

ANNO LXXX - 2013

NUOVA SERIE A - N. 64,1-2

# STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO



# STVDI VRBINATI

Rivista trimestrale di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche

INDICE-SOMMARIO del fascicolo doppio 1-2

ANNA MARIA DEL VECCHIO, *Il problema dell'impatto della criminalità organizzata nel quadro della mondializzazione*, 5

ANNA MARIA GIOMARO, FILIPPO MARRA, *Medaglioni preparatori per "Maestri di Ateneo"*, 25

MARCO MARINI, PAOLO POLIDORI, *Il compromesso fra costi e benefici, individuali e sociali, nelle scelte che coinvolgono la vita umana*, 61

MARCO MARINI, PAOLO POLIDORI, GABRIELE MARRA, *Il caso dei derivati del Comune di Milano e la crisi del sistema economico finanziario: il modello di deterrenza del D.Lgs n.231/01 riletto alla prova della realtà*, 75

MARIA MORELLO, *Per una ricostruzione giuridica dello stupro e della violenza sulle donne nell'età dello ius commune*, 99

VITTORIO PARLATO, *Il matrimonio nelle chiese ortodosse*, 131

GIANPIERO SAMORÌ, *La nomina degli organi sociali nelle banche popolari tra principio di collegialità, partecipazione diffusa, nuove tecnologie e autoreferenzialità. Le assemblee a distanza e i c.d. Centri di voto*, 149

**Direttore responsabile:** STEFANO PIVATO

**Comitato scientifico:** MARCO CANGIOTTI, GABRIELE FATTORI, LANFRANCO FERRONI, HENRY FRENDO, GIUSEPPE GILIBERTI, GUIDO GUIDI, LUIGI MARI, LUCIO MONACO, VITTORIO PARLATO, EDUARDO ROZO ACUÑA

**Redazione:** VICTOR CRESCENZI, ANNA MARIA GIOMARO

**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:** Arti Grafiche Editoriali Srl, Urbino

ANNO LXXX - 2013

NUOVA SERIE A - N. 64,1-2

# STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO



ANNA MARIA DEL VECCHIO

*IL PROBLEMA DELL'IMPATTO DELLA  
CRIMINALITÀ ORGANIZZATA NEL QUADRO  
DELLA MONDIALIZZAZIONE*

SOMMARIO: **1.** Considerazioni introduttive. A) Il concetto di criminalità organizzata in termini generali. B) Il problema della “mondializzazione” in rapporto al crimine organizzato. – **2.** Il fenomeno mafioso criminale nel contesto italiano. Le varie espressioni del fenomeno mafioso. A) La virulenza di “Cosa nostra” nell’esperienza storica. B) Le difficoltà della lotta alla mafia criminale. – **3.** La criminalità organizzata espressa in dimensione mondiale. A) La criminalità mafiosa in Messico. B) Il fenomeno mafioso criminale in Russia. C) I rapporti tra gruppi criminali russi ed italiani. – **4.** Il traffico illecito di armi. Il ruolo dei traffici clandestini di armi nei conflitti balcanici. A) Il conflitto serbo-croato. B) I conflitti in Bosnia Erzegovina. – **5.** La tratta di esseri umani. I rapporti di “Amnesty international” e del Parlamento europeo. – **6.** Le aggregazioni mafiose criminali nel mondo asiatico. A) Le “Triadi” cinesi. B) Gli “Yakuzas” giapponesi. C) Il fenomeno criminale nell’area del Caucaso. – **7.** La dinamica del fenomeno mafioso criminale. A) L’“internazionalizzazione” della mafia criminale. B) L’azione dei gruppi mafiosi criminali nell’Est europeo. Le commissioni inquinanti il tessuto sociale. – **8.** Il rischio del coinvolgimento dei gruppi criminali nei processi di sviluppo dei Paesi poveri ed emergenti. A) I flussi migratori provenienti dai Paesi poveri e sotto-sviluppati. I traffici illeciti collegati a tali flussi. B) I misfatti derivanti dai traffici illeciti, e la potenzialità di essi. C) Il narco-traffico. I “Cartelli” colombiani. – **9.** Il liberismo economico in quanto occasione di profitto per i gruppi mafiosi criminali. A) Le “economie parallele”. B) La corruzione. La difficoltà di un approccio omogeneo al concetto. – **10.** La criminalità organizzata e il terrorismo internazionale. A) I punti di contatto e di collegamento tra i due concetti. B) Il ruolo dell’INTERPOL. C) I problemi dell’efficacia delle legislazioni interne degli Stati, e dell’adeguamento di esse alla normativa internazionale, ancora carente e incompleta.

**1.**

I problemi innescati dall’esistenza e dall’azione di gruppi di criminalità organizzata in varie parti del mondo sono tra i temi maggiormente dibattuti nel mondo contemporaneo “senza frontiere”.

Come ha puntualizzato l’ex-procuratore nazionale anti-mafia Pietro Grasso, la comunità internazionale non è ancora sufficientemente strutturata in modo da realizzare una efficace cooperazione giudiziaria in-

ternazionale di lotta alla mafia e al crimine organizzato, il cui ambito travalica spesso i confini nazionali degli Stati per assumere una rilevanza internazionale, sia per quanto concerne gli attori e i destinatari delle azioni criminali mafiose, sia per quel che riguarda gli obiettivi e le finalità delle azioni in questione.

**A)** Va premesso che il concetto di criminalità organizzata può presentare gli aspetti più vari e sfaccettature diverse; è comunque un concetto relativo, che tende a sfuggire ad un preciso inquadramento penale, almeno in dimensione mondiale, e ad una definizione giuridica, politica ed economico-finanziaria che ne determini con precisione i contenuti e ne delimiti rigorosamente gli ambiti di perseguibilità.

L'INTERPOL (Organizzazione internazionale di polizia criminale, OIPC) ha definito, in termini generali, la criminalità organizzata come un fenomeno che si sostanzia in "toute entreprise (ou groupe de personnes) engagée dans une activité illégale permanente ne tenant pas compte des frontières nationales, et dont l'objectif premier est le profit"<sup>1</sup>.

I sistemi di diritto penale positivo degli Stati in tema di criminalità organizzata e di perseguibilità di essa differiscono da uno Stato all'altro, da un contesto sociale all'altro. Ciò assume rilevanza e significato in rapporto alla "violazione cosciente e duratura delle leggi vigenti in un determinato contesto territoriale – statale o regionale – ed allo sviamento fraudolento dei poteri pubblici" in base a tali leggi, a detrimento degli interessi della maggioranza della comunità umana in esso stanziata da parte di affiliati a organizzazioni criminali.

**B)** La superficialità della cultura popolare e la debolezza di certa borghesia intellettuale ed economica hanno ostacolato la formazione di una opinione pubblica coerente e motivata sul ruolo e sull'impatto delle organizzazioni mafiose criminali nel mondo contemporaneo, tale da sradicare alla base il fenomeno mafioso.

---

<sup>1</sup> Vedi, per un approccio al tema della criminalità organizzata in vari contesti in dimensione mondiale, *Mondialisation et criminalité*, in *Questions internationales*, n. 40, 2009, *La documentation Française*. Per considerazioni sul fenomeno della mondializzazione e sulle conseguenze di essa nei rapporti interpersonali e intersocietari, vedi P. BONIFACE, *Comprendre le monde*, Paris, 2010.

Come rilevava Paolo Sylos Labini, “al fondo c’è un micidiale, radicale cinismo che domina tutta un’assuefazione al malaffare, che diventa ambiente e costringe le persone civili e oneste ad una ammutolita paralisi”<sup>2</sup>.

Va detto che gli esseri umani, in linea di principio, aspirano a fare parte di una comunità: la patria, la famiglia, il gruppo. Gli imperativi e le esigenze di partecipazione che ne derivano vanno resi compatibili con il dilatarsi delle relazioni internazionali, con il multiculturalismo, con la mondializzazione culturale ed economica, che non va trasformata in una mondializzazione del crimine mediante l’azione transnazionale dei gruppi mafiosi criminali.

Un pericolo sociale è insito nel fatto che la mafia (o, per meglio dire, le mafie, data la frantumazione del concetto in vari specifici “clan” mafiosi) dà luogo a comunità organizzate in senso verticale o orizzontale, con certe regole ed istituzioni le quali elargiscono agli affiliati ed ai beneficiari denaro, privilegi, e protezione.

La mafia, nella sua accezione più nota, significa affari sporchi nella gestione dell’ambiente, dell’edilizia, della politica dei mercati, della droga, della gestione dei capitali e dei traffici illegali di armi e di esseri umani. Non è quindi da sottovalutare il pericolo derivante da assemblaggi societari i quali, anche se costituiti in base a principi di solidarietà sociale, possono dare luogo a rischi di contaminazioni, di commistioni e di collusioni, tali da trasformare il lecito in illecito, nella fluidità e nel dinamismo relazionale della odierna comunità internazionale<sup>3</sup>.

## 2.

Nelle sue varie espressioni illecite e criminali, la mafia può finalizzarsi a obiettivi diversi e può coinvolgere diversi settori dell’attività umana, tanto sul piano interno che sul piano internazionale.

In Italia, particolarmente nel Sud d’Italia, varie sono le manifestazioni della criminalità mafiosa, le quali hanno profonde radici storiche e sociali.

Nel Mezzogiorno d’Italia quattro forme di criminalità organizzata

---

<sup>2</sup> Vedi l’“Introduzione” a *Gli intoccabili* di S. LODATO e M. TRAVAGLIO, Milano, RCS Libri, 2005, p. IX.

<sup>3</sup> Sul fenomeno della coesistenza di un pluralismo di regimi globali “oltre lo Stato”, con riferimento anche alla “giustiziabilità” vedi S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, Einaudi, 2009.

sono dominanti e radicate nel territorio: in Campania la “Camorra”, nelle Puglie la “Sacra corona unita”, in Calabria la “N’drangheta”, in Sicilia “Cosa nostra”.

A) In Sicilia il fenomeno mafioso ha radici storiche ben consolidate, nella dinamica delle vicende storiche che si sono susseguite.

Si dice che “l’intera esperienza storica dell’isola sarebbe stata contrassegnata da una trattativa permanente tra dominatori stranieri e ceto politico locale per addivenire a compromessi e a patti “informali” per la congestione del potere”<sup>4</sup>. Siffatta tendenza ed esperienza ha caratterizzato anche i rapporti tra il ceto politico dirigente locale e lo Stato, in un quadro di interessi spesso confliggenti e contrapposti. La posizione dello Stato, nella lotta alla mafia è comunque apparsa “episodica, mutevole, incerta”<sup>5</sup>.

Il problema “mafia” è stato spesso sottovalutato nella nostra storia, anche recente. Forse anche per questo la virulenza di Cosa nostra ha avuto manifestazioni di violenza estrema, ed ha colpito “i servitori dello Stato che lo Stato non è riuscito a proteggere”.

È opinione diffusa che la mafia, in Sicilia, si è formata “per generazione spontanea” nel quadro di attività speculative di sfruttamento delle risorse e delle ricchezze disponibili, e nella misura della sua attitudine e capacità a radicarsi e ad organizzarsi in una rete di “fratellanze”, di “cosche” e di “famiglie”, a fini di controllo e di sfruttamento del territorio.

In Sicilia il potenziale mafioso, nelle sue varie articolazioni, sarebbe servito a sostenere un potere di intimidazione e di ricatto da parte di ceti mafiosi dominanti nei confronti di ogni possibile attività di governo. Si trattava quindi di mettere in crisi un complesso sistema di poteri e di privilegi, di ubbidienze (estorte o volontarie), di servaggi imposti o semplicemente vantaggiosi. Per questo occorreva anzitutto disgregare il c.d. “muro tradizionalista del sicilianismo”, superando le condizioni e i limiti dell’antica “società senza Stato”, nel cui ambito si era storicamente formato e stabilizzato un rapporto continuativo tra il baronaggio e i quadri sociali mafiosi<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Vedi G.C. MARTINO, *Storia della mafia*, Newton Compton editori, 2012, p. 18 ss.

<sup>5</sup> Cfr. G. FALCONE, in collaborazione con M. Padovani, *Cose di Cosa nostra*, Saggi, BUR, 2010.

<sup>6</sup> Vedi G.C. MARTINO, *Storia della mafia* cit., p. 18 ss.

**B)** Ci chiediamo spesso in Italia, così come si chiedono all'estero, perché lo Stato italiano, nonostante la proclamazione dell'unità nazionale, non sia ancora riuscito a sradicare il fenomeno mafioso, o, comunque, gli aspetti devianti e disgreganti di esso. Come ebbe a rilevare Giovanni Falcone<sup>7</sup>, va considerata la relativa giovinezza dello Stato italiano, a differenza di altri Stati, come ad es. quello francese, plurisecolari e iper centralizzati. In uno Stato ancora oggi diviso in tanti centri di potere (politici ed economici) è difficile condurre adeguatamente e su tutti i fronti la lotta alle varie cosche mafiose.

I politici hanno votato leggi di emergenza, e creato istituzioni e strutture dotate di mezzi inadeguati, e carenti di poteri effettivi di inchiesta e di coordinamento tra i vari Uffici, oltre che di quadri professionali coesi e altamente qualificati.

Sono trascorsi ormai vent'anni dalla stagione delle stragi mafiose. "Cosa nostra" ha intrapreso un cambiamento di rotta rinunciando alle stragi e agli omicidi "eccellenti"; una opzione, si è detto<sup>8</sup>, ispirata dalla convenienza di non esporsi troppo e di ricondursi negli schemi di una apparente "quasi legalità" nel settore economico e finanziario, mimetizzandosi in un'area grigia densa di silenzi e di omissioni.

Il peso economico e finanziario della mafia è rilevante; a giudizio di certi osservatori stranieri costituirebbe all'incirca il 10% del potenziale economico italiano. Ciò è motivo di preoccupazione per i giudici italiani dell'antimafia, che incontrano difficoltà e ostacoli negli accertamenti e nelle indagini su gruppi che si proteggono sotto il velo della segretezza e navigano in acque profonde.

### 3.

In dimensione mondiale la criminalità mafiosa organizzata è apparsa, negli ultimi anni, particolarmente preoccupante, in quanto operante al di là dei confini nazionali con metodi e sistemi sempre più perfezionati, tali da costituire un pericolo per la stabilità dei sistemi politici e finanziari dei Paesi che ne subiscono le conseguenze dannose, e per gli equilibri internazionali.

---

<sup>7</sup> Vedi G. FALCONE, *Cose di Cosa nostra* cit., p. 150.

<sup>8</sup> Vedi G. AYALA, *Troppe coincidenze*, Oscar bestsellers Mondadori, Milano, 2012.

A) In Messico l'impero della mafia si è rivelato allarmante al punto tale che il Paese ha dovuto lottare per la sua stessa sopravvivenza.

Nel 2006 il Presidente Calderón decise di utilizzare i militari contro il narco-traffico, e a tutt'oggi il confronto tra lo Stato e le organizzazioni criminali non sembra volgere a favore dello Stato. I "Cartelli" messicani si sono infiltrati e hanno corrotto ampi settori dell'apparato statale e le amministrazioni pubbliche regionali e municipali, assumendo, secondo una stima dell'ONU, il controllo di oltre il 50% dei comuni. La violenza ha trasformato il Messico in una zona di guerra<sup>9</sup>; nel 2008 si sono avuti 7000 omicidi.

La dinamica criminale mafiosa in Messico è costantemente alimentata dalla domanda di sostanze stupefacenti da parte dei consumatori, dal transito di armi attraverso le frontiere con gli Stati Uniti, e da varie opportunità offerte dal riciclaggio di denaro sporco.

B) In Russia il crimine organizzato ed i traffici illeciti trassero inizialmente origine dalle carenze e dalle inefficienze del sistema sovietico. Nel 1953, alla morte di Stalin, furono liberati circa 8 milioni di prigionieri, grazie alla nuova politica di Krutščëv; molti di essi erano però incalliti criminali, i quali ricostituirono gruppi e ripresero a svolgere attività criminali.

A partire dalla metà degli anni '60 del secolo scorso, quando giunse al potere Breznev, le insufficienze e le inefficienze economiche del sistema sovietico generarono fenomeni di corruzione, traffici illeciti di beni di consumo e di derrate alimentari, oltre che l'acquisizione di posti di potere e di privilegi da parte di soggetti legati al regime<sup>10</sup>.

In parallelo si sviluppava la criminalità organizzata legata alla emigrazione russa, per cui si costituirono all'estero forme di aggregazione anomala senza leggi e senza confini.

La "perestrojka" lanciata da Gorbačëv (che fu l'ultimo Presidente sovietico), nell'intento di incoraggiare la creazione di imprese private, non funzionò e finì con il giovare a certi mafiosi, in quanto consentì di legalizzare e di reinvestire capitali accumulati illecitamente, dato l'allentarsi dei controlli e dell'attenuarsi delle repressioni, conformemente alla nuova politica

---

<sup>9</sup> Vedi J. PIERRAT, *Mexique: une guerre stupéfiante*, in *Cahiers de la sécurité*, n. 7, 2009; W.S. LIND, *La Mexique, État failli*, in *Space War*, 5 giugno 2008.

<sup>10</sup> Vedi G. LECOMTE, *La criminalité organisée en Russie*, in *Mondialisation et criminalité* cit., p. 18 ss.

di distensione inaugurata dal noto "leader", di cui approfittarono affaristi senza scrupoli.

Con la sparizione dell'URSS, nel 1991, la situazione, a livello di criminalità economica, peggiorò ulteriormente. Le privatizzazioni in massa consentirono ai fuorilegge dell'economia di affermarsi e di sviluppare attività illegali. Si ritiene che alla fine del mandato di Boris El'cin l'economia clandestina costituissero il 40% dell'economia russa, e che circa la metà delle banche in Russia avessero collegamenti con la criminalità organizzata<sup>11</sup>.

Il fenomeno mafioso criminale, in Russia, parve decrescere agli albori degli anni 2000. Con l'avvento al potere di Vladimir Putin, ex ufficiale del KGB, i capi dei clan mafiosi apparvero intesi a trasformare la loro attività, in modo da rientrare negli schemi della legalità voluta dal nuovo Presidente. Casi di estorsione, di sviamento di fondi pubblici, di abuso di beni sociali sono tuttora riscontrabili, almeno a giudizio di molti, nonostante l'impegno e le buone intenzioni dei dirigenti del Cremlino.

C) Secondo quanto è stato riportato da Leonid Fituni, direttore del Centro ricerche strategiche dell'Accademia delle Scienze russa, in base ad informazioni provenienti dal Dipartimento di polizia contro il crimine organizzato, nell'autunno del 1992 fu raggiunto un accordo segreto tra "Cosa nostra" siciliana e gruppi mafiosi dell'ex URSS, nell'intento di costruire una rete per la commercializzazione di componenti nucleari e di sostanze stupefacenti nella ex Unione Sovietica<sup>12</sup>.

È stato anche segnalato che, alla fine del 1992, gruppi criminali italiani avevano stretto un altro patto segreto con bande criminali dell'ex URSS, e che era stata accertata l'esistenza di piani per fare incontrare esponenti di gruppi criminali russi e italiani in varie città di Europa<sup>13</sup>.

Traffici internazionali di armi e di materiale strategico (successivi all'implosione dell'Unione sovietica), oltre che di mano d'opera illegale occasionati dalla povertà di certe zone dell'ex URSS, furono probabilmente alla base dei patti mafiosi suddetti.

---

<sup>11</sup> Per le indicazioni statistiche vedi P. BONIFACE, *Comprendre le monde* cit., p. 48.

<sup>12</sup> Vedi P. GRASSO, A. LA VOLPE, *Per non morire di mafia*, Sperling e Kupfer Editori S.p.A., 2009, pp. 211-212.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

## 4.

La criminalità organizzata fa frequentemente uso di armi per imporre i suoi disegni ed i suoi imperativi. Le armi rappresentano infatti lo strumento più rapido ed efficace per fare valere la potenza delle forze che ne fanno uso.

In molti conflitti in cui i contendenti si contrappongono senza esclusione di colpi, con motivazioni più o meno fondate e legittime, l'arrivo in massa di armi – grazie a traffici bene orchestrati – consente la prosecuzione o la ripresa di combattimenti, per favorire l'una o l'altra fazione in lotta e per assicurarsi il controllo del territorio conteso, delle materie prime e delle ricchezze naturali in esso esistenti, ovvero il transito illegale di beni e di capitali.

La necessità di disporre di armi, avvalendosi di traffici illegali e clandestini, è spesso occasionata da transizioni politiche realizzate in via rivoluzionaria e da trasformazioni territoriali implicanti smembramenti e secessioni di territori, come è accaduto nell'area balcanica la quale, a partire dal 1991, è stata teatro di sanguinosi conflitti territoriali, etnici e religiosi, conseguenti all'implosione della Grande Federazione jugoslava<sup>14</sup>.

**A)** In un primo tempo la Croazia, rivendicando un'autonomia storica, entrò in conflitto con il governo di Belgrado, ed ebbe inizio una guerra condotta senza esclusione di colpi, alimentata anche dal traffico illegale di armi. Grandi quantità di armi, uscite dagli arsenali e dalle fabbriche, furono distribuite nelle enclavi serbe, e furono trasportate con camion da mercenari e da milizie paramilitari serbe, attraverso appositi corridoi.

I militari e le milizie paramilitari croate, da parte loro, poterono rapidamente contare sull'aiuto occidentale, ufficioso e non conforme a principi di legalità internazionale. Le armi destinate alla Croazia provenivano in parte dall'America Latina; è noto lo scandalo "Carlos Menem", dal nome del Presidente argentino accusato di coprire da Buenos Aires, le esportazioni illegali di materiale bellico destinato alla Croazia.

**B)** Anche i conflitti in Bosnia Erzegovina, che opposero tre comunità etniche (serbi, croati e musulmani) furono alimentati da traffici illegali di

---

<sup>14</sup> Per una sintetica esposizione delle vicende relative al traffico di armi nell'area balcanica, vedi J.Ch. ANTOINE, *Le trafic d'armes légères à partir de l'Europe centrale et orientale*, in *Mondialisation et criminalité* cit., p. 32 ss.

armi. Le armi venivano vendute al migliore offerente da parte di fazioni o di gruppi mafiosi criminali. Il traffico illecito di armi è alla base anche della ribellione del Kosovo, ostacolata dalle milizie serbe.

I trafficanti di armi, nel contesto balcanico, hanno utilizzato, per i loro traffici, varie strade, ed hanno seguito vari itinerari (come l'autostrada Zagabria-Belgrado, il treno Zagabria-Parigi, ed anche i porti di Vlora e Durazzo in Albania, o quello di Bar in Montenegro), per poi raggiungere le coste italiane. I gruppi criminali della Sacra corona nelle Puglie e dell'N'drangheta in Calabria le hanno recuperate per poi venderle a cosche criminali in Europa.

## 5.

La liberalizzazione degli scambi nel quadro europeo e mondiale hanno, sia pure indirettamente e inconsapevolmente, offerto occasioni di interferenze e di profitto per traffici illeciti di vario genere, che vanno dal traffico di armi e di droga sino alla tratta di esseri umani. In base al Rapporto del 2009 di "Amnesty international", la tratta di esseri umani comprende il reclutamento forzato, il trasferimento e l'alloggio di persone costrette a schiavitù con la minaccia o l'uso della forza o altre forme di costrizione quali sequestri, frodi, inganni, abusi di autorità ovvero di situazioni di vulnerabilità delle vittime; ed anche mediante l'offerta di pagamenti e vantaggi per ottenere il consenso allo sfruttamento delle loro capacità. Si può andare dallo sfruttamento della prostituzione ad altre forme di sfruttamento sessuale, sino al traffico abusivo di organi, assai praticato nei Paesi sottosviluppati del Terzo mondo, in cui è frequente anche la tratta, lo sfruttamento ed il lavoro forzato dei minori<sup>15</sup>.

In base ad una stima delle Nazioni Unite vi sarebbero oggi dai 200 ai 250 milioni di "schiavi" adulti in ambito mondiale, cui si aggiungerebbero dai 250 ai 300 milioni di fanciulli tra i 5 e i 14 anni costretti al lavoro forzato. Le moderne forme di schiavitù messe in opera dai trafficanti di esseri umani sono varie e diversificate, per cui è difficile tracciarne con precisione le linee e i contenuti, che variano a seconda dei contesti socio-politici (oltre che economici) di riferimento. L'odioso fenomeno, che è in contrasto con fondamentali principi etici e di civiltà, si sostanzia in genere in pressioni

---

<sup>15</sup> Vedi F. LEGAY, *L'exploitation des êtres humains à des fins criminelles*, in *Mondialisation et criminalité* cit., p. 37 ss.

fisiche e psicologiche sulle persone che si vogliono dominare, in restrizioni abitative e di stabilimento, spesso accompagnate dalla impossibilità di relazionare con l'estero, e da maltrattamenti e abusi nei confronti delle vittime.

Secondo un rapporto del Parlamento europeo la tratta degli esseri umani sarebbe una delle forme di criminalità più praticate negli ultimi decenni. Il fenomeno è originato anche dalla grave crisi economica e sociale che travaglia molti Stati e regioni del mondo, nonché dalla difficoltà di porre in essere una efficace cooperazione giudiziaria e di polizia di tipo transnazionale, data anche la difformità tra i sistemi giuridici, socio-politici ed economici, e delle tradizioni e delle culture tra le varie aree del mondo.

## 6.

Nel contesto asiatico, principalmente nell'Asia orientale, le aggregazioni mafiose criminali sono numerose e potenti. Poiché esse si conformano in genere a regole di segretezza, le indagini circa la loro effettiva portata, incidenza e pericolosità sono complesse e difficili.

Due aggregazioni mafiose criminali sono imperanti nel contesto dell'Asia orientale: le "Triadi cinesi" e gli "Yakuzas" giapponesi, che annoverano numerosi aderenti, realizzano grandi profitti ed intrattengono relazioni anche con il potere politico<sup>16</sup>.

Nei più recenti sviluppi tali multinazionali del crimine si sono ramificate e infiltrate nei contesti socio-politici ed economici degli Stati d'Europa – particolarmente in Italia – mediante contatti con la "Camorra" e con "Cosa nostra", alterando l'equilibrio delle relazioni economiche e commerciali, interne e internazionali.

**A)** Le "Triadi cinesi" sono state (e probabilmente sono ancora) tra le organizzazioni mafiose criminali più potenti del pianeta. Esse hanno origini antiche nelle società segrete operanti in Cina agli inizi del XIX secolo; alcune, come la "Sun yee on", furono create prima della seconda guerra mondiale, altre sono state istituite successivamente.

In seguito alla liberalizzazione economica e all'apertura della Cina ai

---

<sup>16</sup> Sull'argomento vedi, in sintesi, J.M. DASQUE, *Anciennes et nouvelles organisations criminelles en Asie orientale*, in *Mondialisation et criminalité* cit., p. 40 ss.

commerci internazionali, le “Triadi”, che hanno intessuto e stretto alleanze con vari gruppi criminali, hanno sviluppato forme di interventismo coperto in ogni settore in cui possono realizzare profitti.

Il traffico della droga, ed in particolare dell’eroina, in Asia orientale e nel Pacifico, costituisce uno dei settori privilegiati dell’azione delle “Triadi”. Basi di azioni sono state installate nei grandi porti cinesi da cui vengono fatti partire gruppi di emigrazione clandestina, diretti negli Stati Uniti d’America, nel Canada, oltre che in Europa.

Le “Triadi” cinesi sono coinvolte anche nel commercio del sesso, e controllano locali a “luci rosse”, in cui viene spacciata droga e si fanno traffici legati allo sfruttamento della prostituzione.

**B)** Anche in Giappone numerose sono le “gangs” mafiose. Specificatamente vengono menzionati gli “Yakuzas”, una formazione di antica data la quale, nel periodo compreso tra le due grandi guerre mondiali, fu anche responsabile di omicidi “eccellenti” nei confronti di personalità politiche liberali e progressiste, e fu accusata dell’assassinio di due Primi ministri, negli anni 1931 e 1932<sup>17</sup>.

Gli “Yakuzas”, ai fini dello svolgimento delle loro attività illecite e criminali trassero vantaggio dalle lacune della legislazione, dal lassismo della giurisprudenza e da una certa tolleranza sociale legata alle leggende a cui tali gruppi seppero ricollegarsi, radicate in un certo patriottismo ideologico di stampo mafioso.

**C)** La zona del Caucaso, per la sua posizione geografica tra il Mar Caspio e il Mar Nero, tra l’Europa e l’Asia, è particolarmente esposta ai traffici criminali, e risente dei circuiti transnazionali del malaffare, anche in quanto zona di passaggio e, al contempo, luogo di coesistenza di popoli e di etnie diverse per cultura, identità storica, tradizione, lingua, religione. Nel miscuglio di razze, di fedi e di culture diverse, la corruzione è dilagante, e la disoccupazione e la povertà stimolano affaristi senza scrupoli ad acquisire la gestione di traffici e di mercati. L’elevato numero dei rifugiati e delle vittime dei conflitti locali aggrava i problemi che la zona del Caucaso deve affrontare per porsi al riparo dalla criminalità mafiosa dilagante in quell’area<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Vedi *L’Organisation des Yakuzas*, in *Mondialisation e criminalité* cit., p. 43.

<sup>18</sup> Vedi *Le Caucase: un espace de convoitises*, in *Questions internationales*, n. 37, 2009.

## 7.

Una delle caratteristiche salienti delle criminalità organizzata, come rivela l'ex procuratore nazionale anti-mafia Pietro Grasso<sup>19</sup>, è la capacità di colpire "ovunque e comunque" chi ostacoli i suoi disegni ed i suoi progetti con una forte carica intimidatoria che ne consacra il pieno diritto a partecipare ad accordi, strategie ed intese con gruppi delinquenti nel grande traffico internazionale di armi, di droga, di materiale nucleare, di oggetti di valore artistico ed archeologico, di rifiuti pericolosi (le c.d. eco-mafie), di autoveicoli e automezzi pesanti rubati.

A ciò si aggiunge il mercato di esseri umani che vengono indotti a emigrare clandestinamente muovendo da Paesi in guerra o collassati, pagando un prezzo elevato a trafficanti che spesso li conducono soltanto ad una morte orrenda a motivo dei transiti (via mare o via terra) impervi e insicuri.

**A)** Il fenomeno della "internazionalizzazione" della mafia era stato già da tempo segnalato dalla magistratura e dagli organi investigativi italiani<sup>20</sup>. Nel 1990 Giovanni Falcone, in una conferenza tenuta al Bundeskriminalamt (l'organismo federale tedesco per la lotta alla criminalità) di Wiesbaden, aveva sostenuto che organizzazioni come le "Triadi" cinesi, gli "Yakuzas" giapponesi, la mafia russa, sono tutte dotate di strutture formali, gerarchicamente organizzate, di grande flessibilità, intesa come "capacità di convertirsi, in tempi straordinariamente brevi, a qualsiasi tipo di attività illecita". Tali organizzazioni, godendo di larghe disponibilità finanziarie e di notevoli poteri, sono in grado di imporsi con la violenza, di garantirsi il controllo di Paesi e di territori, e di infiltrarsi nei gangli delle istituzioni politiche e finanziarie degli Stati in cui operano.

**B)** I gruppi della criminalità organizzata italiani (soprattutto "Cosa nostra" siciliana e la "Camorra" napoletana) furono attivi nell'Est europeo soprattutto quando i Paesi dell'Est versavano in condizioni economico-finanziarie precarie, ed erano privi di una legislazione adeguata.

Berlino rappresentò allora la porta di ingresso per i traffici dell'Est, che si estesero poi al resto dell'Europa. Si ritiene che in Germania, al momento della caduta del muro di Berlino, fossero stanziati circa cinque milioni di

---

<sup>19</sup> Vedi P. GRASSO, A. LA VOLPE, *Per non morire di mafia* cit., p. 205.

<sup>20</sup> Cfr. P. GRASSO, A. LA VOLPE, *Per non morire di mafia* cit., p. 205.

lavoratori stranieri, di varie nazionalità: russi, cinesi, italiani, turchi ed anche, se pure in numero minore, curdi, iugoslavi, rumeni, afgani, iraniani, tamil, con piena fiducia delle istituzioni tedesche, che erano a quel tempo in fase di ristrutturazione e di trasformazione. Sono poi emerse, in seguito a rivelazioni dei pentiti, connessioni con “Cosa nostra”, tali da inquinare il tessuto sociale in Germania.

È evidente che la mafia del terzo millennio è un fenomeno “transnazionale”, essendo stati accertati stabili collegamenti tra le organizzazioni mafiose italiane e le più importanti aggregazioni mafiose criminali internazionali. Tale fenomeno, in quanto coinvolgente una pluralità di aree e di Stati, costituisce una minaccia alla pace, alla sicurezza, all'autorità e alla gestione degli Stati coinvolti, soprattutto degli Stati più deboli, travagliati da povertà estrema e da conflitti<sup>21</sup>.

## 8.

I Paesi emergenti e i Paesi poveri rappresentano più di quattro quinti degli abitanti del pianeta, e costituiscono la maggioranza dei 192 Stati membri dell'ONU, e dei circa 150 Stati aderenti all'Organizzazione mondiale del commercio. Nel corso dei negoziati internazionali in tema di sviluppo sostenibile si contrappongono i difensori di uno sviluppo durevole, ai sostenitori di uno sviluppo più equo, che è auspicato dai Paesi più poveri.

La mondializzazione, con la pretesa di gestire il mondo intero, ha generato disparità e disegualianze, difficilmente risolvibili. In dimensione mondiale esistono sensibili disegualianze tra continenti e aree regionali. I poveri sono in numero crescente, soprattutto nel continente africano, ove il 40% degli abitanti dispone di meno di un dollaro al giorno per vivere.

La Banca mondiale stima comunque che la proporzione di coloro che vivono al di sotto della soglia di povertà sia in diminuzione in Asia, che ha conosciuto, soprattutto in questi ultimi anni, un consistente sviluppo economico, che è però inquinato da traffici mafiosi criminali.

I Paesi poveri sono in genere politicamente instabili, e generano fermenti di ribellione e gruppi rivoluzionari fuori dalle leggi dello Stato. Il

---

<sup>21</sup> Vedi P. GRASSO, *Liberi tutti. Lettera a un ragazzo che non vuole morire di mafia*, Sperling e Kupfer Editori S.p.A., 2012, p. 187 ss.

rischio del coinvolgimento di organizzazioni mafiose criminali nel contesto territoriale di tali Paesi, con implicazioni esterne, è quindi forte.

**A)** I Paesi poveri ed emergenti sono divenuti i principali esportatori di flussi migratori in cerca di benessere nei Paesi più ricchi e sviluppati. I migranti provengono in genere dalle zone più periferiche e disinformate dei Paesi del Terzo mondo, e sono quindi maggiormente esposti a intimidazioni e ricatti da parte della criminalità mafiosa. Le indagini, in molti casi, si presentano difficili, anche per il fatto che, in gran parte, gli immigrati sono clandestini.

Anche le Chiese, in quanto luoghi di accoglienza e di riunione di genti che vivono nello squallore e nell'abbandono, possono venire coinvolte e strumentalizzate nel traffico di clandestini. Le Chiese pentecostali, in particolare, sono considerate luogo di ritrovo anche di persone molto dubbie<sup>22</sup>.

**B)** Le donne provenienti dai Paesi poveri e sottosviluppati dell'Africa (come la Nigeria) vengono spesso sfruttate nei loschi traffici gestiti dalla criminalità mafiosa, di cui finiscono per essere vittime, come è stato accertato dalle autorità giudiziarie italiane e di polizia<sup>23</sup>. Arrivano in genere in Italia con la promessa di lavoro, ma, non potendo pagare la somma richiesta dalla criminalità del proprio Paese di partenza per l'ingresso clandestino in un altro Paese, vengono in molti casi costrette, con minacce e violenze, a prostituirsi.

Nel 2006, a Torino, sono state scoperte dalla guardia di finanza e dai carabinieri, spietate organizzazioni formate da immigrati nigeriani, e strutturate come la mafia, dedite, oltre che al narcotraffico, al sequestro di persone, allo sfruttamento della prostituzione e alla riduzione in schiavitù, di cui sono spesso vittime anche minorenni.

I "clan" nigeriani hanno dimostrato capacità di infiltrarsi in altri circuiti mafiosi, e di instaurare rapporti diretti con trafficanti di altri Paesi e continenti, come i trafficanti colombiani di cocaina e i trafficanti di eroina turchi e dell'Asia centrale.

**C)** Nel settore del traffico delle sostanze stupefacenti notevole è l'incidenza della mafia colombiana, costituita da gruppi criminali (Cartelli) de-

---

<sup>22</sup> Vedi S. NAZZARO, *Castel Volturno. Reportage sulla mafia africana*, Torino, Einaudi, 2013, particolarmente p. 144 ss.

<sup>23</sup> Cfr. P. GRASSO, A. LA VOLPE, *Per non morire di mafia* cit., p. 220 ss.

nominati a seconda della loro operatività territoriale ( Cali, Medellin, Santa Marta ecc.).

Il Cartello di Medellin si era distinto per un violento attacco alle istituzioni e per una certa finalizzazione sociale, per procurarsi il consenso delle classi meno abbienti.

Il Cartello di Medellin e quello di Cali hanno però cessato di esistere, e si sono frammentati in vari gruppi indipendenti, responsabili di violenze, sequestri e illeciti vari, in collegamento con la criminalità organizzata del Sud America, del Messico e dell'Europa<sup>24</sup>.

Il traffico della cocaina colombiana ha basi logistiche anche sul territorio italiano, grazie al sostegno della N'drangheta, e mantiene contatti con circoli mafiosi di ampia portata, manifestandosi in forme flessibili e dinamiche, in quanto svincolate da legami territoriali e da fattori sub-culturali di riferimento.

## 9.

Com'è noto, l'ultimo decennio del XX secolo è stato caratterizzato da un'ampia diffusione ed espansione del capitalismo di tipo liberale, dell'economia di mercato e dei sistemi di libero scambio e di libera circolazione di persone, di merci e di capitali nel quadro mondiale. Dal mondo globalizzato, ormai senza più frontiere invalicabili, hanno tratto vantaggio e profitto anche i mercati illeciti ed i traffici clandestini.

**A)** Certe zone e certi porti, e alcuni stretti (come il Bosforo e Gibilterra), in quanto punti strategici di naturale interesse per le odierne relazioni internazionali economiche e commerciali, sono diventati anche basi e punti di partenza (e di arrivo) di traffici illeciti di armi, di droga, di merci contraffatte, grazie anche a complicità nel quadro delle istituzioni legali, e della corruzione dilagante. In proposito si fa rilevare che ormai "economie parallele" si sono affiancate a "economie legali"<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Vedi M.E. LACUISSE, *Crime organisé et trafic de drogue en Amérique Latine*, in *Mondialisation et criminalité* cit., pp. 61-62. Sulle questioni concernenti la violenza mafiosa in America Latina, vedi *Amérique Latine*, in *Questions internationales*, La documentation Française, n. 18, 2006, pp. 60-68.

<sup>25</sup> Vedi P. GRASSO, A. LA VOLPE, *Per non morire di mafia* cit., p.268.

La corruzione, che può assumere varie forme e può essere praticata con vari metodi, consiste, in linea di principio, nell'abuso di una posizione pubblica a beneficio di un interesse privato<sup>26</sup>.

Il concetto di corruzione è comunque complesso, e la valutazione circa la sua portata ed i suoi effetti è variabile a seconda delle legislazioni di riferimento e dei contesti socio-territoriali in cui si esplica. Pertanto un approccio omogeneo al concetto, valido per tutte le pratiche di corruzione, non è facilmente attuabile.

**B)** La corruzione di agenti pubblici e privati incide sostanzialmente nelle transazioni commerciali.

L'adozione, nel 1977, nel quadro dell'Organizzazione di cooperazione e di sviluppo economico (OCDE), della Convenzione sulla lotta contro la corruzione di agenti pubblici stranieri nelle transazioni commerciali internazionali, ha innovato rispetto alla prassi precedente.

Ed infatti, in un Paese che ha ratificato la Convenzione, sia il dirigente che il quadro strutturale di un'impresa, che propongano l'erogazione di una somma di denaro (o altri vantaggi) al responsabile politico di un Paese straniero, onde facilitare la conclusione di un contratto di fornitura (di materie prime, di beni e di servizi), rischiano una pena detentiva che può andare sino a dieci anni di carcere, oltre ad una consistente ammenda.

L'entrata in vigore della Convenzione non ha però rallentato il fenomeno della corruzione, che continua ad imperversare in molte parti del mondo.

La normativa internazionale in tema di corruzione è scarsa e incompleta, non comunque tale da assicurare una adeguata salvaguardia nei confronti di gruppi di malaffare che si sono spartiti compiti, mercati, zone di influenza con metodi illeciti e spregiudicati.

## 10.

Tra la criminalità organizzata ed il terrorismo esistono differenze sostanziali, soprattutto per quanto concerne gli obiettivi cui i fenomeni indicati tendono.

---

<sup>26</sup> Vedi J. COLI, M. YUNG, *Corruption internationale: activité prospère, lutte imparfaite*, in *Mondialisation et criminalité* cit., p. 63, e riferimenti ivi indicati.

Nei casi di terrorismo la violenza – che è utilizzata anche dai gruppi di criminalità comune – ha una matrice essenzialmente politica, tendente a modificare radicalmente, o a distruggere, il contesto politico di riferimento.

La criminalità organizzata comune mira invece a realizzare illeciti profitti, sfruttando a fondo le opportunità offerte dal contesto sociale in cui opera.

I due concetti sono tradizionalmente considerati differenti nei contenuti, ed anche divergenti, pur potendosi ipotizzare forme non solo di cooperazione e collaborazione tra terrorismo e criminalità organizzata, ma anche casi di commistione, con sovrapposizione di mezzi e di obiettivi. Recenti indagini hanno rivelato contatti, collegamenti, relazioni e scambi tra gruppi terroristici e gruppi di mafia criminale nei mercati della droga, delle armi e degli esplosivi, dei documenti falsi e del riciclaggio.

**A)** I punti di contatto e di collegamento tra terrorismo e criminalità organizzata sono molteplici. In primo luogo, la criminalità organizzata può essere utilizzata da gruppi terroristici per finanziare azioni terroristiche ed eversive, le quali hanno spesso alla base delitti tipici della criminalità organizzata, come sequestri a scopo di estorsione, rapine, traffici di stupefacenti.

La criminalità organizzata, da parte sua, usa spesso metodi tipici del terrorismo, come ingenti quantità di esplosivo o autobombe su obiettivi mirati, che provocano la morte di persone inermi e inconsapevoli.

Le interconnessioni tra la criminalità organizzata e alcuni gruppi terroristici sono state rilevate nelle risoluzioni delle Nazioni Unite, e sono state segnalate dall'Unione europea.

**B)** L'Organizzazione internazionale di polizia criminale (nota come INTERPOL) costituisce uno strumento di cooperazione tra polizie nazionali in materia di questioni ed affari collegati alla criminalità, a fini di scambi di informazioni e di formazione dei quadri della polizia scientifica<sup>27</sup>. All'INTERPOL si è affiancata, ormai da diversi anni, L'EUROPOL.

L'INTERPOL ha infatti rafforzato la collaborazione e gli scambi con i sistemi di polizia europei per combattere il terrorismo e il malaffare.

Parallelamente l'INTERPOL ha intensificato la sua collaborazione e cooperazione con l'Organizzazione delle Nazioni Unite nella lotta contro il terrorismo, soprattutto per quanto concerne il controllo sull'embargo delle

---

<sup>27</sup> Vedi A. ROCHACKA-CHERNER, *Interpol et la lutte contre la criminalité internationale organisée*, in *Mondialisation et criminalité* cit., pp. 68-69.

armi, la confisca dei beni appartenenti a organizzazioni criminali, il divieto dello spostamento e dei viaggi per le persone ed i gruppi aderenti ed affiliati ad Al-Qaeda ed ai Talebani.

L'INTERPOL ha intensificato inoltre le sue possibilità di intervento nelle zone post-conflitto, concludendo un partenariato con il Dipartimento delle operazioni di mantenimento della pace dell'ONU, e si è collegata all'Ufficio delle Nazioni Unite contro la droga ed il crimine.

C) Nel quadro della Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine transnazionale organizzato, e della Convenzione (pure dell'ONU) contro la corruzione, firmata nel 2003 a Mérida, in Messico, l'INTERPOL ha istituito, nell'autunno del 2009, l'Accademia internazionale anti-corruzione, a Laxenburg, nei dintorni di Vienna, con compiti di inchiesta<sup>28</sup>.

Per prevenire e reprimere fenomeni di criminalità organizzata, tendenti ad alterare gli equilibri e i rapporti di forze nel contesto globalizzato mondiale è comunque necessario un adeguamento delle legislazioni degli Stati alla normativa internazionale, per quanto tale normativa sia insufficiente e non tale da superare problemi dati dalle interferenze e dalle contaminazioni tra il "mondo legale" ed il "mondo illegale".

Va anche notato che le leggi interne non possono dispiegare efficacia se non sono sorrette da una forte e decisa volontà politica di darvi esecuzione, e se le strutture all'uopo predisposte non si avvalgono di professionisti onesti e qualificati.

Ciò vale in particolare per combattere il fenomeno del riciclaggio, che consiste in operazioni dirette a ripulire la ricchezza dalla sua origine illegale. Le legislazioni di molti Stati, tra cui anche l'Italia, non sono ancora adeguate alla dimensione e alla gravità del problema, soprattutto sul fronte delle indagini patrimoniali e bancarie. I flussi di denaro sporco coinvolgono spesso più Paesi, per cui, al fine di combattere efficacemente il fenomeno del riciclaggio, occorre una seria, costante ed onesta collaborazione degli Stati che vengono ad esserne coinvolti.

Come ebbe a puntualizzare Giovanni Falcone "i risultati si ottengono con un impegno duro, continuo, quotidiano... Senza diletantismi"<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Cfr. A. ROCHACKA-CHEKNER, *Interpol et la lutte contre la criminalité internationale organisée*, cit., p. 69.

<sup>29</sup> Vedi G. FALCONE, *Cose di Cosa nostra* cit., p. 155 ss.

ANNA MARIA GIOMARO, FILIPPO MARRA

*MEDAGLIONI PREPARATORI PER "MAESTRI DI ATENEIO"*

SOMMARIO: 1. Antonio Vanni (1855-1922). – 2. Mario Ricca-Barberis (1877-1959). – 3. Giuseppe Branca (1907-1987). – 4. Guido Rossi (1916-1986). – 5. Francesco Pastori (1923-2010). – Giovanni Gualandi (1927-2004) \*\*

**1. Antonio Vanni (1855-1922).**

Sul finire dell'Ottocento, e precisamente a partire dall'a.a. 1883-84, l'insegnamento del diritto romano a Urbino porta il nome del prof. Antonio Vanni.

Vanni è una figura di primaria importanza nella storia della Facoltà giuridica urbinata. Nato nel 1855, a Belforte di Siena, allorché inizia a Urbino la sua attività, nel 1883-84 appunto, ha ventotto anni; e a Urbino concluderà il suo percorso accademico, con sue dimissioni del 19 dicembre 1922, dopo quarant'anni, per essere collocato a riposo. Ma se nei primi di quei quarant'anni Antonio Vanni si poneva come docente e dava il suo apporto, non di poco conto, soltanto all'insegnamento delle sue materie, dall'a.a. 1895-96 al 1922 ebbe anche l'incarico di Rettore e, dunque, ben più ampie responsabilità.

Nel 1883 veniva chiamato a succedere a Muzio Pampaloni per l'insegnamento di storia del diritto, e per il diritto romano, ma legava il suo nome anche ad una materia nuova, esegesi delle fonti del diritto romano, che tanta fama e sviluppo doveva avere per tutta la prima metà del XX secolo nelle università italiane, e le cui origini come insegnamento universitario in Italia si devono al Regolamento Speciale per la Facoltà di Giurisprudenza 8/10/1876 (primo Regolamento Coppino). Particolarmente singolare si

---

\*\* La voce relativa al prof. Guido Rossi si deve al collega Filippo Marra, che ringrazio per aver aderito all'idea di presentarla insieme alle altre dello stesso periodo (*amg*).

deve considerare a Urbino l'attivazione, a partire dall'anno 1879-80 (se non dal 1877-78 con Lando Landucci), di un "Corso esegetico sulle fonti del diritto romano", obbligatorio e biennale (accanto alle "Istituzioni di diritto romano", accanto alla "Storia del diritto romano", accanto al "Diritto romano" biennale, accanto – non ultimo – ad una "Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche" che poteva avere anche tratti storicistici); e ciò quando dal citato Regolamento Coppino il corso non era previsto fra le materie obbligatorie, bensì figurava, con la denominazione meno specifica di "Esegesi delle fonti del Diritto", fra le materie o "corsi speciali", di cui l'art. 6 consentiva l'attivazione "*ad incremento della coltura negli studi giuridici*" (si direbbe una materia complementare, insieme con la "Contabilità di Stato", la "Storia dei trattati e diplomazia", la "Legislazione Comparata")<sup>1</sup>. Tale insegnamento Antonio Vanni mantenne per tutto il periodo della sua permanenza a Urbino, anche se, a partire dal 1907-08 viene qualificato negli Annuari come "corso libero" (così la "pratica civile") e non si tratta più quindi di materia obbligatoria.

Gli anni in cui il nostro giungeva all'insegnamento urbinato erano anche gli anni in cui si imponeva il secondo Regolamento Coppino (Regolamento Speciale per la Facoltà di Giurisprudenza 22/10/1885) che prevedeva lo sdoppiamento della storia del diritto nelle due materie di storia del diritto romano e storia del diritto italiano dalle invasioni barbariche ai dì nostri. In nota al "*Programma del Corso di Storia del diritto romano fatto dal prof. Antonio Vanni nell'anno accademico 1888-1889*" si legge un' "AVVERTENZA" di questo tenore: «Questo programma è redatto in conformità delle disposizioni del R<sup>o</sup> Decreto 22 ottobre 1885 concernente l'ordinamento degli studi nelle Facoltà di Giurisprudenza. Come è noto, quel Decreto istituiva un'apposita cattedra per l'insegnamento della *Storia del diritto romano* ed esigeva che il relativo corso fosse completo e si esaurisse in un anno. Ora, corso completo e da esaurirsi in un anno scolastico non può significare altro che corso elementare, di cui sieno essenziali caratteristiche la sobrietà, l'ordine e la chiarezza delle notizie ed in cui una sintesi giudiziosa riproduca come in uno specchio tersissimo gli ultimi risultamenti della investigazione storica. Da tale concetto è ispirato il presente programma. Esso nelle sue linee fondamentali è modellato sull'opera originale e profonda dell'illustre Padelletti (*Storia del diritto romano. Manuale ad uso delle scuole* – Firenze,

---

<sup>1</sup> A Urbino risulta fra i "liberi insegnamenti con effetti legali", insieme alla "Filosofia della storia".

1878), libro, dal quale può parer sempre difficile o increscioso il dipartirsi, soprattutto in quanto attiene all'ordinamento delle materie ed alla divisione in periodi cronologici. Nei suoi punti particolari poi esso cerca di abbracciare quanto vi ha di più interessante nella storia del diritto romano, massime in ragione dello scopo a cui il corso deve servire, e di collocare ogni istituto, ogni notizia ed ogni apprezzamento nel posto che più logicamente loro conviene, avuto riguardo all'indole e al piano generale del corso. Infine giova avvertire che esso non aspira ad essere niente altro che un semplice e modesto programma scolastico, al quale si debba per conseguenza ritenere affatto estraneo ogni intendimento che didattico non sia».

Del resto per quanto riguarda l'insegnamento Antonio Vanni è una figura eclettica, che ritroviamo, anche contemporaneamente, su molte materie, su "Storia del diritto", e contemporaneamente su "Diritto romano" e su "Esegesi delle fonti del diritto romano" (è la situazione dell'anno 1883-84 e del 1884-85); poi su "Storia del diritto romano", e ancora contemporaneamente su "Diritto romano" e su "Esegesi delle fonti del diritto romano" (è la situazione degli anni dal 1885 al 1894); per poi aggiungere alle tre materie anche l'insegnamento delle "Istituzioni di diritto romano", lasciata nel 1899-00 (salvo tre sporadici "ritorni") per assumere al suo posto il "Diritto ecclesiastico" (nell'a.a. 1899-00 il "Diritto canonico"). Questa contemporanea presenza su molte e diverse materie era del resto abituale nelle università italiane fra l'Ottocento ed il Novecento.

A lui, ancora giovane nella facoltà, era stato affidato il compito di pronunciare il *Discorso inaugurale per l'apertura dell'anno accademico 1886-87*<sup>2</sup>: il suo *La universalità del diritto romano e le sue cause* può ben dirsi un programma metodologico, e denota la cultura giuridica del docente e l'importanza del suo insegnamento.

«Chi si faccia a percorrere le numerose scuole di diritto del mondo civile moderno – scrive il Vanni –, incontra dovunque l'insegnamento del diritto romano. Le università italiane vi hanno oggidì destinate almeno tre cattedre. In Germania ed in Austria quell'insegnamento è distribuito, d'ordinario, per ogni semestre di studi, almeno in cinque corsi. La Francia, la Spagna, il Portogallo, la Svizzera, il Belgio, l'Olanda, la Gran Bretagna, la

---

<sup>2</sup> Pubblicato poi nell'*Annuario della Libera Università Provinciale di Urbino*, 1886-87, p. 3 ss. (ma anche autonomo Urbino 1887, ora in *Relazioni dei Rettori e Discorsi inaugurali dei Docenti nella Libera Università degli Studi di Urbino*, Urbino 1997, I, p. 483 ss.).

Danimarca, che più? La Russia, la Scandinavia e le lontane Americhe hanno professori, e non pochi illustri, di quel diritto».

