabile per ogni progetto che, come quello estense, fosse finalizzato ad una rielaborazione, ad un coordinamento e ad una consolidazione della legislazione vigente¹²⁸. Ed è il fatto che restasse in vigore il ricorso sussidiario al diritto romano a non consentire di considerare questa compilazione un vero e proprio codice nel senso che noi intendiamo oggi, sicché essa, nonostante l'alto valore tecnico ed il forte significato innovatore, resta una consolidazione, intesa come tipica espressione di una politica assolutistica e illuminata, ma non ancora pronta a superare i metodi del diritto comune.

¹²⁶ Cfr. A. CAVANNA, *op. cit.*, p. 288.

¹²⁷ *Codice di leggi e costituzioni per gli Stati di Sua Altezza Serenissima* (d'ora in poi *Codice Estense*), t. I, Società Tipografica, Modena 1771, *Proemio*, pp. IX-X. Cfr. C.E. TAVILLA, *Introduzione: Il Codice Estense cit.*, p. XI; R. BONINI, *Crisi del diritto romano, consolidazioni e codificazioni nel Settecento europeo*, Bologna 1988, p. 119.

¹²⁸ *Ibidem*; cfr. M.R. DI SIMONE, *Istituzioni e fonti cit.*, p. 59.

Da una pur rapida disamina della Patente di promulgazione premessa dal duca Francesco III alla sua opera, riusciamo ad individuare sia gli obiettivi specifici di riforma da lui perseguiti, sia le scelte che quegli stessi obiettivi presuppongono. In essa il Duca afferma di aver voluto porre fine ai tanti guai caratterizzanti la situazione giuridica del piccolo ducato modenese, vale a dire la molteplicità, le antinomie, l'oscurità e l'incertezza delle norme; la mutevolezza e la contraddittorietà delle sentenze; la litigiosità dei sudditi e la lunghezza delle cause; il sottile formalismo degli avvocati. Le leggi, sostiene Francesco III, costituiscono

l'anima, la regola, e il fondamento della società umana e de' Governi,

ma purtroppo

la loro molteplicità ne difficolta l'osservanza e la oscurità dà luogo ad arbitrarie interpretazioni¹²⁹.

Per questo, ricorda il Duca, già da "più anni" e sempre in vista «del fine proposto si era da Noi stabilita una Deputazione di Soggetti idonei a compilare un Codice»; e più precisamente un Codice che non soltanto "riducesse" le «diverse Leggi Comuni e Municipali alla più semplice conformità», eliminando al tempo stesso quelle già andate in disuso, o comunque «non più adattabili a' tempi correnti»¹³⁰, ma che comprendesse anche

alcune nuove Costituzioni, "formate" dalla stessa "Deputazione", convenienti all'odierno Sistema e alle presenti circostanze de' Nostri Dominj e che fissasse e stabilisse colle massime dell'equità e della ragione i veri, chiari e sodi principj da osservarsi sopra tanti articoli, e quistioni più ovvie, e frequenti a

¹²⁹ *Codice Estense, Proemio cit.*, p. III.

¹³⁰ Il Pecorella avverte che il passo nel quale Francesco III parla della riduzione di *diverse leggi comuni e municipali alla più semplice conformità*, e della abrogazione di altre *già andate in disuso*, per quanto nella sua formulazione possa far pensare ad un'abrogazione ducale di norme dello *ius commune*, sembra debba essere interpretato nell'unica maniera possibile per un giurista, come la dichiarazione del Duca che voleva meglio coordinati gli statuti della città e quelli del contado, legge comune i primi rispetto ai secondi, e che sempre nell'ambito degli statuti egli voleva togliere «il troppo e il vano». Il diritto comune resta in vigore, come nello stesso decreto si legge, per i «casi omessi», né ad esso sembra che il Duca volesse apportare modifiche. Cfr. C. PECORELLA, *Studi sul Settecento giuridico*, I, L.A. Muratori e i difetti della *giurisprudenza*, Milano 1964, pp. 128-129.

suscitarsi nelle controversie Forensi, e le quali per la diversa, e sofistica opinione de' Giureconsulti non servono che a dar fomento alle Liti, a prolungare le cause, e a rendere dubbie, e fluttuanti le Risoluzioni¹³¹;

e si dice pure che le disposizioni che si emanavano dovessero essere intese e applicate senza alcuna limitazione, ovvero in tutti i domini ducali «tanto immediati, che mediati», da «qualunque persona, e ceto di che stato, qualità, prerogativa, e condizione essere si voglia», e in «tutti i tribunali esistenti nel ducato stesso», ad onta della incauta pretesa dei giureconsulti d'interpretare «le stesse sanzioni dei Principi» nel modo più stretto e meno lesivo del diritto comune¹³². È chiaro l'influsso del Muratori¹³³, come è chiara l'intenzione, peraltro perseguita con scarso vigore, in conformità alla situazione del piccolo Ducato, del sovrano di impossessarsi della produzione e amministrazione del diritto spossessandone i «giureconsulti»¹³⁴. Il Codice estense, pertanto, svolge la funzione di razionalizzare il materiale esistente, norme di ogni genere, privatistiche, penali nonché processuali, anche senza porsi il problema di un eventuale superamento del diritto comune, ed afferma rigorosamente, in polemica con i dottori, un vero primato della fonte sovrana come fonte esclusiva di nuova normazione.

Un po' più controverso, invece il secondo elemento (dei due cui facevamo riferimento poco più sopra) riguardante i compiti del Supremo Consiglio di Giustizia, che concepito come organo collegiale dotato della «suprema giudicatura delle cause civili, criminali e miste» sarebbe stato il

¹³¹ Il testo della Patente di Francesco III, duca di Modena, è consultabile in *Codice Estense* cit., *Proemio*, pp. III-XII, nello specifico pp. IV-V; in N. PICARDI, A. GIULIANI (a cura di), *Testi e Documenti* cit., vol. II, ed inoltre in R. BONINI, *Crisi del diritto* cit., pp. 118-120, in particolare p. 118.

¹³² Cfr. A. MARONGIU, *Legislatori e giudici* cit., p. 462; R. BONINI, *Crisi del diritto* cit., p. 117.

¹³³ Chi legge anche solo il decreto con il quale il Duca pubblicava il primo volume del Codice, sostiene Pecorella, non può fare a meno di notare come il sovrano abbia accolto e fatte proprie le lagnanze muratoriane: troppe leggi, spesso contraddittorie, esistenza di leggi non mai abrogate *de iure* ma del tutto vacue *de facto*, caos delle interpretazioni discordanti, e, infine «l'incauta esagerazione» dei giuristi, rei di avere inteso lo *ius commune* come un freno alle possibilità normative del principe, con una attività che se agli occhi dei moderni lettori può apparire decisamente meritoria, era indubbiamente in contrasto con la strapotente volontà dello stato assoluto. Così C. PECORELLA, *Studi sul Settecento* cit., p. 127.

¹³⁴ G. TARELLO, *Storia della cultura* cit., p. 538.

destinatario di tutte le istanze fino ad allora indirizzate alla Segnatura, organo politico per eccellenza a stretto contatto con il sovrano, pieno titolare dei giudizi di revisione, nonché autorevole supervisore del funzionamento della giustizia locale.

Infatti, per gli eventuali dubbi che si affacciassero in sede applicativa si introduceva così una sorta di *référé législatif*¹³⁵, obbligando i giudici a ricorrere al Supremo Consiglio di Giustizia¹³⁶, come organo unitario di vertice della giurisdizione del Ducato, – considerato da Tarello «un istituto nuovo, concomitante alla promulgazione del codice»¹³⁷ e da Taruffo «una novità rilevante non solo perché ha la funzione di stabilire una sorta di interpretazione autentica delle norme del diritto», ma anche in quanto «ha competenza in ultima istanza (per via d'appello o di revisione) rispetto alle decisioni di tutti i tribunali inferiori, e costituisce, quindi un punto di riferimento unitario nella gerarchia piramidale dell'organizzazione giudiziaria»¹³⁸; in altre parole, il tribunale più elevato dello Stato che – come precisò il Sovrano stesso – ogni anno avrebbe stampato le sue interpretazioni vincolanti «come se fossero fatte da Noi medesimi»¹³⁹. Quindi, un organo speciale, distinto dalle magistrature ordinarie e direttamente collegato con il sovrano, inteso quale depositario del potere legislativo, con la funzione di risolvere i dubbi interpretativi sulla legislazione, e a cui tutti i magistrati avrebbero rimesso le questioni interpretative perché

¹³⁵ Sull'istituto del *référé législatif* come espressione della concezione illuministica della separazione dei poteri, fondata sul 'mito' dell'applicazione sillogistica della legge, del 'divieto d'interpretazione' e sulla negazione di ogni funzione nomofilattica della giurisprudenza, vedi P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Torino 2005.

¹³⁶ Per ulteriori approfondimenti su questo massimo organo di giustizia ducale, istituito il 21 ottobre 1761, e che è stato oggetto assai spesso, anche se non sempre in maniera approfondita, dell'attenzione della storiografia giuridica e non, vedi G. GORLA, *I precedenti storici* cit., p. 458; ID., *I tribunali supremi* cit., p. 511 ss.; G. TARELLO, *Storia della cultura* cit., p. 538; F. LANCELLOTTI, *La normativa e la letteratura* cit., pp. 5-6; A. CAVANNA, *op. cit.*, pp. 290-291; M. TARUFFO, *La giustizia civile* cit., p. 30; O. ROMBALDI, *Aspetti e problemi del Settecento modenese*, I, *Stato e società nel Ducato estense. Contributi di studio*, Modena 1982, p. 33 ss.; G. SANTINI, *Lo Stato estense* cit., pp. 78-83; M. ASCHERI, *I "grandi Tribunali" d'Ancien régime e la motivazione della sentenza*, in ID., *Tribunali, giuristi* cit., p. 102; C.E. TAVILLA, *Riforme e giustizia* cit., p. 47 ss.; ID., *Introduzione: Il Codice Estense* cit., pp. XIII-XVI; ID., *La giustizia suprema* cit., p. 913; ID., *Ricerche di storia* cit., pp. 34-45.

¹³⁷ G. TARELLO, *Storia della cultura* cit., p. 538.

¹³⁸ M. TARUFFO, *La giustizia civile* cit., p. 30.

¹³⁹ Cfr. M. ASCHERI, *Costituzioni e codici* cit., p. 10.

venissero definite con atti di interpretazione autentica¹⁴⁰, chiamate Dichiarazioni, da pubblicarsi alla fine di ogni anno¹⁴¹.

La pubblicità delle "Dichiarazioni" costituiva una delle più rilevanti novità del provvedimento, che si inseriva del resto in una lunga tradizione estense e in una tradizione non solo italiana ben radicata e che, secondo Ascheri, non aveva nulla da imparare dal ben più storiograficamente noto *référé législatif*¹⁴². Va detto, infatti, che il Supremo Consiglio di Giustizia, istituito da Francesco III, pur con gli elementi di novità che indiscutibilmente presentava, non appare come una creazione slegata dalla tradizione giuridica del ducato estense. Esso può essere considerato come l'ultimo anello di quel processo plurisecolare che ha avuto le sue scaturigini nel *Consilium domini marchionis*, già attivo sin dal 1372 con la funzione precipua e caratterizzante di «assistere il signore nell'esercizio delle sue potestà, prima fra tutte l'amministrazione della giustizia»¹⁴³, e, soprattutto nel *Consilium Iustitiae* istituito da Borso d'Este nel gennaio del 1453, esemplato sull'analogo modello visconteo di Milano¹⁴⁴ e sull'altro gonzaghesco di Mantova¹⁴⁵, la cui prima competenza era quella di decidere «*in omnibus et quibuscunque casibus et dubiis iuris et iustitiae*», vale a dire di sciogliere in nome del sovrano e d'accordo con lui (e di conseguenza inappellabilmente e senza formalità di giudizio), le interpretazioni controverse delle norme vigenti relativamente al loro contenuto o alla loro applicazione¹⁴⁶. Elementi di continuità sono

¹⁴⁰ Secondo il giudizio unanime della storiografia l'ordinamento estense fu il primo in Italia ad introdurre, appunto con il Codice del 1771, un meccanismo di interpretazione autentica delegato all'organo giudiziario al vertice. Le costituzioni piemontesi degli anni 1723-1770, che pur prevedevano l'interpretazione autentica, si erano limitate a riservarla al sovrano, senza dar vita ad appositi organi tecnici abilitati a questa importantissima operazione. Cfr. C.E. TAVILLA, *Riforme e giustizia* cit., p. 372.