Il suo discorso, che si rifà – per certi aspetti anche nell’intitolazione – alla prolusione padovana di Biagio Brugi dello stesso anno 1886, *Le cause intrinseche della universalità del diritto romano* – segno indiscutibile di una continuità di rapporti fra i due – nonché all’insegnamento di un altro Vanni suo contemporaneo, Icilio (*I giuristi della scuola storica di Germania*, estr. da *Rivista di filosofia scientifica*), alle lezioni del maestro senese Luigi Moriani (*Osservazioni. La filosofia del diritto nel pensiero dei giureconsulti romani*, Firenze 1876) e di Guido Padelletti (di cui cita varie opere, ma soprattutto la *Storia del diritto romano*, Firenze 1878, e la prolusione *Roma nella storia del diritto*, in *AG XII*, p. 195 ss.), prende le mosse dalla scuola storica tedesca, da Jhering, a Savigny, e poi Voigt e Pernice, e ancora Pertile, Forti, ecc., in un crescendo di contrapposizioni e di adesioni alle diverse tesi. Per concludere che ciò che determina la “universalità” del diritto romano non è questo o quel carattere, diverso secondo la diversa opinione di ciascuno (non l’idea dell’unicità politica che aveva animato il medioevo e l’età moderna; non la consuetudine intesa come forma e metodo secondo il pensiero di Savigny; non l’invenzione del “diritto soggettivo” come pensava Bruns; non il carattere del popolo romano, ben differente da quello di altri popoli antichi; non l’evoluzione costituzionale e politica di Roma; non gli impulsi della filosofia stoica in Roma con la sua propensione verso la realtà pratica del quotidiano; non il ben costruito concetto dell’equità; non la capacità propulsiva del *ius gentium* o del *ius honorarium*; non la convinzione, tutta romana, che la prima idea del diritto fosse «impressa dalla natura nella ragione»; ma “semplicemente” il fatto che «esso <il diritto romano> ebbe la possibilità di accogliere in sé l’azione di tutte queste forze molteplici dell’antica umanità civile».

Ed è interessante che in questo suo discorso la gran parte delle molte citazioni sia rivolta, oltre che agli autori già detti, anche a quei grandi che lo avevano preceduto nell’insegnamento urbinato: a Biagio Brugi, di cui si è detto (scrive Vanni «Il pensiero del Bruns fu testè raccolto da un giovane e valente romanista, ben noto a questa colta città» – il Brugi aveva insegnato a Urbino dal 1879 al 1881 – e di lui cita anche un lavoro “urbinato”, *Il moderno positivismo e la filosofia dei giureconsulti romani* che era stato il discorso di prolusione per l’a.a. 1880-81, ora in *Relazioni dei Rettori* cit., I, p. 371 ss.; lo stesso Brugi fu poi professore onorario dal 1904 al 1933); a Lando Landucci (*Storia del diritto romano*, Padova 1886, allora ancora «in corso di stampa»: l’insegnamento del Landucci a Urbino si era avuto negli anni 1877 e 1878; fu poi professore onorario dal

1904 al 1936); anche a Vittorio Scialoja (la famosissima *Lettera al Prof. Serafini: Sul metodo d'insegnamento del diritto romano nelle università italiane*, in AG XXVI, p. 489 ss.).

Ne ricorda i tratti umani, che aveva personalmente sperimentato, nonché quelli scientifici, il letterato fiorentino Bruno Cicognani, drammaturgo e verista (1879-1971), che lo ebbe Rettore dei suoi studi universitari a Urbino, intrapresi e conclusi quando era già impiegato alle ferrovie. Egli scrive: «Anima dell'Università – che, a vero dire, non comprendeva altro che la facoltà di legge e il corso d'ostetricia – era Antonio Vanni. S'aveva tutti il senso che il giorno in cui egli avesse cessato di vivere, anche l'Università si sarebbe definitivamente irrigidita nel gelo che, d'inverno, era per le sue vaste sale, per i suoi nudi androni. [ ... ] Modesto e paterno, d'un'amorosità pronta ad accogliere, ad aiutare longanime i paria degli studi di legge sparsi per tutta l'Italia aspiranti a una laurea che li salvasse dall'avvilimento dell'impiego meschino, scriveva lui stesso a questi infelici figlioli, di proprio pugno – e nell'Università insegnava Diritto romano: e i suoi appunti eran un monumento di paziente sapere. Avrebbe bramato e meritato le aule affollate; e tranne due o tre settimane esse restavan deserte: io credo che egli sarebbe andato volentieri a sedere sui banchi facendosi in cento. Ombre, a petto di lui, o secondarie figure, gli altri insegnanti urbinati; il buon Vecchiotti, l'ardente Budassi suscitatore d'entusiasmi sulle orme di Giuseppe Ferrari ... Di fuori venivan gl'insegnanti giovani come a una tappa per giungere alle Università grandi: c'era Zerboglio, ai miei tempi, e Diana, e i due Rocco; il lucido Alfredo – ora 'Eccellenza' – e Arturo l'Ermetico» (*Come eravamo*, in *Il museo delle figure viventi*, Milano 1928, p. 161 ss.).

Dal 1895-96 al 1922-23, come si è detto, Antonio Vanni fu anche Rettore dell'Università. Questo basilare impegno, unito alla molta attività didattica che svolgeva per la facoltà, lo assorbì totalmente. Ma certo quanto leggiamo nella sua citata prolusione, o nell'altra prolusione, del 1892, *Svolgimento storico del concetto di obbligazione nel diritto romano*<sup>3</sup>, nella *Breve monografia sull'Università degli Studi di Urbino*, del 1908 (*compilata a richiesta del Ministero della Pubblica Istruzione e in conformità delle norme date con Circolare del 26 ottobre 1908 N. 68, Bollettino Ufficiale 1908, N. 44-45*), Urbino, Tipografia M. Arduini, 1910, nel corso

---

<sup>3</sup> In *Annuario della Libera Università Provinciale in Urbino*, 1892-93, p. 3 ss., pubblicato autonomo Urbino 1893, ora in *Relazioni dei Rettori*, I, cit., p. 631 ss.

di lezioni tenute nell'anno accademico 1917-18, *Delle donazioni*, Urbino 1919 (*Delle donazioni: Sunto di Lezioni di diritto romano, tenute nella Università di Urbino nell'anno accademico 1917-18*) ci fanno rimpiangere i suoi mancati scritti.

Assolutamente ignorata rimane una sua attività forense, che invece dovette sussistere se rimangono, per esempio, *Una questione sulla eredità accettata col beneficio dell'inventario: studio*, pubblicato a Siena, Tip. dell'Ancora, nel 1883 (non era stato ancora chiamato a Urbino), o il ricorso presentato alla "Suprema Corte di cassazione di Roma. Sezione civile" del "*Capitolo della cattedrale di Pennabilli contro il Fondo pel culto*", pubblicato a Firenze, Tipografia Adriano Salani, 1903.

OPERE – *La universalità del diritto romano e le sue cause* (prolusione, in *Annuario della Libera Università Provinciale di Urbino*, 1886-87, p. 3 ss., pubblicato autonomo Urbino 1887, ora in *Relazioni*, I, cit., p. 483 ss.); *Svolgimento storico del concetto di obbligazione nel diritto romano* (prolusione, in *Annuario della Libera Università Provinciale in Urbino*, 1892-93, p. 3 ss., pubblicato autonomo Urbino 1893, ora in *Relazioni dei Rettori*, I, cit., p. 631 ss.); *Breve monografia sull'Università degli Studi di Urbino*, Urbino 1908; *Delle donazioni: Sunto di Lezioni di diritto romano, tenute nella Università di Urbino nell'anno accademico 1917-18*, Urbino 1919; *Una questione sulla eredità accettata col beneficio dell'inventario: studio*, Siena, Tip. dell'Ancora, 1883; *Capitolo della cattedrale di Pennabilli contro il Fondo pel culto*", Firenze, Tipografia Adriano Salani, 1903<sup>4</sup>.

## 2. Mario Ricca-Barberis (1877-1959).

La vicenda urbinata di Mario Ricca Barberis, sei densi anni dal 1907 al 1913, è tutta scandita dalle Relazioni annuali del Rettore Antonio Vanni (cfr. *Relazioni dei Rettori e Discorsi inaugurali dei Docenti nella Libera Università degli Studi di Urbino*, a cura di F. Marra e L. Sichirollo, II, Urbino 1997).

Il 16 novembre 1907 il discorso di inaugurazione dell'a.a. 1907-08 informa sulla sua chiamata: «l'illustre prof. Luigi Abello – è il rettore Vanni (su cui *infra*) che parla –, non sentendosi in grado a causa dei suoi gravi impegni di scrittore e d'insegnante, di esercitare il duplice insegnamento del

---

<sup>4</sup> Fonti. Un suo *Necrologio* compare in *Studi Urbinati* 3, 1929, p. 101 s. (a cura della Redazione).

Diritto civile e delle Istituzioni di diritto romano, chiese di esser supplito in questo secondo insegnamento, e a metà dello stesso anno chiese di esser supplito anche nell'insegnamento del Diritto civile. La prima supplenza si volle affidata a me, e la seconda al prof. Tiranti ...». Una nota riportata nel testo (allorché fu scritto e pubblicato), riferisce che «il prof. avv. Luigi Abello, riuscito 1° nel concorso del R. Istituto superiore di Studi coloniali e commerciali di Roma, fu poi nominato professore straordinario d'Istituzioni di diritto privato nella Scuola Superiore di Commercio di Torino. A suo successore nelle cattedre da lui tenute nella Università di Urbino fu chiamato per voto unanime il giovane prof. avv. Mario Ricca-Barberis di Torino, libero docente di Diritto civile in quella Regia Università» (p. 1144 s.).

In occasione del discorso inaugurale dell'anno successivo (il 16 novembre del 1908) si riprende l'argomento aggiungendo ulteriori note circa la vita accademica e la personalità scientifica del nuovo chiamato: «l'illustre professore Luigi Abello [ ... ] colla fine di dicembre rassegnò le sue dimissioni. La perdita di un insegnante così valoroso, che ha un nome preclaro fra gli scrittori italiani contemporanei di Diritto civile, potè per fortuna essere subito compensata coll'acquisto che l'Università nostra ha fatto di un degno successore di lui. Alludo al giovane prof. avv. Mario Ricca Barberis, libero docente di Diritto civile nella Regia Università di Torino, che un concorso interno tenuto presso questa Facoltà di Giurisprudenza nel 1905 ed altri concorsi di università regie e libere designavano, con la certezza di buona scelta, alla nomina di professore straordinario della predetta disciplina, aggiungendovi l'incarico delle Istituzioni di diritto romano. Il prof. Ricca-Barberis, che venne ad assumere l'ufficio poco dopo l'inizio dell'anno scolastico, ha corrisposto pienamente all'aspettativa, – lo dico senza offendere la sua modestia –, e si è dimostrato insegnante dotto, premuroso, efficace, ed ottimo collega» (p. 1144).

In quell'occasione il Rettore aggiunge ancora un'interessante informazione sull'attività di Ricca-Barberis e, in genere, della Facoltà giuridica urbinata: «e qui aggiungerò con soddisfazione che, – prevenendo in tal modo un voto del Congresso universitario di Ferrara, – si potè istituire per gentile esibizione del professore Ricca-Barberis il corso complementare di pratica civile, che fu assai accetto agli studenti e da essi frequentato in buon numero e con encomiabile diligenza» (p. 1145).

Mario Ricca-Barberis giunge quindi a Urbino nel gennaio 1908: vi assume l'incarico delle istituzioni di diritto romano e del diritto civile, due delle diciotto materie obbligatorie previste dal Regolamento Nasi per la Facoltà di giurisprudenza (R.D. 13/3/1902, all'art. 2: "*Nelle facoltà di giurisprudenza si danno i seguenti insegnamenti: 1. Introduzione allo studio delle scienze*

*giuridiche e istituzioni di Diritto Civile. 2. Istituzioni di Diritto Romano. 3. Diritto Civile. 4. Diritto Romano. 5. Diritto Ecclesiastico. 6. Diritto e Procedura Penale. 7. Diritto Commerciale. 8. Diritto Costituzionale. 9. Diritto Amministrativo e scienze dell'amministrazione. 10. Diritto Finanziario e Scienze delle Finanze. 11. Diritto Internazionale. 12. Procedura Civile ed Ordinamento. 13. Storia del Diritto Romano. 14. Storia del Diritto Italiano. 15. Filosofia del Diritto. 16. Economia politica. 17. Statistica. 18. Medicina Legale. Saranno inoltre professati corsi di pratica forense civile, penale e commerciale”); vi aggiunge – ed è oltremodo interessante sottolinearlo – l’insegnamento di pratica civile che, seppure legislativamente previsto, non era stato ancora concretamente attuato nelle università italiane.*

Nella Relazione di apertura dell’a.a. successivo, il 18 novembre 1909, si legge: «Ho poi da menzionare con compiacimento la promozione al grado di professori ordinari meritamente ottenuta per voto unanime della Facoltà e della Commissione amministrativa dei colleghi carissimi avv. Gino Magri, dott. Attilio Cavidalli e avv. Mario Ricca-Barberis nelle rispettive cattedre di Diritto commerciale, di Medicina legale e di Diritto civile» (p. 1184).

E in quell’anno accademico 1909-1910, il discorso inaugurale di apertura è appunto pronunciato da lui, dal Ricca-Barberis, su un tema di grande suggestione fra la teoria del diritto e la sua pratica attuazione *Un principio d’equità, l’iniquità della sua applicazione ed i suoi nuovi atteggiamenti (Spazzi di diritto comparato sul divieto di arricchire a danno d’altri nella rivendicazione della cosa)* (in *Annuario della Libera Università Provinciale di Urbino*, 1909-10, p. 19 ss., ora in *Relazioni dei Rettori*, II, cit., pp. 1190-1200).

Un brevissimo richiamo “interlocutorio” si legge ancora nella Relazione rettorale del 17 novembre 1910 (p. 1204): «Con la promozione meritatissima, avvenuta all’inizio dello scorso anno, dell’ottimo collega prof. Mario Ricca-Barberis a professore ordinario di diritto civile, tutti i professori della Facoltà di Giurisprudenza si trovarono ormai nel grado eminente di professori ordinari»<sup>5</sup>.

Nel 1912 Ricca-Barberis vince il concorso per la cattedra di Diritto

---

<sup>5</sup> È interessante quanto il Rettore prosegue a dire, cioè che: «Circa l’adempimento dell’ufficio da parte dei professori, si ebbe un riverbero commendevole della disposizione della nuova legge 19 luglio 1909 relativa all’obbligo di fare almeno 50 lezioni all’anno, giacchè anche in questa Università i professori si diedero premura, non solo di raggiungere, ma di sorpassare quel numero, con indiscutibile vantaggio degli insegnamenti impartiti».

civile a Camerino, ma preferisce rimanere sulla sede urbinata. «Per ultimo non voglio tacere – dice il Rettore Vanni il 17 novembre 1912 – che l'ottimo collega prof. Mario Ricca-Barberis aveva vinto il concorso alla cattedra di Diritto civile nella libera Università di Camerino, ma che, ormai affezionato alla Università nostra, rinunciò per nostra fortuna ad un cambiamento di sede, conservando ancora al nostro Ateneo la preziosa opera sua» (p. 1251).

Ma il trasferimento è solo procrastinato di un anno: «... proprio in questi giorni – dice ancora il Rettore il 24 novembre 1913 – ha rassegnato le dimissioni dalla cattedra di Diritto civile, che teneva come ordinario, e da quella di Istituzioni di diritto romano che teneva come incaricato l'ottimo e valoroso collega prof. Mario Ricca-Barberis, il quale, segnalatosi già brillantemente in vari concorsi, fu chiamato con insistenza – il che gli fa onore – nell'Università di Perugia. La sua partenza addolora veramente me, i colleghi, gli studenti, le autorità universitarie e tutti quanti poterono conoscere le preclare qualità di animo e di mente di quel giovane egregio, a cui però, mentre rivolgo un cordiale saluto di commiato, presento gli auguri sinceri di una splendida carriera».

Le dimissioni del prof. Mario Ricca-Barberis sono ricordate anche nella relazione rettorale del 1914 («... alla metà di novembre (e il fatto fu già da me annunciato nella mia relazione del decorso anno) rassegnò le dimissioni dalla cattedra di Diritto civile, che teneva come ordinario, e da quella di Istituzioni di diritto romano, che teneva come incaricato, l'ottimo collega, prof. avv. Mario Ricca-Barberis»): è l'occasione per introdurre la comunicazione della nomina del successore nella cattedra di Diritto civile, il prof. Ruggero Luzzatto («libero docente di quella disciplina nella R. Università di Padova ed allora incaricato della Introduzione alle scienze giuridiche e delle Istituzioni di Diritto civile nell'Università di Camerino»), e in quella di Istituzioni di diritto romano, il prof. Vittorio Sacerdoti<sup>6</sup> (p. 1308).

Mario Ricca-Barberis era nato a Torino nel 1877: qui si era laureato e qui aveva conseguito la libera docenza in Diritto civile. Un lungo soggiorno tedesco, a Berlino e a Lipsia, gli aveva consentito di perfezionare la sua

---

<sup>6</sup> Era risultato vincitore nel concorso indetto dall'Università di Urbino nel 1912 per il Diritto commerciale: «fu nominato con deliberazione della Commissione provinciale amministrativa del 10 gennaio 1914 e nel gennaio stesso assunse la cattedra. A lui fu poi affidato l'incarico delle Istituzioni di diritto romano per il corrente anno 1913-1914» (p. 1272 nt.).

preparazione giuridica, là dove proprio in quegli anni si concludeva legislativamente la polemica codicistica con la promulgazione del BGB (1900), ma dove ancora certo ne perdurava più vivace l'eco. Giunge dunque nell'Università urbinata nel 1907, trentenne, a seguito di un concorso interno tenuto a Urbino per il diritto civile appunto nel 1905: le due materie che gli sono affidate, il diritto civile e le istituzioni di diritto romano, saranno da lui tenute fino al 1913. Nella sua carriera accademica successiva si fanno evidenti i suoi due interessi principali di ricerca (collegati, del resto ad una intensa attività professionale), che sono il diritto civile (insegnò diritto civile nelle università di Urbino, e di seguito Perugia, Sassari, Messina, Modena e Parma) e la procedura (insegnò diritto processuale civile nelle ultime due sedi, di Genova e di Torino).

Era giunto a Urbino con una già sicura base di ricerca rappresentata dalle monografie *La responsabilità senza colpa come principio di diritto positivo e di diritto condendo* (Torino 1900), nonché una serie di articoli e note (per esempio *La cambiale in bianco e il rapporto originario*, in *Riv. di diritto commerciale, industr. e marittimo*, anno 1, 1903; *Efficacia giuridica del patto de non praestanda evictione*, Roma 1903; *Sulla capacità a disporre dell'immagine*, in *Rivista di diritto commerciale*, anno 2 (1904); *Sul contenuto del diritto al nome e del diritto all'immagine*, in *Corte d'Appello* del 1905, ecc., che già dal titolo (quando addirittura non dalla firma, avv. Ricca-Barberis, come per lo studio *Degli effetti delle sentenze sulle prescrizioni del credito*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, anno 2, 1904) sono indicativi di un'intensa attività del foro.

Negli anni urbinati coltivò un particolare interesse per analisi comparative che gli derivava, oltretutto dall'attività professionale, anche dagli studi compiuti all'estero: ne fa fede una serie di lavori che, introdotti, si può dire, dal discorso inaugurale urbinata del 1909, precedentemente citato<sup>7</sup>, vedono la luce tutti nel 1910: si possono citare *Una divergenza fra le redazioni del nuovo codice civile svizzero* (in *Rivista di Diritto Civile*, 1910), *Le droit du propriétaire a la suppression des constructions dans le nouveau code civil* (in *Revue trimestrale de Droit Civil*, 1910), *Il possessore della cosa d'altri e il rimborso delle spese: cenni di diritto comparato* (in *Rivista di Diritto Civile*, 1910, n. 1).

Ricca-Barberis si colloca come rappresentante del primo riscatto del

---

<sup>7</sup> Il citato *Un principio d'equità, le iniquità della sua applicazione ed i suoi nuovi atteggiamenti: sprazzi di diritto comparato sul divieto di arricchire a danno d'altri nella rivendicazione della cosa*.

“diritto nazionale patrio” (com’era stato indicato nel Regolamento speciale della Facoltà di Giurisprudenza del 1885 dal ministro Coppino: R.D. 22/10/1885) nei confronti del diritto romano. Ripetute nel corso degli anni sono opere di impianto, di struttura, di interesse romanistici, come *L’obbligo della consegna della cosa e la garanzia per evizione nella compravendita*, del 1915, come *L’actio del credito originario e quella utilis ex empto nell’evizione in seguito a datio*, del 1930, come *Trasferimento della proprietà (non del solo pacifico possesso) nella compravendita romana*, del 1953, o *Auctoritas e Potestas*, del 1954, o, dello stesso anno, *Il pactum de non præstanda evictione dai bizantini ai codici moderni*, o *Diritto romano e tradizione nella legislazione civile*, derivate dalla sua formazione certamente, ma anche profondamente sentite, nella consapevolezza della basilare derivazione del diritto italiano dalla matrice romana.

Ma, anche in ragione della sua vivace attività forense, Mario Ricca-Barberis si pone fra i primi di quei grandi maestri (che avranno poi il loro più illuminato esponente in Emilio Betti, 1890-1968) che seppero esprimere attraverso la tradizione romanistica, le istanze dei tempi nuovi, rendendole praticamente concrete nelle linee segnate dal diritto processuale. Non pochi e non di poco conto sono i suoi scritti in materia processuale, relativamente ai quali Eugenio MINOLI (cfr. il *Necrologio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civile* 13, 1959, p. 1514) sottolinea l’attenzione sempre rivolta a conservare un collegamento ben stretto fra diritto sostanziale e processo che è caratteristica della sua opera.

In questo ambito, oltre ai tanti e tanti atti e memorie giudiziali nati dalla pratica<sup>8</sup>, basti pensare: alle *Osservazioni sul progetto del codice di procedura civile*, del 1937; alla relazione del 1938, *Esame del progetto preliminare del codice di procedura civile da parte della Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Torino*; ai due volumi dei *Preliminari e commento al codice di procedura civile*, pubblicati agli inizi degli anni Quaranta, e cioè 1. *Giudice, parti, esercizio dell’azione*, (Artt. 1-162); *processo di cognizione davanti al Tribunale* (Artt. 163-311) e 2. *Processo di cognizione: svolgimento davanti al*

---

<sup>8</sup> Come *Della eccezione di incompetenza territoriale nel giudizio di opposizione*, del 1901, o *Effetti della sentenza pronunciata fra il compratore evitto e uno dei venditori solidalmente tenuti per l’evizione*, del 1920 (che è solo uno dei tanti studi, più o meno ampi, sugli effetti della sentenza), o *L’abbandono degli atti processuali nei progetti e nel nuovo c.p.c.*, del 1941, o *L’introduzione del consulente tecnico nel nuovo c.p.c.*, ancora del 1941, o *Sanatoria per comparizione di citazione e di sentenza nulle*, del 1932, e *La citazione per far valere la nullità del lodo*, del 1933, ecc. ecc. ecc.

*pretore e al conciliatore* (Artt. 311-322); *impugnazioni* (Artt. 323-408); *controversie di lavoro* (Artt. 409-473); alle *Modificazioni e aggiunte al codice di procedura civile: Decreto legislativo 5 Maggio 1948, n. 483 e anche 9 aprile stesso anno, n. 438, in Appendice ai vol. I e II dei preliminari e commento al codice di procedura civile, del 1949; ecc.*

Fra la fine del periodo senese e gli inizi di quello torinese va infine rilevata una serie di opere e riedizioni che documentano un serio impegno didattico, impostato con metodo originale: si tratta in particolare del corso senese del 1929, *Diritto processuale civile: esposto per tavole sinottiche*, Siena 1929; e poi delle *Istituzioni di diritto privato: esposte per tavole sinottiche*, Torino 1934; de' *I mezzi di prova in tavole sinottiche e l'onere del provare*, Torino 1939.

Muore nel 1959.

Negli ultimi anni si era venuto accentuando in lui lo stile letterario, una certa vena poetico-artistica che si avvertiva già fin dai primi lavori (si vedano scritti come *Un aspetto del romanticismo giuridico*, in *Rassegna bibliografica delle scienze giuridiche, sociali e politiche*, Napoli 1930; *Arte italiana e giuristi piemontesi in Grenoble*, in *Atti della Società di scienze e lettere di Genova*, vol. 3., fasc. 2., 1938; *Prospectus montium*, in *Le Alpi*, rivista del C.A.I. 3, Roma 1938-39; *L'anima dell'alpinismo*, *ibidem*; *Ricerca del vero e amore della natura in Ferruccio Vanzetti : (1873-1942)*, in *Rassegna mensile della città*, 22., fasc. 11 (novembre) Torino 1942; *Un altro inedito di Alessandro Manzoni*, in *Il monitore del proprietario*, a. 48, n. 7-8 (lug.-ago. 1954; ecc.). Anche in questa prospettiva va letto il discorso che tenne nelle aule universitarie di Macerata, allorchè vi fu invitato nel 1956, e in omaggio ai grandi giuristi marchigiani del passato ritorna con la commozione del ricordo al suo esordio accademico urbinato, e prima di soffermarsi sui due massimi di Urbino, Aurelio Corboli e Biagio Micalori, ripensa alla città dove si attua – egli dichiara – “una forma di convivenza civile perfetta ideale” (*Urbino nel paesaggio, nell'arte e nel diritto*, in *Annali Macerata* 1956, p. 183 ss.; ma vedi anche *Pittori, campane, giuristi: ricordi di Urbino e Perugia*, conferenza torinese del 1959).

### 3. Giuseppe Branca (1907-1987).

“Giurista, nato a La Maddalena (Sassari) il 21 marzo 1907”. Così si apre la voce relativa nell'Enciclopedia Giuridica, con quel “giurista” che definisce e delinea lapidariamente la statura dell'uomo, dello studioso, dello

scienziato del diritto, dell'esponente della politica e delle istituzioni. E si accosta, questa definizione, ad un'altra "definizione" che si legge, letteralmente lapidaria questa, nel muro prospettico dell'aula 3 della Facoltà di Giurisprudenza di Urbino a lui dedicata: *Joseph Branca. Singularis doctrina et omnis humanitatis viro praestantissimi ingenii iuris romani antecessori insigni liberae huius universitatis rectori sapienti ac benemerentissimo ob sagax firmumque consilium et alacrem dexteritatem aulam hanc perenne grati fidelisque animi testimonium rector conlegae alumni dicaverunt*".

Branca aveva iniziato a Urbino, nel 1934, la sua carriera universitaria come incaricato di diritto romano e di istituzioni del diritto romano: solo tre anni, ma anni nei quali vedono la luce i primi risultati, interessantissimi, dell'ampia ricerca scientifica sui diritti reali, la proprietà e i mezzi della sua difesa, il possesso, le servitù, che rimane il tema più variamente ripetuto nella sua attività accademica, di docenza e di indagine dottrinale.

La storia della Facoltà di Giurisprudenza urbinata presenta questa singolare caratteristica: che qui, sulle sue cattedre e sui suoi insegnamenti, sono transitati tutti gli studiosi più grandi ed illuminati del pensiero giuridico nel XX secolo, coloro che nella costruzione delle varie branche della scienza del diritto hanno segnato le linee direttive dell'attuale e della futura evoluzione, che a Urbino hanno posto la prima base della loro attività accademica, e che da Urbino, all'inizio della loro carriera, dopo aver espletato e vinto il concorso proprio negli anni urbinati, hanno poi preso il volo per altissime affermazioni scientifiche, accademiche, politiche, professionali. Negli *Studi Urbinati 2*, del 1928, p. 155, sotto il titolo di "Cronaca universitaria" si legge: "Dalle cronache d'oggi a quelle di mezzo secolo fa. L'illustre prof. Lando Landucci rammenta con giusta compiacenza che il 26 novembre 1927 si compiono cinquant'anni dal giorno in cui egli tenne la sua prima prolusione, nella nostra Università, chiamato a quella cattedra di dottrine romanistiche, che subito dopo doveva essere tenuta da Biagio Brugi. E' tra i più cari ricordi di queste libere Università l'essere state, dopo il conseguimento dell'unità nazionale, quasi il seminario di ogni giovane forza dell'insegnamento universitario italiano".

Così è per Branca. «Il movimento del personale insegnante nella facoltà giuridica – scrive il Rettore Canzio Ricci nella sua Relazione di apertura dell'anno 1934 – è stato, come ogni anno, notevole. Ma in ciò appunto consiste una nostra funzione precipua: perché Urbino si è ormai assicurato il nome di attivissima palestra a giovani valorosi, avendo dato in questi ultimi anni il maggior numero di vincitori nei concorsi universitari. [ ... ] Il prof. Brasiello venne chiamato a Siena; e gli insegnamenti romanistici vennero quindi affidati al prof. Giuseppe Branca, valoroso allievo del Bonfante».

Urbino è la sua prima sede. Nel 1937 passa, ordinario di istituzioni di diritto romano, a Messina; e poi a Trieste fino al '41; di lì a Bologna dove insegna anche istituzioni di diritto privato, e infine nel 1956 chiamato alla cattedra di storia del diritto romano nell'università di Roma, ha tenuto questo insegnamento fino alla sua nomina a giudice costituzionale avvenuta nel 1959, per riprenderla in seguito, al termine di quel suo basilare impegno.

Negli anni urbinati dal '34 al '37 si era sposato, di Urbino era la moglie Ebe e i familiari di lei, e a Urbino rimase poi sempre legato. Durante la Resistenza, cui partecipò attivamente, strinse rapporti molto intensi con gli anti-fascisti urbinati. Questo impegno e questa sua presenza nella zona gli valsero la nomina nel '44 a Commissario Rettorale, " Rettore e prorettore della Liberazione dell'Università di Urbino", e nel '46 l'elezione a Segretario della Federazione socialista di Pesaro-Urbino. Sono altri tre anni di sua presenza a Urbino.

Nel 1959, con nomina parlamentare del Partito socialista, fu eletto giudice della Corte Costituzionale; ne diverrà poi Presidente dal maggio 1969 al luglio 1971.

Il 29 novembre 1959, nella Relazione di apertura dell'anno accademico 1959-60 il Rettore Carlo Bo diceva: «Voglio mandare un saluto anche al nostro amico, Giuseppe Branca, per la sua nomina a Giudice della Corte Costituzionale. Egli è il terzo urbinato, dopo Jaeger e Sandulli, chiamato a far parte della corte. Al prof. Branca che qui in Urbino ha cominciato la sua carriera e che in un difficile periodo ha retto la nostra Università, vada dunque il nostro affettuoso ricordo»<sup>9</sup>.

Dal 1972 divenne senatore indipendente nelle liste PCI fino al 1982.

Le sue qualità di insigne studioso vennero riconosciute anche dalla più antica accademia scientifica e massima istituzione culturale italiana che è l'Accademia dei Lincei, di cui nel 1975 divenne socio nazionale.

Il suo primo scritto, *Il regime degli atti di disposizione materiale nel condominio romano classico*, compare in due fasi fra il 1931 ed il 1932 nella *Rivista italiana di scienze giuridiche*. Ed è sulla base di questo suo primo impegno che è chiamato nella Facoltà urbinata a succedere a Ugo Brasiello. A Urbino, nel 1934, pubblica in *Studi Urbinati*, un suo studio sul *damnum infectum* (*La legis actio damni infecti*), 180 pagine che sono il prodromo di un più ampio e complesso lavoro che lo occupa in quegli anni (si veda an-

---

<sup>9</sup> *Relazioni del Rettore Carlo Bo e Discorsi inaugurali dei Docenti nella Libera Università di Urbino*, a cura di F. Marra e L. Sichirollo, t. IV, 1947-1967, Urbino 1998, p. 356.

che *Sulla terminologia di actio damni infecti*, in *Studi Ratti*, Milano 1933, p. 162 ss.) e che vede la luce appunto nel 1937 col titolo *Danno temuto e danno da cose inanimate nel diritto romano*, e poi, nel 1940, *Le cose "extra patrimonium humani iuris"*, Trieste 1940, del quale, con riferimento all'analisi storica del problema (condotta a ritroso da Giustiniano al periodo pre-classico) Luigi Capogrossi Colognesi ebbe a dire "*Branca ha semplicemente reso evidente il percorso che ognuno di noi ha sempre effettuato, ma che poi ha nascosto sotto uno schema diverso. In tal modo il ricercatore è costretto a dar conto in modo assai più esplicito delle scelte effettuate e degli argomenti utilizzati nel processo di progressiva destrutturazione. La puntualità delle singole analisi e il maturo equilibrio ... fanno di questo libro uno dei più bei prodotti della romanistica del secolo passato*". Nello stesso anno 1934, per la *Rivista di diritto civile*, pubblica l'articolo *Un caso interessante di institutio sine parte*. Sono anche questi gli anni in cui incomincia, poco documentata, una sua attività professionale, appoggiata ad uno dei più noti studi legali della città feltrina, che è lo Studio Santini, e che testimonia gli inizi di quell'ibridismo di interessi e di cultura che sempre caratterizzò l'operato di Giuseppe Branca.

Dopo il 1937, lasciata la dimensione urbinata che pure l'aveva formato, Branca è pienamente lanciato nel mondo scientifico. A ragione – dice di lui Giovanni Pugliese – può essere annoverato fra le massime figure di giuristi del dopoguerra, per l'impegno costante e profondo che traspare così dalla sua attività e produzione scientifica come dall'attività politica e sociale.

I suoi scritti, numerosi e vari, potrebbero essere disposti su due/tre colonne, con evidenti rapporti di derivazione l'una dall'altra: da un lato gli scritti di diritto romano, che deve considerarsi la base da cui deriva la possibilità di comprendere appieno il diritto moderno (il lavoro sulla struttura delle obbligazioni solidali, "*Unum debitum*" e "*plures obligationes*", apparso in *Studi in onore di Pietro de Francisci* 3, Milano 1956, p. 139 ss., esamina il problema sia dal punto di vista del diritto romano, sia dal punto di vista del diritto attuale, passando attraverso l'invenzione pandettistica dell'obbligazione correa con unico vincolo, che tanto sviluppo doveva avere nel suo pensiero), dall'altro gli scritti di diritto privato e civile, che non sono rappresentati soltanto (e scusate se è poco) dalla sua rilevante presenza nel *Commentario al codice di diritto civile*, la cui direzione condivide con Antonio Scialoia, ma anche dalle innumerevoli note e riflessioni a latere (a latere dei commenti agli articoli del codice, e a latere di una sua attività, diciamo di consulenza forense, quale è rivelata dagli scritti minori) che compaiono nelle pagine del *Foro Italiano*.

E se da un lato si leggono interessi legati alla natura delle cose e ai riflessi che questa può determinare in tema di proprietà e di sua difesa (gli scritti sopra detti, e poi anche *La prohibitio e la denuncia di nuova opera come for-*

ma di autotutela cautelare, 1941, o *Missiones in possessionem e possesso*, del 1949, etc.), dall'altro si riflettono analoghi interessi sulla proprietà e i diritti reali, come si esprimono in *Comunione-condominio degli edifici (commento ai relativi articoli del codice civile)*, o in *Il possesso come diritto affievolito*, del 1950, etc.

E se da un lato si palesa un interesse per i temi delle obbligazioni (il *Corso di diritto romano. Le obbligazioni*, del 1948, ne è un esempio), dall'altro lo stesso interesse si riscontra in scritti come *L'obligatio propter rem e l'art. 1030 del Codice Civile*, ed altri.

Un terzo indirizzo dei suoi scritti potrebbe essere quello che deriva dal suo impegno politico-costituzionale, e che si esprime non soltanto attraverso, per esempio *La Collegialità nei giudizi della Corte Costituzionale* del 1970, *Dichiarazione di incostituzionalità e ampliamento della norma eccezionale*, del 1967, o *Dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte Costituzionale* (in collaborazione), ma anche attraverso le stesse sentenze della Corte nel periodo della sua Presidenza e nello spirito che le anima.

La sua opera dunque, ispirata da un vigile senso critico, si è estesa dal campo strettamente romanistico a quello del diritto privato attuale, del quale, fin dagli anni dell'insegnamento bolognese sul diritto privato appunto, ha offerto un'apprezzata trattazione istituzionale (si vedano le sue *Istituzioni di diritto privato* che dal 1955 hanno poi avuto diverse edizioni). Ma già dal 1965 in collaborazione con Antonio Scialoja, Giuseppe Branca ha diretto un ampio *Commentario al codice di diritto civile*, nel quale ha personalmente trasfuso una diretta presenza scientifica, per esempio sui temi della comunione e condominio e delle servitù.

Il suo costante impegno e la continua volontà di mantenere saldo il rapporto con le basi romanistiche si esprime particolarmente nella prolusione romana del 6 marzo 1956, riguardante *L'oggetto e l'insegnamento della storia del diritto romano*, dove chiarisce che solo la storia, in particolare la storia del diritto, può consentire di ricercare la genesi di un istituto e attraverso questa la natura e le motivazioni delle varie applicazioni attraverso i secoli e i mutamenti.

La grandezza dello studioso si rivela in particolare anche nella straordinaria capacità di "vivere" nella realtà della storia istituzionale d'Italia e nella sua società civile quella formazione romanistica alla quale rivendicava sempre un ruolo primario nella formazione del giurista moderno. Giudice costituzionale, e poi, soprattutto, Presidente della Corte Costituzionale per due anni, un mese e ventinove giorni, dal 10 maggio 1969 al 9 luglio 1971, Branca fu espressione di nuovi impulsi sociali e di una sensibilità attenta ai

prevalenti orientamenti nazionali. Giovanni Pugliese ricorda come esemplari alcune delle sentenze che si devono alla sua presidenza, tutte permeate dai valori della laicità e degli ideali di uguaglianza e collaborazione sociale, la 69/1970 in tema di difesa giudiziale e di patrocinio gratuito, la 119/1970 in tema di danneggiamento compiuto dai lavoratori durante uno sciopero, la 49/1971 in tema di educazione sanitaria nel concepimento, la 32/1971 e la 169/1971 sul tema di una nuova valutazione del matrimonio di fronte ai Patti Lateranensi.

Infine si può ben concludere con le parole che un altro discepolo bolognese e grande maestro urbinato, Giovanni Gualandi, ha voluto incidere sulla pietra dell'aula 3 della Facoltà di Giurisprudenza di Urbino, che Branca fu "uomo di singolare dottrina e altissime doti di umanità, professore di profondissima conoscenza nel diritto romano, insigne rettore di questa libera Università, sapiente e degno di ampie lodi per sagace capacità di critica e alacre impegno".

OPERE: Sarebbe impossibile dar conto di tutti gli scritti di Giuseppe Branca. Il Pugliese commemorandone la statura scientifica individua tre/quattro periodi di produzione scientifica, e cioè un primo periodo fino al 1941/42, in cui si concentrano gli scritti romanistici, di cui si è detto pienamente perché in esso si collocano i primi anni urbinati; un secondo periodo fino circa al '60, in cui fioriscono gli scritti di diritto civile relativamente ai quali il Pugliese parla di «strepitoso ingresso di Giuseppe Branca nel mondo dei civilisti» (costituito non solo dal *Commentario* c.d. Scialoia-Branca, ma altresì da una numerosissima serie di precisazioni, postille, commentini, note a sentenza (spessissimo pubblicate nel Foro Italiano, di cui divenne ben presto condirettore con Virgilio Andrioli) che si collocano a margine dei temi principali; un terzo periodo in cui l'esperienza di giudice costituzionale e poi di Presidente della Suprema Corte lo portarono verso interessi costituzionalistici. A questi un quarto periodo potrebbe aggiungersi, ed è quello della produzione "giornalistica" di Giuseppe Branca, incominciata sporadicamente già dagli anni urbinati (del secondo soggiorno urbinato), a Urbino, a Pesaro, a Bologna, per culminare poi con una collaborazione fissa con "Il Messaggero", in cui, come disse Arturo Gismondi «portò sempre il contributo di una profonda cultura e la saldezza delle sue convinzioni democratiche».

Si dirà, dunque solo delle principali. Sono: *Il regime degli atti di disposizione materiale nel condominio romano classico*, in *Rivista italiana di scienze giuridiche* 1931 e 1932; *Sulla terminologia di actio damni infecti*, in *Studi Ratti*, Milano 1933, pp. 162 ss.; *La legis actio damni infecti*, in *Studi Urbinati*, n. 3-4, 1934; *Danno temuto e danno da cose inanimate nel diritto romano*, 1937; *Il pegno pretorio*, in *Studi Urbinati* n. 11, 1937; *La legittimazione passiva del possessore nell'azione nossale giustiniana*, ibidem; *Le cose "extra patrimonium*

*humani iuris*”, Trieste 1940; *Un caso interessante di institutio sine parte*, in *Rivista di diritto civile* 3, 1934; *La prohibitio e la denuncia di nuova opera come forma di autotutela cautelare*, in *SDHI* 1941; *Missiones in possessionem e possesso*, 1949; *Commentario al codice di diritto civile* [direzione condivisa con A. Scialoja: in particolare si devono al Branca i temi *Della proprietà*, artt.1100-1172; *Servitù prediali*, artt.1027-1099; *Dei testamenti ordinari*, artt. 601-608; *Comunione, Condominio negli edifici*, artt.1100-1139; *Dei testamenti speciali, Della pubblicazione dei testamenti olografi e dei testamenti segreti*, artt. 609-623; *Delle obbligazioni*, artt. 1861-1932; *Delle obbligazioni*, artt. 1936-1959; *Del lavoro*, artt. 2188-2246] *Il possesso come diritto affievolito*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti* 3, Padova 1950; *L'obligatio propter rem e l'art. 1030 del Codice Civile*, in *Rendiconto della R. Accademia delle scienze di Bologna* 1943; *Considerazioni sulla dommatica romanistica in rapporto alla dommatica moderna*, in *Rivista italiana di scienze giuridiche* 1950; *Istituzioni di diritto privato*, Bologna 1955; *L'oggetto e l'insegnamento della storia del diritto romano*, prolusione romana del 6 marzo 1956; *Commentario alla Costituzione, Principi fondamentali: artt. 1-12*, Roma 1975; *La Collegialità nei giudizi della Corte Costituzionale*, relazione, Padova 1970; *Dichiarazione di incostituzionalità e ampliamento della norma eccezionale*, in *Riv. trimestrale di diritto e procedura civile*, fasc. 3, 1967; *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte Costituzionale* (a cura di G. Treves e G. Branca), Torino 1971; *Corte Costituzionale, vent'anni d'attività, esperienze e prospettive* (relazione conclusiva del convegno sul tema: Parma 27-30 maggio 1976), in *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, a cura di Nicola Occhicupo, Bologna 1978; *Leggiamo la Costituzione* [prefazione di Sandro Pertini; commento di Giuseppe Branca], Roma 1982<sup>10</sup>.

#### 4. Guido Rossi (1916-1986).

Guido Rossi ha condotto il suo insegnamento a Urbino dal 1957 al 1973, su una varia serie di materie storiche, dalla Storia del diritto italiano all'Esegesi delle fonti del diritto italiano (le materie su cui fu chiamato nel

---

<sup>10</sup> FONTI: Oltre a quanto citato nel testo, si segnalano in particolare, F. BONIFACIO, *Ricordo di Giuseppe Branca*, in *Il Ponte*, 1988, n. 4-5, p. 278 ss.; G. PUGLIESE, *Ricordo di Giuseppe Branca*, estratto da *Il Foro Italiano* V, 273, 1990, commemorazione tenuta nella Classe di scienze morali dell'Accademia nazionale dei Lincei il 21 aprile 1990.

1957), e poi di volta in volta il Diritto comune, la Storia del diritto romano, e finanche la Storia delle esplorazioni geografiche e la Storia economica per la Facoltà di Economia e Commercio, sede distaccata di Ancona. E con lui ha trovato ingresso nella formazione giuridica urbinata la grande dottrina di Pietro Torelli: per anni gli studenti del primo e secondo anno di Giurisprudenza a Urbino hanno studiato sulle pagine della *Storia del diritto italiano. Le fonti* di Pier Silverio Leicht (lezioni con appendice di documenti da servire per le esercitazioni, riviste e accresciute da Carlo Guido Mor) e sulle belle intramontate pagine del *Diritto privato*, in tre volumi, *La famiglia*, *Le persone*, *La proprietà*, del Torelli.

Era nato a Bologna il 4 agosto 1916 e a Bologna si era laureato nell'a.a. 1938-39 in Giurisprudenza con una tesi di storia del diritto italiano stesa sotto la guida del Torelli. Animato da appassionato entusiasmo per il sapere aveva voluto continuare gli studi universitari iscrivendosi a Scienze Politiche a Firenze, e conseguendovi la laurea nell'a.a. 1942-43.

A questa vita universitaria tanto amata è dedicata in fondo la pubblicazione, nel 1947 degli *Statuta goliardica civilia et criminalia inclitae universitatis Bononiae almae studiorum matris Iohannis de Faventia excellentissimi magni magistri S.V.Q.F.O. iussu digesta Guillelmi Bersani vicarii auctoritate promulgata anno 1947, additum quoque statutum et ordinamentum S.V.Q.F.O.*, un breve lavoro che sarà poi ripubblicato nel 1960, nel 1988 in occasione del nono centenario dell'Alma Mater, e di nuovo a cura di A. Toscano Rivalta e G.F. Moscatelli nel 1996, e ancora nel 2000: il testo («il latino del testo, senza rispetto per i dittonghi e per le buone regole è fatto per noi. Esso fu il latino delle corporazioni antiche e noi – è un 'goliardo' che parla – siamo una corporazione all'antica»), il testo – dicevo – è preceduto da una "Premessa", firmata appunto 'un goliardo', che esprime appieno l'inquietudine e il carattere forte e fragile insieme dell'uomo che la scrive, che sa di avere in potenza, nella forza del pensiero e della conoscenza, la capacità di abbracciare poeticamente l'infinito: «Le nostre canzoni sono di tutti e sono le nostre; come l'universo. E le cantiamo per dare alla nostra felicità il sapore di molte infelicità superate. Nel nostro riso c'è l'argento di un sistro e il singhiozzo di tutte le esperienze sofferte».

Frattanto aveva continuato a seguire a Bologna, come assistente volontario alle cattedre di Paleografia (dal 1941 al 1945) e di Storia del diritto italiano (dal 1945 al 1951), gli insegnamenti del suo maestro Pietro Torelli, e, dopo la morte di lui, nel 1948, quelli di Giovanni de' Vergottini che gli era succeduto nelle aule bolognesi.

Nel 1942 aveva pubblicato, in *Architrave. Mensile di politica, cultura ed*

arte 2, p. 2 ss., poche pagine infiammate di *Fede in una libertà*: «non amiamo piegarci a credere che la violenza possa nel futuro trovare posto alcuno nella vita dei popoli, i quali vantano eguali diritti nell'ordine naturale e che, solo per la esasperata e cieca pretesa di difendere i propri particolari diritti nell'ordine civile, hanno troppo spesso concusso la libertà altrui e a volte addirittura perduta la propria». Questo profondo sentire, questa viva fede libertaria ha animato sempre la voce di Guido Rossi quando dalla cattedra urbinata (e poi, dopo il trasferimento a Bologna, da quella bolognese) si misurava con le vicende dei secoli e dei popoli, e più con la storia della realizzazione della società civile (la società del diritto) in quelle vicende, in quei secoli e in quei popoli.

Nel 1948 vede la luce quello che può essere considerato il suo primo lavoro veramente rappresentativo, *Per una edizione dell'Arbor actionum: un prologus di Giovanni de Deo e un gruppo di glosse di incerto autore*, lavoro che dedica al suo maestro Pietro Torelli: «Questo lavoro, finito nel marzo scorso – scriveva nell'agosto di quell'anno – chiudeva con un ringraziamento al Prof. Pietro Torelli che per molti anni ha soccorso la mia inesperienza con i lumi della sua autorità scientifica e con tutta la sua amorevole cura. Oggi, il grande dolore per la scomparsa del Maestro inimitabile mi persuade a dedicargli queste note, anche se ho coscienza che esse non potranno servire ad onorarne degnamente la memoria». Vi si rileva così l'interesse che sarà dominante negli studi di Guido Rossi, quello per la ricerca e la critica dei testi giuridici medievali che Egli coltiverà per sempre. Nelle belle pagine di ricordo che gli dedicarono i suoi allievi nella *Rivista di storia del diritto italiano* (n. 60, 1987, p. 373 ss.), Peruzzi, Scorza, Valentini, si ricorda come nel suo periodo urbinata, ancora e sempre preso dallo studio del processo medievale, lamentava la scarsa attenzione per i testi, le letture scorrette, la mancanza, avvolta d'indifferenza, di edizioni critiche di importanti testi inediti: «non aveva egli del resto fin dal primo lavoro stigmatizzato, con espressione torelliana, 'la malintesa abitudine di costruire la storia sull'arbitrato terreno delle divinazioni', trascurando i manoscritti che giacevano inediti nelle biblioteche?».

La monografia del 1948 costituisce anche la prima espressione di quello che sarà uno dei prevalenti temi di indagine per Guido Rossi, il processo romano-canonico. E' sulla scia di quel primo lavoro che, nel 1951, pubblica un'altra ricerca, ed edizione critica, analoga, *La Summa arboris actionum: edizione critica con studio introduttivo di Ponzio da Ylerda* (a cura di Guido Rossi), Milano 1951. Ma è sulla scia di quell'interesse, anche, che vedono la luce la monografia del 1953, *Consilium sapientis iudiciale: studi e ricerche per la storia del processo romano-canonico*, e, a distanza di dieci anni, nel

1963, il *Processus de causis civilibus et criminalibus: formulario bolognese del secolo 13. : premessa, testo critico, indici*.

Altro tema portante della ricerca di Guido Rossi fu il diritto canonico al quale offrì contributi importanti come, per esempio, nel '56, *Per la storia della divisione del Decretum Gratiani e delle sue parti: note e questioni con la edizione critica della inedita Divisio decreti di Paulus de Liazaris*, e nel '57 *Contributi alla biografia del canonista Giovanni d'Andrea (L'insegnamento di Novella e Bettina, sue figlie, ed i presunti "responsa" di Milanica, sua moglie)*, 1957.

Non poteva mancare nella esperienza scientifica di uno studioso così completo quale fu Guido Rossi, anche sul portato dell'insegnamento di Torelli, una riflessione di diritto privato. A questa il Rossi viene dedicandosi ben presto nella sua vicenda accademica, talchè nel 1958 se ne esce con lo studio *Sul profilo della locatio operarum nel mondo del lavoro dei comuni italiani secondo la legislazione statutaria*, Milano 1958, che è pubblicato in edizione provvisoria nella collana della Facoltà di Giurisprudenza degli Studi di Urbino: un tema che il Rossi si riprometteva di riprendere, perché è un tema che parla «della storia dell'uomo, delle sue sconfitte senza speranza e delle sue più grandi vittorie civili»; ma purtroppo il proposito non fu realizzato.

E infine: Bologna. Quella sua Bologna era costantemente l'ispiratrice e lo scopo del suo lungo studio. A Bologna si ispirano le voci che Guido Rossi cura per il Novissimo Digesto Italiano, le voci "Glossatori" e "Bologna (scuola di)"; a Bologna dichiaratamente si ispirano le *Dissertationes historicae de Universitate studiorum Bononiensi ad Columbianam Universitatem saecularis ferias iterum sollemniter celebrantem missae* pubblicate negli *Studi e Memorie per la Storia dell'Università di Bologna*, n.s. 1, 1956, poi riproposte col titolo di "Universitas scholarium" e *Comune (sec. XII-XIV)*; a Bologna si rapporta naturalmente la recensione del libro di Stelling-Michaud, *L'Université de Bologne et la pénétration des droits romain et canonique en Suisse aux XIIIe et XIVe siècles* (Genève 1955) che col titolo di *Una recente pubblicazione intorno alla Università di Bologna* assume un'ampiezza ed una rilevanza di contenuti veramente autonoma; allo Studio di Bologna nasce il Giovanni de Deo delle ricerche del '48, e allo Studio di Bologna si può far risalire quel formulario che costituisce il tema d'analisi del suo *Processus de causis civilibus et criminalibus*, di cui si è detto.

A Bologna rientrò nel 1970 (mantenendo ancora un incarico urbinato fino al '73). Ma gli anni bolognesi non hanno una storia particolare, lo trovarono esaurito d'entusiasmo, e certamente più fragile di fronte ai colpi che la vita riserva. Si è spento nel 1986.

Con gli studenti sapeva creare un rapporto particolarissimo. Nella Relazione sull'attività scientifico-didattica stilata dal Consiglio della Facoltà di Giurisprudenza di Urbino il 27 febbraio 1962 per la nomina del prof. Guido Rossi a professore ordinario di storia del diritto italiano si legge che: *“La Facoltà è lieta di attestare come l'attività didattica-scientifica del prof. Guido Rossi sia stata veramente esemplare. Egli ha assicurato ai suoi corsi, felicemente integrati da esercitazioni pratiche, regolarità, continuità ed ampiezza di sviluppo, di cui anche per le sue spiccate attitudini didattiche hanno tratto largo e buon profitto gli studenti. Egli si è generosamente ed efficacemente prodigato nell'assistenza ai laureandi, addestrandoli al rigore del metodo scientifico od all'attività scientifica ed ottenendo nelle dissertazioni di laurea risultati veramente lusinghieri”*. Non si tratta di parole di stile. Quel comportamento didatticamente esemplare, quell'ampiezza di sviluppo nella lezione, quella generosità nell'insegnamento erano caratteristiche particolarmente coinvolgenti, quindi molto apprezzate, per l'uditorio degli studenti, che venivano anche da altre facoltà, da lettere, da magistero, e che rimanevano poi, a godere della sua conversazione, anche al di fuori dell'aula.