¹⁴¹ L'istituto delle *Dichiarazioni* del Supremo Consiglio va considerato come uno dei primi esempi di quelle tecniche, ispirate alle ideologie della collocazione presso uffici diversi della produzione e dell'applicazione del diritto, che caratterizzano alcune riforme dell'ultimo Settecento, da quella prussiana con la prima stesura del *Landrecht* a quella del *référé législatif*, destinate però tutte a breve vita. Cfr. G. TARELLO, *Storia della cultura* cit., p. 538.

¹⁴² M. ASCHERI, *Il processo civile* cit., p. 64.

¹⁴³ Cfr. M. CARAVALE, *Ordinamenti giuridici* cit., p. 664.

¹⁴⁴ U. PETRONIO, *Il Senato di Milano. Istituzioni giuridiche ed esercizio del potere nel Ducato di Milano da Carlo V a Giuseppe II*, vol. I, Milano 1972, p. 25 ss.

¹⁴⁵ C. MOZZARELLI, *Il Senato di Mantova: origine e funzioni*, in *Mantova e i Gonzaga nella civiltà del rinascimento*, Atti del convegno organizzato dall'Accademia Nazionale dei Lincei e dall'Accademia Virgiliana, Mantova 6-8 ottobre 1974, Segrate 1978, p. 68 ss.

¹⁴⁶ Vedi C.E. TAVILLA, *L'amministrazione centrale* cit., p. 184; Id., *Riforme e giustizia* cit., p. 373; Id., *La giustizia suprema* cit., p. 907.

altresì ravvisabili in materia di revisione delle sentenze civili¹⁴⁷, così come, non era innovativa la prescrizione sulla motivazione della sentenza: un regolamento del 1740 aveva già previsto una «distinta memoria de' motivi che hanno avuto nel giudicare» i due consigli di Segnatura e di Giustizia nelle «cause d'interpretazione di statuti o di qualsivoglia articolo grave», con una dizione all'incirca identica nel § XXXIII del regolamento riguardante il Supremo Consiglio di Giustizia del 1769 («in cause sole d'interpretazione di statuti e leggi locali o di grave articolo»), poi sostanzialmente mantenuta nel Codice del 1771¹⁴⁸.

Tuttavia, va detto che, la funzione di interpretazione autentica del Supremo Consiglio di Giustizia non risultò esercitata nei termini regolari auspicati dal Duca nel '71, ma fin troppo sporadica e concentrata esclusivamente nell'arco di un triennio (1775-1778), e del resto le relative dichiarazioni non vennero mai stampate, mantenendo invece la caratteristica di documentazione interna all'ambiente giudiziario e governativo. Comunque sia, questa importante funzione venne ridimensionata dalla creazione, solo cinque anni dopo, di un'apposita deputazione per le integrazioni e «aggiunte» al Codice, e, in un secondo momento, venne trasferita per iniziativa del duca Ercole III, ad nuovo organo a forte vocazione legislativa, la Consulta ducale che, presieduta dal consigliere di Stato con funzioni di 'primo ministro', veniva investita, tra le altre, di «un'incombenza la quale, con maggiore coerenza ai principi di una sana legislazione, potrà da lei esercitarsi che non da chi per proprio istituto è giudice, qual è quella della interpretazione del Codice»¹⁴⁹.

Eliminato nel periodo francese, sostituito dai codici napoleonici, il *Codice di leggi e costituzioni* ritornerà in vigore con la Restaurazione e solo nel 1851 sarà sostituito dal *Codice civile estense*.

¹⁴⁷ Cfr. C.E. TAVILLA, *Introduzione: Il Codice Estense* cit., p. XV.

¹⁴⁸ Cfr. C.E. TAVILLA, *Ricerche di storia* cit., p. 113. Va ricordato che dal Regolamento ed istruzioni pel Supremo Consiglio di Giustizia di Sua Altezza Serenissima tanto nell'aula civile che criminale del 2 aprile 1769, traeva origine quasi interamente il Titolo I del Codice estense del 1771.

¹⁴⁹ Vedi C.E. TAVILLA, *Riforme e giustizia* cit., pp. 400-405; ID., *Introduzione: Il Codice Estense* cit., pp. XI-XII; ID., *Ricerche di storia* cit., p. 44 e p. 130.

6. Il dispaccio (prammatica) del 23 settembre 1774 di re Ferdinando IV di Borbone

La totale proibizione del ricorso all'autorità dei giuristi fu sancita su ispirazione di Bernardo Tanucci¹⁵⁰, ministro del Re, da un dispaccio¹⁵¹ napoletano emanato da Ferdinando IV di Borbone, il 23 settembre 1774, in cui, condividendo appieno la preoccupazione generale, il sovrano introduceva anche l'obbligo per i giudici di motivare tutte le sentenze¹⁵²:

in qualunque decisione, che riguardi o la causa principale, o gl'incidenti, [...] si spieghi la ragione di decidere, o sieno li motivi, su quali la decisione è appoggiata¹⁵³.

Ma non bastava: lo stesso decreto disponeva che le sentenze fossero fondate

non già sulle nude autorità de' Dottori, che an [sic] pur troppo colle loro opinioni, o alterato, o reso incerto ed arbitrario il diritto, ma sulle leggi espresse del Regno o comuni¹⁵⁴.

¹⁵⁰ Sul Tanucci si vedano *ex multis*, R. MINCUZZI, *Bernardo Tanucci ministro di Ferdinando di Borbone 1759-1776*, Bari 1967; R. AJELLO, M. D'ADDIO (a cura di), *Bernardo Tanucci statista letterato giurista*, Atti del convegno internazionale di studi per il secondo centenario 1783-1983, 2 voll., Napoli 1986.

¹⁵¹ Il Dispaccio, cui ci riferiamo, è stato ampiamente studiato dalla dottrina, sia perché rappresenta uno dei momenti chiave dei tentativi di riforma del Regno di Napoli, sia perché anticipa la concezione moderna dell'obbligo di motivazione. Tra gli studi relativamente più recenti ricordiamo in particolare R. AJELLO, *Preilluminismo giuridico* cit., p. 137 ss.; ID., *Arcana Juris* cit., p. 59 ss. Di queste riforme si è occupato in più occasioni il Gorla, del quale non possiamo fare a meno di citare i saggi raccolti in ID., *Diritto comparato* cit., *passim*, ed in particolare *Il cosiddetto 'Dottrinarismo giuridico' della giurisprudenza napoletana nel '700*, pp. 757-768. Per ulteriore bibliografia si rinvia a M. TITA, *Sentenze senza motivi. Documenti sull'opposizione delle magistrature napoletane ai Dispacci del 1774*, Napoli 2000. Il Dispaccio è contenuto nella raccolta curata da D. GATTA, *Regali dispacci nelli quali si contengono le Sovrane Determinazioni de' Puntì Generali, e che servono di norma ad altri simili casi, nel Regno di Napoli*, Parte seconda che riguarda il civile, t. I, Boezio, Napoli 1775.

¹⁵² Nello specifico, sull'obbligo di motivazione delle sentenze, vedi M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova 1975; ID., *L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo*, in *La formazione storica* cit., vol. II, pp. 599-633; ID., *La giustizia civile* cit., p. 27; M. ASCHERI, *I "grandi Tribunali"* cit., pp. 85-183.

¹⁵³ Cfr. D. GATTA, *Regali dispacci* cit., tit. XXXXVII *Delle Regali Determinazioni in riguardo all'Ordine Giudiziario de' Tribunali di Napoli*, cap. VI, p. 630.

¹⁵⁴ *Ibidem*. Vedi G. TARELLO, *Storia della cultura* cit., p. 541; cfr. anche G. ERMINI, *Corso*

In coerenza con le disposizioni precedenti, si affermava, inoltre, il principio della necessità del ricorso all'interpretazione autentica del sovrano-legislatore: nell'eventualità in cui il giudice non si fosse trovato di fronte ad un caso espressamente previsto dal legislatore – il c.d. *casus decisis* –, il dispaccio stabiliva che:

quando non vi sia legge espressa per lo caso, di cui si tratta, e si abbia da ricorrere alla interpretazione o estensione della legge; vuole il Re che questo si faccia dal Giudice in maniera, che le due premesse dello argomento sieno sempre fondate sulle leggi espresse e letterali¹⁵⁵.

I giudici non avrebbero potuto, come è ben evidente, ricorrere all'autorità dei propri giudicati: in altre parole, la motivazione delle sentenze si sarebbe dovuta fondare solo «sulle leggi espresse e letterali». L'obbligo del riferimento al legislatore interveniva qualora:

il caso sia tutto nuovo, o talmente dubbio, che non possa decidersi né colla legge, né collo argomento della legge; allora vuole il Re che si riferisca alla Maestà Sua, per attendere il sovrano oracolo¹⁵⁶.

Il dispaccio, che si inserisce nel contesto dell'opera riformatrice del Tanucci, presenta inoltre rilevanti caratteri di originalità rispetto alle altre legislazioni anteriori o coeve; in primo luogo, infatti, vi si prevede la pubblicazione a stampa delle sentenze motivate, e vi si dichiara non idonea a passare in giudicato la sentenza che non sia stata pubblicata in tal modo:

Nel tempo istesso, poiché Sua Maestà ha provveduto al decoro de' Magistrati, col risolvere ed ordinare, che le decisioni così ragionate si stampino, ha pensato ancora al minor dispendio delle parti; volendo che se ne faccia la stampa privatamente dalla sua Stamperia Regale, col pagamento di un carlino per ogni dieci copie stampate, quando la decisione non passi il mezzo foglio; e

di diritto cit., pp. 114-115. Tutti i caratteri di novità presenti nella prammatica del 1774, ossia la generalità dell'obbligo di motivazione, il vincolo espresso del giudice alla legge positiva, e la pubblicità, intensamente sanzionata, della sentenza e dei motivi sono elementi caratteristici della concezione moderna della motivazione, che altrove si affermerà soltanto con la legge francese del 1790, e con l'*Allgemeine Gerichtsordnung* prussiana del 1793. Vedi M. TARUFFO, *L'obbligo di motivazione* cit., p. 623.

¹⁵⁵ Cfr. D. GATTA, *Regali dispacci* cit., tit. XXXXVII, p. 630.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

così a proporzione di uno o più fogli, e di maggior numero di copie, che bisognassero alle parti. E colla prevenzione ancora, che, quando gli atti si faranno *gratis* per la povertà del litigante, la qual cosa si dee spiegare nel fondo della decisione, anche la stampa si farà *gratis*.

Ed a fin che questa sovrana risoluzione sia esattamente osservata; vuole il Re che la decisione, la quale non sia così stampata, non faccia mai passaggio in cosa giudicata, e si abbia per non fatta. Dichiarando ancora Sua Maestà che, per la solennità delle notifiche di tali decisioni così stampate, debbano le stampe essere sottoscritte dal Giudice, o dal Commessario della causa, e dallo Scrivano, o Attitante¹⁵⁷.

In secondo luogo, l'originalità complessiva di questa disciplina, come rileva il Taruffo, deriva dal fatto che essa implica un deciso superamento della concezione limitativa ed esclusivamente endoprocessuale della motivazione¹⁵⁸. Infatti, come è noto, la prassi di motivare la sentenza, solo sporadicamente introdotta in alcuni ordinamenti d'antico regime, e di norma, appunto, in funzione endoprocessuale, divenne uno dei temi centrali del riformismo giudiziario settecentesco, sino a costituire una tra le grandi novità apportate dalle ventate rivoluzionarie e poi generalmente accolte in tutta Europa, finalizzata al controllo dell'operato dei giudici e all'appellabilità della sentenza stessa¹⁵⁹.

Il dispaccio del 1774 passa talora come una norma che, nell'intento di eliminare definitivamente non solo l'autorità dei dottori, ma anche quella dei tribunali, avrebbe stabilito il divieto di *interpretatio*; ma in realtà, come ha giustamente osservato il Birocchi, questa conclusione non è esatta, in quanto esso non introduceva un effettivo divieto di interpretazione, ma intendeva «sottrarre ai Tribunali la possibilità di fondare la decisione sulle autorità di dottori e li vincolava a sentenziare sulla base delle leggi espresse:

¹⁵⁷ *Ivi*, pp. 630-631.

¹⁵⁸ Vedi M. TARUFFO, *L'obbligo di motivazione* cit., p. 624.

¹⁵⁹ C.E. TAVILLA, *Riforme e giustizia* cit., pp. 370-371. Sulla motivazione della sentenza in antico regime, ci limiteremo a segnalare solo qualche contributo mirato, come G. GORLA, *Sulla via dei "motivi" delle "sentenze": lacune e trappole*, in *Studi in memoria di Salvatore Satta*, vol. I, Padova 1982, p. 661 ss.; V. DENTI, *Dottrine del processo e riforme giudiziarie tra illuminismo e codificazioni*, in *Diritto e potere nella storia europea*, Atti del IV congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto, vol. II, Firenze 1982, p. 883 ss.; M. TARUFFO, *L'obbligo di motivazione* cit., p. 599 ss.; M. ASCHERI, *I "grandi Tribunali"* cit., p. 85 ss.; F. MANCUSO, *Per la storia della motivazione della sentenza nei secoli XVI-XVIII. (Note in margine a studi recenti con il testo di una sentenza del 1299)*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 49.1, 1995, p. 285 ss.

quelle del Regno e quelle romane (secondo il loro testo); era possibile poi ricorrere all'interpretazione in mancanza di legge espressa, purché con un processo logico che avesse una premessa normativa e dunque applicasse al caso concreto principi tratti da norme. Solo quando la decisione non si potesse fondare sulla legge o sull'argomento della legge occorreva portare la questione al sovrano per la relativa decisione»¹⁶⁰. A base di ogni *argumentum a similibus* stava, perciò, esclusivamente la legge «espressa e letterale», mentre, nei casi dubbi o non disciplinati dalla legge, l'*interpretatio* veniva riservata esclusivamente al legislatore, ed il giudizio doveva essere sospeso in attesa dell'interpretazione autentica del sovrano.

Il dispaccio fu accolto molto positivamente dalla dottrina di chiara ispirazione illuministica¹⁶¹, che vi vedeva contenute alcune tra le sue principali rivendicazioni. Questo emerge con particolare chiarezza dall'opuscolo, *Riflessioni politiche sull'ultima legge del Sovrano, che riguarda la riforma dell'amministrazione della giustizia*¹⁶², pubblicato nel 1774 da Gaetano Filangieri¹⁶³, poco più che ventenne, e dedicato a questo dispaccio subito

¹⁶⁰ I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine* cit., p. 372. Inoltre, P. ALVAZZI DEL FRATE, *Illuminismo e interpretazione. Gaetano Filangieri e le Riflessioni politiche del 1774*, in F. LIOTTA (a cura di), *Studi di storia del diritto medievale e moderno*, vol. II, Bologna 2007, pp. 237-269, in specie p. 243.

¹⁶¹ Oltre all'opuscolo *Riflessioni politiche sull'ultima legge del Sovrano, che riguarda la riforma dell'amministrazione della giustizia* di Gaetano Filangieri, di cui si dirà a breve, e che è sicuramente il commento più noto e più efficace, è doveroso ricordare, pur se dissimili per consistenza, impostazione, finalità ed autorevolezza, opere quali *Dissertazione istorica, politica, legale, sulle novelle leggi del Re N.S. per le sentenze ragionate* di Carlo Melchionna, *Riforma de' Tribunali e Giudici della città di Napoli, circa il modo di profferire le Decisioni fatte con cognizione di causa, e contestazione giudiziaria, e i suoi vantaggi* di Francesco De Jorio, ed infine *Storia del Reame di Napoli* di Pietro Colletta. In generale, sull'ordinamento giudiziario e la cultura giuridica napoletana del XVIII secolo, si vedano, oltre alle già citate opere dell'Ajello, A. DE MARTINO, *Tra legislatori e interpreti. Saggio di storia delle idee giuridiche in Italia meridionale*, Napoli 1979; G. VALLONE, *Il pensiero giuridico meridionale*, in *Storia del Mezzogiorno*, X, *Aspetti e problemi del Medioevo e dell'età moderna*, vol. III, Napoli 1991, pp. 297-333; M.N. MILETTI, *Tra equità e dottrina. Il Sacro Regio Consiglio e le 'Decisiones' di V. De Franchis*, Napoli 1995; ID., *Stylus judicandi. Le raccolte di 'Decisiones' del Regno di Napoli in età moderna*, Napoli 1998; M. CARAVALE, *La monarchia meridionale. Istituzioni e dottrina giuridica dai Normanni ai Borboni*, Roma-Bari 1998, nello specifico pp. 233-314; ID., *Alle origini del diritto europeo. Ius commune, droit commun, common law nella dottrina giuridica europea della prima età moderna*, Bologna 2004, pp. 65-114.

¹⁶² G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche sull'ultima Legge del Sovrano, che riguarda la riforma dell'amministrazione della Giustizia*, Stamperia di Michele Morelli, Napoli 1774; vedi anche rist. anast. Napoli 1982, con nota critica di R. AJELLO, *Il tempo storico della Riflessione*, pp. I-XI.

¹⁶³ Della vasta bibliografia sul Filangieri è necessario ricordare innanzitutto S. COTTA,

dopo la sua emanazione con il chiaro intento di appoggiare la politica di Tanucci, allora vicino alle istanze riformatrici degli intellettuali di ispirazione genovesiana, in cui si sottolineava che, secondo le intenzioni del legislatore, essa avrebbe dovuto eliminare la confusione e l'arbitrio delle decisioni giudiziali, allo scopo di consolidare la fiducia nella giustizia¹⁶⁴.

Nello scritto che affrontava, *ad occasionem*, le problematiche relative all'interpretazione giudiziale, il Filangieri sosteneva che l'ordinanza tanucciana voleva, come suo "fine", «torre a' magistrati tutto quello che li rende superiori alle leggi»; quanto ai "mezzi", continuava subito dopo il testo,

il re vuole che tutto si decida secondo un testo espresso; che il linguaggio del magistrato sia il linguaggio delle leggi; che egli parli allorché esse parlano, e si taccia allorché esse non parlano, o almeno non parlano chiaro; che l'interpretazione sia proscritta; l'autorità dei dottori bandita dal foro, e 'l magistrato costretto ad esporre al pubblico la ragione della sentenza¹⁶⁵.

L'Autore, dopo aver posto alcuni "principii" fondamentali, passava poi a chiarire perché «l'arbitrio giudiziario sia incompatibile con la libertà civile» e perché «l'arbitraria interpretazione delle leggi si oppone a' principi della libertà sociale». La constatazione della diversità dei giudizi dei vari tribunali sulla stessa identica materia lo induceva a condannare il diffuso ricorso all'*interpretatio* e all'equità:

Gaetano Filangieri e il problema della legge, Torino 1954; A. DE MARTINO, *Tra legislatori e interpreti* cit., pp. 33-80; R. FEOLA, *Utopia e prassi. L'opera di Gaetano Filangieri ed il riformismo nelle Sicilie*, Napoli 1989; Atti del convegno, *Gaetano Filangieri e l'Illuminismo europeo*, Napoli 1991; V. FERRONE, *La società giusta ed equa. Repubblicanesimo e diritti dell'uomo in Gaetano Filangieri*, Roma-Bari 2003; F. BERTI, *La ragione del prudente: Gaetano Filangieri e la religione delle riforme*, Firenze 2003.

¹⁶⁴ È noto però come il Filangieri pochi anni dopo avesse completamente cambiato idea, tanto da nascondere il libretto e da non voler dare il consenso ad un editore veneziano che gli aveva chiesto di poterlo ripubblicare. Il motivo di questo ripensamento è molto chiaro: aveva esaltato l'avvenimento come una vittoria del principe contro il dispotismo dei magistrati che, come vedremo, avevano resistito con ogni mezzo alla novità, ma con l'estromissione di Tanucci dal governo, nel 1776, alla sua "monarchia" prevalentemente "amministrativa", cauta, moderata ed attenta alla legalità, era subentrata una gestione militarizzata, avventurosa, dissoluta qual era quella di Maria Carolina. Si trattava di un cambiamento radicale che non consentiva più di esaltare il governo, che ora coincideva con la corte e con la volontà di una regina sicuramente troppo disinvolta ed imprudente. Per approfondimenti, cfr. M. TITA, *op. cit.*, pp. 120-121. Da ultimo, su Gaetano Filangieri, vedi *Dizionario biografico dei giuristi italiani* cit., pp. 860-863.

¹⁶⁵ G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche* cit., § I: *Spirito di questa legge*, pp. 11-13.

Io dimando – sosteneva – se la volontà del Legislatore è una, e per conseguenza una la legge, da che poi deriva, che noi vediamo di continuo due Tribunali, che si contraddicono, e due sentenze, che a vicenda si annullano, e si distruggono? Io lo ripeto: è un errore egualmente in morale, che in politica il distinguere l'Equità dalla Giustizia. Quello che è giusto è equo, e quello che ingiusto non può mai divenire equo¹⁶⁶.

Il Filangieri giunge addirittura ad identificare l'equità e l'interpretazione con l'arbitrio:

Equità, interpretazione, arbitrio non sono altro, che voci sinonime, allorché si vogliono considerare rapporto agli effetti e ci è un concatenamento così reciproco fra loro, che se la Politica potesse sempre ridursi a calcolo, l'Aritmetico ne farebbe nascere una progressione, il primo termine della quale sarebbe l'Equità, e l'estremo il Dispotismo¹⁶⁷.

E dopo aver toccato altri punti, si soffermava anche sulle ragioni che avevano indotto il sovrano a costringere i magistrati ad esporre le motivazioni della sentenza, e a mettere in stampa i loro decreti, allo scopo di consentire a tutti di verificare la fondatezza del giudizio:

Ecco un altro rimedio contro l'arbitrio de' Magistrati. Quando il Giudice sa di dover esporre la ragione della sentenza, quando sa, che questa ragione deve esser dedotta dalla legge; quando sa, che questa legge non può essere interpretata a capriccio, io non trovo un velo, che possa nascondere l'ingiustizia della sua sentenza¹⁶⁸.

Sul fatto poi che la legge del sovrano sarebbe stata "inconseguente", se non si fosse impedito ai giudici di fondare il loro giudizio sulla dottrina, osservava:

Un gran numero di privati ed oscuri Interpreti, che l'umanità vidde nascere ne' secoli dell'ignoranza, quasi sempre opposti tra loro, formano quel *caos* infinito d'opinioni, che rendono così dubbia, e così incerta la Giurisprudenza.