La vivacissima curiosità scientifica, il carattere solare, il rapporto che sapeva instaurare con gli allievi, la sua capacità di compenetrare la realtà locale, e la rigorosa e appassionata osservanza degli impegni della ricerca sono le doti che hanno facilitato Guido Rossi nella costruzione a Urbino di una vera e propria “scuola” raccolta attorno all'Istituto di Storia del diritto che con lui è sorto (nella Relazione del Rettore Carlo Bo per l'inaugurazione dell'a.a. 1964-65 si legge: «Sotto l'illuminata guida del prof. Guido Rossi funziona dall'anno scorso l'Istituto di Storia del Diritto antico»), aperto alla frequentazione di quanti, studenti e cittadini, potessero essere interessati: da Urbino Piergiorgio Peruzzi, Valerio Valentini, Gian Galeazzo Scorza, Filippo Marra hanno saputo poi portare la sua voce anche in altre sedi.

La citata relazione della Facoltà urbinata per il suo ordinariato prosegue sottolineando un altro pregio scientifico: *“Interesse e cura non minori il prof. Guido Rossi ha profuso nell'incrementare il patrimonio bibliografico della nostra Università curando, in tutti i settori, e specificamente in quello storico, di colmare, con acquisti e con cambi, le lacune della nostra biblioteca. Egli si è inoltre adoperato nel reperimento, riordino e catalogazione del cospicuo fondo librario, di diritto comune esistente nella nostra Università, ottenendo, con ciò, da una parte l'arricchimento della nostra biblioteca e, dall'altro, la possibilità di consultazione di testi e fonti particolarmente importanti”*. Da qui, da questa passione per il libro e la biblioteca nasceranno le *Cronache per la storia del ducato di Urbino*, pubblicate in *Studi Urbinati* 41, nuova serie B, 1967, dedicati ad Arturo Massolo, nelle quali, attraverso la lettura e trascr-

zione di «alcuni manoscritti conservati presso la Biblioteca Universitaria di Urbino e per la maggior parte non destinati ad accogliere la narrazione di funerali, di una presa di possesso del ducato, di giuramenti di fedeltà o dell'avvento di una nuova sposa per il duca», si ricostruiscono appunto le vicende relative ai funerali di Francesco Maria I e dell'avvento di Guidubaldo II, alla morte e ai funerali di Giulia da Varano, alla morte e funerali di Leonora Gonzaga, ed infine all'ingresso in Urbino di Vittoria Farnese.

Da questa frequentazione della Biblioteca urbinata e dei suoi archivi a un'altra Biblioteca.

«Ci sia soltanto consentito – così scriveva l'amico fraterno bolognese Giovanni Gualandi nelle *Note di lettura* della raccolta di scritti di Guido Rossi promossa e patrocinata dall'Istituto giuridico "Antonio Cicu" dell'Università di Bologna nel 1996, decimo anniversario della morte – ci sia soltanto consentito aggiungere un pensiero venato di rimpianto per la splendida biblioteca dell'amico, collega e maestro, un luogo di elezione privilegiato per gli studi di storia del diritto, che rivelava la sua profonda passione di bibliofilo, passione che ha trovato ulteriore espressione nell'impulso dato alla collana degli *Opera Iuridica Rariora*», il cui trentesimo volume, per esempio, è la ristampa anastatica della *Practica* di Ubertus de Bonacurso, Lugduni 1540, curata sull'esemplare della raccolta di Bologna, via Gaudenzi 8, la casa di Guido Rossi.

OPERE – *Statuta goliardica civilia et criminalia inclitae universitatis Bononiae almae studiorum matris Iohannis de Faventia excellentissimi magni magistris S.V.Q.F.O. iussu digesta Guillelmi Bersani vicarii auctoritate promulgata anno 1947, additum quoque statutum et ordinamentum S.V.Q.F.O.* (opera pubblicata nel 1947, poi ripubblicata nel 1960, nel 1988, nel 1996 - a cura di A. Toscano Rivalta e G.F. Moscatelli, testo latino con versione italiana a fronte, doppia paginazione con numeri romani ed arabi -, nel 2000; *Per una edizione dell'Arbor actionum: un prologus di Giovanni de Deo e un gruppo di glosse di incerto autore*, in *Studi e memorie dell'Istituto per la storia dell'Università di Bologna*, 18, 1948, p. 29 ss.; *La Summa arboris actionum: edizione critica con studio introduttivo di Ponzio da Ylerda* (a cura di Guido Rossi), Milano 1951; *Di alcune glosse preaccursiane rinvenute in un foglio del Cod. 12. A 5 della biblioteca nazionale di Napoli*, in *Rendiconti dell'Accademia nazionale dei Lincei: scienze morali, storiche e filosofiche*, s. 8, v. 7, 1952, p. 189 ss.; *Consilium sapientis iudiciale: studi e ricerche per la storia del processo romano-canonico*, I, Milano 1953; *Universitas Scholarium e Comune (sec. 12.-14.)*, Bologna, Università degli studi, 1955; *Una recente pubblicazione intorno alla Università di Bologna*, in *Riv. trim. di diritto e proc. civile* 9, 1955, p. 1196 ss.; *Per la storia della divisione del Decretum Gratiani e delle sue parti: note e questioni con la edizione critica*

della inedita *Divisio decreti di Paulus de Liazaris*, in *Il diritto ecclesiastico*, n. 3, 1956, p. 202-311; *Contributi alla biografia del canonista Giovanni d'Andrea: (L'insegnamento di Novella e Bettina, sue figlie, ed i presunti "responsa" di Milancia, sua moglie)*, 1957; le voci "Glossatori" e "Bologna (scuola di)" nel *Novissimo Digesto Italiano*; *Le statut juridique de la femme dans l'histoire du droit italien: époque médiévale et moderne*, Milano 1958 (ma anche in *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des Institutions*, 12. *La femme*, Bruxelles 1962, p. 115 ss.); *Sul profilo della locatio operarum nel mondo del lavoro dei comuni italiani secondo la legislazione statutaria*, Milano 1958; *Index abbreviationum et De modo citandi fontes (Ius Romani Medi Aevi. Pars 1.1a-d; in collaborazione con R. Feenstra)*, Milano 1961; *La 'Bartoli vita' di Tommaso Diplovataccio secondo il Codice Oliveriano 203*, in *Bartolo da Sassoferrato. Studi e documenti per il VI centenario*, 2, Milano 1962, p. 441 ss.; *Processus de causis civilibus et criminalibus: formulario bolognese del secolo 13. : premessa, testo critico, indici*, Milano 1963 ed anche le *Premesse generali all'edizione critica del Processus de causis civilibus et criminalibus: formulario bolognese del secolo 13*, in *Bullettino dell'Istituto Storico Italiano per il Medio Evo e Archivio Muratoriano* 75, 1963, p. 239 ss.; *Cronache per la storia del ducato di Urbino*, in *Studi Urbinati* 41, nuova serie B, 1967, p. 1169 ss.; cura nel 1968 la pubblicazione degli *Atti del Convegno internazionale di studi accursiani: Bologna, 21-26 ottobre 1963*, Milano 1968 (a cura di Guido Rossi, appunto), in tre volumi, e nel 1977 gli *Scritti di storia del diritto italiano di Giovanni De Vergottini*, Milano 1977, anch'esso in tre volumi.

Nel 1997, a cura di Giovanni Gualandi e Nicoletta Sarti, sono stati pubblicati gli *Studi e testi di storia giuridica medievale di Guido Rossi (1916-1986)*, ed. Giuffrè, Milano.

## 5. Francesco Pastori (1923-2010).

Dalla Relazione del Rettore Carlo Bo letta il 13 dicembre 1964 per l'apertura dell'a.a. 1964-65: «Il prof. Francesco Pastori, ordinario di istituzioni di diritto romano, è stato chiamato alla cattedra di esegesi delle fonti del diritto romano della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Parma con decorrenza 1° novembre 1964. Vada al prof. Pastori il più cordiale saluto dei Colleghi con la mia particolare riconoscenza per la sua lunga opera prestata in ben quindici anni di insegnamento urbinato. Troppo lungo sarebbe ricordare qui nei particolari l'attività dell'insegnante, lo spirito d'iniziativa dell'amministratore, la duttilità di presidente di molte commissioni: ci sia consentito però di ringraziarlo almeno per l'aiuto offertoci nel periodo in cui fu direttore dei corsi della nuova facoltà di Economia e Commercio

e per la generosa presenza di Preside. Colleghi, amministratori e studenti hanno dunque troppe ragioni di ricordarlo qui con animo profondamente grato» [*Relazioni del Rettore Carlo Bo e discorsi inaugurali dei Docenti nella Libera Università di Urbino*, IV (1947-1967), Urbino 1998, p. 512].

Franco Pastori era nato a Milano il 16 gennaio 1923. Dal 1° novembre 1959, appena ventiseienne, si ritrova incaricato di diritto romano a Urbino, e tale insegnamento mantenne fino al suo trasferimento a Parma; anche se poi nel corso dei suoi anni urbinati diede la sua opera sporadicamente anche per la storia del diritto romano e/o per le istituzioni di diritto romano, nonché, dal '59 al '61, per il diritto privato comparato; anche se, costituitasi a Urbino la Facoltà di Economia e Commercio, con sede distaccata ad Ancona, fu colà incaricato degli insegnamenti di istituzioni di diritto privato e di diritto commerciale.

Oltre che per la sua generosa attività didattica Urbino lo ricorda per un altrettanto generoso impegno amministrativo: Preside della Facoltà di Giurisprudenza dal 1959 al 1964, e nello stesso periodo membro del Comitato Tecnico che reggeva la neonata Facoltà di Economia. In tali vesti ha contribuito validamente a potenziare il funzionamento delle due Facoltà, con buoni frutti anche dal punto di vista del profitto degli studenti. Oltre al potenziamento dei corsi estivi (alla cui felice iniziativa egli portò un contributo determinante fin dall'inizio dell'a.a. 1955-56) ed all'incremento dei rapporti culturali con Maestri dell'Università Italiana e dell'Università francese (di cui fu significativa manifestazione la conclusione avvenuta a Urbino nell'ottobre 1958, del Congresso italo-francese sui problemi giuridici relativi all'impiego dell'energia atomica) deve ricordarsi come sua personale realizzazione all'Università l'impianto dell'Istituto Giuridico, dotato di attrezzature per quei tempi modernissime «opera dalla quale – dice la relazione del Rettore Carlo Bo in data 9 marzo 1959 – trae cospicuo immediato vantaggio il funzionamento e l'efficienza didattica della Facoltà».

La traccia della sua vicenda accademica è breve. Nel 1956 ottiene la libera docenza che lo ammette ai ruoli accademici. Nel 1959, chiamato incaricato a Urbino, vince il concorso da professore ordinario: in particolare relativamente agli studi circa la *sponsio* e *stipulatio*, la commissione formata da Gaetano Scherillo, Silvio Romano e Bernardo Albanese si esprime in termini altamente positivi su «l'acutezza di molte osservazioni e la serietà d'indagine che ovunque traspare». Urbino lo conferma, dunque, su Istituzioni di Diritto romano dove rimane fino al 1964. Nel 1964, appunto, passa a Parma sull'insegnamento di Egesi delle fonti del diritto romano. Milano è stata la sua ultima sede.

Certamente la sua attenzione e la sua indagine scientifica si indirizzano quasi esclusivamente verso le problematiche contrattuali, su cui inizia la sua attività di ricerca e su cui si chiude. Ma al di là della riflessione ripetuta per la *sponsio* e il comodato, nell'insieme della sua produzione si legge la preoccupazione sistematica volta a precisare la collocazione delle due figure all'interno di precisi confini categoriali, a individuare gli aspetti caratterizzanti di tali categorie di contratti, e a riconoscere, infine, tali aspetti nelle più diverse (e nuove) fattispecie e "figure" contrattuali. Questo è, per esempio, il percorso che partendo dalla monografia del 1954, *Il comodato nel diritto romano*, che gli aveva valso la libera docenza, e passando attraverso il più volte ristampato e proposto nelle aule accademiche *Comodato, contratto, responsabilità* (Milano 1980), perviene, infine, allo studio su *Il problema storico del contratto reale*, del 1997, e all'ampio saggio del '98 *La fattispecie del comodato: varianti e figure affini* in cui si avverte forte la trama sottostante di un'intensa attività pratica professionale.

Ma questo è anche il percorso che prende le mosse dal corso urbinato del '57, *Sponsio e stipulatio: storia e struttura giuridica degli istituti*, e passa per certi aspetti attraverso il corso milanese su *Concetto e struttura della obbligazione nel diritto romano* (Corso di diritto romano 1968-69), per giungere a *Il negozio verbale in diritto romano* (Bologna 1994).

A proposito del comodato i colleghi del periodo urbinato ricordavano con un sorriso di divertimento le sedute di laurea con Franco Pastori, nelle quali si vedevano portato alla discussione come tesina (era il tempo in cui il laureando doveva presentare una tesi e due tesine, e sugli argomenti – ristretti, puntuali, pragmatici – dell'unica tesina veramente obbligatoria di solito i docenti lasciavano spaziare ampiamente la fantasia) un tema, sempre quello, inevitabilmente quello, il cui titolo era ormai risaputo anche nella sua formulazione, "Se il comodatario risponda per custodia", "Se il comodatario risponda per dolo", "Se il comodatario risponda per colpa".

Fra il primo periodo di produzione scientifica e di ricerca in cui si ripercorrono le linee guida del contratto verbale (*sponsio* e *stipulatio*) e del contratto reale (comodato) e l'ultimo periodo, in cui ancora il tema d'indagine è costituito da *sponsio* e *stipulatio* e comodato si pone almeno un altro diverso importante interesse, quello per il rapporto reale di superficie cui vengono dedicati, pur talora con qualche disattenzione nel reperimento delle fonti e della dottrina, *La superficie nel diritto romano*, del 1962, e *Prospettiva storica della superficie nel sistema dei diritti*, del 1979.

Merita ancora che si sottolinei l'ampia suggestione che si trae dal con-

siderare anche solo il titolo di una sua opera dell'86, *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*, Milano 1986 (rist. 1988 e 1992).

OPERE – A Franco Pastori si riferiscono una serie di monografie che coprono l'arco di mezzo secolo, dal 1951 agli anni 2000. Se ne può fare qui velocemente l'elenco. Sono: *Profilo dogmatico e storico dell'obbligazione romana*, Milano 1951; *Il commodato nel diritto romano: con contributi allo studio della responsabilità contrattuale*, Milano 1954; *Sponsio e stipulatio: storia e struttura giuridica degli istituti* (corso di diritto romano tenuto nella Università di Urbino nell'anno accademico 1956-57), Milano 1958; *Appunti in tema di sponsio e stipulatio*, Milano 1959, rist. 1961; *La superficie nel diritto romano*, Milano 1962; *Concetto e struttura della obbligazione nel diritto romano* (Corso di diritto romano 1968-69), Milano 1971 (divenuto monografia nel 1982); *Prospettiva storica della superficie nel sistema dei diritti*, Milano 1979 (rist. 1986, 1988 e 1993); *Comodato, contratto, responsabilità*, Milano 1980 (rist. 1983 e 1986); *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*, Milano 1986 (rist. 1988 e 1992); *Elementi di diritto romano: le obbligazioni*, Milano 1988 (rist. 1990); *I 1000 test: esercitazioni per la prova scritta dell'esame di istituzioni di diritto romano*, Milano 1993, che rappresenta la meccanica adesione alle istanze della nuova didattica; *Il negozio verbale in diritto romano*, Bologna 1994; *Il commodato in diritto romano*, Milano 1995; *Il contratto di comodato*, Bologna 1997. Va sottolineata qui in particolare l'opera *Sponsio e stipulatio: storia e struttura giuridica degli istituti* che nella sua prima stesura rappresentò il corso di diritto romano tenuto nella Università di Urbino nell'anno accademico 1956-57, pubblicato per i tipi della Giuffrè nel 1958, e poi trasfuso in una più ampia e completa monografia. A questi scritti vanno aggiunti, naturalmente, gli altri articoli, note, saggi, ecc., fra cui si possono ricordare la voce "Comodato (diritto romano)" nel *Noviss. Dig. Ital.* 3, 1967, p. 688 ss.; *Sulla duplicità formulare dell'actio commodati*, in *Labeo* 2,2, 1956, p. 89 ss.; *Gaio e la responsabilità contrattuale*, in *Labeo* 2,3, 1956, pp. 291-326; *La definizione della bonorum possessio*, in *Studi in onore di Pietro De Francisci*, 3, Milano 1956; i due lavori che risultano nella Rivista dell'Ateneo, *I prefetti del pretorio e l'arresto dell'attività giurisprudenziale*, in *Studi Urbinati* XIX, 1950/51, p. 37; *La genesi della stipulatio e la menzione della bona fides nella lex de Gallia Cisalpina con riferimento all'actio ex stipulatu*, in *Studi Urbinati* XXVI, 1957/58, p. 257; e ancora *IL PROBLEMA STORICO DEL CONTRATTO REALE*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto: dall'età romana alle esperienze moderne* (ricerche dedicate al professor Filippo Gallo), 3, Napoli 1997, p. 617 ss.; e infine, a siglare il suo mai sopito interesse per il comodato, ovvero un ciclico ritorno ad uno dei temi iniziali (uno dei temi "urbinati"), *La fattispecie del comodato: varianti e figure affini*, in *Atti del 2. Convegno sulla problematica contrattuale in diritto romano* (Milano, 11-12 maggio 1995, in onore di Aldo Dell'Oro), Milano 1998, p. 119 ss.

## 6. Giovanni Gualandi (1927-2004).

Nella Relazione del Rettore Carlo Bo solennemente pronunciata il giorno 8 dicembre 1961 ad inaugurare l'a.a. 1961-62 si legge che «Il professor Filippo Carlo Gallo, già incaricato dell'insegnamento di storia del diritto romano presso la Facoltà di Giurisprudenza, è risultato secondo ternato nel concorso di istituzioni di diritto romano bandito per la università di Sassari ed è stato chiamato a coprire tale cattedra presso la Università di Trieste dal 1 febbraio 1961». Il corso, affidato inizialmente a Guido Rossi, sarà attribuito a partire dal 1962-63 a Giovanni Gualandi, che già deteneva dall'anno precedente quello di Esegesi delle fonti del diritto romano.

Così giungeva a Urbino Giovanni Gualandi, uno studioso elegante e raffinato, cui deve riconoscersi una «profonda e vasta conoscenza della letteratura giuridica intermedia, che, andando ben oltre una conoscenza sistematica delle infinite opere dei vari giuristi, si addentrava nei percorsi di editori e di edizioni, di libri rari e di opere pressoché sconosciute», e che apparteneva «a quel mondo così ristretto ed aristocratico di studiosi che uniscono una conoscenza erudita della propria tradizione al lavoro quotidiano di ricerca storiografica» (così dice di lui Luigi Capogrossi Colognesi, *Giovanni Gualandi, o delle fondamenta della nostra identità di studiosi*), che ci ha lasciato una vera lezione nella sua «storia di grande austerità e di poche soddisfazioni e riconoscimenti, coltivando una devozione totale al sapere e alla sete di conoscenza».

Era nato a Bologna il 19 settembre del 1927, e da Bologna, dove si era laureato nel 1949 con Edoardo Volterra (dal Catalogo della Biblioteca urbinata: FGG-07-0001: *Ricerche intorno alla sentenza nel processo civile romano, tesi di laurea di Giovanni Gualandi, relatore Edoardo Volterra, Bologna, Università degli studi, 1950. - 101 p.; 29 cm., Università degli studi di Bologna, Facoltà di Giurisprudenza a.a. 1949-1950. Dattiloscritto*), era transitato per poco meno di una decina d'anni a Roma seguendo il maestro cui rimase sempre legato da vincoli di ammirazione profonda e di sincero filiale affetto. Gli anni romani erano stati certamente fecondi di amicizie, di contatti scientifici. La frequentazione costante, anche se non sempre facile dei maestri, non solo di Volterra, ma anche di Arangio Ruiz, di Emilio Betti, e poi di Giuseppe Branca trasferitosi a Roma da Bologna; e ancora l'amicizia feconda con Aldo Pezzana, Mario Talamanca, Giuliana Foti, Antonio Masi, Luigi Capogrossi Colognesi, ed altri insigni studiosi del diritto romano e, in genere, della storia del diritto che gravitavano su Roma, dovette certamen-

te costituire un motivo di sprone e di confronto, anche se «a parte quello indiscutibile di Volterra e quello [ ... ] di Guido Rossi nell'ambito delle ricerche giusmedievistiche, Giovanni non subì, però, altri notevoli influssi nella Sua formazione, neppure – per quanto è dato di vedere – da parte di Giuseppe Branca, ciò che l'avrebbe più fortemente indirizzato verso una considerazione dogmatica degli aspetti giusprivatistici ma anche di quelli giuspubblicistici».

In quegli anni Volterra andava svolgendo interessanti ricerche sui diplomi militari con i quali si accordava il *connubium* alle donne peregrine che i soldati romani avessero preso in moglie concedendo ai figli nati da quell'unione la cittadinanza romana e la sottoposizione alla *patria potestas*. Su quelle ricerche intervenne il Gualandi con il suo primo studio, *Tollere liberos in un passo di Petronio*, pubblicato nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, s. 3, VI (1952-1953).

Quando viene chiamato a Urbino ha pubblicato anche il saggio *Intorno a una legge attribuita a Valentiniano I*, del 1954, e *Privilegi imperiali e dualità legislativa del Basso Impero alla luce di alcuni testi di Libanio*, del 1959, da cui già si evince, al di sotto della vicenda trattata, come gli interessi dello studioso si confrontino, piuttosto che col diritto matrimoniale (in particolare la supposta "bigamia" di Valentiniano, nell'un caso, e la possibilità di nominare erede un figlio naturale che risulta nella vicenda dell'imperatore Giuliano e del figlio Cimone, nell'altro), con la valutazione di attendibilità delle fonti che riportano notizia relativa alle costituzioni imperiali.

Pure quegli anni romani, riuscirono faticosi e difficili per varie ragioni al giovane studioso bolognese che continuava a nutrire nostalgia del clima culturale lasciato a Bologna, della deferente amicizia altrettanto feconda e non interrotta con Branca, con Luzzatto, con Massimo Massei (un altro allievo di Volterra, prematuramente scomparso, ma che ricordiamo qui in particolare autore di *Le citazioni della giurisprudenza classica nella legislazione imperiale*), con Guido Rossi (un allievo di Pietro Torelli, ricercatore vivace, brillante, gioviale, pieno di interessi e di inesauribili curiosità intellettuali, uno studioso di "elegante costruttività" e di "sostanzioso vigore" – sono parole del Gualandi – interessato in particolare alla critica dei testi giuridici medievali, e anch'egli bibliofilo appassionato), tanto che, presentatasi l'occasione dell'incarico a Urbino, sollecitato dallo stesso Rossi che a Urbino si trovava dal 1957, e nonostante la disapprovazione del maestro Volterra, Gualandi accettò.

Era allora Preside della Facoltà urbinata un altro romanista, Francesco Pastori, che doveva rimanere anch'egli molto legato all'ambiente urbinata.

Il nucleo centrale delle ricerche di Gualandi a Roma, sul suggerimento di Volterra, si riconnetteva con l'iniziativa dell'Accademia dei Lincei che teneva seguito al progetto di una palingenesi delle costituzioni imperiali già promossa fin dagli anni trenta da Salvatore Riccobono e Pietro de Francisci.

Già con i citati primi articoli si era dimostrato l'interesse del Gualandi verso le costituzioni imperiali, tema che costituisce il filo conduttore di tanta sua ricerca, e che, attraverso il *Privilegi imperiali e dualità legislativa del Basso Impero alla luce di alcuni testi di Libanio*, del 1959, sfocerà nei due densissimi volumi di *Legislazione imperiale e giurisprudenza* del 1963. «Il primo – scrive Mario Caravale – era una ricca ed ordinata raccolta, particolarmente accurata, delle fonti legislative dei secoli I-III, distinte per giuristi ed imperatori, nella quale erano riportate le norme imperiali disseminate nelle opere della giurisprudenza, per lo più trasmessaci dal Digesto. La raccolta offriva il materiale indispensabile ad affrontare i problemi trattati nel secondo volume, nel quale venivano prese in esame le relazioni tra giurisprudenza e legislazione. Il tema della conoscenza da parte dei giuristi dei provvedimenti imperiali era esaminato sia sotto l'aspetto quantitativo, cioè relativo al numero delle costituzioni citate da ciascun autore, sia sotto quello qualitativo, ben più rilevante, che riguardava l'attività interpretativa del giurista. In proposito Gualandi individuava due distinti momenti: in una prima fase la dottrina si era preoccupata di riprodurre nella sua integrità il testo imperiale, mentre successivamente, ed in particolare nel periodo postclassico, si limitò ad individuare ed esporre i principi essenziali del provvedimento. L'altro tema era, poi, quello dell'influenza dei giuristi sulla formazione del testo imperiale. La ricerca di Gualandi confermava che questa era notevolissima, anche perché molto spesso gli stessi giuristi intervenivano come estensori materiali della legge».

In un periodo in cui l'insegnamento scientifico tradizionalmente accolto portava ad enfatizzare nel periodo dal Principato augusteo in poi la contrapposizione fra *leges* e *iura*, Gualandi affermava che legislazione imperiale e dottrina non costituivano “due entità fra loro antitetiche”, ma, al contrario, risultavano strettamente collegate, con la giurisprudenza sempre più interessata alle disposizioni del principe, e quest'ultimo sempre più portato ad appoggiarsi, a ricevere lumi ed impulso «dalla elaborazione ricca e geniale della giurisprudenza».

Ma frattanto ancora nel 1956, nelle *Memorie dell'Accademia Nazionale dei Lincei*, veniva pubblicato un ampio lavoro su *Glosse accursiane al 'Digestum Novum' in frammenti membranacei della Bibliothéque Royale*

di Bruxelles, la prima espressione dell'altro basilare interesse scientifico di Giovanni Gualandi: quello entro il quale sviluppò diverse particolari ricerche; quello che fondamentale lo porterà proprio negli anni urbinati a svolgere importanti funzioni di consulente dei supremi collegi giudicanti sammarinesi (per circa quindici anni, dapprima come consulente del Consiglio dei XII, poi come esperto del Consiglio Grande e Generale) nella vicina Repubblica di San Marino dove – com'è noto – vige ancora il *ius commune* e ci si richiama al Sabelli, al Ferraris, al De Luca, al Richerius, al Voet, all'anconetano Benvenuto Stracca, al De Turris e Caseregis; quello che lo porterà a scegliere l'insegnamento del diritto comune per il suo trasferimento da Urbino a Parma nel 1972, e poi a Bologna nel 1986, ancorché fosse un trasferimento, questo, ben combattuto e sofferto.

Gualandi è stato a Urbino nel complesso per più di 20 anni, professore di esegesi delle fonti del diritto italiano, di storia del diritto romano e/o storia della costituzione romana, di diritto romano, di filologia giuridica, di diritto sammarinese (nonché all'occorrenza di storia dei trattati e politica internazionale), e preside dal 1970 al 1972 e poi dal 1976 al 1986; a Urbino ha costruito per 20 anni la storia della Facoltà di Giurisprudenza e la sua storia personale; e a Urbino rimase quindi legato da un affetto particolare che gli fece rimpiangere la piccola scomoda sede anche a fronte di una sede più grande ed agevole come Parma (tanto che da Parma nel '76 volle pur tornare a Urbino) o Bologna.

Nel corso degli anni veniva coltivando una sua passione, ereditata anch'essa – se vogliamo – dal maestro Volterra, che era quella del collezionismo di libri<sup>11</sup>, e in particolare, di libri antichi: una passione che lo avvicinava e lo contrapponeva al maestro in una sorta di scientifica rivalità, da lui stesso riguardata e raccontata con la bonaria e divertita ironia che era suo tratto distintivo. Il legame di affetti per le persone e le cose di Urbino, sempre sommestamente professato anche negli ultimi anni difficili e sofferti (non solo spiritualmente), è ben visibile ora nella donazione che la famiglia ha voluto fare di quei suoi libri antichi (ben 384 fra cinquecentine, secentine, edizioni del Settecento e del primo Ottocento) alla Facoltà in cui più si era riconosciuto.

---

<sup>11</sup> Che qui, in Urbino, aveva un insuperabile cultore in Carlo Bo, la cui Biblioteca contava 88/89 mila volumi circa, e viene tutt'oggi incrementata nel fondo FTB, "Figure e temi della vita, del pensiero e dell'opera di Carlo Bo".

È morto nella sua Bologna il 10 dicembre 2004.

Urbino lo ha ricordato e celebrato a quasi due anni dalla scomparsa, il 19 settembre (la data era voluta, era la data della sua nascita) 2006, con una solenne cerimonia in occasione dell'apertura ufficiale del "Fondo Giovanni Gualandi" della Biblioteca della Facoltà di Giurisprudenza, cui è affidato ormai il suo ricordo, tutto condensato in quei "foglietti" numerosissimi inseriti fra le pagine, in quelle preziosissime annotazioni, in quegli appunti a matita che ripercorrono a margine di quei suoi libri antichi una storia austera e rigorosa di ricerca e di studio<sup>12</sup>.

OPERE: *Tollere liberos in un passo di Petronio*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, s. 3, VI (1952-1953), p. 414 ss.; *Intorno a una legge attribuita a Valentiniano I*, in *Studi in onore di Pietro De Francisci*, 3, Milano 1954, p. 176 ss.; *Privilegi imperiali e dualità legislativa del Basso Impero alla luce di alcuni testi di Libanio*, in *AG 156*, fasc. 1-2, 1959, p. 5 ss.; *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, Milano 1963 (rist. Bologna 2012, a cura di G. Santucci e N. Sarti); *Glosse preaccursiane al 'Digestum Novum' in frammenti membranacei della Bibliothéque Royale di Bruxelles*, in *Memorie dell'Accademia Nazionale dei Lincei* 1956, p. 290 ss.; *Un gustoso episodio della vita di Accursio e la data di composizione della Glossa Magna al Digestum Vetus*, in *Atti del Convegno internazionale di studi accursiani* Bologna, 21-26 ottobre 1963, a cura di Guido Rossi, Milano 1968, e anche in *Studi urbinati XXXIII*, 1964-65 p. 298 ss.; *Per la storia della editio princeps delle pandette fiorentine di Lelio Torelli*, in *Le Pandette di Giustiniano: storia e fortuna di un codice illustre*, Firenze 1986, p. 143 ss.; *Giuseppe Brini e il discorso carducciano per l'8. centenario dello studio di Bologna (1888)*, in *Torricelliana* 42, 1991, p. 238 ss.; *Edoardo Volterra bibliofilo. In memoria di un maestro indimenticato*, in *Panorami* VI, 1994, p. 237 ss.; *Edoardo Volterra, 1904-1984: a catalogue of the early printed books in his library, now in the Ecole francais de Rome* compiled by Douglas J. Osler; with reminiscences by Giovanni Gualandi ... [et al.], in *Bibliographica iuridica* compiled by Douglas J. Osler, 3, Frankfurt

---

<sup>12</sup> Cfr. in particolare A.M. Giomaro, *I "pizzini" di Giovanni Gualandi*, in *Diritto romano attuale* 21-22, 2009, p. 53 ss.

am Main 2006 (a cura di); *Ricordo di Giovanni De Vergottini, in Bologna e la sua Università nel contributo di Giovanni de Vergottini*, Milano 1995, p. 136 ss.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> FONTI: *Studi Urbinati* LXXVI (2009), serie A n. 60, fascicolo 1 "I libri di Giovanni Gualandi, I. Ritratto di uno studioso del XX secolo, II. I libri (e i foglietti) di Giovanni Gualandi" (a cura di A.M. Giomaro); E. ROZO ACUNA, *Presentazione del volume*, ivi, VII; L. MARI, *Presentazione del "Fondo Giovanni Gualandi"*, ivi, XI; M. CARAVALE, *Ricordo di Giovanni Gualandi*, ivi, 1; M. TALAMANCA, *La formazione: gli anni romani (In ricordo di Giovanni Gualandi)*, ivi, 7; R. MARTINI, *Giovanni Gualandi 'accademico', ma non solo*, ivi, 23; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Giovanni Gualandi, o delle fondamenta della nostra identità di studiosi*, ivi, 31; C. BEDUSCHI, *Giovanni Gualandi giureconsulto*, ivi, 47; E. CORTESE, *Passeggiando fra i libri antichi di Giovanni Gualandi*, ivi 53; A.M. GIOMARO, *La 'sezione moderna' della Biblioteca di Giovanni Gualandi*, ivi 64; A.M. GIOMARO (a cura di), *Il catalogo del "Fondo Giovanni Gualandi" nella Biblioteca della Facoltà di Giurisprudenza di Urbino - sezione antiquaria* - (Le cinquecentine, 81; Le secentine, 118; Le edizioni del settecento, 133; Le edizioni dell' Ottocento, 165; Un'appendice. Le edizioni successive al 1830: le fonti, 181; Indice degli Autori primari e secondari, 207; Indice degli Editori, 213; A.M. GIOMARO, *I 'pizzini' di Giovanni Gualandi*, in *Diritto romano attuale* 21-22, 2009, p. 53 ss.; G. SANTUCCI, N. SARTI (a cura di), *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, Bologna 2012, *Presentazione*.

MARCO MARINI, PAOLO POLIDORI

*IL COMPROMESSO FRA COSTI E BENEFICI, INDIVIDUALI E SOCIALI, NELLE SCELTE CHE COINVOLGONO LA VITA UMANA*

### **1. Premessa**

Il tema al centro di questo lavoro è se la Scienza economica possa contribuire ad affrontare questioni quali la definizione di regole, anche imperative, che determinano le condizioni entro le quali un soggetto può disporre della propria vita e dei propri organi. Si cercherà di rispondere a questa domanda utilizzando le categorie logiche dell'analisi economica e gli strumenti da essa utilizzati.

I problemi che si è deciso di affrontare fanno parte di quella grande categoria di scelte che coinvolgono l'essere umano in profondità. Problemi che sono stati e saranno sempre al centro delle decisioni umane perché fondamentali per la stessa definizione di essere umano. Definire, ed esempio, quale sia il momento o l'evento che separa la vita dalla morte è un tema complesso e probabilmente destinato a non avere risposta o, nella migliore delle ipotesi, ad avere una risposta che sarà frutto di un compromesso e di valutazioni di carattere discrezionale. Non meno carica di compromessi è la decisione di limitare la libertà individuale per motivazioni che hanno a che fare con l'interesse generale. A questo riguardo non si può negare che il tema delle scelte in condizioni di incertezza sia da sempre oggetto di studio dell'analisi economica e sebbene i temi proposti alla discussione siano molto complessi e sensibili non ci si può esimere dal tentare di darne una lettura attraverso le categorie proprie dell'economia.

Una prima riflessione attiene all'oggetto di studio della scienza economica troppo spesso confinata all'analisi di beni e servizi domandati ed offerti in regime di scarsità. Da qui l'idea che se la discussione si dovesse trovare ad affrontare questioni in cui non sono coinvolti beni scarsi, l'economia non avrebbe molto da dire poiché la ricerca dell'efficienza verrebbe meno in contesti di non scarsità<sup>1</sup>. A

---

<sup>1</sup> La questione della difficile applicazione dell'analisi economica del diritto in contesti di non scarsità è affrontata nella premessa all'edizione italiana del famoso volume di G. CALABRESI e P. BOBBIT, *Scelte tragiche*, Giuffrè, 2006.

questo riguardo si possono fare una considerazione ed una precisazione: la considerazione è che il tema degli effetti socialmente dannosi derivanti da comportamenti individuali in contesti di risorse inizialmente non scarse, ma ad accesso libero è già stato affrontato nel famoso articolo *The Tragedy of the Commons*<sup>2</sup>; in quella sede il degrado ambientale irreversibile veniva spiegato proprio attraverso l'effetto perverso derivante dalla combinazione di interessi individuali, meccanismi di incentivo, assenza di diritti di proprietà e mancanza di regolamentazione pubblica. Dunque la non scarsità non è di per sé sufficiente a giustificare il non interesse economico poiché i meccanismi di interesse privato possono portare all'estinzione stessa del bene che ha generato tali interessi. Da qui la precisazione: proprio per le considerazioni sopra richiamate la scienza economica ha da tempo dimostrato di poter ampliare il proprio campo d'interesse tanto da poter essere definita come una scienza i cui strumenti consentono di studiare i meccanismi di incentivo in tutti i contesti sociali ed in tutte le relazioni umane caratterizzate da interessi individuali<sup>3</sup>. Dunque una scienza adatta a fornire delle interpretazioni del comportamento umano in qualunque ambito sociale. Può sorgere allora un'ulteriore domanda: le categorie utilizzate dall'analisi economica rispondono alle necessità dell'interprete in riferimento al tema specifico di questo scritto? I prossimi paragrafi tenteranno di dare una risposta.

## 2. Sul concetto di efficienza.

L'utilizzo del concetto di efficienza quando sono coinvolte decisioni che riguardano la vita umana è spesso visto con sospetto in particolare da quelle discipline, come il diritto penale, le cui decisioni appaiono spesso strutturalmente antieconomiche. Queste infatti il più delle volte portano a costi indivi-

---

<sup>2</sup> La *Tragedy of the Commons* fa riferimento al depauperamento, che potrebbe anche essere irreversibile, di risorse ambientali ad accesso libero (ad es. una foresta) qualora l'accesso alla risorsa inizialmente non scarsa sia consentito a tutti coloro che hanno un interesse privato ad utilizzarla in assenza di diritti di proprietà o di regole pubbliche che ne definiscano i criteri e le soglie di utilizzo. Al riguardo si veda G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, 162, 1968.

<sup>3</sup> Tale definizione è dovuta a R. MYERSON, *Nash Equilibrium and the History of Economic Theory*, in *Journal of Economic Literature*, 37, 1999.

duali, cui il reo è sottoposto, che si vanno a sommare a costi sociali che sono stati generati dal delitto che ha dato origine alla sanzione<sup>4</sup>. Come in altre sedi si è avuto modo di sostenere, la difficoltà ad utilizzare il concetto dell'efficienza in determinati temi nasce da due equivoci<sup>5</sup>. Il primo riguarda la difficoltà che spesso si incontra ad utilizzare il criterio di "compensazione potenziale", o criterio di Kaldor Hicks, come metro per valutare la "bontà" di scelte che comportano effetti distributivi poco graditi. Nello specifico i costi sopportati da un soggetto A sarebbero tollerabili per la collettività se l'azione che li determina generasse in capo ad un soggetto B (o in capo a più soggetti ad esempio B e C) un beneficio che risultasse essere superiore al danno. Sarebbe infatti possibile per B compensare A per ottenere una posizione superiore nel senso di Pareto<sup>6</sup>. Inoltre, se si trascurano gli effetti di natura redistributiva, è sufficiente che la compensazione sia solo potenziale in quanto, detto in sintesi, l'ammontare di benessere prodotto supera il costo cagionato. Tale criterio spesso considerato eccessivamente crudo è in realtà già utilizzato in tutte quelle situazioni, giuridicamente giustificate, nelle quali la libertà personale può essere limitata in virtù di un interesse collettivo ritenuto superiore. Si pensi, ad esempio, alla vendita di organi. Tale osservazione appare di particolare rilievo in scelte, come quelle oggetto di questo scritto, in cui viene discussa la possibilità di porre dei limiti ai desideri individuali che coinvolgono la vita del decisore in virtù di interessi sociali con questi in conflitto.

Il secondo equivoco deriva dal considerare l'efficienza come un criterio assoluto, si potrebbe dire puntuale, da applicare in ogni decisione senza alcuna considerazione dei fattori spaziali, sociali e temporali. Spesso può accadere che la distribuzione di costi e benefici individuali e collettivi abbia, ed esempio, una distribuzione temporale asimmetrica. Ciò può accadere quando una determinata regola colpisce oggi la libertà di uno o più soggetti al fine di evitare un possibile flusso di costi futuri. La questione è diversa se

---

<sup>4</sup> Si veda sul punto C. E. PALIERO, *L'economia della pena (un work in progress)*, in E. Dolcini e C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, 2006 e anche K. VOLK, *L'analisi economica del diritto penale*, in A. Bondi, G. Marra e P. Polidori (a cura di), *Il prezzo del reato*, Giappichelli, 2010.

<sup>5</sup> Si consenta il riferimento a P. POLIDORI, *Sensibilità economica e sensibilità giuridica nell'analisi del crimine*, in A. Bondi, G. Marra e P. Polidori (a cura di), *Il prezzo del reato*, cit.

<sup>6</sup> Un equilibrio allocativo è superiore ad un altro nel senso di Pareto se consente di aumentare il benessere di almeno un soggetto senza ridurre quello di nessun altro.

costi e benefici attengono allo stesso soggetto oppure no: ovvero se l'azione regolamentare coercitiva nei confronti di un soggetto è volta ad evitare costi futuri di natura individuale o sociale. Il primo dei due casi è più raro del secondo. Si pensi al caso dei vaccini. Quando la malattia da evitare ha una dimensione principalmente personale, come ad esempio nel caso del Papilloma virus, la vaccinazione che potrebbe essere anche obbligatoria viene spesso solamente consigliata lasciando al soggetto la libertà di ponderare i rischi (dunque i costi) legati alla vaccinazione con il rischio di ammalarsi. Si tratta di una vera e propria analisi del rischio il cui responsabile è il soggetto interessato o, nel caso di minori, il genitore. Ma quando i costi futuri da individuali diventano sociali, come ad esempio per il vaiolo, allora il soggetto non è più libero di decidere perché l'esposizione al rischio della società appare troppo grande da ritenersi necessaria e dunque socialmente utile anche la limitazione della libertà personale di scelta. Nel linguaggio economico si tratta di una situazione in cui esistono effetti esterni così rilevanti da giustificare l'azione pubblica<sup>7</sup>.

Vi sono anche casi in cui la dinamica costi benefici appare di natura individuale ma la vaccinazione viene comunque resa obbligatoria come nel caso dell'antipolio. In questo caso probabilmente l'interpretazione che può essere data è duplice: a) si valuta il caso in specie come quello di un contesto caratterizzato da costi futuri non di tipo individuale ma sociale in quanto è la società che dovrà farsi carico dell'assistenza in caso di malattia, per cui varrebbe la stessa logica applicata in precedenza al caso del vaiolo; b) pur considerando il caso di natura prettamente individuale si reputa che il soggetto non sia in grado di valutare i fattori di rischio legati ad una mancata vaccinazione per cui la si rende obbligatoria per motivazioni di carattere paternalistico. In questo seconda caso la logica che dovrebbe distinguere situazioni in cui l'intervento di vaccinazione deve essere consigliato o obbligatorio appare di dubbia definizione, perché si tratta di delimitare il concetto d'informazione e di consenso, o dissenso, informato<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Si parla di effetti esterni quando l'azione produttiva o di consumo di un soggetto genera costi o benefici nell'azione di produzione e consumo di un altro soggetto senza passare per il mercato e dunque senza che vi sia un meccanismo di scambio volontario fra le parti. Si veda il classico R. CORNES e T. SANDLER, *The theory of externalities, public goods, and club goods*, Cambridge University Press, 1996.

<sup>8</sup> Sul punto si veda J. BARON, *Contro la bioetica*, Raffaello Cortina, 2008. In particolare il cap. 6.

La conclusione che comunque si può trarre è che non sembrano esserci particolari difficoltà nell'applicare il criterio di efficienza a decisioni che coinvolgono la vita umana, semmai il problema è quello di definire se sia congruo o no valutare costi e benefici che ricadono su soggetti diversi e far conseguire, a tale valutazione, l'applicazione di norme che limitano il comportamento individuale in virtù di interessi di natura collettiva. Ciò che però si può osservare è che questa operazione viene oggi compiuta piuttosto regolarmente ed in alcuni casi senza porsi particolari problemi. Accade quando si impone l'obbligo di viaggiare con le cinture di sicurezza come anche quando si ritiene illecito vendere i propri organi. La portata delle due questioni è abissalmente diversa ma la logica ad esse sottesa simile.

### **3. Sulla possibilità di valutare la sofferenza e la vita**

La principale difficoltà che si frappone all'uso della scienza economica nel prendere decisioni su temi quali la donazione degli organi o il fine vita sono dovute principalmente al fatto che quando entra in gioco la vita umana ogni scelta diventa enormemente complicata poiché è difficile riuscire a valutare gli effetti delle decisioni prese. Appare però più un problema di misurazione piuttosto che di inapplicabilità del metodo. E' ovvio che in questa sede si eviterà di fare riferimento a criteri di valutazione riconducibili a dogmi a meno che questi non siano frutto di un contratto sociale unanimemente condiviso. Per cui, ad esempio, in materia di fine vita non si farà riferimento alla sacralità della vita in quanto tale ed alla sua conseguente assoluta indisponibilità. In questo caso infatti le opzioni scelte si riducono sebbene non si annullino, sarebbero infatti escluse discussioni sull'eutanasia, ma il tema della valutazione ricomparirebbe in merito alla possibilità per l'individuo di poter decidere anticipatamente i trattamenti cui intende sottoporsi o sottrarsi. Dunque il punto, per un economista, rimane quello di comprendere se vi siano difficoltà insuperabili al tentativo di valutare la vita umana e le scelte ad essa connesse ed in particolare se sia possibile confrontare il valore attribuibile alla libertà di scelta individuale con il valore della vita.

Si affronterà dapprima la questione della donazione degli organi e nello specifico se sia ragionevole pensare che un individuo in vita possa disporre dei propri organi, ad esempio, vincolandone la destinazione in caso di scomparsa o scegliendo liberamente di donarli ad altri quando ancora

in vita, come nel caso di un rene. Sul primo punto, donazione in caso di scomparsa, la prima considerazione è se debba essere l'individuo o lo stato a dover decidere. L'individuo potrebbe scegliere di non donare i propri organi o di vincolarne la destinazione ad un parente o ad una determinata categoria di soggetti, ad esempio un connazionale. Tale decisione potrebbe essere in conflitto con l'interesse collettivo poiché dato lo squilibrio fra il fabbisogno di organi e la loro disponibilità qualunque scelta individuale di natura restrittiva potrebbe indurre effetti di natura redistributiva: si nega l'organo al soggetto A perché il donatore ha deciso di destinarlo a B. Una tale decisione può produrre effetti controversi e leggibili come riduzioni del benessere sociale, dunque inefficienti, quando ad esempio A è un soggetto molto anziano e malato e B giovane e sano. Tale ultima considerazione, che potrebbe ovviamente apparire inaccettabile, dipende dal valore che si assegna alla vita umana. La lettura i termini di riduzione del benessere collettivo appare più immediata di fronte ad una scelta come quella di non voler proprio donare i propri organi<sup>9</sup>. In questi casi è lecito valutare le scelte individuali ed imporre comportamenti coercitivi? Come accennato, la valutazione implica un giudizio sul valore della vita. Sebbene le casistiche possibili siano molto ampie e non tutte analizzabili in questa sede, ciò che si sostiene è che tale situazione non è molto diversa da contesti simili in cui di fatto la vita viene inevitabilmente valutata e pesata. Per cui di fatto la "cruda" analisi economica funge già da riferimento in molte decisioni. La vita dei bambini è da sempre considerata più alta in valore di quella degli anziani per una molteplicità di ragioni che vanno dall'aspettativa di vita che i primi hanno rispetto ai secondi, che altro non è che una valutazione pesata della vita umana, alle possibilità di preservazione della specie, che rientra in un percorso di minimizzazione del rischio di estinzione. Si supponga di essere in presenza di un disastro naturale come un terremoto e con risorse destinate al soccorso scarse. Nessuno avrebbe nulla da obiettare, pur nella umana tragicità della situazione, se la priorità venisse data, a parità di rischio di vita, al recupero dei bambini di una scuola primaria piuttosto che agli anziani di una casa di riposo. Dunque perché non dovrebbe essere possibile applicare lo stesso metro alla donazione degli orga-

---

<sup>9</sup> La scelta potrebbe essere determinata non da egoismo ma dall'incertezza che può esistere sulla definizione di decesso per cui la scelta di non donare sarebbe per il soggetto di natura precauzionale. Per ora si terrà fuori dal ragionamento questo punto perché verrà affrontato in seguito riguardo al tema del testamento biologico.

ni attraverso delle regole che impongono il prelievo di organi e ne dispongo la destinazione ai fini di trapianto<sup>10</sup>. Va da sé che, data la portata della questione, una tale regola dovrebbe essere tutelata nei confronti di possibili illeciti attraverso un adeguato sistema di sanzioni e dunque ricorrendo di nuovo alla limitazione della possibilità individuale di scelta (ricorso a trapianti in cliniche clandestine). Resta ovviamente aperto il tema della differenziazione delle procedure rispetto alla complessità dei casi che la realtà può presentare, ma tale differenziazione prescinde dal fatto che si possa scegliere un criterio di utilità sociale che si scontra con le scelte individuali ed il sistema di valori ad esse sotteso.

L'uso della valutazione non preclude che vi sia la possibilità di optare sempre per la libertà individuale di scelta anche se questa si trova in conflitto con l'interesse collettivo: ad esempio considerando lecita la possibilità individuale di negare in modo categorico l'espianto di organi. Una tale decisione sarebbe indiscutibile se frutto di una valutazione che assegna alla libertà individuale un valore così alto da renderla un bene socialmente indisponibile. Ma una tale decisione altro non sarebbe che il riconoscimento che il flusso di benefici futuri presenti e futuri, che la difesa di tale libertà comporta, supera i costi presenti e futuri ad essa connessi. Dunque si tratterebbe sempre di una decisione in linea con una valutazione economica. Il problema sarebbe semmai quello del rispetto della coerenza di una tale decisione all'interno dell'intero sistema normativo, coerenza logica di cui la scienza giuridica è maestra.

Il tema del fine vita presenta dei profili simili a quelli sopra accennati. Si tenterà di darne una lettura utilizzando sempre lo schema tipico di un processo di valutazione effettuato in un contesto di incertezza.

Supponiamo che un soggetto, in grado di intendere e di volere, manifesti la volontà di non ricevere trattamenti in grado di allungare la sua sopravvivenza in caso di malattia o incidente che compromettano in maniera significativa la sua esistenza. Quale può essere la ragione che motiva un'azione pubblica volta a limitare le sue volontà? Seguendo i ragionamenti sopra esposti gli elementi appaiono principalmente due: il primo è la presenza di un interesse pubblico che sovrasta l'interesse individuale ed il secondo, di

---

<sup>10</sup> Peraltro tale metodo è utilizzato nell'analisi delle decisioni mediche dove si applica il criterio dei *Quality Adjusted Life Years*, un criterio che cerca di misurare l'utilità di essere in un certo stato di salute in un dato momento. Sul punto si veda J. BARON, *Contro la bioetica*, cit., cap. 5.

natura più paternalistica, che può essere ricondotto alla presunta impossibilità per l'individuo di poter prendere una decisione consapevole in quanto le casistiche possibili sono così complesse da impedire una corretta informazione del decisore, ad esempio con riferimento alla grande difficoltà di descrivere adeguatamente la frase "compromettere in maniera significativa la propria esistenza" utilizzata nella precedente affermazione.

Quest'ultimo punto sembra da un punto di vista economico avere poca solidità in quanto le decisioni individuali prese in regime di grande incertezza vengono comunemente accettate in molti contesti che mettono a repentaglio la vita umana senza per questo essere vietate. Vi sono professioni che presentano un grado di rischio, legato all'incertezza, non diverso da quello cui potrebbe essere sottoposto un individuo che sceglie di esprimersi sulle dinamiche del proprio fine vita. Un pompiere od un militare sanno in che cosa consiste il loro lavoro ma non conoscono il grado di rischio che i vari stati del mondo potranno presentare loro. L'unica ragione per cui non ci si pone troppi problemi è che si tratta di professioni necessarie per cui la scelta individuale è preferibile ad un meccanismo di proscrizione pubblico<sup>11</sup>. La scelta pubblica appare così evidente nella sua tragicità che un qualunque meccanismo individuale sembra ad esso preferibile. Le morti da uranio impoverito conseguenti alla guerra in Kosovo sono un triste esempio di quanto sostenuto. L'unica apparente differenza fra questi esempi e la scelta di definire nel dettaglio le regole sul fine vita sta nel fatto che in presenza di un malato terminale la decisione di sospendere le cure sembra essere un intervento diretto anche se in sostanza non lo è. Perlomeno non sembra essere significativamente diverso rispetto alla decisione di mandare dei soldati di professione in uno scenario di guerra definendo circoscritte e limitate regole di ingaggio.

Con riguardo ad un eventuale interesse pubblico che può giustificare la limitazione della libertà individuale l'analisi deve rivolgere la sua attenzione agli usi impropri che l'esercizio di tale libertà può comportare ed ai costi ad essi connessi. Ad esempio si può verificare il caso di anziani convinti ad esprimere decisioni contrarie alla propria volontà, alla falsificazione di testamenti biologici o alla loro stesura in un contesto di minaccia o sudditanza psicologica. Il rischio legato a tali dinamiche come anche l'ammontare

---

<sup>11</sup> Scelta individuale vs proscrizione pubblica funziona nell'esempio utilizzato se il militare è di carriera e non soggetto a leva obbligatoria. Sul tema della leva si veda G. CALABRESI e P. BOBBIT, *Scelte tragiche*, cit., cap. 6, pp. 184 e ss.

dei costi amministrativi necessari ad implementare un sistema di regole e di controlli sufficientemente valido al fine di evitare pericolose derive del sistema potrebbero indurre ad optare per scelte che limitano la libertà individuale. Si tratta ancora una volta di un processo di valutazione che pesa costi individuali e sociali per raggiungere la soluzione di compromesso meno dolorosa per la società anche se non neutrale in termini di equità, ovvero qualcuno affronta dei costi per l'interesse comune.