¹⁶⁶ *Ivi*, § IV: *L'arbitraria interpretazione delle leggi si oppone a' principj della libertà sociale*, pp. 30-31.

¹⁶⁷ *Ivi*, p. 32.

¹⁶⁸ *Ivi*, § VII: *Ragioni, che hanno indotto il Sovrano a costringere i Magistrati d'esporre la ragione della sentenza, e di mettere in istampa i loro decreti. Utilità di questa determinazione dedotta dagl'istessi principj*, pp. 47-48.

za della maggior parte dell'Europa. Ma i nostri Tribunali particolarmente ci hanno offerto fino a questo punto uno spettacolo che dovea muovere la compassione de' Filosofi. Era senza dubbio cosa umiliante il vedere in questi secoli illuminati un Magistrato chinare il capo al solo nome di Bartolo, [...], ed ascoltare con tanta venerazione un'opinione di Claro [...].

Quali mali non ha prodotti nel nostro Foro questo erroneo sistema di giudicare? Io lascio volentieri a' Politici più pazienti, e più moderati questo esame, che mi farebbe inoltrare in un dettaglio, nel quale forse non saprei contenermi¹⁶⁹.

Muovendo da una ben precisa coscienza della funzione razionalizzatrice che la motivazione può svolgere, l'Autore concludeva che l'obbligo generalizzato di giustificare la decisione in base alla legge induce il giudice a ponderare meglio la decisione stessa, precludendogli la parzialità e l'arbitrio. Inoltre, la pubblicità della motivazione espone l'operato del giudice ad un controllo critico da parte dell'opinione pubblica, e rende quindi il giudice stesso responsabile nei confronti della collettività:

Non è una persona sola che deve esser persuasa dalle fallaci induzioni d'un giudice corrotto; ma è un Pubblico intero, inesorabile ne' suoi giudizj, che deve esaminare le sue decisioni. Niuna cosa ha dato tanto da temere anche agli animi più intrepidi, quanto la pubblica Censura¹⁷⁰.

Come si vede, il Filangieri coglie con precisione la portata politica della legge, ed il suo è un ottimismo di certo tutto 'illuministico' che plaude ad essa come ad un rimedio contro l'ingiustizia, la corruzione e l'arbitrio. Non è però l'illuminismo dei *philosophes* ad ispirargli queste riflessioni, ma l'illuminismo del politico, o meglio lo stesso tipo di approccio ai problemi della giustizia, in chiave democratica, che porterà poco tempo dopo il legislatore rivoluzionario francese su linee parallele alle quali si conformava la prammatica napoletana¹⁷¹. In realtà, però, come è stato opportunamente rilevato

¹⁶⁹ Ivi, § VIII: *La legge del sovrano sarebbe stata inconsequente se non si fosse bandita dal foro l'autorità de' Dottori*, pp. 53-55. Ho uniformato la grafia di interpreti da interpreti nel testo. La descrizione fatta dal Filangieri degli effetti negativi prodotti dal ricorso alla *opinio doctorum* nei giudizi mostra l'evidente influenza del Muratori e degli illuministi lombardi Verri e Beccaria. Per questo vedi, P. ALVAZZI DEL FRATE, *L'interpretazione autentica* cit., p. 142.

¹⁷⁰ G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche* cit., § VII: *Ragioni che hanno indotto* cit., pp. 49-50.

¹⁷¹ M. TARUFFO, *L'obbligo di motivazione* cit., p. 625; P. ALVAZZI DEL FRATE, *Illuminismo e interpretazione* cit., p. 253.

da Ajello, è lecito dubitare che questa fosse la volontà politica sottostante alla prammatica tanucciana, dal momento che essa può essere fatta rientrare anzitutto nel programma di centralizzazione della struttura statuale, perseguito dal ministro stesso, implicante una concezione burocratica della giustizia e dei rapporti tra giudice e sovrano; sotto questo profilo, infatti, può essere intesa come un'esplicazione del dispotismo illuminato, più che dell'illuminismo democratico. Non va dimenticato, infatti, che la struttura politica del regime napoletano era e rimaneva modellata su quella dello stato dispotico e autoritario: in essa, il rafforzamento del principio di legalità e l'introduzione di una forma di controllo sull'operato del giudice, attraverso l'obbligo di motivazione, appare rispondente più ad un programma di centralizzazione del potere, in opposizione alle tendenze centrifughe delle istituzioni feudali, che ad una vera e propria ideologia di sindacato democratico sulla giustizia. Senza ombra di dubbio, la generalità dell'obbligo e l'introduzione di un sistema diretto a garantire addirittura la pubblicazione a stampa delle sentenze motivate giustificano l'apprezzamento del Filangieri; tuttavia, non appare però infondata l'impressione che nelle intenzioni dell'ideatore della riforma dovesse trattarsi più di uno strumento di pressione sui giudici che di un modo per attribuire al popolo la possibilità di controllare il loro operato¹⁷².

Ma è proprio per questi «caratteri di originalità» che il provvedimento venne a scontrarsi con un ambiente completamente impreparato a farlo proprio: da una parte mancava una sia pur sufficiente maturazione in senso democratico, indispensabile affinché l'obbligo della motivazione potesse esplicare in concreto la sua funzione politica; dall'altra, la prassi giudiziaria, ancora indiscutibilmente legata al sistema feudale e alla concezione "oracolare" della giustizia, si collocava ad un livello culturale e politico fin troppo arretrato rispetto alla diversa ideologia che caratterizzava le nuove norme.

Pertanto, nonostante si trattasse di una riforma profondamente innovativa¹⁷³, le opposizioni e i contrasti furono immediati e scaturirono da un

¹⁷² R. AJELLO, *Preilluminismo giuridico* cit., p. 133 ss., p. 147 e p. 158 ss. Vedi anche M. TARUFFO, *La motivazione* cit., pp. 331-332.

¹⁷³ Secondo quanto sostiene il Gorla, «nel suo illuminismo il re istituisce *avant la lettre* qualcosa di simile al *référé législatif* della rivoluzione francese [...]. Il re attua una rigida divisione dei poteri, quale era intesa da Montesquieu [...]: spetta al potere legislativo (unito qui all'esecutivo) il fare le leggi e l'interpretarle, non appena una controversia non si possa decidere con un testo espresso di legge per il caso o (per mera deduzione) con un testo espresso su casi simili; spetta ai giudici l'applicare meccanicamente le leggi». G. GORLA, *I precedenti storici* cit., p. 457.

rigido conservatorismo della magistratura napoletana. La più strenua opposizione giunse, dunque, proprio dalla magistratura, e si tradusse – come si evince da puntuali studi in materia – in alcune “rappresentanze” formali indirizzate al sovrano da parte del Delegato dei cambi, del Supremo magistrato del Commercio, e del Sacro Regio Consiglio, nelle quali vennero evidenziati i problemi posti dall’applicazione della riforma¹⁷⁴. Le contestazioni di maggiore interesse furono, senza ombra di dubbio, quelle formulate in nove quesiti presentati il 25 ottobre 1774 dal Sacro Regio Consiglio, a cui si rispose con un altro dispaccio emanato da re Ferdinando IV il 26 novembre successivo, nel quale, davanti al netto rifiuto dei magistrati, per ragioni di dignità e di decoro della funzione giurisdizionale, dell’opportunità di motivare le sentenze, e all’ulteriore richiesta della possibilità di fondare le sentenze sul solo dettato legislativo¹⁷⁵, venivano ribadite integralmente le

¹⁷⁴ P. ALVAZZI DEL FRATE, *L’interpretazione autentica* cit., pp. 81-82; M. TITA, *op. cit.*, p. 3 ss.

¹⁷⁵ Questi alcuni dei nove dubbi proposti dal Consiglio: «[...] IV. Essendovi nelle leggi comuni, e patrie, molte antinomie e discordanze; e trovandosi per ciò prescritto nella costituzione del 1738 che, per rimuovere le controvertite opinioni d’infiniti articoli non meno della legge comune, che delle municipali del Regno, si unissero quattro volte l’anno le Ruote del Consiglio a farne la conclusione, da approvarsi dal Re. Ed allo incontro ordinatosi ora che le decisioni si fondino, non già sulle nude autorità de’ Dottori, ma sulle leggi espresse del Regno o Comuni. Chiede il Consiglio se, pendente la nuova legislazione, possa continuare a far uso delle controvertite opinioni de’ Commentatori dell’uno o dell’altro Diritto, e de’ Trattatisti più rinomati. V. Se nelle controvertite opinioni, e dove non sia legge espressa, che determini un caso controverso, possa continuare a far uso delle proprie decisioni, e delle decisioni di altri esteri Tribunali. VI. Quale norma debba tenere nel giudicare de’ casi, che non dipendono dalla legge espressa, ma dalla ragionata consuetudine di giudicare fondata sulla opinione de’ Dottori, e sulle decisioni de’ Tribunali: [...]. VII. Qual maniera debba tenersi nelle cause, che consistono in puro fatto, ed in quelle, che dipendono dalle interpretazioni delle ultime volontà, nelle quali dovendosi esporre le prove di fatto, e le congetture, dovrà nelle sentenze inserirsi per quelle tutto il processo; e per queste, specialmente ne’ maggiorati, e nelle primogeniture ignote nelle antiche leggi, ed in quelle del Regno, ricorrersi alle opinioni de’ Dottori, allo uso di giudicare, ed al buon senso del Magistrato. VIII. Ordinandosi che, quando non vi sia legge espressa, e si abbia a ricorrere alla interpretazione ed estensione della legge, questo si faccia in maniera, che le due premesse dello argomento sieno sempre fondate sulle leggi espresse e letterali. Chiede il Consiglio come debba intendersi, supponendo che, per esser ragionata la decisione, debba contenere tre parti, delle quali la prima e la seconda non possano esser fondate sulle leggi, ma una ha da fondare la proposizione di Diritto, l’altra contenere il fatto controverso, si che poi la terza parte, colla decisione, ch’esprima del fatto controverso, conchiuda lo argomento. IX. Dicendosi che, quando il caso sia tutto nuovo, o totalmente dubbio, che non possa decidersi né colla legge, né collo argomento della legge, si riferisca al Re per attendere il sovrano oracolo. Chiede il Consiglio se debba proporre il solo dubbio, per attendere la sovrana risoluzione; o unito nelle quattro Ruote, a tenor della

disposizioni contenute nel dispaccio del 23 settembre, sottolineandosi ancora una volta che la normazione era prerogativa del solo sovrano, mentre ai giudici spettava l'amministrazione della giustizia, attraverso l'applicazione delle leggi. Il diritto doveva essere "certo" e l'obiettivo della riforma – si proseguiva nel dispaccio – era in via esclusiva quello di eliminare l'arbitrio dei giudizi¹⁷⁶:

Vuol dunque la Maestà Sua primieramente che il Consiglio abbia per massima:

Che la Verità e la Giustizia, che li Popoli conoscono e vedono nelle decisioni de' Giudici, è il vero decoro de' Magistrati, non quello stilo di Oracoli, che non dubbita di attribuirsi nella sua rappresentanza il Consiglio: essendo il Genere Umano pur troppo portato a sospettare e maledire quello, che non intenda facilmente.

Che la legislazione è tutta della Sovranità.

Che il Consiglio non è che un Giudice; e che i Giudici sono esecutori delle leggi, e non autori.

Che il Diritto ha da essere certo e definito, e non arbitrario.

Che la sua Regal Mente è stata di frenare col dispaccio de' 23 Settembre lo arbitrio nel giudicare¹⁷⁷.

Anche il Filangieri rispose, nella seconda parte del suo volume, alle obiezioni sollevate dai magistrati napoletani nei confronti del dispaccio del sovrano. E ad una magistratura che aveva messo in evidenza specificatamente il problema delle lacune legislative, sostenendo che: «se il Sovrano ha voluto, che il Magistrato ricorra all'autorità suprema; si vedranno nascere tante leggi particolari, quanti casi si ritroveranno non compresi nelle leggi anteriori»¹⁷⁸, e sottolineato l'importanza dell'attività interpretativa svolta dai giudici, ritenendo che: «l'interpretazioni de' Dottori sono di molto soccorso a' Magistrati nell'applicazione delle leggi; perché dunque proscriverle?»¹⁷⁹, il Filangieri replicava che se

costituzione del 1738, esaminare lo articolo, e proporne la decisione per la sovrana approvazione». Cfr. D. GATTA, *Regali dispacci* cit., tit. XXXXVII, cap. VIII, pp. 633-635.

¹⁷⁶ P. ALVAZZI DEL FRATE, *L'interpretazione autentica* cit., p. 85.

¹⁷⁷ D. GATTA, *Regali dispacci* cit., tit. XXXXVII, cap. VIII, p. 635.

¹⁷⁸ G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche* cit., pt. II: *Si risponde ad alcune obiezioni che si possono addurre riguardo all'applicazione di questa Legge*, § II: *Obiezione, che si fa riguardo a casi non compresi nella legge*, p. 73.

¹⁷⁹ *Ivi*, § VI: *Altra obiezione*, p. 90.

la molteplicità delle leggi è un male, [...] il dare a' Magistrati il dritto di decidere de' casi non compresi nella legge, è certamente un male maggiore¹⁸⁰,

e concludeva che la riforma «proscrive l'autorità de' Dottori», ma non vieta al giudice lo studio della dottrina, quindi:

[...] immerso nella Biblioteca forense, il Magistrato si faccia pure un dovere di consigliare quando gli piaccia, i polverosi volumi di Bartolo, e di Baldo. Per profittare delle loro interpretazioni, non è necessario di dire: io decido così, perché questa è l'opinione de' Dottori¹⁸¹.

Nonostante tutto, i contrasti si rivelarono di una tale intensità e persistenza che, anche per i gravi inconvenienti verificatisi in sede di pratica applicazione della riforma¹⁸², nel 1791, con un altro dispaccio venne abrogata parte della normativa che prevedeva l'obbligo di motivare, e quest'ultimo trasformato in una mera facoltà discrezionale del giudice¹⁸³. Sia l'osservanza imprecisa e lacunosa del dispaccio, sia l'abolizione della riforma solo dopo qualche anno, dimostrano le tantissime difficoltà incontrate nel tentativo di inserire un elemento avanzato e di notevole carica innovativa, anche se isolato, in un contesto ancora fortemente caratterizzato dalla tradizione, che i numerosi tentativi di riforma non erano riusciti neanche a scalfire. Quel dispaccio sulla motivazione che nel 1774 si era imposto come un evento clamoroso, dopo meno di vent'anni rimase 'lettera morta'; ancora prima di essere abrogato era caduto nell'oblio di quegli stessi giuristi che lo avevano ideato e difeso a spada tratta.

7. A mo' di conclusione

Gli interventi legislativi richiamati nei paragrafi precedenti si innestano in una situazione che, soprattutto per quanto attiene alla prassi giudiziaria e alla legislazione preesistente nei diversi Stati italiani, rappresenta un sub-

¹⁸⁰ *Ivi*, § II: *Obiezione, che si fa riguardo a casi non compresi nella legge*, p. 74.

¹⁸¹ *Ivi*, § VI: *Altra obiezione*, pp. 90-91.

¹⁸² Relativamente al complesso di opposizioni delle diverse magistrature napoletane e alle ragioni del fallimento del dispaccio, si rinvia a M. TITA, *op. cit.*, p. 41 ss.

¹⁸³ P. ALVAZZI DEL FRATE, *L'interpretazione autentica cit.*, p. 85; I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine cit.*, p. 372.

strato sostanzialmente favorevole alle innovazioni che essi comportano, ma che risale ad una fase culturale e politica certamente di molto anteriore alla diffusione delle idee illuministiche. Questi provvedimenti avrebbero sortito due effetti rilevanti: da una parte, il divieto di citazioni dottrinali avrebbe destabilizzato risolutivamente il sistema normativo dello *ius commune*, abbattendo l'autorità dei dottori medievali, alle cui opinioni era stata attribuita, fino a quel momento, grande forza vincolante; dall'altra, l'obbligo di motivazione della sentenza che, secondo quanto abbiamo detto, avrebbe trovato il suo fondamento nella legislazione sovrana, con la connessa negazione del valore di precedente alle decisioni giudiziali, avrebbe mortificato in maniera significativa sia il prestigio sia l'autonomia delle grandi corti, che molto spesso utilizzavano la discrezionalità giudiziale come strumento di potere o di indipendenza politica. In questo modo l'esperienza di *ius commune* – che una cospicua storiografia qualifica come diritto giurisprudenziale – si avviava al suo inesorabile tramonto.

PAOLO PASCUCCI *

Il telelavoro nelle pubbliche amministrazioni tra legge e contrattazione

ABSTRACT

- ✓ Il saggio riproduce la relazione presentata ad un seminario svoltosi nell'Università di Urbino il 16 maggio 2017 sull'applicazione del telelavoro nelle pubbliche amministrazioni e analizza le principali questioni della materia così come sono disciplinate dalla legge e dalla contrattazione collettiva. In particolare, segnalando la lentezza con cui il telelavoro si sta realizzando, si focalizza l'attenzione sulla definizione di telelavoro e sulle opportunità che esso può fornire sia come risorsa di innovazione organizzativa per l'amministrazione sia come strumento di flessibilità per i lavoratori soprattutto per conciliare vita e lavoro.
- ✓ The essay reproduces the report presented at a seminar held at the University of Urbino on May 16, 2017 on the application of teleworking in public administrations and analyzes the main issues of the matter as they are regulated by law and collective agreements. In particular, by highlighting the slow development of teleworking, the essay focuses on the definition of teleworking and the opportunities it can provide both as a resource for organizational innovation for administration and as a tool for flexibility for workers, especially for reconciling life and work.

* È professore ordinario di Diritto del lavoro (ssd IUS/07) e Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza (DiGIUR) dell'Università di Urbino.

PAOLO PASCUCCI

*IL TELELAVORO NELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI TRA
LEGGE E CONTRATTAZIONE*¹

SOMMARIO: 1. Il deserto dei Tartari. – 2. Le fonti del telelavoro. – 3. Alcuni pregiudizi: a) la compatibilità con le PP.AA. – *segue*: b) l'esigenza di una legge. – *segue*: c) flessibilità tipologica o organizzativa? – 4. Un'ambiguità risolta: la definizione. – 5. Il telelavoro come frutto di un progetto organizzativo. – 6. La delocalizzazione. – 7. L'alternanza. – 8. La postazione e il collegamento. – 9. Il consenso. – 10. Lo svolgimento della prestazione: esclusività e riservatezza. – 11. Il tempo di lavoro. – 12. Il trattamento economico e normativo. – 13. La verifica dell'adempimento. – 14. Il diritto alla socialità. – 15. La tutela sindacale. – 16. La tutela della salute e della sicurezza. – 17. Arrivano i Tartari, ma...

1. Il deserto dei Tartari

Ringrazio il Magnifico Rettore perché, incoraggiando questa iniziativa seminariale sul telelavoro nelle pubbliche amministrazioni e in particolare nell'Università, mi consente oggi finalmente di sfatare il mio “deserto dei Tartari”.

Infatti, riguardo al telelavoro, io mi sono sempre sentito come il protagonista de “Il deserto dei tartari” di Dino Buzzati: quel sottotenente Giovanni Drogo, il quale, terminata l'accademia e divenuto ufficiale, era stato assegnato come prima nomina alla Fortezza Bastiani, l'ultimo avamposto ai confini settentrionali del Regno, prospiciente ad una desolata pianura che un tempo era stata teatro di rovinose incursioni da parte dei Tartari che popolavano il confinante Regno del Nord. Da molti anni nessuna minaccia era più apparsa su quel fronte. La Fortezza Bastiani, ormai svuotata della sua importanza strategica, rimaneva solo una costruzione arroccata su una

¹ Relazione presentata all'incontro “Il telelavoro nell'università: innovazione e opportunità. Workshop sul Protocollo di intesa del 15 marzo 2017”, dedicato alla sperimentazione del telelavoro nell'Università di Urbino Carlo Bo (Urbino, 16 maggio 2017, Aula Magna del Rettorato).

solitaria montagna, di cui molti ignoravano perfino l'esistenza. Superata l'iniziale tentazione di fuggire da quel luogo oscuro e affascinante, Drogo si lascerà vincere dal desiderio della "grande occasione" e così trascorrerà tutta la sua vita nell'attesa dell'arrivo dei Tartari e della possibilità di coprirsi finalmente di gloria.

Ebbene, dopo aver effettuato specifiche ricerche sul telelavoro ed aver partecipato nel 1998-1999 alla Commissione di studio insediata dall'allora Ministro per la funzione pubblica Franco Bassanini per introdurlo e disciplinarlo nelle pubbliche amministrazioni, anche io, come Drogo, per tutti questi anni, dagli spalti della mia ideale Fortezza Bastiani, ho scrutato l'orizzonte per vedere finalmente materializzarsi in concreto quell'innovazione.

Sapevo bene che, soprattutto per antiche resistenze di carattere culturale e ideologico, come i Tartari anche il telelavoro non avrebbe "invaso" le pubbliche amministrazioni, sebbene proprio queste rappresentino il contesto più favorevole per la sua fioritura. Tuttavia, se non proprio ad un'invasione, contavo per lo meno di assistere a manovre di una certa rilevanza.

Come per Giovanni Drogo, sono stati invece anni di cocente delusione. Solo qualche "scaramuccia", qualche sporadico episodio, peraltro assai circoscritto, che, invece di legittimare la normalità del nuovo strumento, semmai ne evidenziava il carattere del tutto eccezionale.

Così vedere oggi realizzarsi nella mia Università la sfida del telelavoro per certi versi mi ripaga della lunga attesa e mi dà l'illusione che forse non farò la fine di Giovanni Drogo, il quale non riuscì a coronare la sua attesa. Quando finalmente i Tartari arrivarono, egli, ormai vecchio e gravemente ammalato, fu rimandato a casa e solo lì finalmente capì che il vero nemico tanto atteso era la morte.

2. Le fonti del telelavoro

Eppure, sul piano giuridico ordinamentale, in questi lunghi anni c'erano tutte le premesse affinché il telelavoro avesse piena cittadinanza nel settore pubblico, sia per quanto attiene alla sua dimensione di risorsa organizzativa, sia con riferimento agli strumenti volti a tutelare adeguatamente i lavoratori che vi fossero adibiti.

Se c'erano le fonti normative, non c'era però una cultura sufficiente per avviare lo strumento, soprattutto per la resistenza, forse ancor più che del sindacato, di certa dirigenza, refrattaria a non vedere fisicamente i dipendenti nel luogo di lavoro.