Nei casi in cui la scelta di interrompere le cure provenga da un malato terminale o in una condizione irreversibile ma ancora in grado di intendere e di volere la definizione di interesse pubblico merita qualche precisazione. Qui la volontà è di tipo diretto ed in un contesto temporale pressoché simultaneo. Il contesto di riferimento appare simile al ben noto caso Welby<sup>12</sup>. In una situazione di questo tipo ragioni di interesse pubblico quali quelle sopra menzionate appaiono piuttosto deboli. In questo caso, ricordando che si è già optato per escludere dal ragionamento ogni riferimento a criteri decisionali di carattere religioso, la scelta coercitiva sembra poter essere giustificata principalmente dalla difesa di un principio generale di tutela della vita in quanto in grado di guidare le scelte collettive future verso dinamiche portatrici di benefici sociali netti positivi. Tale posizione, per quanto non sia facile dimostrarne la solidità, è assolutamente accettabile da un punto di vista economico purché poi venga sostenuta con coerenza ed applicata con regolarità tanto alle richieste di sospensione di cure quanto ai respingimenti od allo stoccaggio di materiale radioattivo o di rifiuti speciali.

#### **4. L'onnipresente compromesso fra costi e benefici individuali**

Ciò che sino ad ora si è sostenuto è che nelle decisioni reali non esistono, o si manifestano molto raramente, situazioni in cui non vi sia la necessità di effettuare delle scelte senza che si verifichino compromessi. Il compromesso è, infatti, presente in tutti i contesti di scelta difficili, ovvero in tutti quei casi in cui la strada da intraprendere non sia palesemente evidente da escludere qualunque forma di dubbio sulla scelta da effettuare. Le decisioni in presenza di compromessi hanno una natura di carattere economico

---

<sup>12</sup> Per un riferimento bibliografico si veda P. WELBY, *Ocean Terminal*, Castelvecchi, 2009.

in quanto impongono di comparare costi e benefici legati alla decisione presa anche se la loro valutazione può avere un alto grado di complessità. La necessità di un compromesso si ha ogni volta che una scelta genera conseguenze non Pareto ottimali, cioè quando non si produce una situazione che è almeno migliore per un soggetto e indifferente per tutti gli altri. Se le conseguenze della scelta fossero tali da generare aumenti di benessere sociale utilizzando il criterio della compensazione potenziale il compromesso sarebbe comunque determinato dagli effetti redistributivi impliciti in tale risultato. Per questa ragione la comprensione dei profili di utilità, individuale e sociale, sottesi ad ogni decisione può fungere da utile guida per orientarsi nelle scelte individuali e collettive siano esse semplici o molto difficili come nel caso delle decisioni che interessano la vita umana.

Quali sono gli elementi che l'analisi economica abitualmente utilizza per analizzare situazioni di compromesso?

Il primo criterio è quello dell'efficienza di cui si è già parlato e di cui si ricorda la natura non puntuale, ma piuttosto, prospettica. Ciò vale principalmente per quei regimi di scelta che mettono in gioco valori di grande portata quali la vita umana e che generano conseguenze anche lontane nel tempo. Utilizzare il criterio dell'efficienza impone il tentativo di valutare e analizzare, per quanto complesso possa essere, i costi e i benefici individuali e sociali generati dalla scelta.

Un secondo criterio è quello di utilizzare i concetti di rischio ed incertezza per orientare le scelte. Dunque il concetto di probabilità. Non si discuterà in questa sede la struttura della teoria della probabilità, ma ciò che si vuole richiamare è solamente un punto: tutte le scelte umane sono soggette ad incertezza; quando le possibili conseguenze di una decisione sono in qualche modo prevedibili data l'esperienza passata allora si è in grado di trasformare l'incertezza in un preciso profilo di rischio che non esclude la possibilità che l'evento si verifichi ma contestualizza tale possibilità. Nel caso di scelte che implicano la limitazione della libertà individuale in virtù di un preciso interesse sociale, come ad esempio nel caso del testamento biologico, l'approccio economico impone di riflettere sull'entità dei costi individuali e futuri e sulla struttura dei profili di rischio. La decisione, ancora una volta per quanto questa possa essere difficile, sarà tanto più accettabile ai più, quanto maggiore l'attenzione che si sarà posta alla correttezza dell'intero percorso di valutazione. In un contesto caratterizzato da incertezza pura la contestualizzazione diviene molto complessa e l'unico modo per evitare l'immobilismo sarà quello di fare riferimento a credenze e percezioni di carattere soggettivo.

Terzo, la non scelta è anch'essa un'opzione ma che in realtà prevale

perché nel processo negoziale, che è spesso necessario per giungere ad una decisione, risultano vincenti posizioni che sono sempre frutto di interessi individuali o di gruppo. Interessi che, è bene precisarlo, si spera siano sempre legittimi e frutto di convincimenti individuali rispettosi dei principali diritti della persona. La non scelta come anche la scelta dell'opzione A piuttosto che B non necessariamente sarà socialmente efficiente. Ciò dipende solo dall'accuratezza del percorso che l'ha determinata.

Quarto, ogni scelta difficile presenta una certa probabilità positiva e non piccola di generare effetti redistributivi che scontenteranno e forse faranno soffrire qualcuno. Se non si è disposti a valutare e pesare la sofferenza umana allora è più opportuno ricorrere, nelle decisioni che riguardano la vita umana, al lancio di una moneta. Il metodo sarà molto probabilmente poco efficiente, ma ha il vantaggio di evitare ai decisori ogni assunzione di responsabilità.

In conclusione, l'umanità ha sempre dovuto affrontare scelte difficili, le quali sono state prese anche a costo di grandi sacrifici. La possibilità di innalzare il livello di consapevolezza di una determinata scelta ha il vantaggio di fornire elementi di giudizio che possono aumentare i benefici ad essa conseguenti e ridurre i costi, individuali e sociali. Legiferare in contesti che interessano la vita umana, ma a volte anche applicare tali leggi, è proprio un percorso di valutazione e di scelta difficile, non impossibile, ma in ogni caso necessario. Senza tali scelte non ci sarebbe sviluppo umano. La loro qualità dipende dal metodo utilizzato per effettuarle. Un contributo può giungere anche dall'analisi economica.

MARCO MARINI, GABRIELE MARRA, PAOLO POLIDORI

*IL CASO DEI DERIVATI DEL COMUNE DI  
MILANO E LA CRISI DEL SISTEMA ECONOMICO FINANZIARIO:  
IL MODELLO DI DETERRENZA DEL  
D.LGS N. 231/01 RILETTO ALLA PROVA DELLA REALTA' \*\**

**1. Dagli USA a Milano e ritorno. Gli effetti di mercati finanziari istantanei e senza confini.**

La sentenza n. 13976 del dicembre 2012 emessa dal tribunale di Milano, nota alle cronache come la sentenza sui derivati del Comune di Milano, segna, in Italia, un passaggio importante nell'intricato rapporto che esiste fra finanza e diritto.

Nella summenzionata sentenza 4 banche (la Depfa, la Deutsche, la Ubs e la Jp Morgan) sono state condannate, in base a quanto prescritto nel D.lgs n. 231/01, dal giudice monocratico della quarta sezione penale del Tribunale di Milano al pagamento di una sanzione da un milione di euro l'una con una confisca complessiva di circa 87 milioni di euro. Secondo il dispositivo della sentenza le quattro banche sono colpevoli, assieme a nove dei loro funzionari, di truffa aggravata ai danni del Comune di Milano in relazione ad una serie di operazioni finanziarie che hanno utilizzato prodotti derivati. La sentenza nelle parole del Pm è stata definita "storica" in quanto per la prima volta vi si afferma con forza la fondamentale importanza che ricopre nel mondo della finanza la relazione fra affidabilità e trasparenza. La tesi spiegata nella sentenza di condanna è che le banche hanno raggirato il Comune, anzi avrebbero addirittura messo in atto una vera e propria aggressione alla

\*\* Il presente lavoro è nato a seguito di una lunga serie di riflessioni che si sono giovate delle diverse sensibilità degli autori i quali provengono da aree di studio non sempre vicine: l'economia pubblica e della regolazione, il diritto penale, la teoria dei giochi e l'organizzazione industriale. Contaminazione delle idee e dei linguaggi sono presenti nel testo e sono espressione di una condivisione culturale che i fatti discussi nel lavoro richiamano come indispensabile se si vorrà in futuro evitare di ricadere negli stessi errori che hanno portato all'attuale crisi economica.

società civile attraverso una completa mancanza di trasparenza dell'operazione di finanziamento proposta all'ente pubblico, il quale si sarebbe fatto irretire dai soggetti finanziatori e dalle prospettive di stabilizzazione dei bilanci pubblici contenute nelle proposte di finanziamento.

La tesi della procura poi confermata dalla sentenza ipotizzava una truffa aggravata ai danni del Comune di Milano in relazione ai contratti derivati stipulati dall'ente a partire dal 2005. La ragione che aveva spinto il Comune ad accedere a tali contratti era la necessità di ristrutturare un debito di circa 1.600 milioni che conteneva diversi mutui accesi con la Cassa Depositi e prestiti ed oramai arrivati a scadenza. Attraverso i prestiti delle quattro banche il Comune ha convertito i mutui in obbligazioni con scadenza fissa non disdiciabile dall'emittente e non rimborsabili anticipatamente (*bullet bond*) da restituire entro il 2035.

L'operazione apparentemente virtuosa è stata però affiancata ad una seconda che si è rivelata di segno contrario. Infatti a corollario dell'azione sul debito è stata effettuata la stipula di un contratto *swap* (ovvero un contratto derivato che consiste nello scambio di flussi di cassa tra due controparti nel quale ad esempio un soggetto A può acquistare un'obbligazione a tasso variabile e corrispondere gli interessi che percepisce a un soggetto B il quale a sua volta, acquista un bond a tasso fisso, percepisce gli interessi variabili di A e gli gira gli interessi a tasso fisso) con il risultato di trasformare degli interessi a tasso fisso in interessi a tasso variabile. Tale scelta, che per quanto emerso dalla sentenza sembra essere stata guidata dai funzionari degli istituti bancari, sarebbe stata fatta in un momento in cui le principali stime economiche presentavano andamenti dei tassi al rialzo. L'infelice scelta finanziaria ha posto i bilanci del Comune sotto pressione il quale, per far fronte alle perdite accumulate ogni anno, avrebbe continuato ad avviare con le stesse banche altre operazioni finanziarie complesse e che si sono rivelate di poco successo. Da qui la contestazione a vario titolo ai soggetti individuali coinvolti nel procedimento del reato di truffa in relazione alla falsa certificazione della sussistenza della convenienza economica per l'ente territoriale.

Le banche, ed è la grande novità, sono state invece chiamate a rispondere dell'illecito amministrativo previsto dal D.lgs n. 231/01 perché non avrebbero adottato ed efficacemente attuato modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati commessi dai propri dipendenti i quali avrebbero agito per conto e nell'interesse dell'ente e traendo un profitto di grande entità.

A dieci anni di distanza dalla sua nascita dunque un Decreto legislativo, a suo tempo ritenuto innovativo e controverso, viene utilizzato per sanzionare una situazione tipica di mala-finanza e che ha avuto negli USA numerosi casi simili i quali sono stati una delle principali cause della grande depressione attualmente in atto nel sistema economico finanziario mondiale: ovvero la com-

presenza di mancata trasparenza nelle operazioni finanziarie affiancata ad un perverso sistema di incentivi individuali e societari. La contemporanea presenza di queste due situazioni, come si è dimostrato, può portare, in un sistema strutturato verticalmente e fortemente stratificato, al diffondersi di catene di decisioni distruttive, apparentemente irrazionali e dagli effetti perversi.

Si è pensato di partire da un fatto nazionale ma che ha le sue radici molto più lontano, nel mercato finanziario degli Stati Uniti. Non tanto perché il dissesto del Comune di Milano sia stato generato da operazioni finanziarie che hanno incorporato titoli “tossici” provenienti da oltreoceano. Quanto piuttosto perché esso è frutto di un certo tipo di finanza, quella del Nobel a Robert Merton, vinto anche grazie ai modelli matematici utilizzati per stabilire il valore dei prodotti derivati, che mette in luce quanto sia importante ridiscutere gli schemi di regolazione applicati in contesti dominati dal “rischio”. In questa ottica norme quali il D.lgs n. 231/01 vengono chiamate in causa per essere rilette alla luce della loro efficacia ed efficienza.

Ma quale è il grado di vicinanza fra gli USA e Milano?

In America i bassi tassi di interesse degli anni 2000 hanno preparato il campo al collasso economico che si è protratto sino ad oggi. Infatti il basso tasso di interesse è stato la causa delle bolle immobiliari, della borsa e del credito. Ma è pur vero che da soli i tassi di interesse non avrebbero potuto innescare la spirale depressiva cui abbiamo assistito senza la complicità delle banche le quali, se fossero state prudenti non sarebbero state travolte dallo scoppio della bolla immobiliare e azionaria. Tutto quello che è accaduto non può solamente essere ricondotto ad una mancanza di prudenza o, per usare una terminologia più tecnica, ad una maggiore propensione al rischio dei banchieri. Le cause di quanto successo devono essere ricercate in un'epoca, speriamo breve, ma di certo disastrosa caratterizzata sia da mercati pervasi da mancata trasparenza e fortissima asimmetria dei contesti informativi sia dalla presenza di una regolamentazione debole, compiacente e disattenta che ha fatto seguito, almeno negli USA, all'abrogazione di una delle principali riforme bancarie degli anni Trenta, quella del *Glass-Steagall Act*<sup>1</sup>. A seguito di questa controriforma il settore finanziario ne è uscito fortemente trasformato. Si è assistito alla nascita ed al grande sviluppo, in condizioni di virtuale parità con le banche commerciali, del comparto sostanzialmente non regola-

---

<sup>1</sup> Una tesi così forte è quella di R. POSNER, *La crisi della democrazia capitalista*, Università Bocconi Editore, Milano, 2010. Giurista sicuramente non particolarmente incline alla regolazione ed al controllo dei mercati.

mentato delle banche-ombra (ad esempio privo di assicurazione federale sui depositi): istituzioni finanziarie che offrono un'ampia varietà di servizi simili a quelli bancari. Questa forma di competizione distorta fra banche commerciali e banche-ombra ha prodotto vari effetti. Uno di questi è stata l'entrata nel comparto della raccolta e dei prestiti di attori diversi fra i quali anche i fondi comuni; un altro la crescente riduzione di liquidità delle aziende, le quali anziché tenere in banca il proprio danaro oltre i limiti dell'assicurazione federale sui depositi (operazione non più conveniente dato il basso tasso di interesse erogato sul capitale privo di rischio), hanno iniziato a depositarlo presso altre istituzioni finanziarie, quali le banche di investimento, che forniscono a garanzia delle somme depositate titoli di varia natura.

Le banche commerciali si sono trovate dunque a fronteggiare una concorrenza sempre più forte ed agguerrita sui depositi, che da sempre hanno rappresentato il capitale più sicuro per queste istituzioni finanziarie, sia da parte delle già citate banche-ombra sia da parte di altre banche commerciali a seguito della liberalizzazione e dell'abolizione di normative che limitavano la concorrenza interbancaria. Lo potremmo definire un caso classico di concorrenza distruttiva. Tale dinamica ha innescato una presenza crescente di prodotti ad alto rischio i quali, nella matrisca del nuovo sistema finanziario, sono stati polverizzati attraverso meccanismi di cartolarizzazione e di costruzione di scatole cinesi nelle quali i titoli rischiosi venivano occultati<sup>2</sup>. Il sistema ha tenuto sino a quando il crollo di fiducia degli agenti economici non ha portato ad una progressiva ed enorme crisi di liquidità, secondo alcuni innescato proprio dal fallimento della Lehman Brothers, fallimento che è potuto inizialmente apparire anche virtuoso: chi sbaglia paga. La crisi di fiducia ad esso collegata è stata invece l'inizio della valanga perché i rischi erano nascosti ma non nulli. Poco probabili ma non assenti. Soprattutto poco visibili come le radiazioni in un incidente nucleare.

Ora appare chiaro che se si vuole tentare di chiarire che cosa non ha funzionato e come sarà possibile in futuro evitare il ripetersi di situazioni simili ci si trova di fronte ad un dilemma di non facile soluzione. Infatti da un lato sembra essere opinione comune che gli economisti non siano stati in grado di prevedere la crisi<sup>3</sup>, dall'altro il fondato pericolo che si corre è di tenerli fuori dal

---

<sup>2</sup> Si veda ancora R. POSNER, *La crisi della democrazia capitalista*, cit., p. 37.

<sup>3</sup> Infatti solo pochi fra i quali R. Rajan, K. Rogoff, N. Roubini, R. Shiller e W. Shite hanno lanciato ripetuti segnali di allarme spesso bollati come il messaggio di Cassandre pessimiste mentre la maggioranza degli accademici si è lasciata ingan-

processo di analisi dei fatti, prodromico ad ogni successiva azione di riforma del sistema finanziario<sup>4</sup>. Con il risultato che le mosse che verranno intraprese correranno il rischio di trasformarsi in una indagine degli errori e delle frodi commesse dai debitori e dai creditori mentre si formavano le varie bolle speculative senza riuscire ad arrivare alle radici della crisi di sistema che la recessione ha messo a nudo. Senza con questo voler negare che i reati commessi sono stati sicuramente numerosi (il caso del Comune di Milano ed il dispositivo della sentenza sembrano avallare questa idea). Da qui anche le ragioni di questo scritto.

Lo strumento adottato in Italia per intervenire sul tipo di dinamiche sopra descritte è stato una norma, il D.lgs n. 231/01, che presenta una doppia caratteristica: è punitivo ma allo stesso tempo tenta di innescare comportamenti proattivi all'interno delle organizzazioni, attraverso i *compliance program*, introdotti con l'obiettivo di minimizzare il rischio di reato. Vista la data di nascita della norma e quanto ci ha insegnato la storia dei mercati finanziari di questo decennio il giudizio sulla portata preventiva del Decreto sembra dover essere necessariamente negativo ma forse un supplemento di riflessione può essere utile.

## 2. I contenuti di un Decreto a suo tempo “innovativo”

Giovandosi della spinta proveniente da importanti strumenti normativi internazionali<sup>5</sup>, il legislatore ha introdotto, con il D.lgs n. 231/01, una inedita responsabilità diretta delle società per reati commessi nel loro interesse da persone che agiscono per loro conto.

---

nare dai falsi bersagli della crescita dei mercati finanziari che ha preceduto la crisi. Si veda al riguardo R. RAJAN, *Terremoti finanziari*, Einaudi, Torino, 2012; per una rapida panoramica la prefazione all'edizione italiana e l'introduzione. Si veda anche R. POSNER, *Un fallimento del capitalismo*, Codice Edizioni, 2011, cap. 8.

<sup>4</sup> Negli USA il Congresso ha istituito la Financial Crisis Inquiry Commission composta da dieci persone, sei democratici e quattro repubblicani, nessuno dei quali è economista di professione. Nemmeno il direttore dello staff assegnato alla Commissione è un economista. R. POSNER, *La crisi della democrazia capitalista*, cit., p. 245.

<sup>5</sup> La *Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee* del 1995; la *Convenzione OSCE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali* del 1997 e, infine, la *Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli stati membri dell'Unione*. Volendo v. Ga. MARRA, *Note a margine dell'art. 6 D.lgs n. 3915 contenente una “delega la Governo per la disciplina della responsabilità delle persone giuridiche*, *Indice penale*, n. 2, 2000, p. 827 ss.

Preso atto che *societas delinquere potest*, il dato positivo deve ora essere analizzato nella sua reale portata anche per mettere in luce i razionali di fondo che sostengono gli istituti che innervano la nuova disciplina. In altri termini: occorre ripercorrere come il D.lgs n. 231/01 abbia allocato la responsabilità penale in campo alla persona giuridica e quali siano le dimensioni teleologiche in cui lo stesso si colloca.

Il Decreto presenta un modello regolativo del rischio-reato che sembra capace di promuovere la nascita di sistemi incentivanti interni all'impresa in grado di generare un percorso virtuoso di allontanamento della stessa da dinamiche criminose. A condizione, però, di sviluppare percorsi di lettura congrui alle specificità che lo connotano.

Il D.lgs n. 231/01 appare sin dalla sua nascita come una riforma di sistema. Si tratta infatti di un corpo normativo che riposiziona, ruotandolo di 180 gradi, un asse portante dell'ordinamento penale vigente (*societas delinquere non potest*), modificando, altresì, la sostanza degli strumenti e degli obbiettivi attraverso i quali il diritto criminale usualmente realizza la sua funzione di controllo sociale. Si tratta, al contempo, di una riforma che produce riflessi significativi anche sulla disciplina civilistica dell'attività d'impresa realizzata in forma societaria e su alcuni degli assetti dell'attuale diritto azionario e del mercato finanziario<sup>6</sup>.

Si può infatti ipotizzare che l'interprete del D.lgs n. 231/01 abbia rappresentato uno snodo della dinamica del sistema sulla quale si sono catalizzate esigenze non sempre corrispondenti a logiche omogenee. Circostanza che, senza alcun dubbio, rende più difficile di quanto già non sia l'interpretazione delle disposizioni legislative.

Difficoltà acute, nell'ottica penalistica, dalla scelta legislativa di realizzare una riforma così significativa, peraltro da lungo tempo attesa e "preparata" dalla scienza del diritto penale<sup>7</sup>, ricorrendo ad una disciplina che,

---

<sup>6</sup> G. ROSSI, *Il conflitto epidemico*, Milano, 2003, 139; P. SFAMENI, *La responsabilità delle persone giuridiche: fattispecie e disciplina dei modelli di organizzazione, gestione e controllo*, in (a cura di) A. Alessandri, *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002; N. IRTI, *Due temi di governo societario (responsabilità "amministrativa" – codici di autodisciplina*, GC, 2003, 693 ss. Utili notazioni comparatistiche sono fornite da C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, Milano, 2002, p. 137 ss.

<sup>7</sup> F. BRICOLA, *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, p. 951 ss. Per un quadro generale cfr. C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. 303 ss.

ad onta della qualificazione “amministrativa” che ufficialmente la qualifica, realizza una evidente funzione punitiva, tanto palese da poter essere considerata in termini sostanzialmente penalistici.

A questo proposito ed alla luce dell’ampia considerazione delle esigenze di garanzia propria del D.lgs n. 231/01, non sono mancati gli inviti a non sopravvalutare l’importanza della questione, evidenziando il rischio, se così non fosse, di dar vita ad una discussione puramente concettuale priva di utilità per la soluzione dei nodi realmente problematici. Monito che può essere condiviso nella consapevolezza, però, che i risultati di analisi di questo tipo non sono del tutto irrilevanti: quanto meno sotto il profilo politico criminale e metodologico<sup>8</sup>.

La necessità di mettere a disposizione dell’interprete strumenti di lavoro congrui alla specificità che caratterizza la disciplina della responsabilità *ex delicto* delle persone giuridiche, si evidenzia già a partire dall’enucleazione delle rilevanti modifiche apportate agli schemi di realizzazione del controllo del crimine d’impresa. Il tradizionale modello repressivo fondato sulla previsione, e successiva applicazione, di una pena per comportamenti inosservanti di divieti fissati autoritativamente dal legislatore, viene infatti integrato da un riferimento alla mancata predisposizione di strumenti di prevenzione dei fatti di reato e alla loro mancata o insufficiente implementazione come criteri di ascrizione della responsabilità all’impresa (il riferimento è agli schemi di controllo del rischio reato interni all’azienda, del tutto simili ai *compliance program* di origine statunitense).

Ciò che appare rilevante non è solo la commissione di un fatto di reato nell’interesse della società – secondo uno schema, consueto nel diritto comparato, di *strict liability* – ma la circostanza che la *corporation* non ha fatto tutto quanto in suo potere per prevenirne la commissione. Il caso dei derivati del Comune di Milano, ed in particolare delle banche in esso coinvolte, sembra iscriversi a tutti gli effetti all’interno di questo perimetro. Un ambiente normativo in cui la visuale *ex post factum* che caratterizza la tradizionale rappresentazione della funzione della giustizia penale cede il passo ad una impostazione incentrata sul mancato controllo anticipato dei fattori di rischio ed alla finalizzazione dell’intervento punitivo al soddisfacimento di esigenze di prevenzione anticipate rispetto

---

<sup>8</sup> D. PULITANÒ, *La responsabilità «da reato» degli enti collettivi*, in Aa.Vv. *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, Roma, 2003, p. 9 s.

alla commissione del singolo fatto illecito<sup>9</sup>. Una prospettiva che, protesa a valorizzare scopi di prevenzione *ex ante*, enfatizza particolarmente l'analisi del sistema di incentivi anche dopo che il singolo fatto di reato è stato commesso (cfr. artt. 6, 7, 17, 49, 65, 78 D.lgs n. 231/01)<sup>10</sup>. Non è difficile notare che si tratta di una prospettiva molto vicina a schemi abitualmente utilizzati dalla scienza economica ed in particolare dalla teoria delle decisioni e dalle valutazioni sull'analisi del rischio<sup>11</sup>. Schema in apparenza quanto mai appropriato per una applicazione al mondo della finanza.

Ridescritte nei termini suddetti le più evidenti specificità dell'intervento punitivo nei confronti delle persone giuridiche, il legislatore ha altresì preso atto della necessità di prevedere una rinnovata ripartizione delle competenze in materia di prevenzione e repressione dei *corporate criminal behaviour*. Tale compito, ormai da tempo riservato all'esclusiva competenza statale, nel contesto della nuova disciplina viene invece ripartito, sia detto in estrema sintesi, tra il livello pubblico statale e quello privato (le società commerciali e gli enti che istituzionalmente le rappresentano). In altri termini: la commissione di fatti penalmente rilevanti viene iscritta nella folta schiera di rischi che la moderna impresa economica deve fronteggiare nell'interesse proprio ed in quello della collettività, sia pure nel rispetto dei limiti prefissati dalla legge.

Questa indubbia peculiarità può essere spiegata ricorrendo ad un duplice ordine di motivazioni.

I rischi per loro natura non sono neutralizzabili se non vietando *tout*

---

<sup>9</sup> C. PEDRAZZI, *Corporate governance e posizioni di garanzia*, in *Studi in onore di Guido Rossi*, Milano, vol. II, 2002, p. 1367 ss.

<sup>10</sup> D'ora in avanti le citazioni di disposizioni legislative prive di ulteriori riferimenti si intendono riferite al D.lgs n. 231/01.

<sup>11</sup> M. POLINSKY / S. SHAVELL, *Theory of Public Enforcement of Law, Handbook of Law and Economics*, 2007. Sul tema dell'analisi economica dei comportamenti criminali si veda anche E. EIDE, *Economics of criminal behaviour*, in (a cura di) B. Bouckaert / G. de Geest, *Encyclopedia of law and economics*, Aldershot, 1999; P. SCHMIDT / A. WITTE, *An economic analysis of crime and justice: theory, methods and applications*, New York, 1984. Mentre per una analisi economica più orientata allo studio del crimine organizzato e delle economie criminali si veda G. FIORENTINI, *Organized crime and illegal markets*, in (a cura di) B. Bouckaert / G. de Geest, cit.; S. GIACOLMELLI / G. RODANO, *Denaro sporco*, Roma, 2001.

*court* l'attività che li genera. Ma in molti casi ciò non è possibile, almeno se si vogliono evitare gli effetti socialmente ed economicamente svantaggiosi che questa radicale scelta comporterebbe. In quelle stesse situazioni, connotabili in termini di potenziale pericolo ma anche di indubbia utilità sociale dell'attività, non sembra però neppure possibile agire come se tali pericoli non esistessero. In ultima analisi. Conciliare utilità sociale e difesa degli interessi esposti a pericolo significa, scartati gli estremi, che l'alea deve essere gestita allo scopo di minimizzare il potenziale impatto delle esternalità negative generate da una determinata attività riportandolo ad una misura socialmente adeguata. La teoria della colpa molto insegna in proposito<sup>12</sup>. È dunque compito primario del legislatore fissare la misura del rischio consentito, bilanciando, nei termini sopra indicati, la coesistenza dei due interessi contrapposti.

Tuttavia, le specificità di alcune di queste situazioni, tra le quali rientra anche il problema del controllo e prevenzione della criminalità d'impresa, sono tali da costringere il legislatore a prender atto che il suo tradizionale contributo definitivo, se inteso in termini di esclusività, finisce per rivelarsi tutt'altro che esaustivo e, in ultima analisi, controproducente<sup>13</sup>. In tutti questi casi, infatti, la funzione disciplinare generale ed astratta che è propria della legge, prima ancora per il contrasto che si determinerebbe con gli assunti dei teorici della *path dependance*<sup>14</sup>, rende difficoltoso l'apprezzamento della diversità di contesto in cui la singola entità organizzata si trova ad operare, ed impossibile la considerazione della sua storia, delle sue unicità. Tutti fattori dai quali dipende la qualità del rischio attivato ed il giudizio sulla sua tollerabilità, la cui mancata valorizzazione rende inerte la spinta dinamica necessaria ad assicurare il conseguimento degli ambiziosi obiettivi di tutela della collettività e del mercato.

Per supplire all'esistenza delle lacune implicite nel ricorso ad un modello legale puro, il D.lgs n. 231/01 chiede alla singola società di farsi parte attiva nel controllo dei fattori che dal suo interno possono attivare

<sup>12</sup> G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965.

<sup>13</sup> Corte cost. n. 312/1996. Critici D. PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 435 s; G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche. Costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 29 ss ma spec. p. 31 ss. Si vedano, però, anche le considerazioni proposte da L. MONTUSCHI, *Corte costituzionale e gli standard di sicurezza del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2006, p. 3 ss.

<sup>14</sup> G. ROSSI, *Il conflitto epidemico*, cit., p. 72 ss.

il rischio-reato, integrando la disciplina di fonte legale per renderla maggiormente aderente alla realtà concreta. Non diversamente, peraltro, da quanto l'impresa già fa per fronteggiare il rischio economico, finanziario, ambientale, ecc.<sup>15</sup>.

Va infine sottolineato che tale opzione regolativa ha un valore aggiunto anche in termini più strettamente politici, contribuendo ad attenuare l'impatto di uno dei più esplosivi effetti collaterali prodotti dalla c.d. società del rischio: l'estensione della sovranità politica "fin nell'intimità del *management* di fabbrica"<sup>16</sup>. La creazione di un'architettura di co-gestione del rischio si lascia dunque apprezzare anche per la sua capacità di realizzare un soddisfacente bilanciamento tra l'interesse alla prevenzione dei reati e la libertà organizzativa d'impresa che, al di là di tutto, rappresenta pur sempre un interesse costituzionalmente garantito (art. 41 Cost.).

### 3. Gli strumenti di analisi e la necessità di controllare incentivi ed informazione

A questo punto si innesta l'intenzione di questo studio di esplorare alla luce della crisi economico-finanziaria in atto alcune delle suggestioni offerte dall'analisi economica del diritto<sup>17</sup>.

Si tratta di uno schema interpretativo verso il quale in molti casi si manifesta un pregiudiziale rifiuto in ragione di una ritenuta incompatibilità del suo pragmatismo con i valori di "immensa portata" che il diritto, soprattutto quello penale, fisiologicamente mette in discussione<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> Un quadro generale in F. CAFAGGI, *Un diritto privato europeo della regolazione?*, in *Pol. dir.*, 2004, p. 205 ss.; ID., *La responsabilità dei regolatori privati. Tra mercati finanziari e servizi professionali, Mercato concorrenza e regole*, n. 1, 2006, p. 1 ss.

<sup>16</sup> U. BECK, *Società del rischio*, trad. it., Milano, 2000, p. 31.

<sup>17</sup> E. RASMUSEN, *Norms in law and economics, Handbook of law and economics*, cit.; V.S. KAHANNA, *Corporate Criminal Liability: what purpose does it serve*, in *Harv. L. Rev.*, 1996, p. 1477 ss.; R. COOTER, *Three effects of social norms on law: expression, deterrence and internalization*, in *Oregon Law Review*, 79 (1), 2000 e nella particolare prospettiva suggerita dalla teoria dei giochi E. POSNER, *Law and Social Norms*, Harvard University Press, 2000.

<sup>18</sup> F. STELLA, *Giustizia e modernità*, Milano, 2003, p. 3 ss.; p. 387 ss.; K. LÜDERSEN, *Il declino del diritto penale*, Milano, 2005.

Pur condividendo alcune di queste preoccupazioni<sup>19</sup>, si ritiene che tale chiave di lettura possa convenientemente contribuire ad avviare a soluzione alcune delle più rilevanti questioni sollevate dall'analisi del D.lgs n. 231/01, offrendo criteri "euristici" di soluzione armonici con le aspirazioni di un sistema punitivo "orientato alle conseguenze"<sup>20</sup>. Ovvero: pragmaticamente attento ad analizzare in termini di bilanciamento costi-benefici i legami tra interesse alla prevenzione del reato d'impresa e l'altrettanto importante interesse all'efficienza dei meccanismi della produzione economico-industriale che gli attori della nuova filosofia del controllo del rischio-reato devono pur sempre perseguire. Nella speranza di evitare effetti di *ultradeterrenza* (ovvero: la paralisi di attività lecite e socialmente utili confinanti con quella sanzionata)<sup>21</sup> e non meno discutibili forme di prevenzione ineffettiva, specie se realizzate de-responsabilizzando i vertici societari<sup>22</sup>.

Va inoltre sottolineato che non si tratta di una scelta opportunistica che cerca di introdurre strumenti analitici che, pur consueti tra i cultori della scienza economica, sono considerati altrimenti inammissibili nel contesto più propriamente giuridico: si è infatti convinti che la chiave di lettura adottata rappresenti comunque una legittima tecnica interpretativa anche nell'ambito del sistema penale alla sola condizione di non esagerarne le potenzialità, di non renderne assoluta la portata, di non enfatizzarne eccessivamente la naturale schematicità<sup>23</sup>. Ciò rimane vero anche quando scompaiono dall'orizzonte operativo i fattori di contesto che rendono l'analisi economica non facilmente emulsionabile con la materia penale in ragione dell'assoluta irriducibilità di quest'ultima all'assolvimento di finalità di

---

<sup>19</sup> Per tutti G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche*, cit., p. 29 ss.

<sup>20</sup> A. BONDI, *Problematiche dell'aggiotaggio*, in *Studi urbinati*, 2001, p. 69 ss.; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004; C.E. PALIERO, *L'economia della penale (un work in progress)*, in *Riv. it dir. proc. pen.*, 2005, p. 1336 ss.

<sup>21</sup> J. ARLEN, *The Potentially Perverse Effect of Corporate Criminal liability*, in *Journal of legal studies*, 1994, p. 833

<sup>22</sup> S. GIAVAZZI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nell'ordinamento francese. Dieci anni di esperienza*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005.

<sup>23</sup> Sul tema A. BONDI, *Diritto penale ed analisi economica. Prove di dialogo*, (dattiloscritto in corso di pubblicazione), p. 4 ss. Per una analisi della "schematicità" ma anche della ricchezza di modelli economici diversi applicati al crimine si veda *Economic models of crime*, *International Economic Riview* numero monografico, 2004.

esclusiva massimizzazione del benessere collettivo di breve periodo<sup>24</sup>. Si tratta, infatti, di una prospettiva d'indagine pur sempre vocata ad uno studio dei fenomeni sociali dichiaratamente parziale che, ad esempio, trascura in modo programmato i profili distributivi implicati nelle decisioni riguardanti regole giuridiche per concentrarsi esclusivamente sul conseguimento dell'obiettivo dell'ottimo paretiano.

L'analisi del D.lgs n. 231/01 verrà effettuata cercando di isolare la relazione esistente fra comportamento d'impresa e struttura della norma (o se si preferisce, si procederà ad una analisi della struttura degli incentivi che influenzano gli attori in gioco: enti, amministratori, dipendenti, *stakeholder*).

Per quanto attiene all'individuazione degli attori, l'asse portante della disciplina è costituita dall'art. 5 (esplicitamente richiamato anche nel dispositivo della sentenza di Milano). Disposizione alla quale il legislatore affida il compito di selezionare le diverse categorie di soggetti che possono impegnare la responsabilità della società, distinguendo tra organi di vertice, i c.d. soggetti apicali (amministratori, direttori generali e soggetti che esercitano il controllo dell'impresa societaria) e sottoposti (ovvero tutti coloro che agiscono all'interno della società nel suo interesse). Secondo la lettera dell'art. 5, tutti i reati nominati negli "elenchi" di cui agli artt. 24 ss.<sup>25</sup> possono impegnare la responsabilità della società se commessi, da uno dei soggetti appena sopra ricordati, nell'interesse o a vantaggio della società stessa.

---

<sup>24</sup> G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche*, cit., p. 34 ss.

<sup>25</sup> In questa sede non si affronterà il tema, seppure di grande rilievo, della congruità del catalogo dei reati ascrivibili agli enti con il generale obiettivo di scongiurare derive "non virtuose" dei comportamenti d'impresa. Ci si concentrerà solo sull'analisi degli aspetti strutturali del modello. Merita però di essere segnalata la prevista estensione della responsabilità degli enti ai reati di omicidio e lesioni colpose commessi in violazione delle norme antinfortunistiche inizialmente contenuta nell'articolo 1 lettera f) nr. 4 dello schema di disegno di legge recante: "*Delega al Governo per l'emanazione di un testo unico per il riassetto normativo e per la riforma della salute e sicurezza sul lavoro*" ed oggi consacrata dagli artt. 30 e 300 del D.lgs n. 81/08. Si tratta infatti di un ampliamento di notevole significato quantitativo data la generalità dell'impatto sul sistema economico e qualitativo per l'estensione a comportamenti illeciti non intenzionali. Non meno significativa appare la scelta, fatta propria da un recente disegno di legge, di estendere l'ambito di applicazione della responsabilità da reato delle persone giuridiche al settore della criminalità ambientale. Per un commento "a prima lettura" cfr. C. E. PALIERO, *Per ambiente e lavoro il rebus della colpa*, *Il Sole-24 Ore*, 26 aprile 2007.

Nell'economia del D.lgs in parola questa distinzione assume un rilievo fondamentale, poiché il legislatore associa ai reati commessi da soggetti che appartengono a diverse categorie una disciplina ben diversa dai criteri di imputazione del reato alla società. Basti pensare alla diversa ripartizione dell'onere della prova circa l'avvenuta efficace implementazione dei modelli di controllo interno che distingue gli illeciti commessi da soggetti in posizione apicale e non. Nel primo caso infatti è la società a dover dare positiva dimostrazione delle iniziative di prevenzione intraprese e fornire la prova della loro idoneità ed effettiva applicazione (art. 6 comma 1). Nel caso dei sottoposti vige invece la regola generale che disciplina la ripartizione dell'"onere della prova" nel processo penale.

Per quanto concerne la struttura degli incentivi la distinzione può essere agilmente ricondotta alle modalità con cui l'analisi economica valuta il peso dell'informazione nei modelli comportamentali che determinano strategie decisionali dei diversi attori. E' generalmente condivisa l'idea che la responsabilità dovrebbe ricadere sul soggetto maggiormente informato e quindi in posizione migliore per evitare i rischi del fatto illecito. Di conseguenza appare coerente che la società possa essere ritenuta a sua volta responsabile qualora i suoi organi direzionali, potremmo dire il suo cervello, siano autori di uno dei reati individuati dalla norma. Infatti poiché il cervello di una società non è composto da uno ma da più soggetti (fatta eccezione forse per le imprese molto piccole), nell'ipotesi che gli organi direzionali abbiano accesso alla medesima informazione, non appare logico, in caso di condotta delittuosa, circoscrivere la responsabilità alla sola persona fisica senza chiamare in causa la società nella sua interezza. Attraverso tale scelta si ottiene un efficace incentivo al controllo interno attraverso l'effetto indiretto che le sanzioni rivolte alla società avrebbero nei confronti dei soggetti che la compongono o che con essa operano. Gli schemi di controllo interno assumono un'importante funzione di trasferimento di informazioni rilevanti o di segnalazione (*signalling* nel linguaggio economico) nei confronti degli *stakeholder* esterni all'azienda, i quali possono verificare il grado di controllo che esiste all'interno del loro *partner* economico valutando, così, il grado di rischio delle loro transazioni nella prospettiva che possa verificarsi un evento che ricade nelle fattispecie che interessano il D.lgs n. 231/01 e il sistema sanzionatorio in esso contenuto.

La questione è semmai come valutare la posizione di soggetti che sebbene dotati di un livello di informazione inadeguato subiscono gli effetti indiretti di sanzioni rivolte alla società per la quale lavorano, o con la quale fanno affari, senza avere la possibilità di utilizzare adeguati strumenti di

controllo o di dissuasione del reato. Il problema assume così contorni forse non più solo efficientistici ma anche redistributivi.

Inoltre, ritornando così alla questione della diversa ripartizione dell'onere della prova, si può osservare come, anche in questo caso, sia individuabile una decisione legislativa ispirata a medesimi criteri. La soluzione di prevedere un "aggravamento" (art. 6 comma 1) della posizione della persona giuridica quando si tratti di illeciti commessi per suo conto da soggetti in posizione apicale ripropone lo schema "maggiore informazione = maggiori responsabilità".

Proprio per questa ragione, a differenza di quanto avviene in modelli fatti propri da importanti esperienze legislative straniere<sup>26</sup> l'evenienza della commissione di un fatto di reato di per sé non è stato ritenuto sufficiente per chiamare sul banco degli imputati la società nel cui interesse l'illecito è stato commesso.

In omaggio al principio costituzionale della personalità della responsabilità consacrato dall' art. 27 comma 1 Cost.<sup>27</sup> il legislatore ha infatti introdotto un ulteriore criterio di imputazione: la *mancata adozione* o *inefficace implementazione* di sistemi di controllo interno del rischio-reato (c.d. *compliance program*). Questi hanno la funzione di tutelare le parti meno informate attraverso meccanismi automatici di dissuasione del reato via procedure di controllo.

In estrema sintesi può dirsi che in questo modo il legislatore ha finito per istituzionalizzare un articolato sistema di gestione del rischio che si compone (artt. 6 e 7):

a) di un momento di "valutazione" delle aree di rischio e della consistenza dello stesso;

b) di una formalizzazione delle regole "cautelari" ritenute indispensabili per fronteggiare il pericolo della commissione di reato nell'interesse della società;

---

<sup>26</sup> Cfr. le statunitensi *Federal Sentencing Guidelines for Organizations* (1991) dove l'adozione di un "*effective program to prevent and detect violations of law*" costituisce semplice fattore attenuante la responsabilità dell'ente. C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. 64 ss. La recente modifica di molti punti delle linee guida riguardanti la commisurazione della pena nei confronti delle persone giuridiche, imposta dal Sarbanes-Oxley Act ed entrata in vigore il 1 novembre 2004, non ha intaccato questa scelta.

<sup>27</sup> Principio che, come ben chiarisce anche la Relazione al D.lgs n. 231/01, deve trovare applicazione anche in tutti i casi in cui la funzione punitiva viene esercitata ricorrendo a strumenti sanzionatori formalmente non penali.

c) di una predisposizione di modelli di organizzazione interna idonei a “minimizzare” il rischio-reato (tra i quali spicca l’onere di istituire un soggetto interno all’impresa specificatamente destinato a controllare la funzionalità di tali procedure e a riportare agli organi apicali le eventuali disfunzioni riscontrate);

d) di una autonoma fase di implementazione del modello “organizzativo-cautelare” attraverso iniziative di sensibilizzazione dei soggetti che lavorano all’interno della società.

Tali sistemi, che trovano la loro compiuta disciplina negli artt. 6 e 7, costituiscono il cuore pulsante della riforma. Rappresentano, al contempo, il criterio di imputazione delle responsabilità ed uno strumento con cui l’ordinamento si propone di incidere in profondità sugli assetti di controllo e di distribuzione dell’informazione all’interno delle strutture societarie. Un settore fino ad oggi sottratto alla sfera di interesse del diritto penale e/o punitivo perché affidato alle cure esclusive del diritto commerciale, del diritto dei mercati finanziari (codice di autodisciplina di Borsa italiana s.p.a) o alla pura e semplice autoregolamentazione delle singole società (*corporate governance*)<sup>28</sup>.

Il realismo induce a ritenere che nessuna delle opzioni appena sopra elencate possa vantare un sufficiente grado di efficacia rispetto alla necessità di realizzare gli obiettivi di fondo che hanno mosso il legislatore nel 2001. Si spiega così la scelta di afferrare le corna del toro e di imporre alle singole società l’adozione di predefiniti sistemi di gestione del rischio-reato. Tuttavia, l’integrale realizzazione di questa strategia di politica criminale comportava una vistosa interferenza con l’autonomia privata, con il connesso rischio di determinare improprie funzionalizzazioni dell’attività dell’impresa privata per finalità pubblicistiche di prevenzione di fatti illeciti. Di dubbia compatibilità con il dettato costituzionale<sup>29</sup>.

Per sgombrare il campo da queste possibili obiezioni si è così preferito escludere l’imposizione di obblighi ripiegando sulla meno impegnativa figura dell’onere. L’adozione di sistemi di controllo interno del rischio-reato

---

<sup>28</sup> G. ROSSI, *Le c.d. regole di corporate governance sono in grado di incidere sul comportamento degli amministratori?*, in *Riv. soc.*, 2001, p. 6 ss.; A. ALESSANDRI, *Corporate Governance nelle società quotate. Riflessi penalistici e nuovi reati societari*, in *Giur. comm.*, 2002, p. 559 ss.

<sup>29</sup> F. STELLA, *La costruzione giuridica della scienza: sicurezza e salute negli ambienti di lavoro*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 54 ss., ma spec. 58 s.

è stata infatti qualificata come comportamento richiesto dalla legge solo per il conseguimento di effetti favorevoli (non applicazione delle sanzioni) per il soggetto in capo al quale tale onere è fissato. Quest'ultimo rimane quindi formalmente libero di non adottarli, qualora ritenga di non realizzare in futuro comportamenti illeciti, o di seguire percorsi di prevenzione atipici, qualora valuti che tale soluzione possa comunque esser sufficiente per impedire la commissione di reati nel suo interesse da parte di soggetti che lo rappresentano. Una scelta che può essere influenzata anche da considerazioni economiche orientate a valutazioni di costi/benefici, come pacificamente riconosciuto anche dai critici del modello di indagine qui proposto<sup>30</sup>.

Dovrebbe però essere sufficientemente chiaro che vi è uno specifico interesse del legislatore ad impedire il proliferare di autonome forme di controllo interno del crimine d'impresa, nella misura in cui il modello *standard* fissato degli artt. 6 e 7 è accreditato della capacità di fissare nel modo più soddisfacente la misura socialmente adeguata del rischio consentito.

Fondamentale appare dunque l'approfondimento della tipologia e qualità dei meccanismi incentivanti che possono determinare la convenienza dell'impresa ad adottare ed implementare efficacemente sistemi di *compliance* interna – che, converrà ripetere, costituisce l'obiettivo primario dell'azione del legislatore – nel contesto di una struttura legale costruita in modo tale da non intaccare la sostanziale autonomia organizzativa dell'impresa.

Rispetto all'ormai classica formulazione della funzione di “*Supply of Offences*” dovuta a G. Becker secondo la quale, per un soggetto  $j$ ,

$$O = O(p, f, u)$$

(dove  $O$  è il numero dei reati che un soggetto commetterebbe durante un determinato periodo di tempo,  $p$  la probabilità di condanna,  $f$  l'entità della sanzione e  $u$  un insieme residuale di variabili tra le quali rientra anche il rispetto individuale della legalità) il “modello 231” modifica tutte le variabili diminuendo la propensione al reato. I sistemi di *compliance* ci si aspetta che agiscano sulle variabili  $p$  e  $u$  rendendo più difficoltosa la realizzazione di condotte illecite aumentando la probabilità ( $p$ ) di indivi-

---

<sup>30</sup> G. LUNGHINI, *L'idoneità e l'efficace attuazione dei modelli organizzativi ex D.lgs 231/01*, in (a cura di) C. Monesi *I modelli organizzativi ex D.lgs 231/01*, Milano, 2005, p. 251 ss. spec. 258 s.

duare eventuali responsabilità. Consentono altresì l'attuazione di forme di controllo esterno da parte, ad esempio, degli *stakeholder* che finiscono per agire sulla variabile  $u$ <sup>31</sup>.

Non occorrono particolari sforzi di fantasia per vedere il ruolo assegnato alla deterrenza. Il legislatore sembra cioè essersi riferito ad un schema (*stick and carrot*) che ripropone, seppur in termini aggiornati ai tempi moderni, il consueto modello del padrone che mostra al cane il bastone per ottenere da questo comportamenti conformi ai suoi comandi. La circostanza che così facendo il legislatore mira comunque ad ottenere un'efficace prevenzione speciale rispetto alla possibile commissione di fatti illeciti<sup>32</sup>, non appare sufficiente per negare il ruolo assegnato nell'economia complessiva dell'intervento legislativo alla deterrenza. E' semmai motivo per sottolineare la novità di approccio alla materia e l'occasione per ribadire i rischi impliciti nella scelta di valorizzare unicamente questa prospettiva<sup>33</sup>.

Tuttavia, e senza poter considerare nel dettaglio tali profili, è altamente probabile che ciò non esaurisca il *set* di incentivi che possono essere valorizzati allo scopo di ottenere da parte della persona giuridica comportamenti osservanti. Effetti reputazionali. Ricadute sul piano delle opportunità di *business*. Facilità di accesso al credito. Sono, come si è già visto, leve utilizzabili per ottenere che il baricentro operativo ed organizzativo dell'attività di impresa venga fissato senza ignorare i protocolli comportamentali fissati dagli artt. 6 e 7.

Vi sono però più che fondate ragioni per ritenere che tali a-tipici fattori incentivanti al perseguimento di obiettivi virtuosi siano ampiamente insufficienti a sostituire l'ordinario schema di lavoro proprio del diritto penale<sup>34</sup>. La peculiare struttura dei soggetti che operano nel mercato italiano; le forti contro indicazioni che, sotto il profilo equitativo ed efficientistico, presenta l'implementazione di un sistema di contenimento del crimine di impresa davvero capace di creare le condizioni perché tali incentivi producano il

<sup>31</sup> G. BECKER, *Crime and punishment*, cit., p. 177 s.

<sup>32</sup> C. PEDRAZZI, *Codici etici e leggi dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, p. 1049.

<sup>33</sup> J. Arlen / R. KRAAKMAN, *Controlling Corporate Misconduct: An Analysis of Corporate Liability Regimes*, in *New York L. Rev.*, 1997, p. 688 ss.

<sup>34</sup> A. ALESSANDRI, *Presentazione*, in (a cura di) C. Monesi *I modelli organizzativi ex D.lgs 231/01*, cit., XXX ss.; A.B. MILLER, *What makes Corporate Behave? An Analysis of Criminal and Civil Penalties under Environmental Law*, Working paper, 2005, p. 10 ss. [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com).

loro effetto<sup>35</sup>, sono tutti fattori che consigliano, quantomeno, la massima cautela nell'abbandonare prematuramente l'idea che il diritto punitivo e penale in specie non abbia più alcuna utilità come strumento di controllo della criminalità economica<sup>36</sup>. L'indubbia difficoltà che il diritto penale incontra quando è chiamato ad intervenire in contesti connotati da elevata complessità è semmai uno stimolo a pensare strategie di intervento adeguate e, sul piano interpretativo, ad elaborare metodologie consone ad evitare che la strutturale funzione conservativa di quest'ultimo si riveli inadeguata a fornire risposte adeguate ad una bilanciata salvaguardia degli interessi che vengono in gioco.

Un discorso a parte va riservato all'organo di controllo interno. La decisione di includere l'istituzione di una specifica funzione di *compliance* tra i requisiti essenziali del modello di prevenzione del rischio reato (art. 6 comma 1 lett.b) può essere considerata quanto mai opportuna: oltre che per assicurare la necessaria separazione tra il momento della decisione in merito all'adozione del sistema di organizzazione e gestione da quello riguardante la verifica della loro implementazione, la scelta si giustifica per la sua capacità di mitigare un profilo deficitario della strategia incentivante sottesa al D.lgs n. 231/01. La previsione di un *compliance officer* dotato di "autonomi poteri di iniziativa e controllo" consente infatti di disinnescare i già segnalati rischi di effetti indiretti ed indesiderati su soggetti che, per le più varie ragioni, risultano sprovvisti di adeguati poteri di controllo o di sufficienti informazioni per poter valutare la convenienza di entrare in rapporti con aziende che presentano un rischio reato alto. La funzione in esame consente infatti di bilanciare tale *gap* assicurando la presenza di un organismo aziendale che per la posizione rivestita è in grado di farsi carico degli interessi di quei soggetti.

A tal fine è però assolutamente necessario che all'organo di controllo interno venga assicurata la più ampia indipendenza rispetto al *management* dell'azienda. Solo a queste condizioni diviene infatti possibile garantire l'efficacia dei poteri di monitoraggio rispetto alla salvaguardia degli interessi

---

<sup>35</sup> C. DE MAGLIE, *L'etica ed il mercato*, cit., p. 32 ss.; Note, *The Good the Bad and their Corporate codes of Ethics*, in *Harvard L. R.*, 2003, p. 2122 ss.

<sup>36</sup> G. ROSSI, *Il conflitto epidemico*, cit., 33 s; 138 ss; A. ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 560 ss.; L.E. RIBSTEIN, *Market vs Regulatory Responses to Corporate Fraud: A Critique of Sarbanes-Oxley Act of 2002*, in *Journal of Corporation Law*, 2004, p. 3 ss.

dei soggetti terzi. Un attributo che scorrendo anche velocemente la “prassi” dei modelli organizzativi e le linee guida elaborate dalle associazioni rappresentative di enti (art. 6 comma 3) sembra essere stato scarsamente considerato.

La struttura del sistema sanzionatorio del Decreto (art. 9), che qui non verrà riportata nel dettaglio, è incentrata su di uno schema binario composto da sanzioni pecuniarie ed interdittive, alle quali si aggiungono ipotesi ablative (confisca) e stigmatizzanti (pubblicazione della sentenza di condanna). Questa presenta alcuni tratti particolari.

In primo luogo i costi delle sanzioni inabilitative saranno diversi a seconda della tipologia e delle dimensioni dell’impresa oggetto del provvedimento. Per cui tali sanzioni saranno in grado di ridurre il rischio-reato in funzione dell’attore cui vengono irrogate. Ne consegue che l’efficacia della norma potrà essere valutata, almeno da un punto di vista teorico, solamente attraverso un supplemento di indagine in grado di coniugare la portata delle sanzioni accessorie con la struttura delle aziende che possono essere oggetto del provvedimento.

In secondo luogo assume particolare rilievo la capacità del giudice di valutare discrezionalmente, caso per caso, quale sia la tipologia di sanzione più efficace relativamente all’impresa oggetto del provvedimento. Poiché l’elemento della discrezionalità rende la sanzione attesa incerta, l’efficacia di tali sanzioni in termini di deterrenza si potrà ottenere solamente nel medio-lungo periodo, cioè quando l’accumularsi delle sentenze sarà in grado di produrre un flusso di informazioni sui comportamenti dei giudici capaci di influenzare le aspettative degli attori in merito alla reale struttura del sistema sanzionatorio. È evidente che l’omogeneità dei giudizi diviene un elemento rilevante ai fini dell’efficacia della norma.

#### ***4. Che cosa non ha funzionato?***

A questo punto del percorso, dopo aver ampiamente descritto struttura ed aspettative dell’apparato normativo che avrebbe potuto frenare molti dei comportamenti illeciti che hanno caratterizzato questa lunga fase di crisi del sistema economico finanziario nazionale, appare logico chiedersi che cosa non abbia funzionato. Perché i meccanismi di controllo interno degli istituti bancari non sono stati in grado di individuare e fermare un sistema di investimenti opaco e illecitamente interessato? Perché la struttura sanzionatoria non ha prodotto la deterrenza attesa?

Per tentare di tratteggiare una risposta è necessario impostare un percorso di riflessione che sia capace di separare problemi e responsabilità assegnando a ciascun aspetto il dovuto peso per non rischiare di dare interpretazioni troppo semplicistiche e dunque, in ultima istanza, limitate.

La situazione economico finanziaria nella quale ci troviamo è stata generata da almeno tre concause delle quali solamente una è in forte relazione con l'apparato normativo che qui si è discusso. Queste verranno descritte facendo riferimento al sistema globale ma come si vedrà per una di esse il collegamento con il caso nazionale discusso e, dunque, con il D.lgs analizzato verrà naturale.

La prima è il contesto regolatorio macroeconomico. Le scelte dell'amministrazione americana all'inizio degli anni 2000 sono state caratterizzate da una forte propensione per la de-regolamentazione del sistema bancario la quale ha prodotto, come accennato, meccanismi di concorrenza interbancaria fra banche di credito, banche di investimento e banche ombra che ha spiazzato proprio quei soggetti con caratteristiche di bassa propensione al rischio. Soggetti che avrebbero potuto rappresentare un "porto sicuro" per il sistema finanziario nel suo complesso.

La seconda causa è la mancata capacità delle istituzioni finanziarie pubbliche, quali la Fed negli USA e la Banca d'Italia nel nostro paese (sebbene quest'ultima abbia poteri alquanto più limitati), di gestire la fase pre-crisi sterilizzando adeguatamente le nascenti bolle speculative fra le quali la più grave è stata quella del settore immobiliare. Infatti, nel contesto internazionale, in tale settore si sono concentrate tutte le dinamiche di crescita dei prezzi, dunque inflattive, che caratterizzano fasi congiunturali caratterizzate da bassi tassi di interesse e dunque grande disponibilità di liquidità e forte domanda di consumi. L'inflazione, o meglio il segnale sano che essa avrebbe potuto lanciare agli organismi di regolazione, è sembrata non manifestarsi perché non è stata una inflazione di sistema ma un'inflazione settoriale, così grande da avere una portata distruttiva soprattutto per i meccanismi di rifinanziamento del credito ad essa connessi<sup>37</sup>. Per dirla come gli economisti delle tre grandi funzioni musgraviane associate all'intervento

---

<sup>37</sup> Le banche concedevano credito ai consumatori americani sulla base del valore degli immobili dati in garanzia il cui acquisto era stato finanziato attraverso la concessione di mutui. Crescendo il valore degli immobili cresceva la disponibilità di credito e dunque l'indebitamento delle famiglie. R. POSNER, *Un fallimento del capitalismo*, cit., p. 3 e ss.

pubblico quella che è in questo caso è venuta meno è stata la funzione di stabilizzazione. Negli USA anche a crisi iniziata l'azione della Fed è parsa a molti intempestiva anche se, senza dubbio, va riconosciuto che ha cercato di contenere i danni inondando di liquidità un sistema finanziario in forte debito di ossigeno.

La terza causa, quella che potremmo definire la più microeconomica e nel contempo la più vicina alle vicende nazionali citate in questo lavoro, è stata l'azione perversa del sistema di incentivi che ha agito all'interno delle istituzioni finanziarie e che la regolamentazione non è stata in grado di contenere. Qui si fa riferimento al mercato dei derivati e dei titoli tossici che sono entrati nei portafogli di cittadini e banche, molto spesso senza che gli acquirenti se ne accorgessero. Da un lato troviamo i vertici delle banche che hanno spinto per operazioni sempre più rischiose seguendo sia una naturale logica del profitto sia la necessità di correre sempre più forte in un contesto nel quale non ci si può fermare sino a quando la musica non cessa. Questo comportamento ha portato alla nascita di prodotti finanziari sempre più complessi e strutturati nei quali veniva dissolta la correlazione fra il prezzo del prodotto ed il suo valore scontato del rischio. Dall'altro lato vi sono i funzionari delle banche che sono stati a contatto "con il pubblico" ed al quale hanno spesso proposto operazioni con contenuti di rischio che spesso nemmeno conoscevano suggerendo soluzioni solo in apparenza virtuose.

Solo per questa terza causa può essere richiamata la norma di dettaglio qui analizzata ed è lecito ed opportuno chiedersi che cosa non abbia funzionato. In particolare non tanto facendo riferimento ai comportamenti individuali in essa richiamata quanto piuttosto alle responsabilità dell'organizzazione ed al funzionamento delle sue *best practice*.

Come accennato in precedenza il D.lgs n. 231/01 contiene due anime: una sanzionatoria e punitiva, con una sua capacità di deterrenza intrinseca, ed una più propriamente preventiva legata al funzionamento dei *compliance program*. Quanto la seconda anima non abbia funzionato può solamente essere congetturato visto che trattandosi di una azione preventiva non fa emergere tutte quelle situazioni in cui è stata efficace. Di certo l'entità e la localizzazione del caso tratteggiato in questo lavoro provocano qualche perplessità sul successo della norma.

Un dato collegato alla prima anima che, invece, dalla sentenza sembra emergere con chiarezza è il ruolo che ha giocato sui meccanismi di responsabilità la forte asimmetria informativa sia fra il soggetto pubblico coinvolto ed le banche finanziatrici, sia fra i vertici e la base delle stesse strutture finanziarie. Asimmetria di informazioni e struttura di incentivi che, alla luce delle dinamiche di mercato in precedenza descritte, la norma in oggetto

avrebbe potuto difficilmente contenere pur dimostrando tutta la sua efficacia dal lato sanzionatorio. Infatti, senza questa norma probabilmente le banche sarebbero state estranee a qualunque procedimento ed esentate da ogni responsabilità.

Ne emerge una riflessione conclusiva di sistema che potrebbe essere necessario tenere ben presente nel futuro. Di fronte a dinamiche economiche finanziarie capaci di portare a sconvolgimenti dagli altissimi costi sociali la diga eretta dal diritto penale, propria di una parte del D.lgs analizzato, può risultare troppo debole se non inserita in un contesto armonico di regolamentazione improntato alla logica dell'*extrema ratio* dell'intervento penalistico<sup>38</sup>.

L'intervento puntuale ed orientato al fatto specifico amplifica la sua portata e la sua capacità di deterrenza se inserito in un contesto più ampio capace di contenere forme di concorrenza distruttiva, di controllare posizioni dominanti in grado di falsare le buone regole del mercato, di evitare che comportamenti di singole organizzazioni esternalizzino sul sistema i costi di operazioni tossiche e ad alto rischio, di garantire la maggiore correlazione possibile fra prezzo e valore di beni e servizi finanziari. Solo in un tale contesto di regolazione di sistema dei mercati finanziari il diritto penale può intervenire efficacemente sui comportamenti individuali di soggetti e organizzazioni che saranno chiamati a rispondere delle loro scelte in maniera puntuale senza che le loro azioni risultino condizionate da meccanismi sistemici.

In assenza di un così fatto sistema di regole multilivello e multi soggetto la probabilità per un singolo agente, sia esso agente o organizzazione, di subire un intervento sanzionatorio penalmente rilevante rischia di apparire un evento annunciato e associato a variabili non controllabili. Dunque un evento meramente casuale, scollegato dall'azione individuale, soggetto alle sole forze di sistema, perciò imprevedibile e imm modificabile nella sua componente probabilistica. Un intervento punitivo incapace di indurre dinamiche virtuose ed, in ultima istanza, incapace di contribuire efficacemente all'accrescimento del benessere sociale ed al contenimento del crimine d'impresa.

---

<sup>38</sup> Si veda Ga. MARRA, *Prevenzione mediante organizzazione e diritto penale*, Torino, 2009.

MARIA MORELLO

PER UNA RICOSTRUZIONE GIURIDICA DELLO STUPRO E DELLA  
VIOLENZA SULLE DONNE NELL'ETÀ DELLO IUS COMMUNE

**1. Premessa**

Il ratto, lo stupro o qualsiasi altro reato sessuale consumato con violenza, secondo la logica del diritto comune, viene inserito come fattispecie nella vasta serie di casistiche impiegate per descrivere il *crimen vis publicae vel privatae*<sup>1</sup>. La violenza carnale può, di conseguenza, essere considerata un prodotto secondario della violenza in generale, a cui concorrono assieme alla forza fisica, le varie forme della violenza compulsiva<sup>2</sup>. È inoltre difficile da provare, e questo finisce per rendere complicata la sua nozione fondamentale, determinando incertezze sulla natura stessa del crimine che scaturiscono dalle circostanze in cui esso viene consumato. Essa, per di più, è un reato che, nella scelta politica del suo trattamento, ha risentito in tutta evidenza, e tuttora risente fortemente, di un'intrinseca componente ideologica e sessista incardinata nella difficoltà culturale di uscire da uno schema antico di rapporti, non solo sessuali, ineguali<sup>3</sup>.

In latino il termine *stuprum* vuol dire onta, vergogna, disonore. Nella vio-

---

<sup>1</sup> Tra i molti autori, T. DECIANUS, *Tractatus criminalis*, t. II, ed. Venetiis 1590, lib. VIII, cap. V, n. 6, ff. 204rb-204va; A. MATTHAEUS, *Commentarius ad Lib. XLVII et XLVIII Dig. De Criminibus*, ed. Ticini 1803, lib. XLVIII, tit. IV, cap. II *per totum*, pp. 300-311; F.J. DE ANGELIS, *Tractatus criminalis de Delictis et de habilitatione reorum*, pt. I, ed. Venetiis 1722, cap. CXXXII *per totum*, pp. 209-211; I.D. RAYNALDI, *Observationum criminalium, civilium et mixtarum supplementum*, t. I, Romae 1688, ad cap. XI, § VI, ff. 584b-586a.

<sup>2</sup> Lo stupro violento è un reato che partecipa sia della violenza *ablativa* sia di quella *compulsiva*. Cfr. PAOLO DI CASTRO, *Consiliorum sive responsorum*, vol. I, ed. Venetiis 1571, cons. XXVII, n. 3, f. 18rab.

<sup>3</sup> I. ROSONI, voce: *Violenza* (dir. intermedio), in *Enc. dir.*, vol. XLVI, Milano 1993, p. 852.

lenza carnale si rileva, dunque, un duplice aspetto: da un lato c'è la *coactio/suasio*, che la rende una fattispecie del *crimen vis*, dall'altro esiste una gerarchia dei beni giuridici in cui la libertà del volere, prerogativa della vittima, viene offuscata dal valore dell'integrità fisica e morale, bene di cui essa stessa è portatrice anche per conto di altri. Ed è per questo che la violenza sessuale viene ridotta a *delictum carnis*: figura, questa, in cui il valore dell'onore mette in secondo piano il principio dell'autonomia personale. La violenza sessuale può essere così concepita non esclusivamente come un'aggressione alla persona che l'ha subita, ma anche e soprattutto, in un primo caso, come un affronto al suo onore, alla verginità, alla castità, e in un secondo caso, alla famiglia, al matrimonio, alla vedovanza. In sostanza, non ci si preoccupava delle offese fatte alle donne in quanto tali, ma degli oltraggi arrecati alla famiglia<sup>4</sup> o per meglio dire, all'onore di quegli uomini, padri, mariti, fratelli, ecc., che delle donne erano considerati i titolari, attraverso il controllo che veniva esercitato sul corpo e sulla sessualità femminile. Di conseguenza la donna che abbia la dubbia fama di essere "libera", cioè non soggetta ad alcun maschio che eserciti la tutela su di lei, e che possa sentirsi offeso nel suo onore, non ha diritto alle stesse protezioni di quella, appunto, soggetta<sup>5</sup>.

Riprendendo la definizione che le fonti romane davano dello *stuprum*, possiamo affermare che con tale termine si intendeva ogni congiunzione carnale illecita<sup>6</sup>, partendo dal presupposto che la donna (libera, vergine o vedova) fosse di buoni costumi. Mentre in un primo momento questa impostazione romanistica sembrò affermarsi, successivamente la dottrina di diritto comune cercò di circoscrivere la figura dello *stuprum* al caso della congiunzione carnale con una donna libera e vergine, suddividendola successivamente nei due tipi principali di stupro, ossia quello "volontario" e quello "violento", a cui si aggiunse anche l'ipotesi di "stupro con seduzione"<sup>7</sup>. È questa la figura

<sup>4</sup> Per eventuali approfondimenti sulle problematiche relative alla famiglia, cfr. V. CRESCENZI, "Per una fenomenologia della famiglia nell'età medievale: Patrimonio, Matrimonio, Concubinatus", in *El Dret Comú I Catalunya, Actes del IX Simposi Internacional*, Barcelona, 4-5 de Juny de 1999, Barcelona 2000.

<sup>5</sup> M.T. GUERRA MEDICI, *Diritto statutario e condizione della donna nella città medievale dei sec. XII-XIV*, in *Riv. stor. dir. it.*, vol. LXV, Roma 1992, p. 327.

<sup>6</sup> Alcune precisazioni a proposito di adulterio si possono riscontrare in D.50.16.101: «*Inter 'stuprum' et 'adulterium' hoc interesse quidam putant, quod adulterium in nuptam, stuprum in viduam committitur. sed lex Iulia de adulteriis hoc verbo indifferenter utitur. [...]*».

<sup>7</sup> In quest'ultima ipotesi lo stupro viene realizzato mediante l'uso della forza

di reato che, una volta venuta meno la limitazione imposta dal diritto comune classico, per quanto riguarda la vittima-vergine, ma anche vedova, assumerà il termine tecnico di violenza carnale<sup>8</sup>.

Gli elementi che costituiscono questo tipo di reato sono: 1) la congiunzione carnale come fine e, 2) la violenza come mezzo. Occorre sottolineare che il primo evento distingue la violenza carnale dall'oltraggio violento al pudore<sup>9</sup>, ed il mezzo, cioè la *vis* esercitata può essere sia fisica, qualora si costringa alla congiunzione carnale una vittima (dell'uno o dell'altro sesso) mediante la forza fisica, «*per vim opprimitur vel abducitur*», ossia morale, nel caso in cui la si obblighi con la minaccia di un grave male, oppure la si persuada con l'inganno. Mentre il diritto romano sottoponeva il rapporto sessuale ottenuto con violenza alla disciplina della *Lex Julia de vi publica*<sup>10</sup>,

---

fisica e morale, cioè della *vis absoluta* o *compulsiva*, vera o presunta che sia.

<sup>8</sup> Va rilevato che, per quanto concerne l'esperienza di diritto comune, occorre aggiungere che la fattispecie designabile come "violenza carnale" è riscontrabile, con propri elementi costitutivi, anche in uno degli aspetti propri del *crimen raptus*. Una trattazione particolarmente dettagliata e completa dei rapporti tra *raptus* e *stuprum* è presente in G. GAGLIARDI, *Tractatus de delictis tam mentalibus quam actualibus in sex libros divisus*, t. II, *De raptu et stupro per totum*, ed. Romae 1615.

<sup>9</sup> Atti di libidine violenta.

<sup>10</sup> Sulla configurabilità già in epoca classica di uno *stuprum per vim*, atto a contrassegnare le ipotesi di congiunzione carnale violenta, facendole rientrare nella persecuzione della *lex Julia de vi*, in dottrina sono state espresse posizioni discordanti, con riferimento alle testimonianze in argomento delle fonti giurisprudenziali (D.48.6.3.4 e D.48.5.30.9) e della legislazione imperiale (in specie C.9.9.20). Per approfondimenti sulla problematica, cfr. S. PULIATTI, *Il diritto penale dell'ultima legislazione giustiniana. I crimini contro la moralità e la famiglia. I reati sessuali: adulterio, stupro, lenocinio*, in *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di Luigi Labruna*, vol. VII, Napoli 2007, pp. 4498 ss.; F. LUCREZI, *La violenza sessuale in diritto ebraico e romano. Studi sulla collatio*, II, Torino 2004, p. 25; F. BOTTA, *Stuprum per vim illatum. Violenza e crimini sessuali nel diritto del terzo secolo d. C.*, in F. LUCREZI, F. BOTTA, G. RIZZELLI, *Violenza sessuale e società antiche. Profili storico-giuridici*, Lecce 2003, pp. 63-67. D.48.6.3.4: «*Praeterea punitur huius legis poena, qui puerum vel feminam vel quemquam per vim stupraverit*». D.48.5.30.9: «*Eum autem, qui per vim stuprum intulit vel mari vel feminae, sine praefinitione huius temporis accusari posse dubium non est, cum eum publicam vim committere nulla dubitatio est*». C.9.9.20: «*Foedissimam earum nequitiam, quae pudorem suum alienis libidinibus prosternunt, non etiam earum, quae per vim stupro comprehensae sunt, inreprehensam voluntatem leges ulciscuntur, quando etiam iniolatae existimationis esse nec nuptiis earum aliis interdici merito placuit*».

e lo puniva con la pena capitale, senza però operare alcuna distinzione per quanto riguarda il sesso della vittima o per il fatto che l'abuso fosse avvenuto o meno secondo natura, nella dottrina di diritto comune, la violenza carnale viene considerata come reato più grave dell'omicidio e la morte sarà la pena ordinaria<sup>11</sup>, ma sarà anche ricorrente il riferimento alla pena dei ladri nell'argomentare sulla pena dei violentatori, e addirittura Ippolito de' Marsili paragonerà la violenza carnale alla rapina<sup>12</sup>.

La situazione cambia, invece, quando si comincerà a tener conto del consenso dell'avente diritto, delle varie circostanze che hanno condotto al fatto, delle scriminanti, delle condizioni di punibilità, della *qualitas* della vittima e, più genericamente dei profili probatori relativi al *modus operandi* ed all'*animus* dei protagonisti.

Perché lo *stuprum* potesse essere considerato violento, era necessario che la donna, nel corso di esso, avesse opposto una resistenza fisica, attiva e riconoscibile: avrebbe cioè dovuto, a dir poco, gridare talmente tanto forte da farsi sentire<sup>13</sup>. La sua resistenza doveva essere decisa, univoca e costante, prima, durante e dopo la violenza. È necessario sottolineare che in nessuna delle altre fattispecie di *vis*, pubblica o privata che fosse, si richiedeva alla vittima un simile comportamento. Il problema, è ovvio, scaturiva innanzi tutto dalla difficoltà della prova e dalla necessità di dare certezza al fatto. Tale compito veniva complicato non solo da antichi pregiudizi, ma anche dal dubbio che la denuncia di violenza fosse stata dettata dal desiderio di dotarsi, sposarsi, o perlomeno di ottenere un certo vantaggio materiale.

Per lo stupro occorre, inoltre, che la vittima affermi che vi sia stato<sup>14</sup>, dando così per prima un'interpretazione dei fatti, che fa sì che l'onere della prova venga addossato interamente su di lei. In un caso simile, caratterizzato dal fatto che esiste una vittima che asserisce l'avvenuta violenza ed un indiziato che la nega, qualora manchino prove dirette, si fanno strada le congetture. Le urla,

---

<sup>11</sup> «*Sed non videtur practicari [...]*»; cfr. BALDO DEGLI UBALDI, In primam digesti veteris partem commentaria, ed. Venetiis 1577, comm. in D.4.2.2 *Quod metus causa gestum erit*, 1. *Isti quidem*, § *Quod si*, f. 222va.

<sup>12</sup> H. DE MARSILIIS, *Repetitio legis unice C. de raptu virginum*, ed. Lugduni 1538, n. 32, f. 10rb.

<sup>13</sup> J. DAMHOUDER, nella sua opera *Praxis rerum criminalium*, ed. Venetiis 1572, cap. XCV, n. 9, f. 106vab, afferma che bisognerà credere alla donna a patto che sia onesta e di buona fama.

<sup>14</sup> Si torna così a quella definizione di "atto violento" che è tale se è stato percepito in questo modo dalla vittima. Cfr. I ROSONI, *op. cit.*, p. 854.

le vesti lacerate, il luogo solitario, i segni di lesioni e, non di minore importanza, le informazioni relative non solo all'onestà della donna, ma anche a quella dell'accusato<sup>15</sup>, rappresentano tutti indizi che concorreranno alla formazione del giudizio. Da ciò scaturisce che, nel momento in cui viene coinvolta tra le condizioni di punibilità (quando non tra gli elementi costitutivi del reato), la qualità delle persone implicate, la figura della violenza carnale viene a costituire quasi uno *ius speciale*, rispetto alle altre forme di violenza. I casi di "violenza presunta" riguardano unicamente la sfera dei rapporti sessuali, e non le altre fattispecie disciplinate dalle *leges de vi*: il congiungimento carnale con l'impubere, la mentecatta o l'incosciente, viene equiparato allo stupro violento<sup>16</sup>, così come quello della prigioniera<sup>17</sup>.

Relativamente all'onestà della donna possiamo aggiungere che, essa è elemento essenziale per punire lo stupro semplice, se non per la stessa sussistenza del *crimen*<sup>18</sup>, mentre diventa elemento accessorio per la punizione dello stupro violento, fermo restando il *privilegium* sfavorevole fissato nel caso della meretrice<sup>19</sup>. In quest'ultima circostanza, due sono gli orientamenti assunti dal pensiero giuridico: alcuni sostengono che, in base al principio romanistico di prevalenza della *vis publica*, l'onestà della vittima potesse essere considerata influente; altri, invece, argomentando *ex silentio* della *Lex Julia de adulteriis*, fanno prevalere la tutela dell'onore, ritenendo che lo stupro violento della prostituta non dovesse essere punito, o che perlomeno ci si potesse limitare ad infliggere una pena straordinaria, e di conseguenza più mite<sup>20</sup>. Va aggiunto inoltre che, nel caso della prostituta, si ritiene che la lesione sia ridotta in quanto si offende solamente la libertà sessuale e non il pudore, ed anche il dolo sembra essere attenuato dalla presunzione che

---

<sup>15</sup> B. CARPZOV, *Practica nova imperialis saxonica rerum criminalium in partes III divisa*, p. II, ed. Francofurti 1677, q. LXXV, n. 85, p. 208.

<sup>16</sup> P. FARINACIUS, *Praxis, et theoricæ criminalis*, p. IV, ed. Lugduni 1613, q. CXLVII, n. 45, f. 559a; B. CARPZOV, *op. cit.*, p. II, q. LXIX, n. 35, p. 156.

<sup>17</sup> Tra gli altri, I. CLARUS, *Practica criminalis*, ed. Venetiis 1614, lib. V, § *Fornicatio*, n. 19, f. 36vb; B. CARPZOV, *op. cit.*, p. II, q. LXIX, n. 23, p. 155.

<sup>18</sup> «*Quia ut poena stupri locum habeat, requiritur, ut stuprata fuerit honesta*». Cfr. P. FARINACIUS, *Praxis cit.*, q. CXLVII, n. 82, f. 561a.

<sup>19</sup> BALDO DEGLI UBALDI, *Consiliorum sive responsorum*, vol. IV, ed. Venetiis 1580, cons. CCCCLXV, n. 4, ff. 106vb-107ra.

<sup>20</sup> Tale argomentazione trae fondamento da D.48.6.1: «*Lege Iulia de vi publica tenetur, qui arma tela domi suae agrove in villa praeter usum venationis vel itineris vel navigationis coegerit*».

la resistenza di colei che ha l'abitudine di prestarsi ai desideri altrui, non sia seria ed effettiva<sup>21</sup>.

È ben chiaro come la seconda opinione prevalente si inserisca in quella direttiva tendente a collocare la violenza carnale in una dimensione che sembra contraddire la logica basilare del *crimen vis*, che mira a tutelare la libertà e l'autonomia della persona, prescindendo dalle sue condizioni o dalle sue qualità. In questa situazione va fatta rientrare anche la questione della non punibilità del coniuge che si avvale con la costrizione del suo *ius in corpus*, ferma restando tuttavia l'opinione di alcuni giuristi, in base alla quale il marito non ha alcun diritto di abusare della moglie contro natura, o di costringerla a rapporti sessuali diversi da quello finalizzato *ad prolem*; l'atto fisico deve essere, dunque, strettamente subordinato al desiderio di procreare. In questa stessa prospettiva vanno inserite le considerazioni sulla scriminante del matrimonio riparatore, o quelle sulla capacità che la costituzione di una dote a vantaggio della donna stuprata ha di diminuire la pena per lo stupratore<sup>22</sup>.

## 2. Ratto: sua definizione ed elementi costitutivi

Tiberio Deciano, uno degli esponenti più noti della scienza criminalistica cinquecentesca, basandosi sia su fonti romanistiche e canonistiche, che sull'attività interpretativa dei secoli precedenti, ci offre una definizione del "*crimen raptus*", mettendo in evidenza gli elementi essenziali di questa fattispecie criminosa: «*Sic autem ego puto raptum mulieris definiendum, quod scilicet sit violenta vel cum malis artibus asportatio sive abductio mulieris honestae et invitae de loco ad locum animo eam carnaliter cognoscendi*»<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Minore è il danno e la lesione giuridica, minore deve essere la pena. Cfr. P. TUOZZI, *I delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie*, in *Enc. dir. pen. it.*, a cura di E. PESSINA, vol. IX, Fano 1909, p. 206.

<sup>22</sup> I. ROSONI, *op. cit.*, p. 855.

<sup>23</sup> T. DECIANUS, *op. cit.*, lib. VIII, cap. VII, n. 4, f. 206ra, e cap. XV, n. 1, f. 220vb. Piuttosto che di una definizione di ratto si avvale invece di una descrizione un altro penalista, ovvero, Giulio Claro, il quale afferma che: «*Raptum committit, qui mulierem libidinis causa de loco ad locum conducit*». Cfr. I. CLARUS, *Volumen, alias Liber Quintus*, ed. Venetiis 1583, § *Raptus*, vers. *Raptum*, f. 40rb.

Affinché possa configurarsi il ratto, definito in dottrina come «*crimen atrocissimum, gravissimum, pessimum, inhumanum*»<sup>24</sup>, occorre conformemente al pensiero di Tomás Sánchez, una «*quadruplex conditio. Prima est ut adsit violentia. Secunda, ut raptus fiat causa libidinis. Tertia, ut fit traductio de loco ad locum. Quarta, ut mulier rapta sit honesta vita*»<sup>25</sup>.

Per quanto concerne il primo punto, vediamo che non sono rilevanti i mezzi e i modi attraverso i quali la violenza è arrecata: il rapitore può ricorrere talvolta non solo alla forza materiale (ad es. all'uso delle armi), ed in questo caso specifico basta soltanto il *metus violentiae* che la loro presenza indipendentemente dal loro uso può generare; ma può ricorrere anche a strumenti di coazione psicologica come le *malae artes*, ossia disdicevoli *escamotage*, in cui sono comprese le *blanditiae*, le *persuasiones*, le *promissae*<sup>26</sup>, e ogni altro tipo di *insidiae* con l'intento di sorprendere, ingannare la donna e forzarne la volontà<sup>27</sup>.

Per quanto riguarda, invece, il rilievo che assume nella configurazione del *crimen raptus*, la volontà del soggetto passivo, la dottrina non è concorde. Una parte dei giuristi fedeli in maniera rigorosa al dettato giustiniano

---

Una configurazione del ratto certamente più articolata, anche se basata sugli stessi requisiti ci viene data da Carpzov: «*Vim quoque dicitur committere, qui foeminam violenter rapit, et secum abducit. Etsi quidem libidinis satiandae causae mulier rapiatur, raptus crimen committitur, ut colligi potest ex l. un. in pr. C. de rapt. Virg. [C.9.13.1]. Quod delictum specialiter requirit ut foemina fuerit honesta, non meretrix et de loco in locum diversum abducatur [...]*». Cfr. B. Carpzov, *op. cit.*, p. I, q. XL, n. 26, pp. 242-243.

<sup>24</sup> In questo senso, tra gli altri, P. FARINACIUS, *Praxis cit.*, q. CXLV, § *Raptus*, n. 1, f. 530a; A. MATTHAEUS, *op. cit.*, lib. XLVIII, tit. IV, cap. II, ad vocem *Pessima criminum peccantes*, pp. 303-304.

<sup>25</sup> Cfr. T. SÁNCHEZ, *Disputationum de sancto matrimonii sacramento tomi tres*, ed. Venetiis 1685, lib. VII, disp. XII, n. 3, f. 39a.

<sup>26</sup> Ricorrente in dottrina è l'espressione «*promittere maria et montes*». Cfr. a tal proposito, T. DECIANUS, *op. cit.*, lib. VIII, cap. VII, n. 8, f. 207ra, «*[...] si modo interveniat deceptio, ut quia promisit magnam quantitatem auri, et maria et montes [...]*».

<sup>27</sup> Sempre in riferimento al ratto, il De Rosa sottopone il concetto di violenza ad una complessa analisi, ed opera una distinzione tra *violentia ablativa* ed *expulsiva* che si esercita *in personam*, ed una *violentia compulsiva*, vera ed interpretativa, che si esercita *in animum*. Cfr. C.A. DE ROSA, *Criminalis decretorum praxis*, ed. Neapoli 1750, lib. II, cap. V, n. 9, f. 151ab.

e più precisamente a C.9.13.1.3<sup>28</sup> ripropongono il principio secondo cui la pena del ratto è applicabile quando la donna sia stata rapita «*sive volens, sive nolens*», per cui riportando il parere del De Angelis si può sostenere che: «*regula est, quod raptae consensus raptum non excludat*»<sup>29</sup>. Ma altri giuristi avevano un'opinione diversa. Lo stesso Alberto da Gandino aveva rilevato che, nel caso in cui il consenso fosse intervenuto non già «*ex post facto, hoc est, post ipsam rapinam*», quanto piuttosto *ab initio*, non si poteva applicare la pena del ratto in base a due fondamentali regole: «[...] *nec unquam volenti dolus inferatur*» (C.2.4.34), «[...] *nulla iniuria est, quae in volentem fiat*» (D.47.10.1.5)<sup>30</sup>, sempre che, replicava Cino da Pistoia, la volontà della donna non fosse stata determinata “*dolosa persuasione*” e sempre che il dolo del rapitore non fosse stato provato o perlomeno presunto. Infatti, in mancanza di questa condizione, «*prout non praesumitur propter consensum subsecutum*», il consenso valeva a rimuovere l'ingiuria ed il dolo e di conseguenza ad escludere l'applicabilità della pena<sup>31</sup>.

Questa teoria venne formulata anche da Ippolito de' Marsili ed Egidio Bossi, che individuarono nel consenso della donna rapita una causa di giustificazione, ritenendo irrilevante il fatto che esso fosse stato determinato da *blanditiae*,

---

<sup>28</sup> C.9.13.1.3: «[...] *Poenas autem quas praediximus, id est mortis et bonorum amissionis, non tantum adversus raptos, sed etiam contra eos qui hos comitati in ipsa invasione et rapina fuerint constituimus. Ceteros autem omnes, qui conscii et ministri huiusmodi criminis reperti et convicti fuerint vel eos susceperint vel quamcumque opem eis intulerint, sive masculi sive feminae sunt, cuiuscumque condicionis vel gradus vel dignitatis, poenae tantummodo capitali subicimus, ut huic poenae omnes subiaceant, sive volentibus sive nolentibus virginibus seu aliis mulieribus tale facinus fuerit perpetratum. [...]*». Sulla repressione del ratto in epoca postclassica e giustiniana si vedano principalmente, F. GORIA, voce: *Ratto* (dir. romano), in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano 1987, pp. 707-724; L. DESANTI, *Giustiniano e il ratto*, in *Annali dell'Università di Ferrara, Scienze Giuridiche*, Nuova Serie, I, Ferrara 1987, pp. 187-201; S. PULIATTI, *La dicotomia vir-mulier e la disciplina del ratto nelle fonti legislative tardo imperiali*, in *SDHI*, vol. LXI, 1995, pp. 471-529.

<sup>29</sup> Cfr. F.J. DE ANGELIS, *op. cit.*, cap. CIX, n. 22, p. 169; tale teoria era già stata sostenuta in precedenza da ALBERICUS DE ROSATE, In *Primam Codicis partem* Commentaria, ed. Venetiis 1586, super C.1.3. *De episcopis et clericis*, 1. XLII *Raptos*, n. 7, ff. 36vb-37ra.

<sup>30</sup> A. GANDINUS, *Tractatus de maleficiis, De multis questionibus maleficiorum provenientibus a statutis*, ed. Berlin-Leipzig 1926, n. 2, p. 399.

<sup>31</sup> Cfr. G. CAZZETTA, *Praesumitur seducta. Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna*, Milano 1999, p. 33.

poiché queste non potevano essere considerate vera e propria violenza, necessaria ad integrare la fattispecie in esame<sup>32</sup>. Lo stesso Deciano riteneva che «*in puncto iuris verior esse*», per cui non rientrava nell'ipotesi prevista da C.9.13.1 la *abductio* della donna volente «*blanditiis, vel etiam pecunia corrupta*». Egli, infatti, sosteneva che «*respectu mulieris volentis*» non può parlarsi di ratto; e dunque, purché la donna sia *sui iuris* e sempre che la sua volontà sia del tutto spontanea, il dettato della norma giustiniana non può essere applicato, mentre nel caso contrario sussisterebbe pur sempre la violenza esercitata nei confronti di coloro che su di essa hanno la potestà<sup>33</sup>. Questa stessa opinione è condivisa dal Farinaccio: il principio in base al quale il ratto si commette anche in *mulierem volentem*, se vale quando la volontà non è effettivamente libera, ma determinata nella sua formazione da allettamenti e lusinghe, viene meno nel momento in cui, non ricorrendo alcun dolo vero o presunto, la donna acconsente ad essere rapita<sup>34</sup>.

### 3. *Causa libidinis*

In ordine a tutti gli altri motivi che possono indurre ad un tale comportamento criminoso, la dottrina indica nel matrimonio una causa che ricorre con notevole frequenza<sup>35</sup>, mentre, invece, non si mostra unanime, e questo può dirsi anche per la prassi giudiziale, sul problema se vi sia o no ratto, nel caso in cui colui che abbia rapito la donna «*eam carnaliter non cognovit*». Per Giovanni d'Anagni non si può parlare di ratto nel caso in cui alla *subductio* non faccia seguito la *commixtio carnis*. Il canonista giunge a questa conclusione rifacendosi sia a C.9.13.1 pr. ove si fa menzione, come abbiamo già avuto modo di sottolineare, alla *virginitas vel castitas corrupta*, sia al c. 48, C. XXXVI, q. 1. dove accogliendo la definizione che Isidoro aveva dato del ratto si sottolinea che: «*Raptus est illicitus coitus, a corrumpendo ductus: qui rapta potitur, stupro fruitur*»<sup>36</sup>. Per Baldo degli Ubaldi la *copula carnalis*

---

<sup>32</sup> H. DE MARSILIIS, *Repetitio cit.*, n. 14, f. 8ra; A. BOSSIUS, *Tractatus varii*, ed. Venetiis 1565, tit. *De raptu mulieris*, n. 5, f. 186rb.

<sup>33</sup> T. DECIANUS, *op. cit.*, lib. VIII, cap. VII, n. 7, ff. 206rb-206vb.

<sup>34</sup> P. FARINACIUS, *Praxis cit.*, q. CXLV, § *Vis*, n. 131, f. 541a; F.J. DE ANGELIS, *op. cit.*, cap. CIX, n. 21, p. 169.

<sup>35</sup> G.P. MASSETTO, voce: *Ratto* (dir. intermedio), in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano 1987, p. 727.

<sup>36</sup> J. DE ANANIA, In *Quintum Decretalium Lectura*, ed. Lugduni 1553, in c. 6 *cum causa*, X, V, 17, n. 7, vers. *Ultimo vidi*.

non è essenziale per la fattispecie di ratto: «*pro solo raptu sine cognitione, et sola cognitione, sine raptu, est poena capitis per leges novas [...]*»<sup>37</sup>.

La dottrina, tuttavia, cerca di tentare una sorta di conciliazione fra queste due teorie contrastanti. Ippolito de' Marsili giunge ad affermare che, qualora il rapitore non si sia congiunto con la donna, perché non poté farlo *aliqua de causa* deve essere punito con la pena ordinaria prevista per il ratto; diversamente avviene nel caso in cui il rapitore si astenne volontariamente dal rapporto carnale. Dunque, nel primo caso, il suddetto giurista aderisce all'opinione di Baldo degli Ubaldi, nel secondo a quella di Giovanni d'Anagni<sup>38</sup>.

#### 4. *Traductio de loco ad locum*

Perché si possa parlare di ratto è necessario che ci sia la *abductio*, la *transductio*, o per essere più precisi, la *conductio de loco ad locum*, e che ci sia l'intenzione di *retinere* e di *occultare*. Il ratto, infatti, non può fondarsi su di una qualsiasi *abductio* breve o momentanea, ma richiede la *retentio*, la *occultatio* della persona per un certo periodo di tempo, in ogni caso sufficientemente lungo. L'allontanamento da un luogo, come potrebbe essere la casa paterna, ad un altro, deve cioè avvenire *ad effectum abducendi* e non «*causa commodioris coitus*»<sup>39</sup>. Chi conduce da una stanza all'altra della stessa casa, una fanciulla con lo scopo di abusarne, non può essere considerato *raptor*, e lo stesso si può dire di colui che, sorpresa una fanciulla lungo la strada, con lo stesso intento, la allontani di alcuni passi e la getti poi a terra<sup>40</sup>. Del resto, come afferma il Deciano, riproponendo una tradizione

<sup>37</sup> BALDO DEGLI UBALDI, In primum, secundum, et tertium Codicis Lib. Commentarius, ed. Venetiis 1577, comm. in C.1.3 *De Episcopis et clericis*, 1. *Si quis non dicam*, n. 17, f. 39va.

<sup>38</sup> H. DE MARSILIIS, Repetitio cit., n. 254, ff. 31vb-32ra.

<sup>39</sup> Lo stesso J. CARMIGNANUS, in *Iuris criminalis elementa*, ed. Pisis 1833, § 1163, p. 180, afferma che affinché si abbia ratto, non è sufficiente che «*causa commodioris coitus*» la fanciulla venga condotta da una parte ad un'altra dello stesso edificio, dall'edificio all'orto, «*qui illi cohaeret*», ovvero da un luogo ad un altro ad esso prossimo nei campi.

<sup>40</sup> Nello stesso senso anche De Angelis secondo cui non è neppure sufficiente, perché si abbia ratto, la *traductio* di qualche passo. Cfr. F.J. DE ANGELIS, *op. cit.*, cap. CIX, n. 26, p. 170.

sempre più consolidata<sup>41</sup>, «*aliud est rapere, aliud violenter cognoscere*»<sup>42</sup>: in ogni caso il reo deve soggiacere alla pena prevista per la violenza arrecata<sup>43</sup>.

L'unico ad essere di opinione contraria è il Rebuffo, il quale sosteneva che oggetto del *rapere* possa essere non soltanto *res ipsa*, ma anche l'*usus rei* e, nel caso specifico ciò che nel ratto *eripitur* è il *flos virginitatis*<sup>44</sup>.

## 5. *Honestas vitae*

La quarta condizione necessaria, affinché si possa configurare il *crimen raptus* è rappresentata dall'onestà di vita del soggetto offeso. A tal proposito scriveva Anton Matteo che, tenendo presente lo scopo della costituzione giustiniana del 533, C.9.13.1, volta a difendere le donne pudiche sia dall'ingiuria sia dalla violenza, non risulta affatto dubbio come essa non possa trovare applicazione nel caso in cui ad essere offese siano state donne impudiche, individuate principalmente nelle meretrici<sup>45</sup>. Di conseguenza, nasce il dubbio se e come debba essere punito il ratto della persona che conduce una vita disonesta<sup>46</sup>.

I giuristi, sollecitati senza dubbio dalla realtà della vita e dalla necessità di adeguare ad essa un sistema repressivo, hanno effettuato una distinzione tra la meretrice pubblica e quella non pubblica, la meretrice dalla donna *inhonesta*, la donna *inhonesta* dalla *honestas*, e sui correlativi mezzi di prova, partendo dalle fonti romanistiche e da quelle del diritto degli ordinamenti particolari, offrendo una ridotta tutela giuridica alle donne di cattivo costume<sup>47</sup>. Ne scaturisce che non dovrebbe essere soggetto alle pene previste per il ratto colui che rapisce una donna che sia pubblica meretrice, «*quae in publico lupanari stat*», ma neanche colui che sequestra una donna che

<sup>41</sup> Si veda, ad esempio, A. GANDINUS, *op. cit.*, n. 2, p. 398.

<sup>42</sup> T. DECIANUS, *op. cit.*, lib. VII, cap. XV, n. 1, f. 220vb.

<sup>43</sup> I. CLARUS, *Volumen cit.*, § *Raptus*, vers. *Et dixi*, f. 40rb.

<sup>44</sup> P. REBUFFUS, *In tit. dig. De verborum et rerum significatione commentaria*, ed. Lugduni 1614, comm. in l. IX *Marcellus*, ad vocem *Rapere proprie dicitur*.

<sup>45</sup> A. MATTHAEUS, *op. cit.*, lib. XLVIII, tit. IV, cap. II, ad vocem *Virginum honestarum*, pp. 302-303.

<sup>46</sup> T. DECIANUS, *op. cit.*, lib. VIII, cap. VII, n. 10, ff. 207rb-207va.

<sup>47</sup> T. GATTI, *L'imputabilità, i moventi del reato e la prevenzione criminale negli Statuti italiani dei secoli XII-XVI*, Padova 1933, pp. 486 ss. e pp. 622 ss.

stia in qualsiasi edificio, «*pudori suo non parcat, et unumquemque petentem vel quaestus vel libidinis causa admittat*»<sup>48</sup>; differente è invece il caso della donna che faccia copia del suo corpo *sine pudore*, da quello in cui la donna lo faccia *cautissime et secretissime*<sup>49</sup>. Se alcuni giuristi definiscono come *inhonesta* la donna che «*ultra tres homines admiserit*», altri la definiscono sicuramente *meretrix*; per altri ancora, perché una donna sia considerata *vitae non honestae*, è sufficiente «*quod fuerint tacta vel lasciviter deosculata*»<sup>50</sup>.

Sempre per quanto concerne la questione della punibilità, possiamo dunque sottolineare il fatto che, alcuni giuristi affermano che il ratto di meretrice o di donna *inhonesta* non è punibile, né in base al diritto comune, né in base alla legislazione statutaria. Di questa stessa opinione è Claro, il quale sostiene che: «*fornicatio, vel coitus cum meretrice non est de iure civili punibilis [...]*»<sup>51</sup>.

Emerge, inoltre, come quello della meretrice, inteso come “caso estremo”, metta bene in evidenza gli aspetti differenti che contraddistinguono il riferimento al consenso della donna. Dalla correlazione tra onestà e consenso, risulta ben chiaro che la meretrice non merita alcuna protezione giuridica: non si può dubitare del suo consenso, la sua stessa condotta ne lascia presupporre uno duraturo e costante, indegno di protezione; è, dunque, impossibile che la sua volontà possa essere sedotta, “deviata”<sup>52</sup>. Coloro che intendono andare oltre la pura e semplice constatazione dell’inapplicabilità del ratto nei confronti della meretrice<sup>53</sup> finiscono però per puntare l’indice

<sup>48</sup> ANGELUS DE PERUSIO, *Consilia*, ed. Francofurti 1575, cons. X, n. 5, f. 7ra, «*Sic nec dicitur publica meretrix, nisi quae palam et sine delectu sui corporis questum facit*»; T. DECIANUS, *op. cit.*, lib. VIII, cap. VII, n. 10, f. 207rb; A. TARTAGNI, *Consiliorum seu responsorum*, ed. Venetiis 1597, lib. VI, cons. IC, n. 10.

<sup>49</sup> A. BOSSIUS, *op. cit.*, n. 10, f. 187rab. Per quanto concerne l’identificazione dei criteri utili ad individuare una donna *inhonesta*, si veda, *ivi*, tit. *de pluribus violentiis*, n. 67, f. 181vb.

<sup>50</sup> Riguardo ai mezzi atti a provare che una donna possa essere considerata meretrice, si veda P. FARINACIUS, *Consilia sive responsa atque Decisiones causarum criminalium*, ed. Lugduni 1619, lib. I, cons. XXXIII, n. 50, f. 180b; B. CAEPOLLA, *Consilia criminalia*, ed. Bononiae 1526, cons. LVII, n. 7, ff. 58rb-58va.

<sup>51</sup> I. CLARUS, *Volumen cit.*, § *Raptus*, vers. *Quaero nunquid*, f. 40vb.

<sup>52</sup> I.D. RAYNALDI, *op. cit.*, t. II, ad cap. XXII, nn. 182 ss., f. 354b.

<sup>53</sup> Ampi riferimenti dottrinali sul punto in P. FARINACIUS, *Praxis cit.*, q. CXLV, § *Meretrix*, ff. 543b-547a. Cfr. inoltre la Gl. *Virginum honestarum* a C.9.13.1 che esclude il ratto commesso nei confronti della meretrice.

proprio sulla “volontà di onestà” della donna, mettendo in discussione la piena efficacia di una presunzione di disonestà fondata sulla vita. Anche la meretrice può essere degna di protezione quando esiste un *quid pluris* capace di colorare d’onestà il suo disaccordo: può esser degna di protezione quando il suo dissenso è espressione di pentimento, di volontà di redenzione<sup>54</sup>. Ed ecco allora che possiamo distinguere: «*quod aut ista sic vilissima mulier contradicebat, ideo, quia, illius vitae voluit poenitere [...] aut non vult poenitere*»<sup>55</sup>; «*aut est meretrix perseverans meretrix: aut fuit, sed non est, sed poenitat eam*»<sup>56</sup>.

Interessante risulta, altresì, l’opinione di Baldo degli Ubaldi che trattando un caso particolare relativamente alla pena da applicare nei confronti di coloro che appongono una scala alla finestra di una casa per entrarvi, giunge alla conclusione che se ciò avviene *causa violandae castitatis*, la pena da applicare è quella di morte (C.1.3.5)<sup>57</sup>, e che nel caso in cui la donna non sia casta ma meretrice «*tunc punitur extra ordinem crimine iniuriarum*»; la pena applicabile è, dunque, quella arbitraria<sup>58</sup>. Tuttavia, la dottrina configurava anche, altre ipotesi nelle quali il ratto attuato nei confronti di una meretrice doveva essere punito non con la pena arbitraria, ma con quella ordinaria, e questo avveniva nel caso in cui la meretrice fosse maritata<sup>59</sup>, qualora la

---

<sup>54</sup> Cfr. G. CAZZETTA, *op. cit.*, p. 41.

<sup>55</sup> CYNUS PISTORIENSIS, In Codicem, et aliquot titulos primi Pandectorum tomi, id est, Digesti veteris Commentaria, t. II, ed. Torino 1964 (ristampa anastatica), super C.9.13 *de raptu virginum*, 1. 1, n. 6, f. 551rb. Per ulteriori commenti allo stesso testo cfr. anche BARTHOLOMEUS DE SALICETO, In VII, VIII, et IX Codicis Libros, ed. Venetiis 1574, ad C.9.13 *de raptu virginum*, 1. un. *Raptores*, n. 3, f. 210vab; ALBERICUS DE ROSATE, In Secundam Codicis partem Commentaria, ed. Venetiis 1585, super C.9.13, *de raptu virginum*, 1. un. *Raptores*, n. 10, f. 199ra.

<sup>56</sup> BALDO DEGLI UBALDI, In primum, secundum, et tertium cit., comm. in C.1.3 *De Episcopis et clericis*, 1. *Omnem semper*, n. 2, f. 63ra.

<sup>57</sup> C.1.3.5: «*Si quis non dicam rapere, sed attemptare tantum matrimonii iungendi causa sacratissimas virgines ausus fuerit, capitali poena ferietur*».

<sup>58</sup> BALDO DEGLI UBALDI, In primam digesti veteris cit., comm. in D.1.9 *De divisione rerum*, 1. *Si quis*, nn. 2-3, f. 49va.

<sup>59</sup> T. SÁNCHEZ, *op. cit.*, lib. VII, disp. XII, n. 23, f. 41b. Il marito tuttavia non deve essere “*leno suae uxoris*”. Cfr. T. DECIANUS, *op. cit.*, lib. VIII, cap. VII, n. 14, f. 208va. Alcuni giuristi, tuttavia, restringono la portata di tale principio, richiedendo, affinché trovi applicazione la pena del ratto, che la donna “*desiit meretricari*”; nel caso in cui non viva “*honeste*” trova applicazione la pena straordinaria.

donna «*poenitentia ducta, vitam emendasset, et honeste viveret*»<sup>60</sup>, e qualora la donna rifiutasse «*se carnaliter cognosci*» per il vincolo di affinità o di consanguineità che la legava al rapitore<sup>61</sup>.

Occorre sottolineare ulteriormente, che sia le fonti romanistiche che quelle canonistiche<sup>62</sup> prevedono il caso in cui soggetto passivo del *crimen raptus*

<sup>60</sup> Lo stesso Sánchez mette in rilievo come non sia sufficiente un pentimento verbale, ma sia necessario che la donna abbia effettivamente intrapreso una vita onesta.

<sup>61</sup> Intorno a queste e ad altre ipotesi cfr. P. FARINACIUS, *Praxis* cit., q. CXLV, § *Meretrix*, nn. 172-187, ff. 545a-546b.