Quanto alle fonti, c'era innanzitutto la legge, la cui *ratio* ha condizio-

nato tutte le fonti secondarie successive. Si tratta di quell'art. 4, comma 1, della legge n. 191/1998 che, legificando le indicazioni contenute nel punto B.2 del Protocollo di intesa del 12 marzo 1997 sul lavoro pubblico, al fine di razionalizzare l'organizzazione del lavoro e di realizzare economie di gestione attraverso l'impiego flessibile delle risorse umane, ha previsto che le pubbliche amministrazioni possano avvalersi di forme di lavoro a distanza, potendo installare, nell'ambito delle proprie disponibilità di bilancio, apparecchiature informatiche e collegamenti telefonici e telematici necessari ed autorizzando i propri dipendenti ad effettuare, a parità di salario, la prestazione lavorativa in luogo diverso dalla sede di lavoro, previa determinazione delle modalità di verifica dell'adempimento della stessa prestazione.

Stabilendo che i dipendenti possano essere reintegrati, a richiesta, nella sede di lavoro originaria, la norma ha quindi affidato, da un lato, ad un regolamento da adottare con un decreto presidenziale la disciplina delle modalità organizzative per l'attuazione del telelavoro, comprese quelle per la verifica dell'adempimento della prestazione; dall'altro lato, ha demandato alla contrattazione collettiva, in relazione alle diverse tipologie di lavoro a distanza, il compito di adeguare alle specifiche modalità della prestazione la disciplina economica e normativa del rapporto di lavoro dei dipendenti interessati.

E, dopo la legge, arrivò il regolamento dei profili organizzativi del telelavoro, emanato con il d.P.R. 8 marzo 1999, n. 70 (d'ora in poi "reg.") in esito ai lavori della Commissione di studio di cui parlavo, coordinata da Ubaldo Poti, un *grand commis* dello Stato che fu anche docente ad Urbino e che troppo prematuramente ci ha lasciati.

Così come troppo presto ci ha abbandonati Massimo D'Antona, il quale, nella veste di Responsabile delle Relazioni sindacali del Dipartimento della Funzione pubblica, seguiva con discrezione i nostri lavori, senza far mai mancare all'occorrenza i suoi preziosi consigli, come quando, di fronte ad una bozza eccessivamente ridondante di quel decreto presidenziale che gli avevo sottoposto, mi rimbrottò affettuosamente: «ricordati che un regolamento meno dice e più è efficace».

A differenza di Poti, Massimo D'Antona non ci fu strappato da un male incurabile, ma dagli ultimi epigoni di una folle ideologia che, oltre ad uccidere tanti altri intellettuali riformisti, nel 1983 aveva già ferito gravemente anche Gino Giugni, il padre del moderno diritto del lavoro italiano e, anni dopo, avrebbe troncato la vita di Marco Biagi.

Non a caso proprio i riformisti innovatori, e tra essi in particolare i giuslavoristi, sono stati i principali bersagli delle Brigate Rosse. E D'Antona, come Giugni, e come Biagi, era uno dei più lucidi interpreti dell'esigenza di

rinnovamento di un diritto del lavoro costretto a fare i conti con gli effetti dirompenti della globalizzazione e con il declino del modello di sviluppo e di welfare su cui esso era stato costruito negli anni Sessanta e Settanta.

Così 73 giorni trascorsero da quell'8 marzo 1999, giorno di promulgazione del regolamento sul telelavoro nelle pubbliche amministrazioni, dal successivo 20 maggio, il ventinovesimo anniversario della promulgazione dello Statuto dei lavoratori, scelto non a caso dai brigatisti rossi per spezzare la vita di Massimo D'Antona.

Poco più di un anno dopo il regolamento, è arrivata anche l'ultima fonte generale evocata dalla legge del 1998, vale a dire l'accordo collettivo quadro del 23 marzo 2000 sugli aspetti lavoristici del telelavoro (d'ora in poi "acc. quad."), che costituisce il riferimento delle specifiche norme sul telelavoro successivamente introdotte dai contratti collettivi di comparto. E di lì a breve sono giunti anche questi ultimi.

3. Alcuni pregiudizi: a) la compatibilità con le PP.AA.

Il telelavoro costituisce uno di quei temi le cui analisi appaiono maggiormente intrise di luoghi comuni e pregiudizi. Basti pensare, dal punto di vista sociologico, a quello per cui il lavoro prestato interamente all'interno dell'ufficio rappresenterebbe il migliore dei mondi possibile; o a quello secondo cui invece il telelavoro costituirebbe lo strumento ideale per risolvere tutti i problemi organizzativi e rendere i lavoratori finalmente felici!

Al giurista non spetta tuttavia occuparsi dei pregiudizi sociologici, bensì di quelli giuridici, il primo dei quali, con cui ci si confrontò all'epoca della stesura del regolamento, riguardava una presunta incompatibilità giuridica tra telelavoro e pubbliche amministrazioni, nonostante che proprio in questo settore emerga il più alto indice di telelavorabilità delle prestazioni, come messo giustamente in luce anche dal Protocollo urbinato del 15 marzo scorso.

La presunta incompatibilità giuridica si riconduceva ad alcune risalenti disposizioni di legge, come ad esempio l'obbligo di residenza del pubblico dipendente nel luogo ove ha sede l'ufficio cui è assegnato² – obbligo invece ampiamente derogabile – oppure l'obbligo, relativo agli enti locali, di non

² Art. 12 del T.U. n. 3/1957.

portare al di fuori dell'ufficio, fisicamente inteso, documenti e pratiche³, da interpretare però solo come preclusione di un uso personale e non autorizzato della documentazione di ufficio.

segue: b) l'esigenza di una legge

Il secondo pregiudizio, connesso a questo, riguardava il fatto che occorresse una norma di legge permissiva – volta cioè a rimuovere un divieto – per legittimare il telelavoro nelle pubbliche amministrazioni. Ma, a ben guardare, l'art. 4 della legge 191/1998 era necessario non già per rimuovere un divieto che non esisteva, quanto per dare corretto svolgimento alla direttiva costituzionale dell'art. 97 Cost. là dove riserva alla legge l'organizzazione dei pubblici uffici.

segue: c) flessibilità tipologica o organizzativa?

Il terzo pregiudizio è insito nello stesso art. 4 della legge 191/1998 che, riconducendo l'introduzione del telelavoro all'impiego flessibile delle risorse umane, sembrerebbe inquadrarlo come una sorta di flessibilità tipologica, laddove esso va piuttosto inteso in termini di flessibilità organizzativa. Infatti, contrariamente a quanto si può pensare, il telelavoro non è uno specifico né un nuovo contratto di lavoro. Esso è soltanto, nelle sue multiformi manifestazioni fenomenologiche ed organizzative, una particolare modalità di svolgimento della prestazione lavorativa che può riguardare vari tipi di contratto di lavoro, compreso ovviamente quello subordinato. Il telelavoro rappresenta quindi una variazione tecnico-organizzativa della tradizionale configurazione del modo di prestare lavoro che incide sulle dimensioni spaziali e temporali della prestazione, senza per questo assumere una autonoma connotazione classificatoria.

Una specifica modalità organizzativa, dunque, utilizzabile per vari scopi, connessi a profili personali del lavoratore (si pensi alle disabilità o alle esigenze di cura) o a necessità organizzative dell'amministrazione, che non incide sullo *status* del lavoratore⁴, il cui rapporto di lavoro non muta quindi

³ Art. 82 del r.d. n. 297/1911.

⁴ Art. 2, comma 5, dell'accordo interconfederale del 9 giugno 2004 (d'ora in poi "acc.

natura⁵, come emerge anche dal Protocollo del 15 marzo nel quale l'accordo individuale di telelavoro svolge soltanto una funzione integrativa e di adattamento dell'originario contratto di lavoro.

Ciò peraltro non significa che, almeno in astratto, alla flessibilità organizzativa non possa accompagnarsi anche una flessibilità contrattuale.

4. Un'ambiguità risolta: la definizione

Oltre che con i pregiudizi, nello stendere il testo del d.P.R. n. 70/1999 dovemmo combattere anche con una ambiguità ingenerata dall'art. 4 della l. n. 191/1998 che parla genericamente di «lavoro a distanza». Coniammo così una definizione del telelavoro specifica e duttile ad un tempo, intendendo con esso la prestazione di lavoro eseguita dal dipendente di una delle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, in qualsiasi luogo ritenuto idoneo, collocato al di fuori della sede di lavoro dove la prestazione sia tecnicamente possibile, con il prevalente supporto di tecnologie della informazione e della comunicazione, che consentano il collegamento con l'amministrazione cui la prestazione stessa inerisce⁶.

5. Il telelavoro come frutto di un progetto organizzativo

In considerazione della prospettiva di innovazione organizzativa entro cui il telelavoro è stato concepito, per la sua attivazione occorre una particolare procedura⁷, che prende avvio da una proposta del dirigente generale, sulla base della quale l'organo di governo individua gli obiettivi raggiungibili mediante il telelavoro e vi destina apposite risorse. A ciò segue la predisposizione di un progetto generale di telelavoro (approvato dal dirigente, d'intesa, ove possibile, con il responsabile dei servizi informativi) con un contenuto minimo.

int.") che, per quanto attiene al settore privato, ha recepito l'accordo-quadro europeo sul telelavoro del 16 luglio 2002.

⁵ Art. 4, comma 3, acc. quad.

⁶ Art. 2, comma 1, lett. a, reg.

⁷ Art. 3 reg.

6. La delocalizzazione

La delocalizzazione della prestazione lavorativa esercita un'influenza determinante sulla stessa definizione della fattispecie. Come emerge dall'accordo collettivo quadro⁸, varie possono essere le tipologie logistiche di telelavoro: a) «a domicilio», non nel senso della l. n. 877/1973; b) «mobile» effettuabile ovunque con una sufficiente strumentazione portatile; c) «decentrato in centri-satellite. In ogni caso, il luogo della prestazione di telelavoro può indifferentemente essere di pertinenza del lavoratore, del suo datore di lavoro o di un altro datore, oppure di nessuno o di tutti (telelavoro mobile). Ciò che conta è che la prestazione sia tecnicamente possibile. Dunque, un'ampia gamma di possibilità, ben più lungimirante di quanto emerge oggi alla luce di nuove norme su cui mi soffermerò alla fine.

La delocalizzazione non comporta una scissione tra il luogo in cui viene svolta la prestazione e l'ufficio al quale essa è destinata, cosicché il posto di telelavoro altro non è che una «propaggine» dell'ufficio, a prescindere dalla sua collocazione. Il contesto organizzativo in cui il telelavoratore opera non è quindi dato dallo spazio fisico in cui si trova, ma, grazie al collegamento ed alla funzionalità della sua prestazione, continua ad essere quello dell'ufficio di appartenenza.

Ne consegue che il centro di telelavoro o la singola postazione di telelavoro domiciliare o mobile non costituiscono una unità produttiva autonoma. Il telelavoratore continua ad appartenere all'unità produttiva originaria, nel cui organico è computato in tutti i casi in cui norme di legge o di contratto collettivo prevedano limiti dimensionali di applicazione di una disciplina.

7. L'alternanza

Diversamente dal settore privato⁹, nel settore pubblico la fattispecie del telelavoro si estende ad altre forme flessibili anche miste, ivi comprese quelle in alternanza¹⁰, prevedendosi quindi una modalità di telelavoro parziale,

⁸ Art. 5, comma 1.

⁹ V. l'acc. int.

¹⁰ Art. 5, comma 1, acc. quad.

utile anche per ridurre il cosiddetto rischio da isolamento e salvaguardare efficacemente il sistema delle relazioni personali e collettive del lavoratore¹¹.

8. La postazione e il collegamento

Per effettuare una prestazione in telelavoro è indispensabile una postazione di telelavoro, vale a dire un insieme di apparecchiature e di programmi informatici¹². In ragione delle finalità innovative del telelavoro, si è previsto che il supporto delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT) deve essere prevalente¹³, cioè particolarmente rilevante nello svolgimento della prestazione, la quale dunque non potrebbe essere altrimenti possibile.