<sup>62</sup> C.1.3.5: vedi nota 57; C.1.3.53: «*Raptores virginum vel viduarum vel diaconissarum, quae deo fuerint dedicatae, pessima criminum peccantes capitis supplicio plectendos fuisse decernimus, quod non solum ad iniuriam hominum, se ad ipsius omnipotentis dei irreverentiam committitur. [...]*»; C.9.13.1: «*Raptores virginum honestarum vel ingenuarum, sive iam desponsatae fuerint sive non, vel quarumlibet viduarum feminarum, licet libertinae vel servae alienae sint, pessima criminum peccantes capitis supplicio plectendos decernimus, et maxime si deo fuerint virgines vel viduae dedicatae (quod non solum ad iniuriam hominum, sed ad ipsius omnipotentis dei irreverentiam committitur, maxime cum virginitas vel castitas corrupta restitui non potest): et merito mortis damnantur supplicio, cum nec ab homicidii crimine huiusmodi raptores sint vacui. Ne igitur sine vindicta talis crescat insania, sancimus per hanc generalem constitutionem, ut hi, qui huiusmodi crimen commiserint et qui eis auxilium tempore invasionis praebuerint, ubi inventi fuerint in ipsa rapina et adhuc flagrante crimine comprehensi a parentibus virginum vel viduarum vel ingenuarum vel quarumlibet feminarum aut earum consanguineis aut tutoribus vel curatoribus vel patronis vel dominis, convicti interficiantur. Quae multo magis contra eos obtinere sancimus, qui nuptas mulieres ausi sunt rapere, quia duplici crimine tenentur tam adulterii quam rapinae et oportet acerbius adulterii crimen ex hac adiectione puniri. Quibus connumeravimus etiam eum, qui saltem sponsam suam per vim rapere ausus fuerit. Sin autem post commissum tam detestabile crimine aut potentatu raptor se defendere aut fuga evadere potuerit, in hac quidem regia urbe tam viri excelsi praefecti praetorio quam vir gloriosissimus praefectus urbis, in provinciis autem tam viri eminentissimi praefecti praetorio per Illyricum et Africam quam magistri militum per diversas nostri orbis regiones nec non viri spectabiles praefectus Aegypti vel comes Orientis et vicarii et proconsules et nihilo minus omnes viri spectabiles duces et viri clarissimi rectores provinciarum nec non alii cuiuslibet ordinis iudices, qui in locis inventi fuerint, simile studium cum magna sollicitudine adhibeant, ut eos possint comprehendere et comprehensos in tali crimine post legitimas et iuri cognitatas probationes sine fori praescriptione durissimis poenis adficient et mortis condemnent supplicio. Quibus et, si appellare voluerint, nullam damus licentiam secundum antiquae Constantinianae legis definitionem. Et si quidem ancillae vel libertinae sint quae rapinam passae sunt, raptores tantummodo supra dicta poena plectentur, substantiis eorum nullam deminutionem passuris. Sin autem in ingenuam personam tale facinus perpetretur,*

sia una monaca. Il rapimento di donne votate a Dio costituisce un reato complesso, che racchiude in sé le caratteristiche del ratto, dell'omicidio<sup>63</sup> e del

---

*etiam omnes res mobiles seu immobiles et se moventes tam raptorum quam etiam eorum, qui eis auxilium praebuerint, ad dominium raptarum mulierum liberarum transferantur providentia iudicum et cura parentum earum vel maritorum vel tutorum seu curatorum. Et si non nuptae mulieres alii cuilibet praeter raptorem legitime coniungentur, in dotem liberarum mulierum easdem res vel quantas ex his voluerint procedere, sive maritum nolentes accipere in sua pudicitia remanere voluerint, pleno dominio eis sancimus applicari, nemine iudice vel alia quacumque persona haec audente contemnere. Nec sit facultas raptae virgini vel viduae vel cuilibet mulieri raptorem suum sibi maritum exposcere, sed cui parentes voluerint excepto rapitore, eam legitimo copulent matrimonio, quoniam nullo modo nullo tempore datur a nostra serenitate licentia eis consentire, qui hostili more in nostra re publica matrimonium student sibi coniungere. oportet etenim, ut, quicumque uxorem ducere voluerit sive ingenuam sive libertinam, secundum nostras leges et antiquam consuetudinem parentes vel alios quos decet petat et cum eorum voluntate fiat legitimum coniugium. Poenas autem quas praediximus, id est mortis et bonorum amissionis, non tantum adversus raptos, sed etiam contra eos qui hos comitati in ipsa invasione et rapina fuerint constituimus. Ceteros autem omnes, qui conscii et ministri huiusmodi criminis reperti et convicti fuerint vel eos susceperint vel quamcumque opem eis intulerint, sive masculi sive feminae sunt, cuiuscumque condicionis vel gradus vel dignitatis, poenae tantummodo capitali subicimus, ut huic poenae omnes subiaceant, sive volentibus sive nolentibus virginibus seu aliis mulieribus tale facinus fuerit perpetratum. Si enim ipsi raptos metu atrocitatis poenae ab huiusmodi facinore temperaverint se, nulli mulieri sive volenti sive nolenti peccandi locus relinquatur, quia hoc ipsum velle mulieri ab insidiis nequissimi hominis qui meditatur rapinam inducitur. nisi etenim eam sollicitaverit, nisi odiosis artibus circumvenierit, non facit eam velle in tantum dedecus sese prodere. Parentibus, quorum maxime vindicta intererat, si patientiam praebuerint ac dolorem remiserint, deportatione plectendis. Et si quis inter haec ministeria servilis condicionis fuerint deprehensus, cifra sexus discretionem eum concremari iubemus, cum hoc etiam Constantiniana lege recte fuerat prospectum. Omnibus legis luliae capitulis, quae de raptu virginum vel viduarum seu sanctimonialium sive antiquis legum libris sive in sacris constitutionibus posita sunt, de cetero abolitis, ut haec tantummodo lex in hoc capite pro omnibus sufficiat. Quae de sanctimonialibus etiam virginibus et viduis locum habere sancimus».*

<sup>63</sup> La perdita della verginità veniva, infatti, considerata una vera e propria lesione all'integrità della persona, che – come la morte – segnava irrimediabilmente il corpo della vittima e di conseguenza rendeva il rapitore simile, per certi versi, all'omicida. Questo principio viene affermato a chiare lettere da Giustiniano in C.9.13.1 pr.: «maxime cum virginitas vel castitas corrupta restitui non potest. et merito mortis damnantur supplicio, cum nec ab homicidii crimine huiusmodi raptos sint vacui». Si veda, inoltre, S. PULIATTI, *La dicotomia* cit., pp. 471 ss.; di opinione diversa risulta

sacrilegio<sup>64</sup> ed ha risvolti sia giuridici che religiosi. La dottrina evidenzia, in questo caso, la gravità del reato in quanto «*principaliter laedit Deum, et secundario hominem*». Inoltre, si fa notare che, nel caso in cui la monaca acconsentisse al ratto, il suo consenso non avrebbe alcun rilievo, poiché essa è «*sub potestate abbatissae, et sic non habet voluntatem*», e di conseguenza non trova applicazione la disposizione statutaria in base alla quale «*ex quolibet delicto [...] possit fieri concordia*», in quanto, essendo Dio l'offeso, solo il Pontefice ha la facoltà di remissione<sup>65</sup>.

Fino a questo momento sono stati considerati solamente i casi in cui sia stato l'uomo a rapire una donna, sia di onesti che di facili costumi; ma nella realtà esistono anche circostanze in cui sia la donna a rapire un uomo, «*quamvis hoc perraro contigat*»<sup>66</sup>. La dottrina si chiede, dunque, se anche in questo caso specifico si possa parlare di ratto, e se quindi possa essere applicata la sanzione prevista in C.9.13.1. È da sottolineare che a sostenere la soluzione positiva era la glossa ordinaria<sup>67</sup>, ed il Gómez più tardi affermerà che si orienterà in questo senso la *communis opinio*, e di ciò si troverà riscontro anche nella prassi<sup>68</sup>. Di opinione contraria erano sia Cino da Pistoia sia il Deciano. Cino basava la sua argomentazione sul presupposto che: «*haec lex loquitur de foemina rapta a viro, non muliere*»; il Deciano adduceva altre ragioni affermando innanzi tutto che *in poe-*

---

F. BOTTA, "Per vim inferre". *Studi su stuprum violento e raptus nel diritto romano e bizantino*, Cagliari 2004, pp. 126-176, secondo il quale l'omicidio potrebbe essere richiamato solo per giustificare la severità del regime punitivo e non per configurare un vero e proprio concorso di reati.

<sup>64</sup> Per quanto concerne l'ipotesi in cui sembra prospettarsi un concorso tra ratto e sacrilegio, si veda R. BONINI, *Ricerche di diritto giustiniano*, Milano 1990, p. 171; L. DESANTI, *Giustiniano* cit., p. 190.

<sup>65</sup> BALDO DEGLI UBALDI, In VII, VIII, IX, X et XI Codicis libros Commentaria, ed. Venetiis 1586, comm. in C.9.13 *de raptu virginum*, 1. un. *raptores*, n. 2, f. 218rb.

<sup>66</sup> H. HOSTIENSIS, *Summa aurea*, ed. Venetiis 1574, lib. V, *De poenis raptorum corporum*, n. 1, c. 1588.

<sup>67</sup> ACCURSIUS, *Glossa in Codicem*, ed. Augustae Taurinorum 1968 (ristampa anastatica), Gl. *sponsam suam* in C.9.13 *de raptu virginum*, 1. un. *Raptores*, f. 278vb, lett. m.

<sup>68</sup> ANGELUS DE PERUSIO, *Super Codice*, ed. Lugduni 1561, comm. in C.9.13 *de raptu virginum*, 1. un. *Raptores*, n. 7, ff. 268rb-268va, ci ricorda che a Firenze una meretrice che aveva rapito «*quendam pulchrum iuvenem*» era stata condannata al rogo.

*nalibus* la legge non poteva essere oggetto di interpretazione estensiva, e quindi non ricorreva, nell'ipotesi presa in considerazione, la *eadem ratio*, poiché le leggi richiedevano alle donne una castità maggiore che non agli uomini<sup>69</sup>.

Alcuni giuristi, ma soprattutto Claro accettano quest'ultima concezione, ritenendola *mitior et tutior*, e perché nel caso di un ratto di un uomo, «*cessant omnia fere scandala de quibus mentionem fecit dicta lex unica*», e si propende per una condanna *citra mortem*, che sarà determinata dall'*arbitrium iudicis* «*secundum facti et personarum qualitatem*»<sup>70</sup>.

Un altro caso preso in esame ripetutamente dalla dottrina è quello dell'uomo che rapisce un altro uomo. Nel caso in cui il *raptus* avvenga *causa libidinis*, non vi sono dubbi per quanto riguarda l'applicabilità della pena prevista per il ratto. Ma tale crimine poteva essere compiuto anche per altri motivi, quale ad esempio il caso di giovani che venivano rapiti contro il volere dei parenti, per essere condotti alla guerra. In questo caso specifico, purché il rapito fosse consenziente, i *milites* erano esenti da pena. A questa opinione, fortemente sostenuta da Bartolomeo Cepolla<sup>71</sup> reagisce però Claro.

Sempre in dottrina sono discusse anche altre questioni riguardanti, ad esempio, casi in cui una donna rapisce un'altra donna, un uomo rapisce *suam sponsam* ed un uomo rapisce *suam uxorem*.

## 6. Le pene

I giuristi dell'età di diritto comune, nel determinare le pene applicabili al *crimen raptus*, si rifanno in maniera insistente alla già citata costituzione di Giustiniano del 533, ovvero, per la precisione a C.9.13.1<sup>72</sup>, in cui si fissano, in generale, una più energica repressione del ratto, ribadendo l'impossibilità di nozze riparatrici, autorizzando la giustizia privata contro il rapitore e i complici sorpresi in flagrante, ammessa dal legislatore

---

<sup>69</sup> CYNUS PISTORIENSIS, *op. cit.*, n. 3, f. 551ra; T. DECIANUS, *op. cit.*, lib. VIII, cap. VII, n. 27, f. 210vb.

<sup>70</sup> I. CLARUS, *Volumen cit.*, § *Raptus*, vers. *Sed pone, quod*, f. 41ra.

<sup>71</sup> B. CAEPOLLA, *In titulum de verborum et rerum significatione commentaria*, ed. Lugduni 1551, comm. in legem IX Marcellus, n. 6.

<sup>72</sup> C.9.13.1: vedi nota 62.

a scopo deterrente, «*ne igitur sine vindicta talis crescat insania*»<sup>73</sup>, e le sollecitazioni rivolte ai funzionari perchè ricerchino il colpevole fuggiasco; nell'ipotesi in cui il delitto riguardi donne nate libere, si fissa anche la confisca dei beni del rapitore<sup>74</sup> con l'attribuzione in proprietà della donna<sup>75</sup>; il processo deve svolgersi presso il foro nella cui giurisdizione è avvenuta la cattura del colpevole e si conclude con una sentenza inappellabile. Il divieto di appello, subordinato alla sicurezza e alla legittimità delle prove raggiunte, viene previsto allo scopo di arrivare alla definizione del procedimento il più celermente possibile<sup>76</sup>. L'esclusione della *praescriptio fori* non viene introdotta *ex novo*, ma subisce un ulteriore

---

<sup>73</sup> Nonostante si sia affermato appieno il principio secondo cui la repressione penale è prerogativa dello Stato, in questa circostanza l'Imperatore introduce, in via del tutto eccezionale, la possibilità che i soggetti lesi si facciano giustizia da sé. Secondo il Bonini la difesa privata è tanto più giustificabile nel caso di ratto di una *nupta*, in quanto ricorrono anche gli estremi del reato di adulterio. Cfr. R. BONINI, *op. cit.*, p. 173.

<sup>74</sup> Il legislatore stabilisce che la confisca del patrimonio da comminarsi al rapitore debba trovare applicazione anche nei confronti di coloro che abbiano in qualche modo agevolato la commissione del delitto, ossia i correi. A questo proposito vengono indicate varie figure di concorrenti a seconda che si tratti di persone che, pur non avendo preso parte all'atto, abbiano partecipato alla fase ideativa del reato (*conscii*) o, altrimenti, siano state pagate per eseguirlo materialmente (*ministri*) oppure abbiano dato ricovero al rapitore accettando di tenere nascosta la rapita (*eos susceperint*) o, infine, abbiano in qualche altro modo prestato la loro opera di favoreggiamento, cioè coloro che *quamcumque opem eis intulerint*.

<sup>75</sup> Per coloro che non abbiano partecipato direttamente alla fase di attuazione del reato, ovvero per coloro che «*in ipsa rapina, et invasione operam et opem praestiterint [...], si non actu rapinae, sed alias ante, vel post, huius criminis fuerint conscij, ministri, susceptores, vel quocumque alio modo ad delictum auxilium praestiterunt [...]*», era prevista esclusivamente la pena di morte. Cfr. P. FARINACIUS, *Praxis cit.*, q. CXLV, § *Raptus*, n. 11, f. 531a.

<sup>76</sup> L'Imperatore ripristina il divieto di appellare la sentenza di condanna che, già previsto da Costantino, sembrerebbe abrogato con due costituzioni conservate nel Codice Teodosiano: CTh.11.30.20 che ammette l'appello nei processi in cui sia in gioco la vita dell'imputato e CTh.11.30.57 che sembra prevedere la possibilità di appellare la sentenza in ogni caso. Quest'ultima disposizione viene accolta nel codice giustiniano, ma, nel caso specifico del ratto, su di essa prevale la *lex specialis*.

irrigidimento; la disposizione, infatti, in passato sembrerebbe non riguardare i cosiddetti *illustres*<sup>77</sup>, mentre ora interessa tutti i *raptores*, indistintamente. Non viene riproposta e risulta perciò abrogata, la prescrizione quinquennale dell'accusa introdotta nel 374, di modo che il delitto torna ad essere perseguibile in perpetuo.

Nel caso in cui soggetto passivo del reato sia una monaca, ovvero una *diaconissa Deo dedicata*, i beni confiscati al rapitore vengono utilizzati a loro vantaggio, per tutta la vita, *quoad usumfructum*, e poi *quoad plenum dominium*, al monastero o al convento dove esse sono consacrate<sup>78</sup>. La pena di morte per il rapitore è prevista anche in D.48.6.5.2, Inst.4.18.8 e in C.1.3.5<sup>79</sup>. C.9.13.1 prevede, per di più, che i parenti, i consanguinei, i tutori

---

<sup>77</sup> CTh.9.1.1 (a. 316/7) stabiliva il divieto della *praescriptio fori* per i *clarissimi*; in C.3.24.1, ove è riportata la costituzione, si precisa che ciò non vale per gli *illustres*. Cfr. L. DESANTI, *Giustiniano* cit., p. 197.

<sup>78</sup> C.1.3.53.3: «*Bona autem eorum, si hoc commissum fuerit vel in sanctimonialem virginem, quae in asceterio vel monasterio degit, sive eadem virgo diaconissa constituta sit sive non, eidem monasterio vel asceterio, ubi consecrata est, addicentur, ut ex his rebus et ipsa solacium habeat, dum vivit, sufficiens et res omnes sacrosanctum asceterium seu monasterium pleno habeat dominio*». Giustiniano tornerà ad occuparsi del regime del ratto delle donne *deo dedicate* in Nov.123.43 con cui saranno apportate alcune modifiche alla disciplina già dettata in precedenza; in particolare dispone che la donna che sia stata rapita venga rinchiusa, con tutti i suoi averi, in un monastero più sicuro, in modo tale che non possa più ricadere nell'errore. Si tratta di una forma di punizione a carico della donna consacrata di cui non si ha riscontro nelle costituzioni emanate prima, ma che richiama piuttosto la nozione di ratto di età costantiniana. In questo provvedimento, il recupero della pena a carico della rapita risponde probabilmente alla volontà dell'imperatore di preservare con ogni mezzo la moralità sessuale delle religiose.

<sup>79</sup> D.48.6.5.2: «*Qui vacantem mulierem rapuit vel nuptam, ultimo supplicio punitur et, si pater iniuriam suam precibus exoratus remiserit, tamen extraneus sine quinquennii praescriptione reum postulare poterit, cum raptus crimen legis Iuliae de adulteris potestatem excedit*»; Inst.4.18.8: «*Item lex Iulia de vi publica seu privata adversus eos exoritur, qui vim vel armatam vel sine armis commiserint. sed si quidem armata vis arguatur, deportatio ei ex lege Iulia de vi publica irrogatur: si vero sine armis, in tertiam partem bonorum publicatio imponitur. sin autem per vim raptus virginis vel viduae vel sanctimonialis vel aliae fuerit perpetratus, tunc et peccatores et ei, qui opem flagitio dederunt, capite puniuntur secundum nostrae constitutionis definitionem, ex qua haec apertius possibile est scire*»; C.1.3.5 vedi nota 57.

e i curatori, ed i *patroni vel domini* possano uccidere impunemente l'autore del *crimen raptus* e gli *auxiliores*, colti in flagrante<sup>80</sup>.

È necessario a questo punto continuare procedendo ad una rapidissima indagine storica, volta ad evidenziare che nel diritto germanico delle origini, il ratto non costituiva un illecito penale; esso, pur essendo certamente un atto violento, era considerato manifestazione leale e aperta di forza fisica. Le ragioni di questa configurazione possono ravvisarsi nelle peculiarità della coscienza dei Germani che poneva, innanzitutto, l'accento sull'aspetto morale dell'azione delittuosa: se infatti, il reo compiva un atto violento e lo manifestava apertamente, il reato non sussisteva; l'illecito si concretizzava esclusivamente se avesse agito con inganni e raggiri<sup>81</sup>.

Costantino, invece, con l'Editto del 320 aveva approntato per tale *crimen* un sistema repressivo molto duro<sup>82</sup>. Costanzo (nel 349) dispose, cor-

---

<sup>80</sup> La dottrina del periodo in questione discute se la "*facultas occidendi*" possa essere estesa in favore di persone diverse da quelle espressamente indicate, quali ad esempio gli ascendenti e i discendenti e se possa essere esercitata anche nei confronti di coloro che rapiscono un maschio. Cfr. BARTHOLOMEUS DE SALICETO, *op. cit.*, n. 6, f. 210vb; ALBERICUS DE ROSATE, In Secundam Codicis cit., n. 1, vers. *Item nota*, f. 198vb.

<sup>81</sup> Egli aveva fatto ricorso alla forza, per modificare una situazione giuridica, e nel suo comportamento non vi era nulla che dovesse essere represso con sanzioni penali. Se, invece, quella stessa azione di forza si era accompagnata all'inganno o al raggiro, ed era stata posta in essere senza che la comunità ne avesse avuto sentore, si produceva una responsabilità penale ben definita, che non si riferiva, evidentemente, all'azione in sè, ma a quel comportamento doloso e riprovevole dell'individuo, incapace di affrontare a viso aperto i rischi che la sua impresa comportava. M. SCOVAZZI, *Aspetti del diritto penale germanico*, in *Scritti di storia del diritto germanico*, vol. II, Milano 1975, p. 261.

<sup>82</sup> CTh.9.24.1: «*Si quis nihil cum parentibus puellae ante depectus invitam eam rapuerit vel volentem abduxerit, patrociniū ex eius responsione sperans, quam propter vitium levitatis et sexus mobilitatem atque consilii a postulationibus et testimoniis omnibusque rebus iudiciariis antiqui penitus arcuerunt, nihil ei secundum ius vetus prosit puellae responsio, sed ipsa puella potius societate criminis obligetur. Et quoniam parentum saepe custodiae nutricum fabulis et pravis suasionibus deluduntur, his primum, quarum detestabile ministerium fuisse arguitur redemptique discursus, poena imminet, ut eis meatus oris et faucium, qui nefaria hortamenta protulerit, liquentis plumbi ingestione claudatur. Et si voluntatis assensio detegitur in virgine, eadem, qua raptor, severitate plectatur, quum neque his impunitas praestanda sit, quae rapiuntur invitae, quum et domi se usque ad*

reggendo parzialmente l'impostazione di Costantino, la pena di morte non esacerbata nei confronti del rapitore<sup>83</sup>, una pena che avrebbe colpito anche

---

*coniunctionis diem servare potuerint et, si fores raptoris frangerentur audacia, vicinorum opem clamoribus quaerere seque omnibus tueri conatibus. sed his poenam leviolem imponimus solamque eis parentum negari successionem praecipimus. Raptor autem indubitate convictus si appellare voluerit, minime audiatur. Si quis vero servus raptus facinus dissimulatione praeteritum aut pactione transmissum detulerit in publicum, Latinitate donetur, aut, si Latinus sit, civis fiat Romanus: parentibus, quorum maxime vindicta intererat, si patientiam praebuerint ac dolorem compresserint, deportatione plectendis. Participes etiam et ministros raptoris citra discretionem sexus eadem poena praecipimus subiugari, et si quis inter haec ministeria servilis condicionis fuerit deprehensus, citra sexus discretionem eum concremari iubemus». INTERPRETATIO. «Si cum parentibus puellae nihil quisquam ante definiat, ut eam suo debeat coniugio sociare, et eam vel invitam rapuerit vel volentem, si raptori puella consentiat, pariter puniantur. Si quis vero ex amicis aut familia aut fortasse nutrices puellae consilium raptus dederint aut opportunitatem praebuerint rapiendi, liquefactum plumbum in ore et in faucibus suscipiant, ut merito illa pars corporis concludatur, de qua hortamenta sceleris ministrata noscuntur. Illae vero, quae rapiuntur invitae, quae non vocibus suis de rapto clamaverint, ut vicinorum vel parentum solatio adiutae liberari possent, parentum suorum eis successio denegetur. Raptori convicto appellare non liceat, sed statim inter ipsa discussionis initia a iudice puniatur. Quod si fortasse raptor cum parentibus puellae paciscatur, et raptus ultio parentum silentio fuerit praetermissa, si servus ista detulerit, Latinam percipiat libertatem, si Latinus fuerit, civis fiat Romanus. Parentes vero, qui raptori in ea parte consenserint, exsilio deputentur. Qui vero raptori solatia praebuerint, sive viri sive feminae sint, ignibus concrementur». Per approfondimenti cfr. L. DESANTI, *Costantino, il ratto e il matrimonio riparatore*, in *SDHI*, vol. LII, 1986, pp. 195 ss.: secondo l'Autrice CTh.9.24.1 costituisce la più antica ed esaustiva regolamentazione di questo crimine, in quanto getta le basi della disciplina del ratto di vergini, vedove e santimoniali, e l'elemento caratterizzante della legge è l'assoluta intolleranza nei confronti del fenomeno, contro cui l'Imperatore scatena una durissima repressione.*

<sup>83</sup> CTh.9.24.2: «*Quamvis legis prioris extet auctoritas, qua inclytus pater noster contra raptos atrocissime iusserat vindicari, tamen nos tantummodo capitalem poenam constituimus, videlicet ne sub specie atrocioris iudicii aliqua in ulciscendo crimine dilatio nasceretur. In audaciam vero servilem dispari supplicio mensura legum impendenda est, ut perurendi subiciantur ignibus, nisi a tanto facinore saltem poenarum acerbitate revocentur*». La costituzione di Costantino, inspiegabilmente, non dice nulla intorno alla pena riservata al rapitore. È infatti una legge di Costanzo (CTh.9.24.2) a farci intravedere la posizione assunta da Costantino al riguardo.

il rapitore di monache; Graziano (nel 374) stabilì la prescrizione quinquennale per l'esercizio dell'azione penale<sup>84</sup>; Onorio (nel 420) mitigò le pene, stabilendo che il rapitore di una vergine consacrata a Dio dovesse essere punito con la deportazione e la confisca dei beni<sup>85</sup>.

Il diritto longobardo probabilmente per influsso del diritto romano, rispetto al diritto penale delle origini, si evolve verso la penalizzazione del ratto; evoluzione questa che procede di pari passo con il mutare della condizione giuridica della donna, considerata da Liutprando, come vittima del reato assieme ai parenti<sup>86</sup>.

Il *raptus* in questa fase del diritto longobardo, di norma, era oggetto di composizione pecuniaria, fissata nell'ammontare di novecento soldi, che dovevano essere assegnati per metà alla corte regia e per metà ai parenti della vittima, nel caso in cui la donna vergine fosse stata rapita a scopo di matrimonio. Qualora la donna fosse stata rapita *violento ordine*, il rapitore oltre ad essere soggetto alla suddetta sanzione pecuniaria, doveva acqui-

---

Costanzo, pertanto, al dichiarato scopo di mitigare l'atroce disciplina precedente, infligge al rapitore di condizione libera la "semplice pena capitale". Questo ci fa presupporre che la sanzione prevista anteriormente, evidentemente più grave, doveva consistere nella morte attraverso uno dei *summa supplicia*. È probabile, si sostiene, che il riferimento alla pena del rapitore sia stato eliminato dai compilatori del Teodosiano, i quali hanno preferito accogliere la regolamentazione, certamente più mite, introdotta da Costanzo nel 349. Su quest'ultimo punto si veda, R. BONINI, *op. cit.*, p. 170; L. DESANTI, *Costantino, il ratto cit.*, p. 214.

<sup>84</sup> CTh.9.24.3: «*Qui coniugium raptus scelere contractum voluerit accusare, sive propriae familiae dedecus eum moverit seu commune odium delictorum, inter ipsa statim exordia insignem recenti flagitio vexet audaciam. Sed si quo casu quis vel accusationem differat vel reatum et opprimi e vestigio atrociter commissa nequiverint, ad persecutionem criminis ex die sceleris admissi quinquenii tribuimus facultatem. Quo sine metu interpellationis et complemento accusationis exacto nulli deinceps copia patebit arguendi nec de coniugio aut subole disputandi*». INTERPRETATIO. «*Si accusationem raptus vel per metum vel per voluntatem per quinquennium quisquam distulerit, a die raptus expleto quinquennio, accusandi ultra non habeat potestatem, sed post quinquennium nec de tali coniunctione raptoribus aliquid opponatur, et filii omnes legitimi habeantur*».

<sup>85</sup> Cfr. G.P. MASSETTO, *op. cit.*, p. 735.

<sup>86</sup> Per quanto concerne la condizione giuridica della donna nei diritti germanici, in generale, ed in particolare, sulla classificazione del ratto fra i reati contro la proprietà, si faccia riferimento a P.M. ARCARI, *Idee e sentimenti politici dell'Alto Medioevo*, Milano 1968, pp. 474 ss. e p. 482.

stare il *mundio*<sup>87</sup>, che normalmente, ma non necessariamente spettava al padre, era «*exstimabilis*», «*alienabilis*» e che «*ad instar hereditatis*», poteva passare «*a persona in personam*»<sup>88</sup>. Nell'eventualità che la rapita fosse morta prima che il rapitore *mundium eius faciat*, costui avrebbe dovuto sottostare ad una *compositio* parificata nel suo ammontare a quella dovuta nel caso di uccisione di un uomo della stessa famiglia, ed in particolare il fratello<sup>89</sup>. Successivamente, grazie ad una politica legislativa di Liutprando favorevole alla donna, quest'ultima divenne destinataria di una parte della *compositio*, ed in ciò si rivela anche una successiva e diversa valutazione del reato, che viene configurato adesso come *iniuria* e *detractio* nei confronti della vittima stessa. Sempre Liutprando, nel procedere ad una diversa ripartizione dei novecento soldi di multa, stabilì che la rapita concorresse con il mundoaldo nella riscossione della composizione. Qualora la donna fosse già stata promessa in sposa ad un'altra persona, ai novecento soldi si aggiungeva una sanzione consistente nel pagamento del doppio della *meta*<sup>90</sup>, firmata il giorno degli sponsali.

Con Carlo Magno, nella legislazione carolingia, le pene assumono un carattere essenzialmente religioso: per fare solo un esempio, il rapitore di una *puella desponsata*, doveva essere sottoposto alla pena della penitenza e nell'evenienza a quella della scomunica. Ludovico il Pio, alle pene già previste da

---

<sup>87</sup> Il matrimonio germanico ha alla sua base due negozi giuridici: la promessa bilaterale che viene stretta fra il titolare del *mund* sulla donna (mundoaldo) e lo sposo, in virtù della quale il primo s'impegna a consegnare e il secondo a ricevere come moglie la donna (*desponsatio*), e in un secondo momento, la *traditio* della donna stessa, che in ambedue i negozi figura come oggetto (*res tradita*) e non come soggetto, essendo incapace di diritto. Lo sposo acquista il *mundio* sopra di essa, sborsando una somma che ne rappresenta il prezzo. Cfr. F. CALASSO, *Medio Evo del Diritto*, I - *Le Fonti*, Milano 1954, pp. 128-129.

<sup>88</sup> M. BELLOMO, voce: *Famiglia* (dir. intermedio), in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano 1967, p. 745.

<sup>89</sup> Roth. 187: «*et ille vir, qui eam violento ordine tulerit uxorem, componat eam mortua, tamquam si virum de similem sanguinem, id est si fratrem eius occidisset: ita adpretietur et parentibus pro mortua componere cogatur, aut cui mundis de ea pertenerit*».

<sup>90</sup> La *meta* o prezzo non è altro che un patrimonio inalienabile di garanzia per la donna se sarà cacciata senza sua colpa, o rimarrà vedova. Tuttavia "meta" si trova pure nel significato di assegno alla sposa oltre il prezzo del *mundio*. Cfr. P. TORELLI, *Lezioni di storia del diritto italiano*, *Diritto privato*, *La famiglia*, Milano 1947, p. 109.

Rotari, per il ratto della *sponsa* altrui<sup>91</sup> aggiunge quella del bando pecuniario (sessanta soldi) e dell'esilio, mentre Lotario sancisce che il rapitore «*vero adulterii criminis reus teneatur*». Per il diritto canonico, il ratto configurato come *crimen*, viene punito sostanzialmente con pene spirituali, quali: la scomunica *ferendae sententiae* e la pubblica penitenza per i laici; la deposizione per gli ecclesiastici; ma occorre sottolineare che, queste stesse pene sono ugualmente previste nei confronti dei *faventes*, cioè di coloro che abbiano partecipato, portato aiuto, favore o consiglio al compimento del *crimen*<sup>92</sup>.

I giuristi dell'età intermedia si trovarono, in conclusione, davanti ad una complessa varietà normativa, completata dalle fonti dello *ius proprium* ossia dalla legislazione statutaria<sup>93</sup> che tra l'altro poneva sicuramente problemi di coordinamento con lo *ius commune*. La legislazione statutaria presenta, infatti, per quanto concerne la repressione del *crimen raptus* una notevole varietà<sup>94</sup>. Vi sono Statuti che prevedono la pena di morte, altri contemplanano anche la confisca dei beni, nonché quelli che ispirati senz'altro da mitezza

---

<sup>91</sup> Roth. 211: «*Si liber aut servus uxorem alterius tulerit, eamque sibi in coniugium sociaverit, ambo occidantur, si tamen ambo consenserint*». Viene interpretato dal Pertile nel senso che per il ratto dell'altrui moglie sia prevista la pena di morte, pena che avrebbe colpito anche la donna, se consenziente; in realtà questa norma è da riferirsi all'ipotesi che il marito uccida lecitamente l'autore del ratto, nonché la donna che abbia acconsentito al ratto stesso. Cfr. A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero romano alla codificazione*, V. *Storia del diritto penale*, Torino 1892, p. 531.

<sup>92</sup> Il Concilio di Trento contemplerà la scomunica *ipso iure* per i laici e la deposizione per i chierici e comminerà, inoltre, quelle dell'infamia perpetua e dell'incapacità in ordine a qualsiasi dignità, prevedendo per il rapitore l'obbligo di dotare la donna «*decenter arbitrio iudicis*». Sulle pene previste dal diritto canonico, comprese quelle irrogate dal Concilio di Trento, cfr. T. SANCHEZ, *op. cit.*, lib. VII, disp. XII, n. 1, f. 38b; P. FARINACIUS, *Praxis cit.*, q. CXLV, § *Raptus*, n. 19, f. 531b.

<sup>93</sup> La violenza nei confronti delle donne, nubili, vedove, maritate e persino delle monache, sembra rivelarsi un problema molto serio per le autorità cittadine che si ponevano tra l'altro il compito della moralizzazione della vita della città. Di particolare interesse sul tema si rivela lo studio di R. COMBA, «*Appetitus Libidinis Cohercetur*». *Strutture demografiche, reati sessuali e disciplina dei comportamenti nel Piemonte tardomedievale*, in *Stud. stor.*, 1986, 3, pp. 529-576.

<sup>94</sup> Generalmente gli statuti presentano una casistica minuziosa delle pene in relazione alla condizione della donna, al luogo in cui è avvenuta la violenza, alla pubblicità del fatto ecc. Con notevole precisione e meticolosità lo Statuto di Ferrara enumera le possibili variazioni sul tema del ratto e dello stupro e le relative pene. Lo Statuto di Chianciano condizionava il pagamento della multa alle grida ed alle richieste di aiuto

nei confronti del rapitore, sanciscono che il ratto di donna onesta sia punito con una semplice sanzione pecuniaria che, come abbiamo già avuto modo di sottolineare, era in genere prevista come pena per il ratto della meretrice<sup>95</sup>.

## 7. Il ratto in rapporto al matrimonio

Una volta definito il ratto sotto il profilo penale è senz'altro necessario considerarlo nei suoi rapporti con il matrimonio. Il matrimonio, contratto in seguito al ratto era, secondo le leggi romane, considerato invalido, pertanto il ratto costituiva un impedimento dirimente<sup>96</sup>.

Già a partire dal IX secolo, nella Chiesa occidentale, il matrimonio del rapitore con la donna rapita è interdetto, anche se non viene messa in dubbio la sua validità nel caso in cui, nonostante la proibizione, esso sia stato ugualmente contratto. Le parole che ricorrono nei canoni stabiliscono la *prohibitio* (proibizione che comporta la nullità), non la *irritatio* (irregolarità) del matrimonio<sup>97</sup>. Affinché il matrimonio sia possibile, occorre non solo che la volontà della donna sia pienamente autonoma, ma che costei sia libera dal potere del rapitore. Infatti, il Concilio di Trento valutando quanto fosse poco affidabile il consenso della donna che si trovi ancora *in potestate raptoris*, sancirà che «*raptus pro eo tempore est impedimentum dirimens*», da cui scaturisce che il matrimonio, fondato sul consenso prestato dalla donna in quel particolare momento, non ha alcun valore.

Da questa enunciazione scaturirono in dottrina non pochi dubbi interpretativi. Si discusse inizialmente a quale specie di ratto il Sinodo avesse inteso riferirsi, e cioè al ratto compiuto *causa contrahendi matrimonii*, oppure

---

fatte dalla vittima e ad alta voce, ma se la donna non avesse gridato non era prevista alcuna ammenda per il colpevole. Cfr. M.T. GUERRA MEDICI, *op. cit.*, pp. 326-327.

<sup>95</sup> Mentre gli Statuti di Roma, punivano il ratto della meretrice con il taglio della mano destra, o con il carcere, tortura e fustigazione secondo le condizioni della persona e le circostanze del fatto, ovvero, da ultimo, con l'esilio «*arbitrio Senatoris et Iudicum*», per quelli bolognesi il ratto di «*meretrix publica vel ruffiana vel mulier malae fama*» rimaneva impunito. Cfr. G.P. MASSETTO, *op. cit.*, p. 737.

<sup>96</sup> Tale concetto deriva non tanto da C.9.13.1.2, ove il matrimonio risulta essere “*prohibitum*” ma non “*cassatum*” quanto piuttosto da Nov.143(150). Si vedano inoltre, T. DECIANUS, *op. cit.*, lib. VIII, cap. VI, n. 9, f. 205rab; T. SÁNCHEZ, *op. cit.*, lib. VII, disp. XII, n. 41, f. 45a.

<sup>97</sup> G.P. MASSETTO, *op. cit.*, p. 737.

al ratto in genere, qualunque sia stata la causa che avesse indotto il rapitore a commettere il fatto criminoso. Riferendoci alla teoria del Bonacina, possiamo affermare che anche il ratto commesso da colui che «*abduxit tantum causa explendae libidinis*» la donna, deve rientrare nella previsione conciliare e quindi deve essere punito con le sanzioni comminate dal cap. IV<sup>98</sup>. Intenzione del Concilio fu di innovare le pene previste per *antiquos canones* nei confronti del rapitore e che erano applicabili a coloro che avessero compiuto il ratto *causa libidinis*. La disposizione conciliare mirava, inoltre, a tutelare la *libertas matrimonii*, libertà che viene violata in ogni caso, qualunque sia stata la *intentio raptoris*. Si aggiunge, inoltre, che la pena prevista nei confronti del rapitore e di colui che gli ha prestato *auxilium*, qualora si tratti di ecclesiastici, sia quella della deposizione: il fatto che si contempra questa ultima ipotesi e cioè il caso in cui il rapitore sia un *clericus*, ci porta a concludere che il ratto non debba essere stato necessariamente determinato «*causa ineundi matrimonii*».

In dottrina si discuteva, inoltre, se il ratto compiuto *foemina consentiente*, ma *invitis parentibus*, costituisca o no impedimento dirimente al matrimonio. Alcuni giuristi propendevano per la soluzione affermativa; di parere contrario era invece il Sánchez, secondo il quale la volontà dei parenti non ha e non deve avere alcun rilievo circa il matrimonio della donna rapita, la cui libera volontà sarà tutelata dal Concilio di Trento. In realtà, affinché il matrimonio tra il rapitore e la donna che *violenter* sia stata rapita sia valido, è necessario che «*raptam ad pristinam libertatem restitui, ac in loco tuto reponi*»<sup>99</sup>. Il fatto stesso che debba ricorrere questa condizione costituisce un elemento decisivo per sostenere che il Concilio, nel disciplinare tale impedimento abbia inteso riferirsi in modo esclusivo al ratto compiuto con l'esercizio della violenza materiale nei confronti della donna e non a quello messo in pratica mediante la violenza psicologica.

Un altro problema che viene affrontato in dottrina sotto il profilo penalistico è se il rapitore possa o no contrarre matrimonio con la rapita e questo ci viene testimoniato dal fatto che si è discusso se il rapitore, intervenuto il

<sup>98</sup> M. BONACINA, De magno matrimonii sacramento, in Opera omnia, t. 1, ed. Lugduni 1654, q. IV *De iis quae pertinent ad usum matrimonii*, punc. XVIII, prop. I, n. 2, p. 386a.

<sup>99</sup> Oltre, come è ben ovvio, alla prestazione del consenso. T. SÁNCHEZ, *op. cit.*, lib. VII, disp. XII, n. 31, f. 44a; C.A. DE ROSA, *op. cit.*, lib. II, cap. V, nn. 15 ss., ff. 152b-153a.

matrimonio, debba essere sottoposto ugualmente alle pene previste per il ratto<sup>100</sup>. Esistono due opinioni radicalmente contrapposte. Sostenitori della soluzione affermativa sono tra gli altri, Paolo di Castro<sup>101</sup>, Ippolito de' Marsili<sup>102</sup> e il Deciano<sup>103</sup>; tra i sostenitori di quella negativa, Matteo degli Afflitti. Lo stesso Gómez riteneva che per quanto il matrimonio contratto fosse valido in base al diritto canonico, questo non poteva nulla in ordine alle pene irrogate dal diritto secolare «*in terris Imperii*»<sup>104</sup>. Claro non era concorde con il Gómez, ma solo su un punto non aveva dubbi, e cioè sul fatto che la confisca dei beni dovesse essere applicata, «*non obstante matrimonio, etiam de iure canonico*»<sup>105</sup>. Questa opinione era stata già condivisa da Bartolomeo da Saliceto<sup>106</sup>. Altri giuristi ancora, per risolvere la questione, si affidavano, come abbiamo già avuto modo di riscontrare in Gómez, ad un criterio fondato sulla separazione dei due ordinamenti; di conseguenza la prima delle opinioni trattate trovava luogo nelle terre sottoposte alla giurisdizione della Chiesa, nelle quali veniva osservato il diritto canonico, che considerava valido il matrimonio tra il rapitore e la rapita; le cose si rivelavano invece diverse, *in terris Imperii*, nelle quali nonostante il matrimonio, dovevano essere applicate le pene previste per il ratto.

In entrambi i casi vengono ad ogni modo proposte delle soluzioni. Da un lato, non si può ritenere che nelle terre della Chiesa restino del tutto impuniti i *raptores* che, dopo il ratto, sia pure con il consenso dei parenti, contraggano matrimonio con la rapita: se non venisse applicata alcuna pena, i canoni non avrebbero fatto altro che aprire una via molto facile «*ad capien-*

---

<sup>100</sup> Per l'impostazione di questa problematica cfr. I. CLARUS, Volumen cit., § *Raptus*, vers. *Quaero modo*, f. 41ra.

<sup>101</sup> Il matrimonio «*omnem poenam tollit*» purché sia intervenuto il consenso e della donna e dei genitori. Il consenso di questi ultimi è necessario perché cessi «*omnis praesumptio metus*». Cfr. PAOLO DI CASTRO, In primam Codicis partem Commentaria, ed. Venetiis 1550, in C.1.3 *De episcopis et clericis*, l. 41 *Raptores*, n. 5, f. 23ra.

<sup>102</sup> H. DE MARSILIIS, Consilia, ed. Venetiis 1573, cons. LXI, nn. 3 e 20-22, f. 474ab e f. 477ab.

<sup>103</sup> Cfr. T. DECIANUS, *op. cit.*, lib. VIII, cap. XIII, n. 48, ff. 219rb-219vb, il quale però dissente, rispetto all'opinione di Paolo di Castro, circa l'occorrenza del consenso dei genitori.

<sup>104</sup> G.P. MASSETTO, *op. cit.*, p. 741.

<sup>105</sup> I. CLARUS, Volumen cit., § *Raptus*, vers. *Quaero modo*, f. 41rb.

<sup>106</sup> BARTHOLOMAEUS DE SALICETO, *op. cit.*, n. 12, f. 211ra.

*dum uxores per vim, cum, rapta et deflorata puella, facile sit habere consensum a parentibus eiusdem puellae*»<sup>107</sup>. Del resto lo stesso Concilio di Trento aveva disposto che il rapitore, nonostante «*in uxorem habeat*» la rapita, sia sottoposto alle pene previste per il ratto<sup>108</sup>. Il che, sia ben chiaro, non implica una lesione al principio del *favor matrimonii* dal momento che «*non ea poena imponitur ob contractum matrimonii, sed ob raptus delictum, solumque decemitur, non eximi raptorem ab ea poena, quamvis raptam ducat*»<sup>109</sup>. Dall'altro lato, neanche nelle terre dell'Impero il principio per cui il rapitore che contrae matrimonio con la rapita debba essere punito può trovare una severa applicazione. Che il rapitore debba essere sottoposto a sanzione è fuori discussione, perché altrimenti sorgerebbero "scandali"<sup>110</sup>, ma, diversamente, ingiusta appare l'applicazione della pena ordinaria «*maxime quando erat mortis naturalis*», in quanto «*matrimonium vix contractum statim dissolvatur morte viri violenta, et provisio iuris canonici contra ius frustratoria videatur, et frivola permettendo matrimonium illico dissolvendum [...]*»<sup>111</sup>.

Si impone, di conseguenza, l'applicazione di una pena straordinaria<sup>112</sup> a condizione che, come sostenne Mariano Socino jr. il rapitore avesse agito non solo «*animo contrahendi matrimonii*», ma anche «*animo non cognoscendi eam antequam cum ea in facie Ecclesia, illam desponset*»<sup>113</sup>. A rigor di logica *praedicta procedunt* quando, prima del ratto, siano intervenuti «*sponsalia de futuro, et tractatus matrimonii*» tra il rapitore e la rapita, la quale abbia in un secondo momento acconsentito al ratto stesso: in questo caso, infatti, una volta che sia avvenuto il matrimonio, «*impunibilis est raptus*».

Rimaneva ancora da risolvere la questione relativa agli *sponsalia de futuro*: il ritenere che si dovesse stare o meno alle affermazioni delle parti circa

<sup>107</sup> P. FARINACIUS, Praxis cit., q. CXLV, § *Raptus*, n. 100, f. 537b. Inoltre, T. SÁNCHEZ, *op. cit.*, lib. VII, disp. XII, n. 16, f. 40b.

<sup>108</sup> In questo senso, P. CABALLUS, *Resolutionum criminalium*, ed. Venetiis 1607, cas. 196, n. 6, f. 447b.

<sup>109</sup> T. SÁNCHEZ, *op. cit.*, lib. VII, disp. XIII, n. 1, ff. 46b-47a.

<sup>110</sup> M.A. SABELLUS, *Summa diversorum tractatum*, t. IV, ed. Venetiis 1715, lib. XVI, § *Raptus*, n. 8, f. 2b.

<sup>111</sup> P. CABALLUS, *op. cit.*, cas. 196, n. 7, f. 448ab.

<sup>112</sup> Cfr. G.P. MASSETTO, *op. cit.*, p. 742.

<sup>113</sup> Nel caso sottoposto all'esame del giurista senese non solo ricorreva l'*animus*, ma, in realtà, il rapitore "*publice desponsavit*" la donna rapita "*priusquam illam carnaliter cognoverit*". Cfr. M. SOCINUS, *Consiliorum sive malis responsorum*, vol. III, ed. Venetiis 1580, cons. V, n. 1, f. 11ra.

l'effettiva conclusione di questo genere di sponsali era decisivo per i giuristi, convinti che, qualora fosse stato concluso il matrimonio, «*tollatur omnis poena iuris communis, vel municipalis pro raptu imposita*» ovvero che, almeno, dovesse essere applicata una pena «*mitior pro motu iudicis*»<sup>114</sup>. Ma non mancava chi, contrariamente, riteneva imprescindibile la conclusione degli *sponsalia de praesenti*: gli *sponsalia de futuro* non apparivano infatti sufficienti ad evitare le pene in quanto «*sponsa de futuro potest quandocumque poenitere non sequuta copula, et sponsa postmodum sponsa esse desinit*»<sup>115</sup>.

Nella prima metà del XVIII secolo, il Bassani<sup>116</sup> avrebbe sintetizzato la problematica distinguendo, in dottrina, due linee di tendenza: da una parte, quella che riteneva necessario il ricorso di tre condizioni affinché il rapitore non incorresse nelle pene previste dal diritto civile: «*Prima, quod puella abductioni consentiat; secunda, quod praecesserint sponsalia; tertia, quod matrimonium subsecutum sit*»<sup>117</sup> e dall'altra, quella che «*primas dumtaxat duas conditiones necessaria esse tenet [...]*»<sup>118</sup>.

Alle soglie dell'età della codificazione, semplificando ulteriormente e allo stesso tempo cercando di districare l'intricata questione, il Carmignani sosteneva che, laddove *ex post facto* la rapita avesse senza alcun impedimento acconsentito al matrimonio con l'autore del ratto e concorressero i requisiti necessari alle giuste nozze, «*legibus moribusque receptum est ut raptus poena remittatur*», anche se *vis armata* o per essere più precisi *improbae circumstantiae* avessero accompagnato il ratto<sup>119</sup>.

---

<sup>114</sup> P. CABALLUS, *op. cit.*, cas. 196, n. 11, f. 449b.

<sup>115</sup> I.D. RAYNALDI, *op. cit.*, t. II, ad cap. XXII, § XI, XII, XIII, nn. 45-47, f. 359b.

<sup>116</sup> M.A. BASSANI, *Theorico-praxis criminalis*, ed. Venetiis 1792, lib. I, cap. XVI, n. 192, f. 90b.

<sup>117</sup> È questo il pensiero di T. SÁNCHEZ, *op. cit.*, lib. VII, disp. XII, n. 15, f. 40b.

<sup>118</sup> P. FARINACIUS, *Praxis cit.*, q. CXLV, § *Raptus*, nn. 88 ss., f. 536b; ivi § *Vis*, n. 134, f. 541b.

<sup>119</sup> J. CARMIGNANUS, *op. cit.*, § 1164, pp. 180-181; A. CREMANUS, *De iure criminali*, art. VII, *De raptu*, n. 11, pp. 451-452.

VITTORIO PARLATO

*IL MATRIMONIO NELLE CHIESE ORTODOSSE*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 1.2 Comparazione nel diritto matrimoniale. – 2. Il matrimonio come sacramento. – 3. La normativa. – 4. I requisiti: unità ed indissolubilità. – 5. La solubilità *cum damno, in specie*. – 6. Applicazione del principio di *oikonomia*. – 7. Gli impedimenti matrimoniali dirimenti. – 8. La forma di celebrazione. – 9. Procedure di divorzio. – 10. Il matrimonio civile.

**1. Le Chiese ortodosse.**

Chiese ortodosse vennero chiamate quelle chiese, orientali ed occidentali, che nel V secolo accettarono il dogma cristologico definito nei primi quattro concili ecumenici, senza cadere né nell'eresia nestoriana, né in quella monofisita.

Dopo la definitiva frattura del 1054 tra Roma e Costantinopoli, si indicarono con il termine *ortodosse* le chiese della tradizione bizantina, prive della comunione con la chiesa di Roma, ma fedeli ai dogmi stabiliti nei primi sette concili ecumenici e furono qualificati *ortodossi* i fedeli di quelle chiese<sup>1</sup>.

---

Testo riveduto ed ampliato della lezione tenuta per il corso di *Diritto comparato delle religioni* nell' Università di Torino il 24 aprile 2013.

<sup>1</sup> Non tratto né dei cristiani armeni, etiopi ed eritrei, né, tanto meno, di comunità sedicenti ortodosse sorte per antichi scismi, quali quelle vetero-calendariste, né di altre costituitesi per iniziative recenti di singoli o piccoli gruppi più recenti. Non tratto del matrimonio neanche di alte chiese che possono essere ricomprese nel termine ortodosso, ma usato in senso *lato* ed improprio, anche le chiese pre-calcedoniane (quelle che non accettarono il dogma calcedoniano) che sarebbe più esatto chiamare *Antiche Chiese d'Oriente*: queste ultime sono la chiesa copta, la chiesa etiopica, la chiesa sira, la chiesa malankarese e la chiesa armena che di recente si sono auto-qualificate ortodosse, cui si aggiunge la chiesa assira o nestoriana che rifiuta il dogma sancito nel concilio di Efeso del 431. Due di queste chiese pre-calcedoniane, quelle sira e copta, nate da scismi negli antichi patriarcati di Antiochia e di Alessandria, formano, ed hanno tutt'oggi, una propria gerarchia contrapposta a quella ortodossa.

Oggi si parla comunemente di chiese ortodosse, in senso stretto, al plurale, in quanto non esiste una chiesa ortodossa, ma una comunione di chiese ortodosse, che, pur aventi un'unità di fede, di culto e di disciplina giuridica relativa ai *Sacri canones* e a poche norme generali comuni, costituiscono, in realtà, altrettante chiese *autocefale* o *autonome*<sup>2</sup> ciascuna con propria gerarchia, propria costituzione, proprie circoscrizioni ecclesiastiche.

Esse si considerano chiese sorelle e si riconoscono a vicenda, tramite lettere di comunione che si scambiano tra di loro i singoli pastori supremi.

I principî rivendicati dalla Chiesa bizantina dal secolo V per esercitare un primato sulle chiese del mondo greco e su tutto l'Oriente, riassumibili nel *principio di accomodamento* per il quale l'organizzazione territoriale civile è ispiratrice e condizionatrice di quella ecclesiastica e che la maggior importanza civile di una città determina il maggior rango ecclesiastico del vescovo lì residente, hanno fatto sì che oggi, non solo, non si possa parlare di *una* chiesa ortodossa, ma che si abbiano tante chiese ortodosse quanti sono gli Stati dell'Europa orientale, oltre agli antichi patriarcati di Alessandria, Antiochia e Gerusalemme

Questo modo di essere ha anche un fondamento nel can. XXXIV dei *Canoni degli Apostoli* (IV secolo); esso espressamente prevede che tutti i vescovi di una stessa etnia possano raggrupparsi in un organismo unitario e compatto sotto la guida di un primate da loro liberamente eletto.

---

<sup>2</sup> Quattordici sono chiese sono *autocefale*: gli antichi patriarcati di Costantinopoli, Alessandria, Antiochia e Gerusalemme, e i nuovi Mosca, Serbia, Romania, Bulgaria, Georgia e gli arcivescovati di Cipro, di Grecia, di Albania, di Polonia, dei Paesi Cechi e Slovacchi, queste sono chiese che hanno raggiunto una piena indipendenza e non ammettono ingerenze di altra chiesa nei loro affari interni.

*Autonome* sono invece quelle chiese che ancora non sono ritenute capaci dell'autogoverno, ma o per ragioni storiche o politiche, chiese di Stati indipendenti, ottengono un autogoverno limitato. L'autonomia fa sì che la chiesa che la possiede abbia il diritto di eleggere i propri vescovi, mantenendo tuttavia un legame con la chiesa madre che comporta, tra l'altro, la conferma all'elezione del loro vescovo primate (ad es. la chiesa di Finlandia, autonoma rispetto a Costantinopoli). Sull'organizzazione attuale delle chiese ortodosse rinvio a: V. PARLATO, *Le Chiese d'Oriente tra storia e diritto, Saggi*, Torino, Giappichelli, 2003, nonché agli scritti di V. PARLATO e di G. GRIGORIȚĂ in V. PARLATO, *Cattolicesimo e ortodossia alla prova, Interpretazioni dottrinali e strutture ecclesiali a confronto nella realtà sociale odierna, Saggi*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2010.

## 1.2. Comparazione nel diritto matrimoniale.

Nello studio del diritto canonico c'è anche l'interesse della comparazione tra diverse concezioni ecclesiali, e, nel caso in specie, paragonare la normativa e la prassi consolidata nelle due realtà ecclesiali diverse: quelle della chiesa cattolica, quelle della comunione delle chiese ortodosse; normative e prassi che, pur partendo da un medesimo dato scritturistico, in alcuni casi sono difformi in quanto condizionati da differenti presupposti teologici, pastorali, storici e sociali; il fondamento scritturistico è comune, comuni sono anche i principî contenuti nei *sacri canones* del primo millennio; la differente normazione odierna è dovuta all'accentuazione di altri principî, principî che si possono qualificare come 'secondari', ma che hanno permeato le specifiche realtà ecclesiali; essi sono costituiti come dati di base da cui derivano necessariamente soluzioni giuridiche difformi.

Principî 'secondari' non vuol dire principî di minore importanza, ma principî che si aggiungono agli altri comuni, principî che sono nati per una interpretazione teologica o giuridica diversa dello stesso dato scritturistico cui fanno almeno implicito riferimento; principî che sono stati determinati da fattori storici anche secolari, dalla prevalenza del trascendente o della razionalità, da consuetudini e valutazioni sociali e pastorali, da esigenze contingenti, poi divenute irrinunciabili.

L'ecclesiologia ortodossa non vuole ricorrere alle categorie giuridiche per esprimere la realtà ecclesiale<sup>3</sup>. La Chiesa è una *comunione* di vita e di amore che riflette il rapporto esistente tra le Persone della Santissima Trinità, pertanto essa non può essere descritta come una società temporale, definita per il rapporto esistente tra autorità e soggetti, ma deve essere presentata come manifestazione di una realtà spirituale<sup>4</sup>.

La chiesa di Roma tende ad una fede e ad un'ecclesiologia essenzialmen-

---

<sup>3</sup> Y. CONGAR, *De la communion des églises à une ecclésiologie de l'église universelle*, in *L'épiscopat et l'église universelle*, Paris, Du Cerf, 1962, p. 255, scrive che all'inizio del secondo millennio per meglio distinguere i due poteri quello pontificio e quello imperiale la canonistica romana affermò che la Chiesa è una società indipendente, con proprio diritto, propria autorità e un proprio fine, un fine spirituale, quello della salvezza delle anime. Tale evoluzione della concezione Chiesa non trovò corrispondenza in Oriente.

<sup>4</sup> Y. CONGAR, *De la communion des églises à une ecclésiologie de l'église universelle* cit., p. 249-250.

te razionale, stabilisce dei principî da cui derivano altri, come necessaria conseguenza logica, ed in questa ottica opera anche la morale e la teologia sacramentaria: ogni comportamento umano è valutato alla luce della debita conoscenza delle sue implicazioni da parte del soggetto agente, e della sua deliberata volontà di compierlo<sup>5</sup>; anche la validità ed efficacia dei sacramenti amministrati in base a presupposti diversi portano a soluzioni difformi.

Nella realtà ortodossa si preferisce non definire con formule precise ogni principio fideistico, la fede è quella definita nei concili ecumenici del primo millennio; il principio dell' *oikonomia* – un' *habilitas* ecclesiastica a derogare in concreto i canoni quando lo richiedano le mutate realtà dei tempi in funzione della salvezza delle anime – permette un'applicazione della morale e del diritto che tenga presente la debolezza dell'essere umano.

Così il matrimonio è visto non come un contratto, ma come un rito sacro da cui deriva la grazia, di qui la pluralità dei dati scritturistici usati per evidenziarne l'aspetto misterico e simbolico.

Nel saggio saranno evidenziate le correlazioni e le differenze tra le due tipologie matrimoniali.

## 2. Il matrimonio come sacramento.

Anche per gli ortodossi il matrimonio è considerato come sacramento e deve rispondere a precisi requisiti in relazione alla capacità matrimoniale dei nubenti ed alla forma di celebrazione. Esso si basa su alcuni principî, o forse meglio, su quattro requisiti: battesimo dei nubenti, unità, indissolubilità, eterosessualità.

Il matrimonio è il sacramento che consacra l'amore tra un uomo e una donna per raggiungere la pienezza dell'essere in Dio. Scopo del matrimonio è l'amore coniugale reciproco, *pleroma* di unità degli sposi, che fanno della loro unione la chiesa domestica allietata dal dono dei figli.

A realizzare il sacramento del matrimonio è l'amore dei due coniugi benedetto dal vescovo o dal sacerdote (non da un diacono); amore che va aumentato, fortificato e conservato e che è fondamento *sine qua non* della esistenza del sacramento stesso.

---

<sup>5</sup> Si veda ad esempio l'interessante saggio di P. GROSSI, *Somme penitenziali, Diritto canonico, diritto comune*, Napoli, Morano, 1966.

Le chiese ortodosse non hanno mai definito dogmaticamente il numero ufficiale dei sacramenti, ma in tempi recenti hanno di fatto riconosciuto i sette, tali anche per la Chiesa Cattolica; ma ad essi aggiungono altri riti come la tonsura monastica, la benedizione delle acque, la consacrazione delle icone, i funerali, qualificabili per i cattolici, come sacramentali<sup>6</sup>.

L'Ortodossia, a differenza della Chiesa Cattolica, non distingue fra sacramenti e sacramentali, tra atti che attribuiscono la Grazia *ex opere operato* e atti che la conferiscono *ex opere operantis*, distinzione, questa, proposta dalla teologia scolastica, prettamente occidentale e successiva alle elaborazioni dottrinali del primo millennio cui l'Ortodossia è rimasta ferma.

Così si può dire che il *Matrimonio* è il sacramento che unisce un uomo e una donna per sempre in un vincolo indissolubile d'amore. Per questo è assolutamente monogamico ed eterosessuale.

« Il matrimonio – scrive I. Mejendore<sup>7</sup> – è il saramento nel quale si realizza la gioia del Regno venturo il banchetto nuziale dell'Agnello (*Apoc.* 7.9), l'unità di Cristo e della Chiesa (*Efes.* 5,32). Né la soddisfazione della carne, né il benessere sociale e nemmeno la cura della discendenza costituiscono il significato ultimo del matrimonio, bensì l'anticipazione della gioia eterna del Regno di Dio ».

Quanto all' eterosessualità va detto che, essendo il matrimonio teso alla realizzazione dell'essere completo nell' *una caro*, che racchiude in sé, olisticamente parlando, la componente maschile e la componente femminile, l'eterosessualità ne costituisce il presupposto imprescindibile<sup>8</sup>. San Matteo, riferendo un discorso di Gesù, scrive (*Mat.*,19,2-6): “Non avete letto che il Creatore da principio li creò maschio e femmina e disse: ‘Per questo lascerà l'uomo suo padre e sua madre e si unirà a sua moglie e i due saranno una carne sola?’. Così che non sono più due, ma una carne sola”. E l'*una caro* si realizza solo nell'unione tra uomo e donna.

---

<sup>6</sup> Bene precisa il patriarca ecumenico BARTHOLOMEOS I, *Incontro al mistero, Comprendere il cristianesimo oggi*, Magnano, Qiqajon, 2013, p. 121, per l'ortodossia “I sacramenti non operano come una sorta di magia, ma ‘misticamente’, ovvero in modo silenzioso, permeando il cuore e le vite di quanti scelgono di aprirsi alla possibilità di un incontro con Dio”.

<sup>7</sup> I. MEJENDORE, *Il matrimonio e eucaresia*, in *Russia Cristiana*, 1971, p. 27, citato da L. GIANNUZZO, *Matrimonio e divorzio nel diritto ortodosso tra «oikonomia» e «akribeia»*, in *Studi in onore di Piero Pellegrino*, vol. II, Napoli, Esi, 2009, p. 6.

<sup>8</sup> L. GIANNUZZO, *Matrimonio e divorzio* cit., p. 7.

San Paolo (*Eph.*, V, 32) scrive a proposito del matrimonio: “*Questo mistero è grande; lo dico in riferimento a Cristo e alla Chiesa!*”

Molto si è discusso su questa frase e su ciò che effettivamente l’Apostolo volesse dire con la parola *mysterium* e a che cosa si riferisse: se riguardasse l’unione del Cristo con la Chiesa oppure l’unione tra l’uomo e la donna. L’Apostolo riprende, sicuramente, qui l’antico simbolismo del matrimonio come espressione dell’alleanza tra Dio e il popolo eletto e lo inserisce nella nuova economia della salvezza, arricchendolo di un più intenso valore umano e di un profondo significato spirituale.

Dal misterioso simbolismo i Padri della Chiesa hanno dedotto la sublimità del matrimonio cristiano che rappresenta l’unione mistica tra Cristo e la Chiesa, unione indissolubile e fonte di grazia. Esso si eleva infinitamente sopra tutti i matrimoni pagani perché è il simbolo dell’unione del Cristo con la Chiesa. Il simbolismo è causa dell’indissolubilità del matrimonio; esso è reso indissolubile dal volere divino così come è indissolubile l’unione mistica del Cristo con la Chiesa.

### 3. La normativa.

Nella chiesa romano-cattolica e in quelle ortodosse, in quelle antiche orientali, come anche per l’ebraismo e per l’*islam*, si riconosce l’esistenza di un matrimonio regolato o dal diritto canonico (concezione cattolica e ortodossa e antico-orientale), o dalla legge e tradizione ebraica (concezione ebraica) o dalla normativa islamica, che possa esistere senza alcuna rilevanza civile; nella concezione propria della chiese evangeliche protestanti o riformate, e di altre confessioni non cristiane, la celebrazione religiosa è vista come forma pubblica di celebrazione offerta ai nubenti, ma certamente non esclusiva, non prevedendo, esse, l’esistenza di un proprio istituto giuridico ‘matrimonio’.

Quanto alle fonti normative di diritto umano ricordo che, oltre alle prescrizioni del diritto imperiale Giustiniano, alcuni canoni del concilio trullano (a. 691) danno norme relative al matrimonio, alcuni di questi canoni ricalcano precedenti disposizioni<sup>9</sup>; una più completa normativa si ha nel

---

<sup>9</sup> A. KAPTIJN, *Divorce et remariage dans l’église orthodoxe*, in *Folia canonica, Review of Eastern and Western Canon Law*, 2, 1999, Budapest, Márton Áron, p. 108 ss.

*Nomocanone dei XIV Titoli*<sup>10</sup> che, dopo il 920, diviene il testo giuridico ufficiale della Chiesa bizantina<sup>11</sup>.

#### 4. I requisiti: unità ed indissolubilità.

Il diritto canonico ortodosso considera come requisiti, presupposto necessario, l'età, la capacità giuridica ed il libero consenso dei nubenti e come condizione negative, ostative, alcuni impedimenti che determinano la nullità del coniugio.

Quanto al libero consenso il matrimonio è nullo per errore sull'identità del nubente e in casi di minaccia e violenza<sup>12</sup>.

Le parti poi debbono avere l'età prescritta (diciotto anni compiuti l'uomo, quattordici compiuti la donna), lo stato libero, non devono aver già stipulato tre matrimoni (assoluto divieto delle quarte nozze), non devono aver emesso il voto di castità; non sono consentite seconde nozze ai membri del clero.

Quanto all'unità: neppure la morte di uno dei due coniugi scioglie il vincolo del matrimonio; solo il vescovo può decidere di ammettere i suoi fedeli diocesani a seconde o terze nozze, che peraltro vengono celebrate con austerità.

Ne segue che non è permessa la poligamia, né simultanea, né successiva; tuttavia in forza della fragilità e durezza dei cuori umani vengono consentite successive seconde nozze, ed in casi particolari anche terze nozze: queste quando i nubenti abbiano meno di quaranta anni e non abbiano avuto figli da precedenti matrimoni<sup>13</sup>, sempre che gli sposi abbiano lo stato libero, non solo per morte dell'altro coniuge, ma anche, come vedremo, in casi di scioglimento del vincolo precedente. Le quarte nozze sono proibite in ogni caso.

---

<sup>10</sup> Raccolta di νόμοι (leggi civili) e di *κάνονες* (leggi ecclesiastiche) relativi ad una tematica, cfr. A. COUSSA, *Epitome praelectionum de iure ecclesiastico orientali*, I, Grottaferrata, 1948, p. 120.

<sup>11</sup> A. KAPTJN, *Divorce et remariage dans l'église orthodoxe* cit., p. 114, nota 36. Lì vengono elencate le materie trattate specie relative allo scioglimento del coniugio, con ampi riferimenti bibliografici. Sul *Nomocanone dei XIV Titoli*, ed in specie sulla seconda redazione, attribuita a Fozio, cfr. A. COUSSA, *Epitome praelectionum* cit., p. 126.

<sup>12</sup> A. KAPTJN, *Divorce et remariage dans l'église orthodoxe* cit., p. 119.

<sup>13</sup> L. GIANNUZZO, *Matrimonio e divorzio* cit., p. 26.

Gli studiosi orientali, in genere, e quelli ortodossi, in specie, non hanno mai elaborato una dottrina sistematica dell'indissolubilità.

Non vanno confuse la nullità del matrimonio con il divorzio. Ad un'indissolubilità di principio del matrimonio nel diritto canonico ortodosso, non lesa neppure dalla morte di un coniuge, si contrappone un'indissolubilità relativa che ammette deroghe. Così abbiamo una solubilità *per bona gratia*<sup>14</sup>, quasi un atto di giustizia dovuto, ed una solubilità che potremmo chiamare *cum damno*, uno scioglimento in vantaggio del coniuge non colpevole, assimilabile al provvedimento sopra accennato, ed uno scioglimento anche per il coniuge causa del provvedimento, ma sanzionatorio.

Quanto alla dissolubilità *per bona gratia*<sup>15</sup> va precisato che – come il diritto canonico cattolico – prevede più casi di vero scioglimento del matrimonio. Ricordo che per la chiesa romano-cattolica si può avere scioglimento per inconsumazione, can. 1142 *C. I.C.*, sempre in presenza di una giusta causa, una è la decisione degli sposi di darsi alla vita consacrata; altre sono il privilegio paolino can. 1143 *C. I.C.*<sup>16</sup> e il privilegio petrino can. 1148 *C. I.C.*<sup>17</sup>

Anche gli ortodossi prevedono che il matrimonio possa essere sciolto per inconsumazione derivante da impotenza fisica<sup>18</sup> (non è possibile la dichiarazione di nullità), e, se consumato, anche per professione monastica, una volta accertata la sincera disposizione alla vita consacrata del soggetto ed il consenso dell'altro coniuge<sup>19</sup>. Altro caso è quello della disparità di culto se la moglie non voglia seguirlo nel battesimo ortodosso. È previsto lo

<sup>14</sup> A. KAPTIJN, *Divorce et remariage dans l'église orthodoxe* cit., p. 115.

<sup>15</sup> L. GIANNUZZO, *Matrimonio e divorzio* cit., p. 27.

<sup>16</sup> SAN PAOLO, *Lettera ai Corinzi*, VII, 12-16.

<sup>17</sup> Analoghe disposizioni si riscontrano nei canoni 853 - 862 del *C.C.E.O.*

<sup>18</sup> L'impotenza fisica deve essere anteriore al matrimonio e il divorzio è accordato solo tre anni dopo la celebrazione. Divorzio, non nullità, in base al principio giuridico romano e bizantino secondo cui "*Nuptias non concubitus, sed consensus facit*". Cfr. A. KAPTIJN, *Divorce et remariage dans l'église orthodoxe* cit., p. 115.

<sup>19</sup> Il can. 48 del concilio Trullano (691) prevede che in caso di una moglie che abbia dato il consenso liberamente all'elevazione all'episcopato del proprio coniuge debba entrare in monastero e non possa risposarsi; norma questa non più applicata perché oggi sono consacrati vescovi solo i monaci. La precedente dottrina canonica latina riteneva possibile la soluzione del matrimonio rato e non consumato *ipso iure per professionem religiosam solemnem* di un coniuge seguita dal voto di castità dell'altro. Cfr. A. VERMEERSCH, - J. CREUSEN, *Epitome iuris canonici, Tomus II, Liber III Codicis iuris canonici, Mechliniae-Romae, Dessain, 1940*, p. 293.

scioglimento anche in caso di morte presunta di un coniuge, quello superstite può risposarsi; in questo caso se il coniuge non fosse morto e facesse ritorno il secondo matrimonio sarebbe nullo.

### 5. La solubilità *cum damno, in specie*.

In merito alla solubilità *cum damno* va detto che gli ortodossi si basano su: MAT., 19,8-9 “*Quello dunque che Dio ha congiunto, l'uomo non lo separi*”. Gli obiettarono: “*Perché allora Mosè ha ordinato di darle l'atto di ripudio e di mandarla via?*” Rispose loro Gesù: “*Per la durezza del vostro cuore Mosè vi ha permesso di ripudiare le vostre mogli, ma da principio non fui così. Perciò vi dico: Chiunque ripudia la propria moglie, se non in caso di concubinato, e ne sposa un'altra commette adulterio*”<sup>20</sup>.

Per concubinato la Chiesa romano-cattolica intende prostituzione o meglio realizzazione di una unione incestuosa per grado di parentela tra i coniugi (Lv., 18), situazioni tollerate sino ad allora, ed poi non più, per i cristiani. Una traduzione siffatta può essere considerata già come un'interpretazione.

Gli ortodossi traducono diversamente e intendono l'inciso ‘*se non in caso di adulterio*’, come causa di possibile scioglimento del matrimonio, operando una benevola considerazione della Chiesa nei confronti di una situazione che si è mostrata fragile.

Tale benevola considerazione per sé è fatta a vantaggio della parte innocente<sup>21</sup>.

I cattolici vedono nel caso di adulterio solo la possibile applicazione dell'istituto della separazione legale, istituto, invero sconosciuto nel giudaico-

---

<sup>20</sup> Sull'interpretazione di questo passo rinvio a quanto scritto da P. MONETA, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, Genova, Ecig, 1991, p. 225-232.

<sup>21</sup> Circa la possibilità di sciogliere anche i matrimoni rati e consumati, in caso di adulterio nella chiesa cattolica rammento l'intervento del vicario patriarcale melkita per l'Egitto, mons. E. Zoghby nell'aula conciliare del Vaticano II. Il vescovo ricordava la prassi seguita nelle chiese ortodosse che “sono sempre state consapevoli della loro autorità e l'hanno sempre esercitata a favore del coniuge innocente”. Ritengo con mons. Zoghby (cfr. P. MONETA, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico* cit., p. 226-227, in cui si affronta *ex professo* la tematica relativa), che spetta alla Chiesa l'interpretazione della frase evangelica; mentre la Chiesa orientale fin dai primi secoli l'ha interpretata a favore di nuove nozze per la parte innocente, questa tradizione, che in Oriente è stata conservata e che in dieci secoli di unità non fu mai respinta, potrebbe in futuro essere eventualmente accettata anche dai cattolici.

smo, ma che sarebbe stato introdotto da Cristo, San Paolo scrive infatti ( I Cor., VII, 11): “*Agli sposati poi ordino, non io, ma il Signore: la moglie non si separi dal marito – e qualora si separi, rimanga senza sposarsi o si riconcili con il marito – e il marito non ripudi la moglie*”.

Nelle chiese ortodosse all’adulterio sono equiparati le perversioni sessuali, la vita scandalosa condotta dalla donna, la falsa accusa di adulterio, il tentato omicidio nei confronti dell’altro coniuge, aborto provocato dalla donna in odio al marito, l’attentato all’onore coniugale. La Chiesa ortodossa russa contempla anche l’AIDS, l’alcolismo, e la tossico dipendenza<sup>22</sup>.

Nella realtà attuale nelle chiese ortodosse si consentono con diverse modalità seconde nozze, non solo al coniuge innocente, ma anche a quello colpevole.

In questo sta il concetto di solubilità con danno. Il coniuge colpevole deve espiare la colpa dell’adulterio, deve avere un danno per il delitto commesso, deve sottostare ad una pena, di qui il divieto di celebrare nuove nozze prima che non sia trascorso un certo lasso di tempo. Il can. LXXXVII del Concilio Trullano (anno 691) afferma che “*colui che abbandona a propria moglie legittima e ne prende un’altra, secondo la sentenza del Signore, è sottoposto alla condanna per adulterio. E, secondo la tradizione dei nostri Padri, costoro sono condannati*” solo dopo sette anni saranno riammessi nella Chiesa e sarà consentito loro di risposarsi. Attualmente gli anni preclusivi alle nuove nozze sono, ad es. sette nelle chiese bizantine, quindici in quelle slave.

## 6. Applicazione del principio di *oikonomia*.

Possiamo spiegare in modo molto sintetico l’*oeconomia*, come un’*habilitas* ecclesiastica a derogare, in concreto, i canoni quando lo richiedano le mutate realtà dei tempi in funzione della salvezza delle anime. L’*oikonomia* è per Vogel<sup>23</sup> «*l’accommodation faite, dans des cas concrets, du droit strict [...] pouvant aller jusqu’à la suspension du droit. Il ne s’agit ni de dispense,*

<sup>22</sup> cfr. L. GIANNUZZO, *Matrimonio e divorzio* cit., p. 19, nota 58.

<sup>23</sup> C. VOGEL, *Application du principe de l’«économie» en matière de divorce dans le droit canonique oriental*, in *Revue de droit canonique*, 1982, p. 81; cfr. anche P. L’HUILIER, *Quelques précisions sur la notion d’«économie» dans le droit canonique orthodoxe*, in *Aspects de l’orthodoxie, Travaux du centre d’études supérieures spécialisé d’histoire des religions de Strasbourg*, Paris, Presses Universitaire de France, 1981, p. 43 s. e A. KAPTIJN, *Divorce et remariage dans l’église orthodoxe* cit., p. 120.

*au sens occidental du terme, ni d'indulgence, ni d'une distorsion ou inflexibilité du droit [...], mais d'une mesure ponctuelle, variable suivant les situations et adoptée pour des raisons ecclésiales ou pastorales»<sup>24</sup>.*

L'*oikonomia* è, in sostanza, la possibilità di concedere deroghe, in forma temporanea o permanente, da una norma anche di diritto divino, ed in questo differisce dalla dispensa del diritto canonico cattolico – senza per questo negare il valore della norma stessa – in vista del conseguimento della salvezza eterna del fedele.

La *ratio* di questo principio può essere vista rispondente alla finalità ultima della chiesa: 1) la *salus aeterna* di ogni fedele, 2) l'opportunità pastorale con la riammissione nella *ecclesia* e la possibilità di godere dei benefici spirituali da cui sarebbe escluso in forza dell'applicazione di tutto il *rigor iuris*, 3) evitare lo scandalo<sup>25</sup>.

Fermo restando che il matrimonio è indissolubile, ma di fronte ad una vita di possibile peccato, per coniugi, che hanno avuto un matrimonio ormai irrimediabilmente finito, ed alla conseguente dannazione eterna, la Chiesa ortodossa concede ai divorziati, tramite appunto il principio dell'*oikonomia*, la possibilità di contrarre un nuovo matrimonio, equiparando lo *status* di divorziato a quello di vedovo e quindi permettendo una seconda possibilità di vita matrimoniale<sup>26</sup>. San Paolo nella prima lettera a Corinzi scrive che è meglio risposarsi anziché bruciare; il divorziato è equiparato a vedovo e la Chiesa, contando sulla misericordia divina, permette le successive nozze religiose<sup>27</sup>.

## 7. Gli impedimenti matrimoniali dirimenti.

Costituiscono impedimenti dirimenti la parentela naturale in linea retta in qualsiasi grado, l'affinità in linea retta e quella collaterale fino al terzo

---

<sup>24</sup> In altre parole: un adattamento dello stretto diritto, fatto in casi concreti, tale da portare alla sospensione del diritto stesso. Non si tratta né di dispensa canonica, né di indulgenza, né di distorsione o affievolimento del diritto, ma di un provvedimento circoscritto, variabile a seconda delle situazioni, adottato per ragioni d'ordine ecclesiale o pastorale

<sup>25</sup> A. KAPTIJN, *Divorce et remariage dans l'église orthodoxe* cit., p. 121.

<sup>26</sup> Cfr. anche E. MORINI, *Gli ortodossi, l'oriente dell'occidente*, Bologna, Il Mulino, 2002, p. 95; da ultimo L. GIANNUZZO, *Matrimonio e divorzio* cit., p. 19-27.

<sup>27</sup> I *Corinzi*, VII, 9: "Ma se poi [i vedovi] non si sentano di vivere continenti, si sposino, è meglio sposarsi che bruciare [dalla passione]".

grado incluso, la parentela legale (genitori adottivi con figli adottivi, figli di genitori adottivi con figli adottivi), la parentela spirituale (padrini con figliocci e padrini con genitori di figliocci), la disparità di culto (ortodossi con non battezzati, in questo caso l'avvenuto matrimonio civile o religioso-non ortodosso non è considerato valido).

Nel caso in cui un nubente ortodosso si sposi con una persona validamente battezzata (battesimo trinitario) il matrimonio viene considerato valido, anche se in alcune chiese ortodosse è considerato solubile<sup>28</sup>, purché questo matrimonio sia stato celebrato da un sacerdote ortodosso, secondo la tradizione liturgica della chiesa ortodossa e che la coppia sia disposta a battezzare i figli nella chiesa ortodossa e ad educarli in quella fede; a tal fine si richiedono delle *cautiones* da parte del nubente eterodosso; in assenza di ciò si prevede che i figli maschi seguano la religione del padre e le figlie quella della madre<sup>29</sup>.

Un cristiano ortodosso sposato in un'altra chiesa, dinanzi ad un sacerdote validamente ordinato (cattolico) che desideri di essere in perfetta comunione con la chiesa ortodossa deve chiedere che quel matrimonio sia benedetto anche nella chiesa ortodossa.

## 8. La forma di celebrazione.

Quanto alla forma di celebrazione: differentemente ad altre religioni, il matrimonio ortodosso non ha bisogno di un corso di preparazione degli sposi, ossia il corso prematrimoniale; è sufficiente portare il certificato di battesimo e aver fatto la confessione dei peccati.

Il celebrante deve anche accertare lo stato libero dei nubenti secondo il diritto canonico ortodosso e la posizione di ogni singolo nubente in merito ad eventuali suoi precedenti matrimoni.

Come ho detto, si richiede che il matrimonio sia celebrato da un sacerdote ortodosso secondo la tradizione liturgica della Chiesa ortodossa e in una chiesa ortodossa. In alcuni giorni dell'anno non si possono, di regola, celebrare matrimoni, giorni di ricorrenza di grandi feste religiose come giorni di penitenza.

---

<sup>28</sup> R. POPTODOROV, *Intermarriages in the orthodox Tradition and Practice of the Slavic Churches*, in *Kanon, Jahrbuch der Gesellschaft für das recht der ostkirchen*, VI, Wien, 1983, p. 112 s.

<sup>29</sup> R. POPTODOROV, *Intermarriages* cit., p.114.

Il matrimonio ortodosso è essenzialmente una rappresentazione simbolica. I momenti più importanti del matrimonio ortodosso sono due, il fidanzamento e l'incoronazione degli sposi, rituali che avvengono nello stesso giorno.

Occorre anche che il testimone ufficiale sia un cristiano in piena comunione con la Chiesa ortodossa e, se sposato, sia tale per il diritto canonico ortodosso.

La necessità che il matrimonio sia celebrato con il rito sacro apre la questione sulla natura stessa del matrimonio, se cioè esso sia un contratto basato sullo scambio solo del consenso dei nubenti o un atto negoziale complesso dove accanto al consenso si prevede come elemento *ad validitatem* la presenza del sacerdote celebrante il rito sacro. Secondo l'opinione, oggi prevalente, tra gli ortodossi, proprio il rito sacro è la parte essenziale dell'amministrazione del sacramento<sup>30</sup>. Per gli ortodossi il ministro sacro, necessariamente un vescovo o un sacerdote, non è un teste qualificato, egli presenzia il rito e benedice le nozze, amministrando così il sacramento.

La cerimonia liturgica ortodossa guarda molto anche al fattore simbolico. Infatti l'unione dei nubendi – arrivati in chiesa con candele bianche e le mani destre unite – sta a simboleggiare un'unione di anime più che la stipula di un contratto (difatti non si scambiano promesse o impegni). Gli anelli scambiati invece rappresentano la forza e l'equilibrio tra gli sposi anche nel caso in cui uno dei due, durante degli eventi della vita, potrebbe risultare più debole dell'altro. Invece l'incoronazione della nuova famiglia con delle ghirlande o corone – addobbate con pietre semipreziose – indica il significato e l'onore che Dio conferisce agli sposi in quel prezioso momento.

L'incoronazione ha un sostrato pagano, e, se non combattuta aperta-

---

<sup>30</sup> M. BROGI, 'Communicatio in sacris' tra cattolici e cristiani orientali non cattolici, in *Antonianum*, 1978, p. 170, nt. 33. Per gli orientali cattolici il ministro sacro non è solo un teste qualificato, egli presenzia il rito e benedice le nozze, partecipando in qualche modo alla amministrazione del sacramento. La riprova di questo suo ruolo si ha in più norme: il can. 828 C.C.E.O. evidenzia la funzione svolta dal sacerdote celebrante e, al § 2, chiarisce che il rito è ritenuto sacro solo con l'intervento del sacerdote che assiste e benedice. Il can. 832 C.C.E.O. nel prevedere il matrimonio *coram solis testibus* richiama i coniugi all'obbligo di ricevere comunque la benedizione da parte di un sacerdote appena possibile, e prevede anche il ricorso, al momento della celebrazione, alla benedizione anche di un sacerdote acattolico, cioè ortodosso.

mente, fu sconsigliata da alcuni Padri – ad esempio Minucio Felice<sup>31</sup> – ma col tempo questo rito divenne consueto in Oriente e fu recepito dalla Chiesa, ma riservato solo se gli sposi celebravano le nozze per la prima volta<sup>32</sup>.

Il mantenimento della monogamia assoluta da parte delle chiese ortodosse si realizza nel permettere le seconde nozze per la fragilità dell'essere umano, non come un fatto positivo, come l'unione mistica tra Cristo e la Chiesa, unione indissolubile e fonte di grazia, pertanto non sono considerate come sacramento. In questi casi la forma di celebrazione ha un carattere quasi penitenziale e sono precedute da un lasso temporale penitenziale<sup>33</sup>.

## 9. Procedure di divorzio.

La chiesa ortodossa non ammette l'auto scioglimento del matrimonio per mutuo consenso dei coniugi. Occorre sempre una pronuncia dell'autorità ecclesiastica.

La competenza a sciogliere i vincoli matrimoniale, sia nel caso *per bona gratia* sia in caso *cum damno*, è riservata all'autorità ecclesiastica episcopale sinodale o ad un tribunale ecclesiastico, anche qui secondo le normative delle singole chiese e sempre con una valutazione discrezionale dell'autorità ecclesiastica che valuta se nel caso in specie sia più utile l'applicazione dell'*oikonomia* o mantenere intatto il rigor iuris, l'*akribeia*.

<sup>31</sup> CLEMENTE ALESSANDRINO, *Paedagogus*, I, 8, in MIGNE, P. G., VIII, 326, scrive che ogni coniuge deve essere la corona dell'alto e che i figli debbono essere i fiori del matrimonio.

<sup>32</sup> Numerosi scritti dei Padri attestano questo uso limitato alle prime nozze: SIRICIO, *Epist. ad Himerium*, I, 4, in MIGNE, P. L., XIII, 1136, scrive: «*De coniugali autem velatione requisisti, si desponsatam alii puellam, alter in matrimonium possit accipere. Hoc ne fiat, modis omnibus inbibemus: quia illa benedictio, quam nupturae sacerdos imponit apud fideles cuiusdam sacrilegii instar est, si ulla transgressione violatur*». Cfr. A. L. BALLINI, *Il valore giuridico della celebrazione nuziale cristiana dal primo secolo all'età giustiniana*, Milano, 1939, p. 49, nota 4, riporta una norma per la quale «*Tamen coronarum benedictio eis (viduis) adhibenda non est; haec enim semel datur tantum in primis nuptiis nec iteranda quia permanens est et indelebilis; loco eius igitur propitiatoriae fundat pro illis sacerdos preces*». Cfr. A. FABBRI, *Note sul consenso dei nubenti e sulla forma canonica del matrimonio in alcuni significativi scritti patristici*, in *Studi Urbinati di scienze giuridiche, politiche ed economiche*, n. 58,3, 2007, p. 350.

<sup>33</sup> A. KAPTIJN, *Divorce et remariage dans l'église orthodoxe* cit., p. 127.

Se la competenza è del vescovo, egli agisce con il suo *Sinodo* e si richiede una maggioranza qualificata giusta le norme di ciascuna chiesa autocefala o autonoma<sup>34</sup>.

La dottrina della Chiesa ortodossa sostiene che non è solo Pietro e suoi successori nella cattedra di Roma a ricevere e detenere quegli speciali poteri in ordine allo scioglimento di matrimoni, ma tutti gli apostoli e i loro successori, quindi ogni vescovo<sup>35</sup>.

Il Cristo dice: *Mat.*,18,18: “*In verità vi dico: [ai discepoli cui si indirizza questo discorso] tutto quello che legherete sopra la terra sarà legato anche in cielo e tutto quello che scioglierete sopra la terra sarà sciolto anche in cielo*”; nel Vangelo di S. Giovanni (20,21) si legge: “*Gesù disse loro [ai discepoli] di nuovo: “Pace a voi! Come il Padre ha mandato me, anch’io mando voi”*”. Dopo aver detto questo, alitò su di loro e disse: “*Ricevete lo Spirito Santo; a chi rimetterete i peccati saranno rimessi e a chi non li rimetterete, resteranno non rimessi*”<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> L. GIANNUZZO, *Matrimonio e divorzio* cit., p. 17.

<sup>35</sup> N. AFANASSIEFF, *La chiesa che presiede nell’amore*, in *Il primato di Pietro nel pensiero cristiano contemporaneo*, Bologna, Il Mulino, 1965, p. 552-553, rileva che: “Nel quadro dell’ecclesiologia eucaristica non esiste un potere di un unico vescovo, perché non esiste un potere basato sul diritto: questo non significa però che l’ecclesiologia eucaristica non accetti l’idea di una direzione unica nella Chiesa; anzi questa idea è conseguente nella dottrina stessa dell’ecclesiologia eucaristica. Per questa dottrina una delle chiese ha la priorità, che si manifesta nella sua maggiore autorità di testimonianza su ciò che avviene nelle altre chiese [...] Il concetto di primato è infatti il medesimo di quello di priorità, ma viene inteso nel suo aspetto giuridico; si spiega così perché, nel quadro dell’ecclesiologia universale il primato spetta a uno dei vescovi, che sta a capo della Chiesa universale, mentre nel quadro della ecclesiologia eucaristica la priorità appartiene a una delle chiese locali, e solo attraverso questa al suo vescovo”. Come non ricordare le parole di S. Ignazio d’Antiochia (anno 107) che parla della chiesa di Roma come ‘chiesa che presiede nella carità’; su questa linea si è posto successivamente anche ZIZIOULAS, cfr. A. PORPORA, *Percorsi della teologia ortodossa contemporanea, L’ecclesiologia ecumenica di Ioannis Zizioulas*, in *Oriente Cristiano*, 2007, p. 121 ss.

<sup>36</sup> Si legge in *MAT.* 16,18-19. “*Tu sei Pietro e su questa pietra edificherò la mia Chiesa e le porte degli inferi non prevarranno contro di essa. A te darò le chiavi del regno dei cieli, e tutto ciò che scioglierai sulla terra sarà sciolto nei cieli*”. L’esegesi greco-ortodossa sul punto è leggermente diversa da quella cattolica e fa leva non su Pietro che indica Gesù come Figlio di Dio, ma nella verità che Pietro ha proclamato, su questa verità di fede il Cristo fonda la sua Chiesa e le attribuisce i poteri che nel passo sopra citato sono attribuiti a Pietro, ma subito dopo sono attribuiti a tutti gli apostoli.

Da notare che la pronuncia di scioglimento del matrimonio deve seguire necessariamente ad tentativo fallito di riconciliazione tra coniugi, come anche, in alcune chiese, dall'avvenuta pronuncia di divorzio civile. Questo accade quando lo Stato (come avviene in Grecia) si occupa di questa procedura. Qui i fedeli ortodossi debbono come primo atto rivolgersi al loro vescovo-metropolita il quale tenta la riconciliazione, fallito il tentativo gli sposi si rivolgono al tribunale civile, ottenuta la sentenza di divorzio civile, ci si rivolge nuovamente al vescovo affinché proceda allo scioglimento del matrimonio religioso; l'autorità ecclesiastica vescovo o sinodo può negare lo scioglimento del matrimonio religioso e rimarrà solo il divorzio civile.

In altri Stati esistono dei tribunali ecclesiastici che provvedono, essi stessi, allo scioglimento del matrimonio religioso, il che avviene anche quando sia già stata pronunciata sentenza civile di divorzio<sup>37</sup>.

## 10. Il matrimonio civile.

Va rilevato anche che la chiesa ortodossa non ritiene conforme all'impegno cristiano il matrimonio civile; essa considera il matrimonio come sacramento e pretende che sia celebrato dai fedeli nella forma canonica. Il matrimonio civile non è che un atto anagrafico, che può essere imposto dalle leggi civili territoriali, ma non può dispensare i fedeli dal celebrare il loro matrimonio anche in *facie ecclesiae*. Pertanto chi contrae il matrimonio civile non per disprezzo del sacramento, ma per obbedire alle leggi dello Stato, e poi celebra anche il matrimonio religioso non commette peccato; chi invece rifiuta intenzionalmente il matrimonio in chiesa viene considerato come persona che si auto-esclude dalla comunione ecclesiastica. La Chiesa non espelle nessuno, prende atto dell'auto-esclusione, ma è pronta ad accogliere i peccatori quando celebreranno il matrimonio secondo la liturgia ortodossa.

---

<sup>37</sup> Su tutta questa procedura rinvio a A. KAPTIJN, *Divorce et remariage dans l'église orthodoxe* cit., p. 124.

GIANPIERO SAMORÌ

*LA NOMINA DEGLI ORGANI SOCIALI NELLE BANCHE POPOLARI  
TRA PRINCIPIO DI COLLEGIALITA' PARTECIPAZIONE DIFFUSA,  
NUOVE TECNOLOGIE ED AUTOREFERENZIALITA'. LE  
ASSEMBLEE A DISTANZA E I C.D. CENTRI DI VOTO.*

SOMMARIO: 1. – Esatta delimitazione del tema dell'indagine. – 2. Il metodo collegiale quale caratteristica centrale ed inderogabile del procedimento di assunzione delle decisioni assembleari, implicante la necessaria correlazione tra partecipazione alla discussione e manifestazione del voto dopo la chiusura della discussione. – 3. Le assemblee a distanza in collegamento diretto tra loro con possibilità di intervento e di voto elettronico. – 4. Il diverso fenomeno dei centri di voto. Gli evidenti possibili abusi del management, potere autoreferenziale nella nomina degli organi sociali, amministrativi e di controllo. – 5. Limiti e rimedi posti dal Codice Civile a presidio della effettività del principio collegiale nella nomina degli organi sociali. Illegittimità del voto nei centri di voto a prescindere dalla partecipazione al dibattito assembleare e prima della conclusione del dibattito. Conferma della scelta consapevole operata dal Codice sul piano della legislazione comunitaria e della normativa sulle società quotate. – 6. La prima pronuncia giurisprudenziale in materia. Analisi strutturale e verifica della sostanziale adesione alla tesi ricostruttiva proposta.

**1. Esatta delimitazione del tema dell'indagine.**

Tra le tante anomalie del nostro sistema bancario una, forse la più stridente, riguarda le Banche Popolari.

Istituti originariamente sorti per servire territori ben definiti, con operatività rivolta prevalentemente ai Soci, nel rispetto del principio di mutualità, si sono via via trasformati in Banche universali, svincolate da chiari limiti territoriali, con operatività generale e persino quotate al mercato telematico principale.

Nonostante l'enorme massa di Soci, la attenuazione/perdita del rapporto territoriale, il venir meno dell'operatività principale rivolta ai Soci medesimi, il sempre più frequente ricorso al mercato dei capitali di rischio, esse restano ancora oggi giuridicamente disciplinate dalle norme dettate dal codice civile del 1942 in materia di cooperative.

Con la principale conseguenza del permanere in vita del voto capitaro nelle assemblee di nomina degli organi di amministrazione e controllo, voto capitaro

che comprensibilmente garantisce ai vari gruppi di comando una sostanziale autoreferenzialità. Poter contare sui dipendenti, loro parenti e i Soci che intrattengono rapporti “particolari” con la Banca, consente a chi di fatto controlla l’Istituto, a volte le Associazioni dipendenti, altre volte i potentati economici che si riconoscono nel c.d.a., di mantenere il controllo ultradecennale della Banca.

A ben poco sono serviti i provvedimenti normativi introdotti dal T.U.F. per favorire l’ingresso negli organi di amministrazione e di controllo delle minoranze dissenzienti<sup>1</sup>. Non aver codificato il principio di proporzionalità nella elezione dei membri del Consiglio di amministrazione, sia pure temperato da un premio di maggioranza per la lista arrivata prima così da garantire una fluida gestione, ha consentito per lo più, unicamente per Banche Popolari quotate, di inserire un solo membro in ciascun organo di gestione, non in grado di svolgere una effettiva funzione di stimolo e di controllo, soprattutto oggi dopo la recentissima modifica dell’art. 136, commi 2 e 2 bis, Testo Unico Bancario<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> La Legge 28.12.2005 n. 262 ha modificato il Testo Unico della Finanza (D. Lgs. 58/1998), inserendo, tra l’altro, l’articolo 147-ter (Elezione e composizione del consiglio di amministrazione) e modificando l’art. 148 (Composizione). L’art. 147-ter stabilisce che il Consiglio di Amministrazione venga eletto secondo il voto di lista e prevede che almeno un amministratore sia espresso da una lista di effettiva minoranza. Analogamente il novellato art. 148 TUF prevede che il Presidente del Collegio Sindacale sia eletto dalla lista di minoranza.

<sup>2</sup> Il Decreto legge 18.10.2012 n. 179, convertito con modificazioni dalla Legge 17.12.2012 n. 221, ha infatti abrogato i commi 2 e 2-bis dell’art. 136 del Testo Unico Bancario, ridimensionando enormemente l’ambito di applicazione della speciale disciplina di approvazione di affidamento a favore degli esponenti Bancari, prevedendo il voto unanime del consiglio di amministrazione e il parere favorevole di tutti i sindaci, ancorché non presenti alla seduta. Vengono in particolare escluse, per effetto dell’abrogazione del comma 2-bis, le operazioni di affidamento a favore di società controllate dagli esponenti aziendali o nelle quali gli stessi svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo. E’ stato inoltre eliminato il meccanismo di doppia approvazione, da parte degli organi amministrativi della Banca concedente l’affidamento e della Banca capogruppo, precedentemente previsto dal comma 2, in relazione agli affidamenti concessi a favore di amministratori delle Banca controllate. Si riporta di seguito il testo integrale del previgente art. 136:

**“Articolo 136**

*(Obbligazioni degli esponenti Bancari)*

1. Chi svolge funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso una Banca non può contrarre obbligazioni di qualsiasi natura o compiere atti di compravendita, diret-

In alcuni casi, nella giuridica impossibilità di CONSOB di intervenire ad accertare il concerto tra liste<sup>3</sup> e nell'assordante silenzio serbato da Banca d'Italia nonostante i numerosi provvedimenti emanati<sup>4</sup> e le dichiarazioni

---

*tamente od indirettamente, con la Banca che amministra, dirige o controlla, se non previa deliberazione dell'organo di amministrazione presa all'unanimità e col voto favorevole di tutti i componenti dell'organo di controllo, fermi restando gli obblighi previsti dal codice civile in materia di interessi degli amministratori e di operazioni con parti correlate.*

2. *Le medesime disposizioni si applicano anche a chi svolge funzioni facenti parte di un gruppo Bancario, per le obbligazioni e per gli atti indicati nel comma 1 posti in essere con la società medesima o per le operazioni di finanziamento poste in essere con altra società o con altra Banca del gruppo. In tali casi l'obbligazione o l'atto sono deliberati, con le modalità previste dal comma 1, dagli organi della società o Banca contraente e con l'assenso della capogruppo.*

2-bis. *Per l'applicazione dei commi 1 e 2 rilevano anche le obbligazioni intercorrenti con società controllate dai soggetti di cui ai medesimi commi o presso le quali gli stessi soggetti svolgono funzioni di amministrazione, direzione o controllo, nonché con le società da queste controllate o che le controllano. Il presente comma non si applica alle obbligazioni contratte tra società appartenenti al medesimo gruppo Bancario ovvero tra Banche per le operazioni sul mercato interbancario.*

3. *L'inosservanza delle disposizioni dei commi 1, 2 e 2-bis è punita con la reclusione da uno a tre anni e con la multa da 206 a 2.066euro."*

<sup>3</sup> Si veda al riguardo il Provvedimento Consob 8.7.2009 – prot. N. 9063067, con cui l'Autorità di vigilanza, in riscontro ad un esposto presentato da un socio della Banca Popolare dell'Emilia Romagna in relazione al presunto collegamento tra due liste, ha osservato quanto segue: "[...] Al riguardo, si fa presente che non rientra nelle specifiche competenze che la legge ha attribuito alla Consob il compito di accertare e dichiarare l'esistenza di rapporti di collegamento tra liste, posto che l'Istituto non spetta il potere di impugnare le delibere di nomina degli organi sociali ove le disposizioni in materia risultassero violate. [...]".

<sup>4</sup> Si vedano al riguardo il Provvedimento Banca Italia del 4.3.2008 recante "Disposizioni di Vigilanza in materia di organizzazione e governo societario della Banche" e la successiva "Nota di chiarimenti del 19-02-2009". Nel Provvedimento del 4.3.2008 l'Autorità insiste sulla necessità di un'adeguata rappresentanza negli organi sociali, in specie nelle Banche popolari, delle varie componenti della base sociale: "[...] Le modalità di nomina e di revoca degli organi aziendali devono essere trasparenti e disciplinate a livello statutario. Tali modalità devono assicurare un'adeguata rappresentanza negli organi aziendali delle diverse componenti della base sociale (investitori istituzionali, minoranze qualificate); specie quando questa sia particolarmente frazionata (come, ad esempio, nelle Banche popolari) vanno previsti meccanismi che agevolino una significativa partecipazione dei soci all'assemblea [...]".

rese dai vertici dell'Autorità di controllo<sup>5</sup>, tramite la presentazione di liste collegate, in assenza del principio di rappresentanza proporzionale, i Gruppi di Comando hanno persino eliso, di fatto, la possibilità per le vere minoranze di vedersi riconosciuta rappresentanza consiliare.

Si è così assistito al naufragio di quel processo di riforma democratica della governance iniziato sotto la guida del Governatore Draghi nel 2008, conclusosi con una autoreferenzialità se possibile ancor più rafforzata dei vari gruppi di comando; cui, complice la grave crisi finanziaria dell'ultimo quinquennio, si è consentito di continuare a dominare il sistema, nonostante i deludenti risultati gestionali e di conto economico prodotti. Con ogni probabilità, per la preoccupazione, mai dichiaratamente espressa ma intuitivamente sottintesa alla inerzia mostrata anche a fronte di situazioni particolarmente critiche, che l'attuazione dei principi di democrazia e di stretta legalità potessero finire per confluire e quasi mettere in crisi il vero e proprio mantra dell'intero sistema: la stabilità!

Quasi che fosse possibile, anche solo a livello dogmatico, poter supporre una autonomia tra il principio di legalità e quello di stabilità; vero essendo il contrario, e cioè che non vi può essere effettiva stabilità in presenza di una governance che non si conformi al principio di stretta legalità, vieppiù

---

<sup>5</sup> Particolarmente significativo appare, al riguardo, l'intervento dell'allora Governatore della Banca d'Italia Prof. Mario Draghi al Forex di Napoli del 13 febbraio 2010: "[...] Nel 2009 siamo ripetutamente intervenuti per richiamare le Banche al pieno rispetto delle norme in materia di organizzazione e governo societario. Per le Banche popolari si è puntato a un equilibrio tra la necessità di assicurare la stabilità degli assetti di governo approvati dalle assemblee e quella di evitare il rischio di un'eccessiva autoreferenzialità del management. A questo scopo abbiamo promosso adeguamenti statutari per garantire una sufficiente rappresentanza delle minoranze negli organi sociali [...]". Ancora più esplicito risulta poi il richiamo formulato dall'allora Direttore Generale della Banca d'Italia Dott. Fabrizio Saccomanni nel corso dell'intervento tenuto il 26 febbraio 2010 proprio, e significativamente, nell'ambito del convegno organizzato a Verona dall'Istituto Centrale delle Banche Popolari Italiane: "[...] Il frazionamento della proprietà non rende agevole il controllo sull'operato del management; si possono determinare fenomeni di cristallizzazione degli assetti di governo e di autoreferenzialità degli organi sociali che, in passato, sono stati all'origine di crisi aziendali talvolta rilevanti. [...] Nei confronti delle Banche popolari, in relazione alle peculiarità dell'azionariato e della governance, sono stati promossi adeguamenti statutari volti a garantire negli organi aziendali una sufficiente rappresentanza a tutte le componenti della base sociale e ad incentivare una più attiva partecipazione dei soci alle assemblee. [...]"

nel momento della nomina degli organi di amministrazione e controllo. Legalità e stabilità sono modelli di comportamento e valori non antinomici, ma essenziali l'uno all'altro; di talchè, come l'esperienza pratica ha dimostrato, il dispregio delle regole formali ha sempre portato ad una accentuata autoreferenzialità, fonte prima di inimmaginabili disastri bancari, talmente noti da esimerci dalla loro enucleazione.

Le cose ovviamente cambieranno con l'entrata in vigore della Vigilanza Unica Europea sulle c.d. Banche sistemiche<sup>6</sup>. La stessa Banca d'Italia si è resa conto della insostenibilità dell'attuale situazione, soprattutto con riguardo alle Popolari quotate nel sistema telematico principale, caldeggiando fortemente la loro trasformazione in S.P.A. con fuoriuscita dal mondo delle cooperative e definitivo superamento dell'anomalia del voto capitario, retaggio di una diversa epoca sociale<sup>7</sup>.

Nonostante tutto ciò in attualità si assiste ancora al tentativo dei vari gruppi di comando di rafforzare ulteriormente, anziché allentare, l'autoreferenzialità gestionale, tramite la disarticolazione dell'ultimo, residuale caposaldo della democrazia cooperativa, il principio di collegialità del metodo assembleare per la nomina degli organi sociali.

In diversi statuti sono stati introdotti, con la formale motivazione di

---

<sup>6</sup> Il 20 giugno 2013 l'Eurogruppo ha raggiunto l'intesa circa la possibilità di utilizzare direttamente le risorse del Meccanismo europeo di stabilità (*European stability mechanism*, ESM) per ricapitalizzare le Banche. Tale possibilità è subordinata all'avvio del meccanismo di supervisione unica, che dovrà essere a sua volta preceduto da un esercizio di valutazione dei bilanci (*balance sheet assessment*) delle Banche vigilate in forma accentrata a livello europeo e, in particolare, da un'analisi della qualità dei loro attivi (*asset quality review*).

<sup>7</sup> Nelle "Considerazioni Finali" presentate all'Assemblea annuale della Banca d'Italia del 31.5.2013, pag. 19, il Governatore della Banca d'Italia Prof. Ignazio Visco osserva che "[...] andrebbe resa più agevole, per le popolari quotate, la trasformazione in società per azioni, quando necessaria, in funzione delle dimensioni delle Banche e della natura delle loro operazioni. [...]". Ancora più chiaro ed esplicito è poi il richiamo formulato dal Governatore nell'ambito dell'intervento presso l'assemblea annuale dell'ABI del 10.7.2013 (pagina 14): "[...] non bisogna trattenerci dall'intervenire sulla forma giuridica. Anche nel giudizio di autorità e investitori internazionali, il modello più coerente con le caratteristiche delle Banche di grandi dimensioni, in grado di favorire l'apporto di capitale e la trasparenza dell'assetto proprietario e della governance, è quello della società per azioni. Le popolari più grandi devono aprirsi a questa trasformazione, agevolandola con quorum assembleari realisticamente raggiungibili. [...]".

favorire una più ampia partecipazione dei Soci, vari strumenti, le assemblee a distanza ed infine i centri di voto, pretendendo di legittimare i Soci al voto a prescindere dalla loro partecipazione al dibattito assembleare, prima che la discussione abbia inizio, nel durante e successivamente alla sua chiusura.

Con una interpretazione “estensiva” dell’art. 2358 comma 4 c.c., piegato alla diversa disciplina introdotta a seguito del recepimento di norme comunitarie volutamente ed esclusivamente riferentesi alle S.P.A. quotate, si pretende di poter affermare l’avvenuto superamento del metodo assembleare collegiale nella formazione del consenso, eliminando in pratica ogni limite alla autoreferenzialità dei gruppi di comando.

Scopo del presente lavoro è allora quello di ricostruire con precisione le finalità del suddetto principio, dimostrarne la coesistenzialità alla vita democratica delle cooperative, quindi la sua valenza di ordine pubblico. E per converso definire i limiti normativi consentiti all’utilizzo di nuove tecnologie in funzione di allargamento della partecipazione della base sociale alle assemblee.

Indagine che, anticipando qui le conclusioni, porterà ad un giudizio di compatibilità con il principio assembleare/collegiale delle assemblee a distanza in collegamento diretto tra loro, con possibilità di intervento e di voto, e di illegittimità della votazione nei c.d. centri di voto, ove i Soci possono solo esprimere il voto senza partecipare, ascoltare ed entrare nel dibattito assembleare, prima del suo inizio, durante e dopo la sua conclusione. Ovviamente con riguardo alle delibere di nomina degli organi sociali.

## **2. Il metodo collegiale quale caratteristica centrale ed inderogabile del procedimento di assunzione delle decisioni assembleari, implicante la necessaria correlazione tra partecipazione alla discussione e manifestazione del voto dopo la chiusura della discussione.**

Il metodo collegiale è concetto cardine di tutte le riflessioni dottrinali e giurisprudenziali sulle caratteristiche proprie dell’organo assembleare nell’ambito delle società cooperative.

È concetto che l’interprete si sforzerà inutilmente di cercare consacrato in forza di espresso richiamo in questa o in quella norma del codice civile e ciò per l’evidente ragione che esso è immanente e logicamente presupposto nella nozione stessa di “assemblea”, quale procedimento di assunzione delle decisioni dei soci proprio ed assolutamente caratteristico del predetto tipo societario.

Perciò esso è concetto che si fonda sulla presunzione del legislatore che le decisioni sociali che siano il frutto non già di isolate ed autonome determinazioni dei singoli soci, bensì di un diretto ed immediato confronto dialettico tra le diverse posizioni critiche espresse in sede di assemblea, contribuiscano a rendere più efficiente e ponderata l'azione sociale, di talchè in tale contesto la fase della discussione assume carattere non meramente opzionale, ma assolutamente essenziale in funzione della successiva manifestazione della volontà dei soci.

È proprio l'elemento della discussione, del confronto diretto, del reciproco scambio di opinioni nell'ambito di un'unitaria cornice deliberativa che marca la differenza tra i due modelli organizzativi ed è in tale elemento che tutte le più autorevoli riflessioni dottrinali e giurisprudenziali sul tema individuano da sempre la *ratio* che giustifica l'imposizione del procedimento assembleare; difatti, il dibattito assembleare, consentendo l'emergere dei diversi interessi in gioco, la circolazione delle informazioni, il concorso dei soci nella valutazione dell'interesse comune, favorisce una più accorta valutazione delle decisioni da assumere e risponde quindi allo stesso interesse della società, secondo un'esigenza di ponderazione che, come ovvio, è particolarmente sentita nell'ambito dei modelli societari più strutturati.