Quanto al collegamento del dipendente con l'amministrazione, non è indispensabile un collegamento interattivo in tempo reale, bensì la sua potenzialità: le tecnologie devono limitarsi a consentire il collegamento con l'amministrazione cui la prestazione inerisce¹⁴, ben potendosi quindi realizzare un telelavoro parte *off line* e parte *on line*. La continua interattività non costituisce quindi l'elemento necessario per dedurre il telelavoro in un contratto di lavoro subordinato.

In linea con i principi generali, l'insieme di hardware e software che consente lo svolgimento dell'attività è fornito, installato e collaudato dal datore di lavoro, su cui gravano tutte le relative spese (comprese quelle di manutenzione e gestione dei sistemi di supporto e dei collegamenti telematici necessari)¹⁵. Le attrezzature vengono fornite al telelavoratore in comodato gratuito per tutta la durata del progetto, spettando ai contratti collettivi di comparto prevedere forme di assicurazione delle attrezzature in dotazione e del loro uso¹⁶. Nel caso di telelavoro domiciliare, ove i consumi energetici o telefonici non siano direttamente quantificabili (in quanto confusi con i consumi domestici) è prevista la corresponsione di una somma forfetaria rideterminabile a titolo di rimborso¹⁷.

¹¹ Art. 2, comma 1, lett. b, acc. quad.

¹² Art. 5, comma 1, reg.

¹³ Art. 2, comma 1, lett. b, reg.

¹⁴ Art. 2, lett. b, reg.

¹⁵ Art. 5, commi 2 e 3, reg.; art. 5, comma 2, acc. quad.

¹⁶ Art. 5, comma 2, acc. quad.

¹⁷ Art. 6, comma 3, acc. quad.

9. Il consenso

La contrattazione collettiva ha previsto che per l'effettuazione di telelavoro occorra il consenso del lavoratore¹⁸. Per l'assegnazione al telelavoro occorre una dichiarazione di disponibilità del lavoratore, dandosi priorità a coloro che già svolgano le relative mansioni o abbiano esperienza lavorativa in mansioni analoghe a quelle richieste, tale da consentire di operare in autonomia nelle attività di competenza¹⁹. In caso di richieste superiori alle posizioni disponibili nel progetto, si applicano criteri di scelta volti a valorizzare i benefici sociali e personali del telelavoro²⁰: una soluzione che non trova concorde chi ritiene che, configurando un sistema di quote, di fatto impedirebbe al dirigente di operare scelte fiduciarie in virtù delle obiettive esigenze aziendali.

L'assegnazione al telelavoro è revocabile su richiesta del lavoratore – purché sia trascorso il periodo indicato nel progetto²¹ e nel rispetto di ulteriori condizioni in esso eventualmente previste (la presenza di un sostituto) – ovvero d'ufficio. In quest'ultimo caso, la riassegnazione alla originaria sede di lavoro deve avvenire con modalità ed in tempi compatibili con le esigenze del lavoratore e, comunque, entro i limiti temporali indicati dall'accordo quadro o dal progetto²².

Pur condivisibile in termini di opportunità e in sé pienamente legittima, l'opzione della volontarietà del telelavoro non è imposta dai principi dell'ordinamento lavoristico, se non in riferimento alle ipotesi di telelavoro domiciliare, non potendo il datore di lavoro invadere la sfera privata del dipendente senza un suo esplicito e preventivo consenso (cfr. art. 14 Cost.). Viceversa, in relazione al telelavoro presso telecentri, centri satellite, ecc., non pare che la legge richieda il consenso del dipendente, nonostante la presenza di ambigue indicazioni.

In particolare, sebbene l'art. 4, comma primo, l. n. 191/1998 parli di un'autorizzazione dell'amministrazione ai propri dipendenti perché questi

¹⁸ Art. 4 acc. quad.

¹⁹ Art. 4, comma 1, acc. quad.

²⁰ Art. 4, comma 1, reg. Si tratta di: a) situazioni di disabilità psico-fisiche che rendano disagiata il raggiungimento del luogo di lavoro; b) esigenze di cura di figli minori di 8 anni e di familiari o conviventi; c) maggiore tempo di percorrenza dall'abitazione alla sede di lavoro (art. 4, comma 2, acc. quad.).

²¹ Cfr. art. 4, comma 3, reg.

²² Art. 4, comma 3, acc. quad.

possano telelavorare, tale termine pare usato in senso atecnico, divergendo dal tradizionale concetto di autorizzazione amministrativa, intesa come atto con cui l'amministrazione valuta un progetto di azione prospettato dal richiedente. Nel caso del telelavoro, infatti, il progetto è predisposto non dai lavoratori, ma dalla stessa amministrazione che adotta il telelavoro come strumento per perseguire propri obiettivi organizzativi. Il fatto che poi dal telelavoro possano derivare convenienze anche per i dipendenti costituisce un dato mediato rispetto agli obiettivi prioritari dell'amministrazione. La presunta autorizzazione configura quindi un atto gestionale unilaterale tramite il quale l'amministrazione esercita il proprio potere datoriale privatistico di organizzazione, ai sensi dell'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001 (non a caso l'art. 4, comma 1, reg., invece di autorizzazione, parla di assegnazione del dipendente al telelavoro).

Neppure la previsione della reintegrazione del telelavoratore pubblico nella sede di lavoro originaria avvalorla la tesi della necessità del consenso, giacché pare essere stata configurata come mera possibilità e non come un vero e proprio diritto del dipendente. Il fatto che la richiesta del dipendente non ne comporti automaticamente la reintegrazione sottolinea semmai come l'amministrazione abbia in astratto un potere unilaterale di assegnazione al telelavoro.

10. Lo svolgimento della prestazione: esclusività e riservatezza

Nello svolgimento della prestazione, il telelavoratore deve utilizzare la postazione esclusivamente per le attività inerenti allo svolgimento del rapporto di lavoro²³, dovendo prendersi cura degli strumenti affidatigli e non potendo raccogliere né diffondere materiale illegale via internet²⁴. Come giustamente prevede il Protocollo urbinato sulla scorta di un principio consolidato del lavoro subordinato, l'esclusività riguarda altresì il fatto che la postazione può essere utilizzata soltanto dal lavoratore.

La tutela della riservatezza dei dati trattati dal telelavoratore è ricondotta nell'ambito delle regole tecniche per il telelavoro fissate in origine dall'AIPA²⁵ (e ora confluita nell'Agenzia per l'Italia digitale); in ogni caso,

²³ Art. 5, comma 5, reg.

²⁴ Art. 6, comma 7, acc. int.

²⁵ Art. 6 reg.

l'amministrazione garantisce adeguati livelli di sicurezza delle comunicazioni tra la postazione di telelavoro ed il proprio sistema informativo²⁶.

11. Il tempo di lavoro

Data la necessaria flessibilità organizzativa insita nel telelavoro, particolare interesse riveste il tema dell'orario di lavoro.

A tale proposito, occorre ricordare che l'art. 17, comma 5, lett. *d*, del d.lgs. n. 66/2003 esclude l'applicazione di alcune disposizioni in tema di orario normale, durata massima, lavoro straordinario e durata del lavoro notturno, ai lavoratori la cui durata dell'orario di lavoro, a causa delle caratteristiche dell'attività esercitata, non è misurata o predeterminata o può essere determinata dagli stessi lavoratori e, in particolare, quando si tratta di prestazioni rese nell'ambito di rapporti di lavoro a domicilio e di telelavoro.

L'organizzazione del tempo di lavoro è ispirata alla autonomia gestionale del telelavoratore²⁷, secondo i criteri generali fissati dalla contrattazione di comparto, che può determinare anche le fasce di reperibilità telematica²⁸. Resta fermo peraltro il limite della stessa quantità oraria valevole per i lavoratori che operano in sede, prevedendosi anche la computabilità dei brevi periodi di interruzione del circuito telematico dovuti a guasti non imputabili al dipendente, laddove fermi prolungati per cause strutturali legittimano l'amministrazione a richiedere il temporaneo rientro in sede del lavoratore²⁹.

12. Il trattamento economico e normativo

L'equivalenza tra telelavoratori e lavoratori interni vale anche per quanto concerne il trattamento economico e normativo, prevedendosi che il trattamento retributivo è quello previsto dalla contrattazione collettiva nazio-

²⁶ Art. 5, comma 4, reg.

²⁷ Art. 6, comma 1, acc. quad.

²⁸ Art. 3, comma 5, lett. *b*, acc. quad.

²⁹ Art. 6, comma 1, acc. quad.

nale, integrativa e decentrata applicabile ai lavoratori del comparto³⁰ (e non già non inferiore come ora è previsto in nuove fonti).

La parità riguarda anche le opportunità di carriera, di socializzazione e di formazione³¹: a quest'ultimo proposito, oltre alle iniziative di carattere generale, sono previste alcune specifiche iniziative formative per i telelavoratori e per chi interagisce con essi³².

13. La verifica dell'adempimento

In merito alla verifica dell'adempimento della prestazione il progetto di telelavoro prevede i criteri, orientati ai risultati, per l'individuazione degli standard qualitativi e quantitativi della prestazione, che saranno poi utilizzati dal dirigente³³, oggettivizzando la diligenza dovuta dal lavoratore. Fermo restando che nessun dispositivo di controllo può essere attivato all'insaputa dei lavoratori, l'amministrazione deve informare il lavoratore sulle modalità di valutazione della prestazione; i dati raccolti per tale valutazione nel rispetto di dette modalità possono essere utilizzati ai fini dell'esercizio dei poteri datoriali (fra cui, evidentemente, anche quello disciplinare)³⁴.

Per quanto attiene al controllo a distanza, un riferimento non del tutto chiaro è contenuto nel combinato disposto degli art. 114 e 115, comma 1, del d.lgs. n. 196/2003 (codice in materia di protezione dei dati personali), rubricato «divieto di controllo a distanza e telelavoro»: l'art. 114 ribadisce genericamente e senza riferimenti al telelavoro la vigenza dell'art. 4 Stat. lav., mentre l'art. 115 (rubricato «telelavoro e lavoro a domicilio», dove però si equivoca tra lavoro a domicilio e lavoro domestico) obbliga il datore di lavoro a garantire al telelavoratore il rispetto della sua personalità e della sua libertà morale.

La questione pare comunque ormai risolta alla luce del nuovo testo dell'art. 4, comma 2, Stat. lav., modificato dal d.lgs. n. 151/2015, in base al quale agli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa non si applica la previsione del comma 1, secondo cui gli im-

³⁰ Art. 4, comma 1, l. n. 191/1998; art. 8, comma 1, reg.; art. 6, comma 4, acc. quad.

³¹ Art. 4, comma 2, acc. quad.

³² Art. 5, comma 6, acc. quad.

³³ Art. 7 reg.

³⁴ Art. 5, comma 3, acc. quad.

pianti audiovisivi e gli altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori possono essere impiegati esclusivamente per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale e previo accordo sindacale.

14. Il diritto alla socialità

Il progetto di telelavoro individua le modalità per garantire adeguate comunicazioni del telelavoratore pubblico con il contesto organizzativo in cui opera³⁵, il quale prevede anche la possibilità dei rientri, la cui frequenza media è individuata dai contratti di comparto³⁶.

15. La tutela sindacale

I telelavoratori hanno diritto ad essere informati ed a partecipare all'attività sindacale che si svolge in amministrazione, anche mediante l'utilizzo della posta elettronica e di una bacheca sindacale elettronica³⁷, potendosi peraltro ipotizzare in futuro anche una partecipazione alle assemblee in teleconferenza.

Anche le scelte decisionali che comportano il ricorso al telelavoro comportano una partecipazione del sindacato. Ciò avviene innanzitutto mediante la consultazione (sui contenuti dei progetti di telelavoro) e la concertazione (sulle modalità di realizzazione dei progetti e sull'ambito delle professionalità impiegate)³⁸.

Quanto alla contrattazione collettiva sul telelavoro³⁹, quella di comparto disciplina gli aspetti strettamente legati alle sue specificità (la nozione, l'articolazione del tempo e delle fasce di reperibilità, la copertura assicurativa delle attrezzature, la formazione, la costituzione di osservatori sul telelavoro)⁴⁰; quella integrativa determina eventuali adattamenti della disci-

³⁵ Art. 5, comma 6, reg.

³⁶ Art. 5, comma 4, acc. quad.

³⁷ Art. 6, comma 5, acc. quad.

³⁸ Art. 3, commi 2 e 3, acc. quad.

³⁹ Art. 3, commi 4 e 5, acc. quad.

⁴⁰ Art. 7, comma 2, acc. quad.

plina del rapporto di lavoro resi necessari dalle particolari condizioni della prestazione.

16. La tutela della salute e della sicurezza

Le amministrazioni provvedano alle spese relative al mantenimento dei livelli di sicurezza ed alla copertura assicurativa delle attrezzature in dotazione⁴¹, nonché a fornire la formazione necessaria perché la prestazione di lavoro sia resa in condizioni di sicurezza per il lavoratore e per chi vive in ambienti prossimi al suo spazio lavorativo⁴². Nel caso di telelavoro domiciliare – effettuabile solo ove sia disponibile un ambiente di cui l'amministrazione abbia preventivamente verificato la conformità alle norme generali di prevenzione e sicurezza nelle utenze domestiche⁴³ – il lavoratore deve attenersi strettamente alle norme di sicurezza vigenti, dovendo altresì consentire, con modalità concordate, l'accesso alle attrezzature in uso da parte dei manutentori nonché del responsabile della prevenzione e della protezione e del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza per la verifica della corretta applicazione delle norme di sicurezza⁴⁴. Peraltro, in virtù del principio dell'inviolabilità del domicilio (art. 14 Cost.), pare da escludere che il lavoratore possa rinunciare alla prerogativa di rifiutare in qualsiasi momento l'accesso ai predetti soggetti.

L'art. 3, comma 10, del d.lgs. n. 81/2008 contiene una disciplina specifica della salute e sicurezza dei telelavoratori subordinati che effettuano una prestazione continuativa, mediante collegamento informatico e telematico.

Il riferimento ad una "prestazione continuativa" non esclude dall'ambito della disciplina le ipotesi di telelavoro svolto "in alternanza", giacché la finalità di tutela della previsione induce ad interpretarla in senso elastico, comprendendo tutte le ipotesi di telelavoro non meramente occasionale, a prescindere dal fatto che esso sia svolto, come è del resto consentito espressamente, in forma alternata.

Si prevede così l'applicabilità delle norme di prevenzione relative alle attrezzature munite di videotermini, indipendentemente dall'ambito in

⁴¹ Art. 5, comma 2, acc. quad.

⁴² Art. 5, comma 5, acc. quad.

⁴³ Art. 4, comma 2, reg.

⁴⁴ Art. 8, comma 2, reg.; art. 6, comma 2, acc. quad.

cui si svolge la prestazione (e, quindi, anche nel caso di telelavoro svolto in centri remoti ecc.). Nell'ipotesi in cui il datore di lavoro fornisca attrezzature proprie, o per il tramite di terzi, tali attrezzature devono essere conformi alle disposizioni relative all'esposizione dei lavoratori ai rischi derivanti dai campi elettromagnetici. I telelavoratori sono informati dal datore di lavoro circa le politiche aziendali in materia di salute e sicurezza sul lavoro, in particolare in ordine alle esigenze relative ai videoterminali ed applicano correttamente le direttive aziendali di sicurezza. La mancanza di un'esplicita previsione dell'obbligo di formazione pare superabile sulla scorta di altre previsioni del d. lg. n. 81/2008, sia generali⁴⁵ sia speciali⁴⁶.

Al fine di verificare che il telelavoratore attui correttamente la normativa in materia di tutela della salute e sicurezza, il datore di lavoro, le rappresentanze dei lavoratori e le autorità competenti hanno accesso al luogo in cui viene svolto il lavoro nei limiti della normativa nazionale e dei contratti collettivi, previo preavviso e consenso del lavoratore qualora la prestazione sia svolta presso il suo domicilio. Lo stesso telelavoratore può peraltro chiedere ispezioni. Inoltre, accogliendosi una nozione ampia di salute e sicurezza, il datore di lavoro garantisce l'adozione di misure dirette a prevenire l'isolamento del lavoratore rispetto agli altri lavoratori interni all'azienda, permettendogli di incontrarsi con i colleghi e di accedere alle informazioni dell'azienda, nel rispetto di regolamenti o accordi aziendali.

17. Arrivano i Tartari, ma...

Proprio ora che, dopo tanto attendere, vedo finalmente arrivare le prime esperienze di telelavoro, sopraggiungono però altre roboanti innovazioni che rischiano, se non di marginalizzare tali esperienze, quanto meno di sottrarre ad esse centralità ed attenzione o, addirittura, di confondere i termini della questione.

Mi riferisco al cosiddetto lavoro agile o *smart working*, già oggetto di numerose sperimentazioni nel settore privato e ora disciplinato nella recen-

⁴⁵ Art. 15, comma 1, lett. n; art. 18, comma 1, lett. l; art. 37.

⁴⁶ Art. 177: quest'ultimo, in particolare, prevede che il datore di lavoro, da un lato, fornisca ai lavoratori informazioni, specialmente per quanto riguarda le misure applicabili al posto di lavoro (in base all'analisi dello stesso di cui all'art. 174), le modalità di svolgimento dell'attività e la protezione degli occhi e della vista e, dall'altro lato, assicuri una formazione adeguata in particolare per quanto concerne le misure applicabili al posto di lavoro.

te l. n. 81/2017 approvata per tutelare il lavoro autonomo non imprenditoriale e adottare misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato.

Si tratta di una modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa. La prestazione lavorativa viene eseguita, in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa, entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva.

Le prime analisi hanno evidenziato, da un lato, come il lavoro agile non costituisca una fattispecie concettualmente autonoma e distinta dal telelavoro, ma sia piuttosto inquadrabile dal punto di vista giuridico come un sotto-insieme di sue *species*, segnatamente un telelavoro mobile a possibile collegamento alternato (*on* e *off-line*). Da un altro lato hanno altresì stigmatizzato la fretteolosità e l'approssimazione della nuova previsione legislativa, introdotta soprattutto senza alcun dialogo con le norme in materia già presenti nell'ordinamento, in particolare quelle sui tempi di lavoro e sulla salute e sicurezza sul lavoro.

Se queste prime impressioni si rivelassero fondate, potrebbe emergere il serio rischio che le nuove disposizioni complichino alquanto il quadro normativo della flessibilità organizzativa anche con riferimento alle pubbliche amministrazioni. Infatti le norme sul lavoro agile si applicano, in quanto compatibili, anche nei rapporti di lavoro pubblico, secondo le direttive emanate anche ai sensi dell'art. 14 della legge n. 124/2015, e fatta salva l'applicazione delle diverse disposizioni specificamente adottate per tali rapporti. Come è noto, l'art. 14 prevede che le pubbliche amministrazioni adottino misure organizzative volte a fissare obiettivi annuali per l'attuazione del telelavoro e per la sperimentazione, anche al fine di tutelare le cure parentali, di nuove modalità spazio-temporali di svolgimento della prestazione lavorativa.

Per evitare confusioni o pericolose complicazioni occorrerebbe valorizzare il fatto che il legislatore subordina l'applicabilità delle nuove disposizioni al lavoro pubblico alla loro compatibilità con le specificità del medesimo, così come la previsione della salvezza dell'applicazione delle diverse disposizioni specificamente adottate per i rapporti di lavoro pubblico, tra cui, *in primis*, quelle sul telelavoro.

Insomma, nonostante quanto si sta facendo anche nella nostra Università, il rischio di non vedere pienamente realizzata la lunga attesa non pare

ancora del tutto scongiurato. Ma forse anch'io, come Giovanni Drogo, prima o poi capirò che a ben poco vale l'attesa se non si sa bene che cosa si sta attendendo⁴⁷.

⁴⁷ Riferimenti bibliografici: R. FLAMINIA, voce "Telelavoro", in *Enc. giur. Treccani*, XXX, 1993, p. 4 ss.; L. GAETA, *Prime osservazioni sulla qualificazione giuridica del "telelavoro"*, in *Lav. '80*, 1986, p. 344 ss.; ID., *Lavoro a distanza e subordinazione*, Napoli, 1993; ID., *Il telelavoro: legge e contrattazione*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1995, p. 552 ss.; ID., *Il regolamento sul telelavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Lav. pubb. amm.*, 1999, p. 322 ss.; L. GAETA, P. PASCUCCI (a cura di), *Telelavoro e diritto*, Torino, 1998; L. GAETA, P. PASCUCCI, U. POTI (a cura di), *Il telelavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1999; L. GAETA, P. PASCUCCI, *Il telelavoro nell'ordinamento italiano*, in *Panorami*, 2000, n. 12.2, p. 1 ss.; L. GAETA, P. PASCUCCI, *Una riflessione critica sul telelavoro*, in *Dir. merc. lav.*, 2001, p. 11 ss.; G. GIUGNI, *È necessario, subito, un altro (tele)statuto*, in *Telèma*, 1995, 2, p. 46 ss.; D. GOTTARDI, voce "Telelavoro", in *Digesto*, ed. IV, Disc. Priv., Sez. comm., Agg., Torino, 2003, p. 906 ss.; P. ICHINO, *I problemi giuridici del telelavoro*, in *Not. lav.*, 1995, n. 75, p. 17 ss.; M. NAPOLI, *Il telelavoro come lavoro subordinato*, in ID., *Questioni di diritto del lavoro*, Torino, 1996, p. 146 ss.; L. NOGLER, *Qualificazione e disciplina del rapporto di telelavoro*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1998, n. 21, p. 121 ss.; P. PASCUCCI, *Il quadro giuridico del telelavoro*, in AA.VV., *Il telelavoro nelle banche e nelle assicurazioni: profili tecnici, organizzativi e lavoristici*, Roma, 1995, p. 23 ss.; ID., *Pubbliche amministrazioni: accordo quadro sul telelavoro*, in *Guida lav.*, 1999, n. 30, p. 16 ss.; ID., *Telelavoro a domicilio e competenza territoriale*, in *Guida lav.*, 2000, n. 18, p. 17 ss.; ID., *La tutela della salute e della sicurezza dei telelavoratori nell'ordinamento italiano (con qualche retrospettiva dottrinale)*, in A. ANTONUCCI, M. LEPORE (a cura di), *La tutela della salute e sicurezza nel lavoro a domicilio e nel telelavoro*, Dossier Adapt, n. 15, in *www.bollettinoadapt.it*, 2009, p. 12 ss.; ID., *Il telelavoro (Diritto del lavoro)*, in N. ABRIANI (a cura di), *Diritto Commerciale*, in *Dizionari di diritto privato promossi da N. Irti*, Milano, 2011, p. 951 ss.; U. POTI, C. CORDELLA, *Il telelavoro nella pubblica amministrazione: aspetti organizzativi e riflessi sull'occupazione*, in *Dir. merc. lav.*, 1999, p. 318 ss.; A. VISCOMI, *Telelavoro e pubbliche amministrazioni (d.p.r. 8 marzo 1999, n. 70)*, in *Studium iuris*, 1999, p. 1065 ss.

Finito di stampare nel mese di novembre 2017
presso A.G.E. Srl, Urbino