Al contempo, il metodo collegiale è volto a garantire che ogni singolo socio sia messo in condizione, oltre che di ascoltare le opinioni altrui, di far conoscere la propria opinione sulle deliberazioni da assumere e di cercare di orientare per tale via il voto degli altri soci; quindi a realizzare una effettiva democrazia assembleare, in cui si individua da sempre il necessario contrappeso della regola maggioritaria.

Dunque, il metodo collegiale integra doppiamente caratteristica prima ed inderogabile del procedimento assembleare: sia per la società, il cui interesse è tanto più tutelato quanto più attente e ponderate risultino le decisioni sociali, sia per il singolo socio, investito del diritto non solo a far sentire il peso delle proprie opinioni e a promuovere un effettivo dibattito critico all'interno dell'assemblea, ma anche a che soltanto coloro che hanno partecipato alla discussione possano esercitare il diritto di voto.

Per concludere, le diverse fasi in cui si articola il procedimento assembleare – convocazione, costituzione, discussione, votazione e proclamazione finale dei risultati – mirano a garantire che le decisioni dei soci siano il frutto non già di determinazioni singolarmente e separatamente assunte, ma di un confronto diretto ed immediato tra i soci medesimi in un'ottica di reciproca influenza e di migliore informazione e ponderazione possibili per l'interesse dei singoli soci e della società stessa.

I principi esposti trovano costante ed indiscusso riconoscimento in dottrina<sup>8</sup> e, soprattutto, nella unanime giurisprudenza<sup>9</sup>.

Se l'essenza e la *ratio* del metodo collegiale sono quelle di consentire che ciascun socio possa far conoscere agli altri la propria opinione in merito alle decisioni da assumere e realizzare per tale via il gioco delle reciproche influenze critiche, è evidente che la conduzione dei lavori assembleari in tanto si potrà ritenere corretta, in quanto garantisca la effettiva e diretta correlazione tra la fase della discussione e quella della votazione.

Questa necessaria ed inderogabile correlazione funzionale resterebbe chiaramente violata non soltanto nell'ipotesi estrema in cui il Presidente dell'assemblea privasse i soci che ne facciano richiesta del diritto di prendere la parola, ma anche nel caso in cui un tale diritto fosse rispettato nella forma e però violato nella sostanza, consentendo la partecipazione al voto anche di coloro che non abbiano assistito alla discussione. È evidente, infatti, che in questa seconda ipotesi il diritto di intervento di chi aveva inteso far valere in

---

<sup>8</sup> Sui principi di collegialità e maggioranza, nel senso indicato nel testo, si vedano in dottrina: Marcello FOSCHINI, *Sul diritto di discussione in assemblea*, in *Rivista delle Società*, 1962, p. 53 ss.; Francesco GALGANO, *Il principio di maggioranza nelle società personali*, Cedam, Padova, 1960; ID., *La forza del numero ed il principio della ragione: storia del principio di maggioranza*, Il Mulino, Bologna, 2007; Paolo GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano. Lineamenti generali*, Giappichelli, Torino, 1959; Giovanni GRIPPO, "Deliberazione e collegialità nelle società per azioni", Giuffrè, Milano, 1979; ID., *L'assemblea*, in *Trattato Rescigno*, XVI, Utet, Torino, 1985, p. 363; Giovanni Luigi PELLIZZI, *Sui poteri indisponibili della maggioranza assembleare*, in *Rivista di diritto civile*, 1967, I, p. 192; Roberto SACCHI, *L'intervento e il voto nell'assemblea della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da Colombo e Portale, vol. III, Tomo I, Utet, Torino, 1994; Antonio SERRA, *Unanimità e maggioranza nelle società di persone*, Giuffrè, Milano, 1980; ID., *L'assemblea: procedimento*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da Colombo e Portale, vol. III, Utet, Torino, 1994, p. 51; Antonio VENDITTI, *Collegialità e maggioranza nelle società di persone*, Napoli, E. Jovene, 1955.

<sup>9</sup> Per un excursus della giurisprudenza edita in materia si vedano: Cassazione civile, Sezioni Unite, sent. 18 aprile 1961 n. 851, in *Foro Italiano*, 1961, I, p. 1904 ss.; Corte di Appello di Milano, sent. 25 luglio 1957, in *Foro Italiano* 1961, p. 1904 ss.; Tribunale di Milano, sent. 13 gennaio 1988, in *Corriere Giuridico*, 1988, p. 384 ss.; Corte di Appello di Brescia sent. 13 gennaio 2000, in *Foro italiano*, 2000, I, p. 1878 ss.; Cassazione civile, sent. del 13 dicembre 2002 n. 17848, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2004, II, p. 265 ss.; Cassazione civile, sent. 30 maggio 2008 n. 14554, in *Rivista del Notariato*, 2010, 3, p. 815 ss.

assemblea il proprio punto di vista – diritto assolutamente indisponibile da parte del Presidente e strumentale agli stessi interessi della società – resterebbe gravemente menomato, per essersi potuto esplicitare nei confronti di alcuni soltanto e non di tutti i soci votanti. In tale contesto, la collegialità non rappresenterebbe nulla di più che una cornice esteriore, la mera circostanza che i soci si ritrovino a votare in uno stesso luogo ed in una stessa giornata, ma a prescindere da ogni necessità di un diretto confronto assembleare.

La giurisprudenza edita in materia – che non a caso fa riferimento ad assemblee di Società cooperative ed in specie di Banche popolari cooperative, ove inderogabile è l'esigenza della piena attuazione della democrazia assembleare – conferma puntualmente la conclusione ora esposta.

Merita innanzitutto di essere ricordata la sentenza 13 gennaio 2000, con cui la Corte di Appello di Brescia<sup>10</sup> ha accolto l'impugnazione di una delibera assembleare della Banca Agricola Mantovana Società cooperativa a r.l.

Era in particolare avvenuto che, in occasione della assemblea sociale del 1994, indetta per la approvazione del bilancio di esercizio e la nomina dei nuovi Consiglieri di amministrazione, il Presidente avesse fatto precedere la votazione per la designazione del CdA alla discussione sul bilancio, sicché uno dei soci presenti ne aveva contestato la legittimità evidenziando il pregiudizio così arrecato alla corretta formazione della volontà assembleare. Egli sosteneva, infatti, che le considerazioni critiche che aveva inteso esprimere sulla regolarità del bilancio avrebbero potuto influire sul giudizio che i soci erano chiamati ad esprimere in merito alla riconferma degli amministratori che quel bilancio avevano contribuito a predisporre e sostanziare con la loro azione gestionale, di talché il confronto dibattimentale sul punto avrebbe dovuto necessariamente precedere le operazioni di voto.

A ben vedere, il *vulnus* che in quel caso era stato arrecato al principio di collegialità era assai meno evidente e grave di quello che si verificerebbe se il Presidente desse luogo alle operazioni di voto sul rinnovo del CdA consentendo che al voto siano indiscriminatamente ammessi soci neppure presenti al momento della discussione e prima della conclusione della discussione medesima; così operando uno stravolgimento totale dell'ordine procedimentale di discussione/votazione stabilito inderogabilmente dal legislatore ed anzi consentendo l'esercizio del voto a prescindere totalmente dal confronto dibattimentale. Ebbene, pur in una situazione di illegittimità

---

<sup>10</sup> Corte di Appello di Brescia, sent. 13 gennaio 2000, in *Foro Italiano*, 2000, I, p. 1878 ss.

assai meno macroscopica, i Giudici hanno censurato la condotta del Presidente con massima severità:

*“Dagli artt. 2368 e segg. c.c. si desume che la votazione avviene dopo che vi sia stata la discussione, se è vero che la ratio di tale fondamentale momento della formazione della volontà assembleare consiste proprio nel dibattere i temi posti all’ordine del giorno (e sul quale poi si deve votare), e quindi, attraverso la dialettica del dibattimento, ottenere il massimo delle informazioni al fine di consentire, da una parte, un voto consapevole e cosciente, dall’altra, di orientare, con le proprie opinioni, il voto degli altri soci. In altri conclusivi termini la delibera è un complesso procedimento scandito da alcune ineludibili fasi e cioè la convocazione, la discussione e la votazione: ognuna di queste fasi è prodromica all’altra e non può essere né soppressa né compressa, pena l’invalidità della deliberazione finale sulla quale i suddetti vizi si ripercuotono.*

*Quanto appena detto è un dato giuridico talmente pacifico ed indiscusso che non constano opinioni divergenti, né in dottrina né in giurisprudenza (...) Tal dovendosi ritenere la abnorme decisione del Presidente dell’assemblea di far votare, prima della discussione (o contemporaneamente ad essa), coloro che erano impossibilitati ad attenderne il termine. Ma, se si consentisse ai soci di votare prima della discussione il suddetto diritto diverrebbe nulla più che un vuoto simulacro”.*

Tale precisa e rigorosa scansione procedimentale è, anzi, caratteristica a tal punto immanente e basilare della formazione della volontà sociale, posta a presidio di un interesse generale e superiore della società stessa, che la sua violazione comporta la automatica invalidità della delibera assunta, a prescindere dalla prova di resistenza ovvero da ogni altra sorta di verifica su quello che avrebbe potuto essere l’esito del dibattito e della votazione ove i lavori assembleari si fossero articolati regolarmente. Semmai – precisa la Corte di Appello – deve valere una presunzione assoluta di segno esattamente opposto; ossia si deve presumere, *iuris ed de jure*, che la discussione, ove correttamente svolta alla presenza di tutti i soci votanti, avrebbe potuto influenzare e ribaltare l’esito della votazione:

*“Non si capisce, infine, sulla base di quale elemento di fatto (comunque del tutto irrilevante) il Tribunale abbia potuto affermare che «è da escludere che la condotta di chi ha presieduto l’assemblea possa aver influito più di tanto sull’esito della votazione dovendo presumersi che fossero interessati a seguire i vari interventi (e li abbiano quindi seguiti prima di votare) tutti gli indecisi, cioè in pratica i soli sui quali gli oratori potevano esercitare un’efficace opera di persuasione»: si tratta, ripetesi, di un argomento del tutto irrilevante, anche se coloro che abbiano anticipatamente votato non abbiano avuto alcuna influenza sulla deliberazione (c.d. prova di resistenza). Infatti, il diritto alla*

*discussione fa parte dei diritti inalienabili del socio e, ai fini del suo esercizio, non può essere messo in alcun nesso causale con la successiva votazione, proprio perché la legge, con una sorta di presunzione iuris et de iure, ha stabilito che la discussione deve precedere la votazione perché si presume che possa determinarne l'esito: che poi questo avvenga è del tutto ininfluyente e non può essere oggetto neppure di prova contraria ove si volesse dimostrare, in ipotesi, che la votazione avrebbe comunque avuto lo stesso risultato".*

La interpretazione della Corte di Appello di Brescia ha trovato in tutti i suoi passaggi totale adesione e conferma da parte dei Giudici della Suprema Corte, che con sentenza del 13 dicembre 2002 n. 17848<sup>11</sup> hanno così esattamente argomentato:

*"Le delibere assembleari sono rette dal principio di maggioranza, il quale comporta che "le deliberazioni ... prese in conformità della legge e dell'atto costitutivo vincolano tutti i soci, ancorché non intervenuti o dissenzienti" (art. 2377, primo comma, c.c.). Orbene, è ormai acquisito che detto principio trova il suo "contrappeso" e la sua legittimazione nel metodo assembleare, il quale opera "come strumento di protezione delle minoranze", permettendo loro di essere previamente informate dell'oggetto della deliberazione e di partecipare, prima della votazione, ad una discussione, nel corso della quale ciascun partecipante ha la possibilità di esporre e di difendere, in contraddittorio con gli altri intervenuti, il proprio punto di vista. È quindi evidente che il procedimento assembleare, del quale la discussione rappresenta un momento saliente, pur essendo imposto a protezione dei singoli soci, è finalizzato anche alla tutela di un'esigenza di carattere generale, concernente la salvaguardia della legalità dell'azione sociale. Per questo, a nulla rileva osservare che nessuno dei soci si era (inizialmente) opposto alle "modalità di votazione" proposte dal presidente dell'assemblea e che la partecipazione alla discussione "non può essere imposta a quanti hanno già maturato il proprio convincimento", posto:*

*– che l'articolazione e la disciplina del procedimento assembleare sono sottratte alla disponibilità dei soci;*

*– che le regole del procedimento assembleare implicano, per ciascuno degli intervenuti (e il ricorrente era tra questi) il diritto di poter esprimere, in contraddittorio con gli altri, la propria opinione, al fine di orientare, nel senso da lui auspicato, la decisione finale;*

*– che, infine, l'illegittimità della delibera impugnata è stata affermata dal-*

---

<sup>11</sup> Cassazione Civile, sent. 13 dicembre 2002 n. 17848, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2004, II, p. 265 ss.

*la Corte territoriale non già perché alcuni soci non erano intervenuti, per una loro libera decisione, nella discussione, ma perché le modalità di svolgimento dei lavori assembleari scelte dal presidente avevano impedito ad altri soci (e il Gaidella era tra essi) di promuovere il dibattito assembleare su alcuni degli argomenti posti all'ordine del giorno”.*

Non meno significativa è la sentenza 13 gennaio 1988 del Tribunale di Milano<sup>12</sup>, quanto mai conferente al caso di specie ed anzi ad esso esattamente sovrapponibile:

*“La riunione del 13 luglio del 1987 risulta dal verbale, conformemente alla previsione dell'avviso di convocazione, essersi protratta, per le operazioni di voto, dalle ore 10 alle ore 17, al principale fine di consentire che il maggior numero di associati, qualunque fosse il momento dell'intervento, purchè anteriore a quello finale stabilito, potessero esprimere il proprio voto. Il sistema di tipo referendario, che in sé per le associazioni sarebbe del tutto legittimo, è tuttavia alternativo rispetto a quello assembleare, che è l'unico previsto dallo statuto. La formazione della volontà degli enti e delle persone giuridiche mediante il procedimento di deliberazione assembleare consente che, applicandosi il metodo collegiale, si crei una volontà collettiva che non è la semplice somma di distinte dichiarazioni individuali. In assemblea, la partecipazione unitaria e, concentrazioni di tempo, dei diversi associati che intervengono al dibattito, permette che la discussione e la dichiarazione di voto di ciascuno influiscano sulla espressione volitiva degli altri, garantendo una integrazione reciproca delle volontà individuali. Permettere che la votazione avvenga frazionatamente può alterare lo svolgimento dell'assemblea che, in via ordinaria non può che richiedere una contestualità, per quanto possibile, delle diverse dichiarazioni di voto”.*

Quindi – sancisce il Tribunale di Milano – consentire l'ammissione al voto dei soci a prescindere dalla loro presenza al momento del dibattito assembleare significa trasformare la assemblea sociale in un referendum, modalità di decisione assolutamente incompatibile con il metodo collegiale.

Ed infine merita ricordare la fondamentale decisione Cassazione civile, sentenza 30 maggio 2008 n. 14554<sup>13</sup>.

Nel caso esaminato il Presidente dell'assemblea di una Banca Popolare aveva dato corso alle votazioni per la nomina dei nuovi organi sociali prima che la discussione fosse terminata.

---

<sup>12</sup> Tribunale di Milano, sent. 13 gennaio 1988, in *Corriere Giuridico*, 1988, p. 384 ss.

<sup>13</sup> Cassazione civile, sent. 30 maggio 2008 n. 14554, in *Rivista del Notariato*, 2010, 3, p. 815 ss.

Nel confermare la invalidità della delibera “*per violazione del diritto di informazione e quello alla discussione dei soci*”, i Giudici della Suprema Corte hanno ribadito la essenzialità ed inderogabilità del metodo collegiale, che consentendo a ciascun partecipante di fare conoscere la propria opinione sugli argomenti in votazione, si pone a tutela non soltanto dell’interesse particolare delle minoranze assembleari, ma anche di quello generale e superiore della società stessa:

*“Il metodo assembleare opera “come strumento di protezione delle minoranze”, permettendo loro di essere previamente informate dell’oggetto della deliberazione e di partecipare, prima della votazione, ad una discussione, nel corso della quale ciascun partecipante ha la possibilità di esporre e di difendere, in contraddittorio con gli altri intervenuti, il proprio punto di vista. Il procedimento assembleare, di cui la discussione rappresenta un momento saliente, pur essendo imposto a protezione dei singoli soci, è finalizzato anche alla tutela di un’esigenza di carattere generale, con la conseguenza che l’articolazione e la disciplina del procedimento medesimo sono sottratte alla disponibilità dei soci, e che le regole di esso implicano per ciascuno degli intervenuti il diritto di poter esprimere, in contraddittorio con gli altri, la propria opinione, al fine di orientare, nel senso da lui auspicato, la decisione finale”.*

*“A nulla rileva che l’intervento dei soci che non si erano ancora espressi prima dell’inizio della votazione fosse o no idoneo ad influire concretamente sulla decisione degli altri soci di votare in uno o in altro modo, rilevante ai fini del rispetto del procedimento assembleare essendo non il fatto che mediante il proprio intervento il socio riesca effettivamente ad influire sull’orientamento dell’assemblea, ma che egli abbia la possibilità di farlo, ciò che per definizione viene ad essere escluso qualora alla votazione si dia inizio prima che la discussione abbia avuto termine e quello stesso socio non abbia avuto la possibilità di intervenire”.*

La conclusione che può trarsi dal precedente excursus è assai semplice. Nelle Società cooperative a voto capitarario, in assenza di una maggioranza precostituita, il consenso si forma in assemblea seguendo il metodo collegiale. Tale metodo comporta per un verso il diritto di tutti i soci di intervenire siccome rispondente a realizzare l’interesse, oltre che proprio, della stessa Società. E per altro verso la ineludibilità che le operazioni di voto seguano e non anticipino la chiusura del dibattito assembleare, anche per la sola eventualità che uno qualsiasi degli interventi possa modificare le intenzioni di voto dei presenti.

In un così chiaro contesto e in presenza di principi di ordine pubblico economico desumibili dalla complessiva regolamentazione della materia, dal punto di vista logico-giuridico solo una espressa disposizione norma-

tiva può consentire una deviazione dal metodo assembleare collegiale; non potendosi certo “sostenere” l’abrogazione di detto metodo, peraltro come vedremo proprio recentemente rafforzato, sulla base di una interpretazione “adattativa” alla differente disciplina applicabile alle Società per azioni.

### **3. Le assemblee a distanza in collegamento diretto tra loro con possibilità di intervento e di voto elettronico.**

Per favorire la coniugazione tra il principio assembleare collegiale e la più ampia partecipazione della base sociale ai lavori assembleari, stante l’azionariato diffuso su gran parte del territorio nazionale, è stato possibile ottenere, per le Banche Popolari richiedenti, la autorizzazione ad introdurre nella Statuto la previsione di svolgimento di assemblee a distanza in collegamento simultaneo e diretto tra loro, con possibilità di intervento e di voto elettronico.

Trattasi di assemblee che possono venire convocate in numero indefinito di luoghi, individuati anno per anno dal Consiglio di amministrazione all’atto della convocazione<sup>14</sup>, collegati tra di loro e con la sede principale

---

<sup>14</sup> Nel senso che le assemblee in videoconferenza non derogherebbero al metodo collegiale, ma ne costituirebbero una diversa modalità di attuazione, a condizione che il sistema tecnico adottato sia in grado di garantire la contestualità temporale della partecipazione assembleare e mettere contemporaneamente in comunicazione i soci tra di loro, si è espressa la dottrina pubblicata in materia: Giorgio CIAN, *L'intervento e il voto elettronici nell'assemblea di s.p.a.*, in *Rivista delle Società*, 2011, p. 1065 ss.; Giovanni CABRAS, *L'assemblea in videoconferenza nelle società di capitali*, in *Vita Notarile*, 2001, p. 575 ss.; Ivan DEMURO, *Collegialità societaria e nuove tecnologie*, in *Rivista del Notariato*, 2001, I, p. 59 ss.; ID., *Partecipazione virtuale alle riunioni collegiali di società*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2002, II, p. 398; Mario NOTARI, *L'assemblea e i processi decisionali dei soci nella riforma delle società non quotate*, in *Rivista delle Società*, 2001, p. 130 ss.; Silvia TURELLI, *Assemblea di società per azioni e nuove tecnologie*, in *Rivista delle Società*, 2004, p. 116 ss.; Giovanni ZAGRA, *Convocazione di assemblea per posta elettronica e svolgimento in videoconferenza*, in *Le Società*, 2001, p. 214 ss. Al riguardo si veda anche la massima del Consiglio notarile di Milano del 16 gennaio 2001, pubblicata in *Rivista del Notariato*, 2001, p. 538 ss., dove viene affermata “[...] la legittimità di clausole statutarie che prevedono la possibilità di svolgere l'assemblea ordinaria e straordinaria di società di capitali con interventi dislocati in più luoghi contigui o distanti audio/video collegati purchè sia rispettato il metodo collegiale ed il principio di buona fede e di parità di trattamento tra i soci [...]”.

della assemblea; è consentito a tutti i soci di prenotarsi ed intervenire, di ascoltare in diretta gli interventi degli altri Soci in qualunque sede si trovino e, alla fine del dibattito, di votare elettronicamente consentendo la immediata e contestuale proclamazione dei risultati.

Questo strumento innovativo, illustrato alla stampa nei termini sopra riportati e magnificato quale massima espressione di democrazia partecipativa, è stato già utilizzato in alcune assemblee dando ottima prova<sup>15</sup>.

Esso è perfettamente rispondente al principio di democrazia assembleare ed al contempo favorisce l'ampliamento della partecipazione.

Non contrasta in alcun modo con il diritto di ciascun Socio di intervenire nel dibattito con l'auspicio di incidere sugli orientamenti di voto degli altri Soci concorrendo a produrre il risultato elettorale. Consente di rispettare il metodo collegiale quale caratteristica centrale e inderogabile del procedimento di assunzione delle decisioni assembleari, implicante la necessaria correlazione tra partecipazione alla discussione e manifestazione del voto dopo la chiusura della discussione.

#### **4. Il diverso fenomeno dei centri di voto. Gli evidenti possibili abusi del management, potere autoreferenziale nella nomina degli organi sociali, amministrativi e di controllo.**

Del pari in alcuni statuti è stata introdotta la possibilità, in linea generale legittimata dall'ultimo comma dell'art. 2358 c.c., di svolgere non solo assemblee a distanza, ma di consentire l'esercizio del diritto di voto in centri di voto determinati ad libitum nelle sedi decise dal Consiglio di Amministrazione, ove i soci, anziché partecipare alla discussione, potersi prenotare per l'intervento, ascoltare in presa diretta gli interventi degli altri soci per formarsi un'idea, possono recarsi in qualsiasi ora della giornata (prima dell'inizio della discussione durante la medesima ed anche dopo il termine di essa senza avervi in alcun modo partecipato), semplicemente per votare in via elettronica a favore o contro una delle proposte del Consiglio di Amministrazione portate ad oggetto dell'ordine del giorno.

---

<sup>15</sup> Si vedano a titolo di esempio le modalità prescelte dalla Banca Popolare dell'Emilia Romagna per lo svolgimento della assemblea ordinaria del 15-16.04.2011, il cui avviso di convocazione e verbale sono consultabile sul sito internet della Banca all'indirizzo [www.bper.it](http://www.bper.it) - sezione governance.

Questa possibilità, come detto, è espressamente prevista dall'art. 2538 c.c., che però, saggiamente, pone precisi limiti alla sua utilizzabilità, perché se per un verso detto strumento favorisce, in teoria<sup>16</sup>, una ancor più ampia partecipazione di tutti i soci, potendosi aprire un centro di voto in ogni Comune interessato dall'attività della Banca, per altro verso è in grado di azzerare completamente il metodo collegiale, quale caratteristica centrale e inderogabile del procedimento di assunzione delle decisioni assembleari, implicante la necessaria correlazione tra partecipazione alla discussione e manifestazione del voto dopo la chiusura della discussione.

Infatti, la possibilità attribuita al socio di votare in ogni momento senza alcuna effettiva partecipazione alla discussione e quindi senza in alcun modo neppure avere ascoltato le opinioni degli altri soci, rende sostanzialmente inutile, svuotandolo di contenuto, il dibattito assembleare. La volontà dei soci si forma prima e al di fuori dell'assemblea a prescindere dalle opinioni in essa espresse.

Laddove la legge avesse attribuito la possibilità di votare in centri di voto secondo le modalità sopra definite anche per la nomina del Consiglio di Amministrazione e del Collegio sindacale, oltre a determinare la fine del metodo collegiale, avrebbe di fatto attribuito al Consiglio di Amministrazione uscente un potere assoluto e autoreferenziale nel governo della cooperativa.

Gli amministratori potrebbero individuare le aree territoriali ove si concentrano soci particolarmente fidelizzati, nonché numerosi dipendenti e parenti di soci ed in quelle località aprire centri di voto, non attivati viceversa nelle aree nelle quali fosse emerso un certo dissenso, favorendo così alcuni soci rispetto ad altri in contrasto persino con la Direttiva 2007/36/CE che

---

<sup>16</sup> In effetti la teorica possibilità di aprire centri di voto in un numero indefinito di luoghi potrebbe portare a consentire l'espressione del diritto di voto tramite, ad esempio, computer abilitati all'interno di ciascuna filiale, salva l'adozione di modalità di verifica dell'accreditamento elettorale e di segretezza dell'espressione del voto. Esasperando lo stesso concetto si potrebbe pervenire al risultato di facoltizzare il voto dal computer di casa, previa attribuzione di una chiave di accesso abilitativa e personalizzata per ciascun socio. Trattasi in effetti delle modalità elettorali discusse dagli organi dirigenti della Banca Popolare di Milano e considerata illegittima per le stesse ragioni esposte nel testo del parere *pro veritate* del Prof. Angelo Benessia riportato sul numero del 27.4.2013 del Sole 24 Ore - inserto Plus Risparmio e Famiglia.

nelle stesse società per azioni subordina tale diritto al principio di parità di trattamento tra Soci<sup>17</sup>.

Ora la conclusione sul piano giuridico è intuitiva. Posto che consentire il voto in centri di voto azzera il principio assembleare di funzionamento della democrazia cooperativa, rappresentato dal metodo collegiale quale caratteristica centrale e inderogabile del procedimento di formazione delle decisioni assembleari, è necessario che una norma espressamente sancisca la legittimità del voto in detti centri di voto a prescindere dalla partecipazione alla assemblea, anche prima della chiusura del dibattito assembleare.

Senza una disposizione di tal genere ed, anzi, in presenza di una disposizione positiva incompatibile con la votazione in centri di voto a prescindere dalla partecipazione al dibattito assembleare, ne consegue la illegittimità del suo utilizzo e, quindi, la invalidità della delibera adottata in violazione del metodo collegiale.

Il problema si sposta perciò sulla interpretazione del disposto dell'art. 2538 c.c. e delle disposizioni comunitarie recentemente entrate in vigore, per verificare se esse possano rappresentare positiva fonte normativa legittimante il voto nei centri di voto per la nomina dei membri del C.d.A.

**5.- Limiti e rimedi posti dal Codice Civile a presidio della effettività del principio collegiale nella nomina degli organi sociali. Illegittimità del voto nei centri di voto a prescindere dalla partecipazione al dibattito assembleare e prima della conclusione nel dibattito. Conferma della scelta consapevole operata dal Codice sul piano della legislazione comunitaria e della normativa sulle società quotate.**

Ricordiamo come sia noto che nelle società cooperative anche bancarie, per regola generale e per principio assolutamente inderogabile, la volontà dell'assemblea si forma unicamente tramite il metodo collegiale al termine della discussione, in modo tale che le scelte di voto risultino determinate sulla base delle convinzioni formatesi nel confronto diretto tra soci. Per questa ragione la Corte di Cassazione è ferma nell'insegnamento per il quale

---

<sup>17</sup> L'articolo 4 della Direttiva CE 11.07.2007 n. 36, rubricato "Parità di trattamento degli azionisti", così esattamente dispone: "La società assicura la parità di trattamento di tutti gli azionisti che si trovano nella stessa posizione per quanto concerne la partecipazione e l'esercizio dei diritti di voto in assemblea".

non è possibile aprire le votazioni sul singolo punto dell'ordine del giorno fino a quando la discussione su di esso non sia esaurita.

Detto principio di ordine pubblico generale trova una parziale deroga da parte dell'art. 2538, ultimo comma, c.c., che consente di introdurre nello Statuto delle società cooperative la possibilità di esprimere il voto per corrispondenza (previsione già vigente *ante* riforma societaria del 2003) o tramite altri mezzi di telecomunicazione (previsione introdotta dalla riforma societaria del 2003)<sup>18</sup>. Ne consegue che nei casi in cui tale modalità di voto è legittimamente prescelta, resta superato il principio assembleare puro, potendosi ovviamente esprimere il voto da parte dei soci che non abbiano partecipato al dibattito assembleare e, quindi, conseguenzialmente, anche prima o durante lo svolgimento dell'assemblea, senza necessità di attendere la fine della discussione.

Senonchè, tale formalità è espressamente contrappesata e subordinata ad una prima condizione: che l'avviso di convocazione contenga per esteso la deliberazione proposta (art. 2538, ultimo comma, secondo inciso, c.c.). Si vuole così mettere in condizione il socio di avere chiara evidenza non soltanto del generico oggetto posto all'ordine del giorno, ma anche, in modo esteso e quindi completo, della specifica deliberazione sulla quale è chiamato a esprimere la propria determinazione; cosicchè, senza bisogno di qualsiasi informazione supplementare, egli possa recarsi nel centro di voto o votare per corrispondenza, essendosi già formato un'idea ed esprimere unicamente il voto stesso. Non sono, infatti, previste dalla legge possibilità successive di integrazione informativa né oneri di informazione a carico del socio, quali la consultazione del sito internet della società *et similia*.

Il meccanismo elettorale delineato dalla disposizione, derogatorio del

<sup>18</sup> Si riportano di seguito i testi ante e post riforma societaria:

**“Art. 2538, comma 4, c.c. (versione ante riforma)**

*Il voto può essere dato per corrispondenza, se ciò è ammesso dall'atto costitutivo. In tal caso l'avviso di convocazione dell'assemblea deve contenere per esteso la deliberazione proposta”*

**“Art. 2538, comma 4, c.c. (versione post riforma)**

*L'atto costitutivo può prevedere che il voto venga espresso per corrispondenza, ovvero mediante altri mezzi di telecomunicazione. In tal caso l'avviso di convocazione deve contenere per esteso la deliberazione proposta. Se sono poste in votazione proposte diverse da quelle indicate nell'avviso di convocazione, i voti espressi per corrispondenza non si computano ai fini della regolare costituzione dell'assemblea”.*

principio generale, può trovare compiuta applicazione, a titolo di esempio, laddove l'assemblea sia chiamata a deliberare la modifica di norme statutarie, nel qual caso l'avviso di convocazione dovrà riportare per esteso la disposizione vigente e il testo della nuova disposizione proposta, il cambiamento della sede legale, la adozione del modello duale di amministrazione in luogo di quello ordinario, ecc.. Ma tale meccanismo è incompatibile con la elezione del Consiglio di Amministrazione, perché le regole legali vigenti impediscono una stesura dell'ordine del giorno completa, contenente non solo l'oggetto generico della delibera, ma anche l'indicazione analitica delle varie liste contrapposte, fra l'una o l'altra delle quali il socio è chiamato a esprimere il proprio voto.

Invero, l'avviso di convocazione deve venire pubblicato, ai sensi dell'art. 125 bis TUF, almeno 30 giorni prima dallo svolgimento dell'assemblea di prima convocazione, mentre il termine per la presentazione delle liste, ai sensi dell'art. 147 ter dello stesso TUF, scade il 25° giorno precedente alla assemblea, sempre di prima convocazione. Ed è perciò che l'avviso di convocazione non può indicare le liste in campo, sulle quali il socio, disinteressato al dibattito assembleare, possa recarsi al centro di voto esprimendo la propria preferenza consapevole ed informata.

Non si tratta di un difetto di coordinamento tra norme, ma di una precisa scelta di campo del Legislatore, che ha consentito la deroga al principio assembleare per alcune deliberazioni, mentre ha inteso escluderla per quella più significativa, la nomina dell'organo di amministrazione, continuando a pretendere che per essa trovi piena applicazione il principio assembleare, che impone la partecipazione al dibattito e la ultimazione del medesimo prima della apertura delle votazioni. Trattasi di una scelta che vuole evitare operazioni manipolative del consenso da parte di chiunque si attivi per convincere i soci a votare per l'uno o l'altro dei candidati, senza neppure poterne ascoltare il programma, le repliche e l'opinione degli altri soci.

La norma contiene poi un ulteriore, secondo contrappeso alla possibilità del voto elettronico nei centri di voto o per posta, prima o durante lo svolgimento dell'assemblea per la nomina degli amministratori. Difatti l'art. 2538, ultimo comma, c.c. condiziona espressamente l'adozione di tale modalità di voto alla formulazione di una proposta di delibera avanzata dal Consiglio di Amministrazione. Il quale, per effetto di plurimi interventi della Autorità di Vigilanza, la Banca d'Italia, non ha alcun potere di proporre una propria lista all'assemblea, essendo la presentazione delle liste riservata in esclusiva ai soci dall'art. 147 *ter* TUF. Pur essendo il principio stato espresso in dichiarazioni pubbliche

dell'Autorità di vigilanza, allo stato la giurisprudenza ha avuto occasione di occuparsene, in senso confermativo, solo con riguardo alla nomina del Collegio Sindacale<sup>19</sup>.

Su detto oggetto non è perciò configurabile neppure astrattamente una proposta di deliberazione che possa essere riportata per esteso nell'avviso di convocazione. La distinzione è facilmente comprensibile concentrandosi sui diversi ordini del giorno, punti che rappresentano meri oggetti di delibera e altri che integrano invece proposte di delibera predisposte dal Consiglio di Amministrazione nell'esercizio dei poteri di impulso di sua competenza.

Fuoriuscendo dal codice civile è opportuno, per avvalorare la conclusione sopra proposta, portare l'attenzione sull'art. 125 bis TUF<sup>20</sup>, il quale

---

<sup>19</sup> Si veda Cassazione Civile, sent. 13 settembre 2007 n. 19160, in *Foro Italiano*, 2008, 3, p. 859 ss.

<sup>20</sup> Per favorire la migliore comprensione dei rilievi svolti nel testo si riporta integralmente il testo dell'art. 125 bis Testo Unico Finanza:

***“Articolo 125 bis***

*(Avviso di convocazione dell'assemblea)*

1. *L'assemblea è convocata mediante avviso pubblicato sul sito Internet della società entro il trentesimo giorno precedente la data dell'assemblea, nonché con le altre modalità ed entro i termini previsti dalla Consob con regolamento emanato ai sensi dell'articolo 113-ter, comma 3, ivi inclusa la pubblicazione per estratto sui giornali quotidiani.*

2. *Nel caso di assemblea convocata per l'elezione mediante voto di lista dei componenti degli organi di amministrazione e controllo, il termine per la pubblicazione dell'avviso di convocazione è anticipato al quarantesimo giorno precedente la data dell'assemblea.*

3. *Per le assemblee previste dagli articoli 2446, 2447 e 2487 del codice civile, il termine indicato nel comma 1 è posticipato al ventunesimo giorno precedente la data dell'assemblea.*

4. *L'avviso di convocazione reca:*

a) *l'indicazione del giorno, dell'ora e del luogo dell'adunanza nonché l'elenco delle materie da trattare;*

b) *una descrizione chiara e precisa delle procedure da rispettare per poter partecipare e votare in assemblea, ivi comprese le informazioni riguardanti:*

1) *i termini per l'esercizio del diritto di porre domande prima dell'assemblea e del diritto di integrare l'ordine del giorno o di presentare ulteriori proposte su materie già all'ordine del giorno, nonché, anche mediante riferimento al sito Internet della società, le eventuali ulteriori modalità per l'esercizio di tali diritti;*

2) *la procedura per l'esercizio del voto per delega e, in particolare, le modalità*

disciplina l'avviso di convocazione, per verificare se tale "legge speciale" offra spunti per sostenere una diversa opinione.

La norma in effetti nulla toglie alle osservazioni sopra svolte, limitandosi semplicemente a prevedere al comma 4, lettera b, punto 4, l'obbligo di definire le procedure del voto per corrispondenza o elettronico, ovviamente nei limiti in cui esso risulti ammissibile. Anzi, paradossalmente, conferma l'interpretazione proposta, perché inserisce il paragrafo relativo alle modalità e ai termini di presentazione delle liste in un apposito punto, *d-bis*, successivo e autonomo rispetto a quello che prevede il voto elettronico e la sua disciplina, di talché non è possibile inferirne la conseguente ricomprensione all'interno del precedente punto *b*, numero 4).

Le disposizioni che contemplano a monte la possibilità di fare ricorso al voto per corrispondenza o al voto elettronico, stabilendone i limiti generali di legittimità, non sono infatti contenute nel TUF, bensì nel Codice civile e dettano una disciplina da sempre distinta e differenziata per le società per azioni e le società cooperative, rinvenibile rispettivamente negli artt. 2370 e 2538 c.c.

Anche il D.Lgs. n. 27/2010 sui diritti degli azionisti di società quotate, che è da ultimo intervenuto sulla materia, ha confermato la distinzione e ha inteso incidere espressamente sulla sola disciplina delle società per azio-

---

*per il reperimento dei moduli utilizzabili in via facoltativa per il voto per delega nonché le modalità per l'eventuale notifica, anche elettronica, delle deleghe di voto;*

*3) la procedura per il conferimento delle deleghe al soggetto eventualmente designato dalla società ai sensi dell'articolo 135-undecies, con la precisazione che la delega non ha effetto con riguardo alle proposte per le quali non siano state conferite istruzioni di voto;*

*4) le procedure di voto per corrispondenza o con mezzi elettronici, se previsto dallo statuto;*

*c) la data indicata nell'articolo 83-sexies, comma 2, con la precisazione che coloro che diventeranno titolari delle azioni solo successivamente a tale data non avranno il diritto di intervenire e votare in assemblea;*

*d) le modalità e i termini di reperibilità del testo integrale delle proposte di deliberazione, unitamente alle relazioni illustrative, e dei documenti che saranno sottoposti all'assemblea;*

*d-bis) le modalità e i termini di presentazione delle liste per l'elezione dei componenti del consiglio di amministrazione e del componente di minoranza del collegio sindacale o del consiglio di sorveglianza;*

*e) l'indirizzo del sito Internet indicato nell'articolo 125-quater; f) le altre informazioni la cui indicazione nell'avviso di convocazione e' richiesta da altre disposizioni".*

ni, prevedendo l'introduzione di un nuovo testo dell'art. 2370 c.c. che al comma 4 contempla ora la possibilità che il voto sia espresso per via elettronica oltrechè per corrispondenza, senza specificare che l'avviso di convocazione debba riportare il testo completo della deliberazione proposta; specificazione che del resto non era contenuta neppure nella precedente versione dell'articolo in parola, che faceva riferimento al solo voto per corrispondenza.

Viceversa, il D.Lgs. n. 27/2010 ha lasciato intatta la disciplina contenuta nell'art. 2538 c.c., che condiziona appunto la possibilità di ricorrere al voto per corrispondenza o con altri mezzi di comunicazione (nдр: si noti anche la diversa terminologia impiegata rispetto all'art. 2370 c.c.: v. nota 21)<sup>21</sup> alla pubblicazione per esteso della proposta di delibera e che rappresenta da sempre norma speciale in ragione della stessa specialità delle società cooperative, destinata a prevalere sulla disciplina, *in parte qua* incompatibile, delle società per azioni, secondo quanto disposto dall'art. 2519 c.c.

L'art. 125 bis TUF, prima citato ed introdotto dallo stesso D.Lgs. n. 27/2010, presuppone quindi gli artt. 2370 e 2538 c.c. e, ferme le distinte condizioni generali di ammissibilità da questi fissate nei rispettivi ambiti di competenza, si limita a prevedere che l'avviso di convocazione deve precisare le modalità per l'esercizio del voto elettronico o per corrispondenza. Ovviamente per le fattispecie nelle quali le rispettive norme sostanziali a monte ne consentano l'adozione.

In alcun modo poi le conclusioni cui si è sopra pervenuti possono rimanere inficiate sostenendo che l'art. 2538, comma 6, c.c., che disciplina

---

<sup>21</sup> Si mettono di seguito a confronto i due testi normativi.

**“Articolo 2370, comma 4, c.c.:**

*Lo statuto può consentire l'intervento all'assemblea mediante mezzi di telecomunicazione ovvero l'espressione del voto per corrispondenza o in via elettronica. Chi esprime il voto per corrispondenza o in via elettronica si considera intervenuto all'assemblea”*

**“Articolo 2538, comma 4, c.c.:**

*L'atto costitutivo può prevedere che il voto venga espresso per corrispondenza, ovvero mediante altri mezzi di telecomunicazione. In tal caso l'avviso di convocazione deve contenere per esteso la deliberazione proposta. Se sono poste in votazione proposte diverse da quelle indicate nell'avviso di convocazione, i voti espressi per corrispondenza non si computano ai fini della regolare costituzione dell'assemblea”.*

l'esercizio del voto per corrispondenza o con altri mezzi di comunicazione nelle società cooperative, non possa trovare applicazione rispetto alle principali Banche Popolari, che in quanto società cooperative quotate, resterebbero assoggettate, per il criterio di specialità, alla regolamentazione dettata dall'art. 127 del Testo Unico Finanza e dagli artt. 143 *bis* e 143 *ter* del Regolamento Emittenti, norme che non contemplano l'obbligo di pubblicazione per esteso della delibera proposta nell'avviso di convocazione dell'assemblea<sup>22</sup>.

Una siffatta interpretazione è smentita non soltanto dal tenore letterale

---

<sup>22</sup> Per una più agevole comprensione si riporta di seguito il dettato degli articoli del Regolamento Consob 14.5.1999 n. 11971 citati nel testo.

***“Articolo 143 bis***

*(Partecipazione all'assemblea con mezzi elettronici)*

1. Lo statuto può prevedere l'utilizzo di mezzi elettronici al fine di consentire una o più delle seguenti forme di partecipazione all'assemblea:

- a) la trasmissione in tempo reale dell'assemblea;
- b) l'intervento in assemblea da altra località mediante sistemi di comunicazione in tempo reale a due vie;
- c) l'esercizio del diritto di voto prima dell'assemblea o durante il suo svolgimento, senza che sia necessario designare un rappresentante fisicamente presente alla stessa.

2. Le società che consentono l'utilizzo dei mezzi elettronici possono condizionarlo unicamente alla sussistenza di requisiti per l'identificazione dei soggetti a cui spetta il diritto di voto e per la sicurezza delle comunicazioni, proporzionati al raggiungimento di tali obiettivi”

***“Articolo 143-ter***

*(Esercizio del voto prima dell'assemblea mediante mezzi elettronici)*

1. All'esercizio del voto espresso prima dell'assemblea, ai sensi dell'articolo 143-bis, comma 1, lettera c), si applicano gli articoli 141, commi 1, 2 e 3, e 143, commi 2 e 3.

2. Il voto può essere revocato con le stesse modalità con le quali è stato esercitato entro il giorno precedente l'assemblea ovvero mediante dichiarazione espressa resa dall'interessato nel corso dell'assemblea medesima.

3. La società garantisce la conservazione dei dati relativi ai voti esercitati mediante mezzi elettronici e alle revocche intervenute prima dell'assemblea, ivi compresa la data di ricezione.

4. Il presidente dell'organo di controllo nonché i dipendenti e ausiliari di quest'ultimo sono responsabili, sino all'inizio dello scrutinio in assemblea, della riservatezza dei dati relativi ai voti esercitati mediante mezzi elettronici e alle revocche.

5. I voti pervenuti oltre i termini previsti non sono presi in considerazione ai fini della costituzione dell'assemblea né ai fini della votazione”.

dell'art. 127 TUF, che contiene un richiamo normativo espresso ed esclusivo alle società per azioni (*“La Consob stabilisce con regolamento le modalità di esercizio del voto e di svolgimento dell'assemblea nei casi previsti dall'art. 2370, comma quarto, del codice civile”*), ma ancor prima ed ancor più significativamente dall'*iter* legislativo che ha condotto alla sua introduzione, che appunto esplicita la volontà del legislatore di delimitare l'ambito di applicazione della nuova disciplina alle sole società per azioni, escludendone le società cooperative quantunque con azioni quotate in mercati regolamentati. *Iter* legislativo su cui è quindi opportuno soffermarsi.

L'art. 127 TUF trova la propria fonte normativa ultima nella Direttiva 2007/36/CE, relativa all'esercizio di alcuni diritti degli azionisti di società quotate, che all'art. 8 impegnava gli Stati membri a disciplinare la possibilità di introdurre per via statutaria modalità di partecipazione all'assemblea e di esercizio del voto tramite mezzi elettronici.

L'art. 1, comma 3, consentiva tuttavia agli Stati membri di escludere dall'ambito di applicazione della Direttiva alcune categorie speciali di società, quantunque quotate nei mercati regolamentati, tra le quali, per quanto qui rileva, le società cooperative (lett. c).

Il legislatore italiano si è avvalso di tale facoltà di esenzione e con la Legge delega n. 88 del 7.7.2009 ha espressamente imposto l'esclusione delle società cooperative dall'ambito di applicazione del decreto delegato di recepimento della Direttiva. Questo l'esatto ed inequivocabile contenuto precettivo dell'art. 31, lett. a, della Legge delega:

*“Nella predisposizione del decreto legislativo per l'attuazione della direttiva 2007/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, relativa all'esercizio di alcuni diritti degli azionisti di società quotate, il Governo è tenuto a seguire, oltre ai principi e criteri direttivi di cui all'articolo 2, in quanto compatibili, anche i seguenti principi e criteri direttivi: a) definire l'ambito di applicazione delle norme di recepimento della direttiva 2007/36/CE emanate ai sensi della delega di cui al presente articolo, escludendo da esso gli organismi di investimento collettivo, armonizzati e non armonizzati, e le società cooperative (...)”*.

Questo specifico e limitativo criterio di delega vale a chiarire perché il Decreto Legislativo delegato n. 27 del 27.1.2010, nel recepire la disciplina comunitaria sulla partecipazione e sul voto elettronici, si riferisca in via esclusiva alle società per azioni tramite il richiamo espresso all'art. 2370 c.c.

L'art. 1 comma 5 del D.Lgs. n. 27/2010 ha, infatti, previsto la modifica del solo art. 2370 c.c. con l'introduzione del seguente testo: *“Lo statuto può consentire l'intervento all'assemblea mediante mezzi di telecomunicazione ovvero l'espressione del voto per corrispondenza o in via elettronica. Chi*

*esprime il voto per corrispondenza o in via elettronica si considera intervenuto all'assemblea*", lasciando quindi implicitamente invariata la distinta disciplina prevista per le società cooperative dall'art. 2538, comma 6, c.c. Il successivo art. 3, comma 9, ha modificato di conseguenza l'art. 127 TUF facendo esplicito ed esclusivo riferimento all'art. 2370 c.c. come più sopra riportato e pretermettendo, viceversa, ogni richiamo all'art. 2538 c.c., di cui resta così confermata la portata precettiva rispetto a tutte le società cooperative, ivi comprese quelle che esercitano l'attività bancaria (v. art. 150 *bis* TUB) e le cui azioni sono quotate nei mercati regolamentati:

*"La Consob stabilisce con regolamento le modalità di esercizio del voto e di svolgimento dell'assemblea nei casi previsti dall'art. 2370, comma quarto, del codice civile"*.

La delega regolamentare contenuta nell'art. 127 TUF ha poi trovato attuazione nel dettato degli artt. 143 *bis* e 143 *ter* del Regolamento Emittenti, il cui ambito di applicazione non può che coincidere con quello della norma primaria, ovvero le sole società per azioni quotate con esclusione di ogni estensione alle società cooperative, in virtù dell'inderogabile principio della gerarchia delle fonti e dell'oggetto specificamente delimitato della stessa delega regolamentare (l'esercizio del voto elettronico nei soli "*casi previsti dall'art. 2370 c.c.*"). Di talché, la circostanza che i citati articoli del regolamento Emittenti non prevedano l'obbligo di riportare per esteso il testo della delibera proposta nell'avviso di convocazione dell'assemblea resta del tutto irrilevante rispetto alla questione qui sollevata.

Convenendo sul fatto che la prescrizione dell'art. 2538, comma 6, c.c. non è compatibile con la disciplina dettata dal TUF e dal regolamento Emittenti circa le modalità e i termini di pubblicazione dell'avviso di convocazione e delle liste di candidati per il rinnovo degli organi sociali, non può che inferirsene la conseguenza che detta incompatibilità comporta la impossibilità di fare ricorso al voto elettronico rispetto alle delibere di nomina di amministratori e sindaci; non esistendo, per le società cooperative, una disciplina speciale ed alternativa rispetto a quella contenuta nell'art. 2538 c.c.

Invero, la esclusione delle società cooperative dall'ambito di applicazione della Direttiva 2007/36/CE e del Decreto Legislativo di recepimento n. 27/2010 trova la più chiara ed immediata conferma nel successivo intervento correttivo della materia attuato dal Legislatore italiano con il Decreto legislativo n. 91 del 18.06.2012, noto appunto come "*correttivo shareholders rights*", ove inutilmente si insisterebbe nel poter ravvisare il fondamento normativo per una estensione generalizzata ed indiscriminata alla cooperative quotate delle norme dettate per le s.p.a.

La *ratio* sottesa a quest'ultimo intervento normativo è esattamente con-

traria e, viceversa, perfettamente coerente con la prospettiva di disciplina già adottata dal precedente D.Lgs. n. 27/2010 e prima ancora dalla Legge comunitaria n. 88/2009.

Volendo infatti estendere alle società cooperative talune norme dettate dal citato D.Lgs. n. 27/2010, e specificamente quelle attinenti alla convocazione assembleare e alla informativa preassembleare, il Legislatore lo ha fatto per tramite di apposito ed espresso intervento normativo, non senza avere avvertito l'esigenza preliminare di ribadire anche a giustificazione della legittimità del proprio intervento:

**a)** che effettivamente la Legge comunitaria n. 88/2009 di recepimento della Direttiva 2007/36/CE aveva inteso limitarne l'ambito di efficacia alle sole società per azioni, escludendone le società cooperative in ragione della loro peculiare natura, rilevante in particolare in materia di *governance* e quindi di funzionamento dei diversi organi societari e di loro interrelazioni;

**b)** che l'estensione introdotta con il Decreto correttivo è stata decisa previa verifica di non-incompatibilità di talune norme specificamente individuate, avendone valutato singolarmente la coerenza anche con lo speciale tipo societario della cooperativa;

**c)** con il che resta implicitamente escluso che almeno *in subjecta materia* si possa ritenere immanente un generale e generico principio di automatica estendibilità alle società cooperative delle norme dettate alle società per azioni, ciò richiedendo al contrario in primo luogo un apposito intervento normativo ed in secondo luogo una specifica verifica di previa compatibilità.

Questi concetti si trovano ben riassunti in questo passaggio della relazione illustrativa del D.Lgs. n. 91/2012:

*“La modifica del decreto legislativo 27/2010 nel senso appena indicato non sarebbe in contrasto con la delega legislativa: l'esclusione disposta dall'articolo 31, comma 1, lettera a), della legge comunitaria 2008, va infatti correlata con la tutela della specificità delle cooperative. Le norme sui termini di convocazione e sulla informativa preassembleare, invece, non sembrano intaccare in alcun modo le peculiarità della governance delle cooperative nè risultano incompatibili con il tipo della società cooperativa”.*

Segue quindi la individuazione di specifiche norme del T.U.F., attinenti, come detto, alla fase della convocazione e della informazione preassembleare, di cui viene dettagliatamente motivata la sussistenza del requisito di non incompatibilità con il tipo societario della cooperativa (es.: art. 125 bis limitatamente ad alcuni commi; art. 126; art. 126-bis; art. 127 bis; art. 127 ter; art. 127 quater), norme tra le quali non compaiono nè l'art. 127 T.U.F. nè gli artt. 143 bis e 143 ter del Regolamento Emittenti, che disciplinano il diverso

profilo delle modalità di esercizio del voto elettronico e per corrispondenza nell'ambito delle società per azioni.

Del resto, ribadiamo nuovamente che la stessa formulazione letterale dell'art. 127 T.U.F. (“*La Consob stabilisce con regolamento le modalità di esercizio del voto e di svolgimento dell'assemblea nei casi previsti dall'articolo 2370, comma quarto, del codice civile*”), contenente un rinvio specifico e puntuale alla sola norma dettata per il voto elettronico nelle società per azioni (art. 2370 c.c.) e non anche alla omologa norma dettata in tema di società cooperativa (art. 2538 c.c.), ne impone necessariamente una interpretazione restrittiva quanto all'ambito di applicazione soggettiva.

Esce perciò definitivamente confermata la impossibilità di derogare al principio assembleare/collegiale per il tramite della istituzione di centri di voto ove i Soci possano votare a prescindere dalla partecipazione al dibattito assembleare, con riferimento alle delibere di nomina degli organi sociali.

## **6. La prima pronuncia giurisprudenziale in materia. Analisi strutturale e verifica della sostanziale adesione alla tesi ricostruttiva proposta.**

L'unico precedente noto in materia è l'ordinanza del Tribunale di Bologna del 19/4/2013<sup>23</sup> con la quale è stato rigettato il ricorso ex 700 c.p.c. con cui un socio, nella veste qualificata di capolista di una lista, dedotta la illegittimità del meccanismo della votazione presso i centri di voto e la irreparabilità del pregiudizio che sarebbe venuto a subire sotto il profilo della propria chance di elezione per effetto della invalida articolazione dei lavori assembleari, richiedeva al Tribunale che in vista della imminente assemblea venisse ordinato alla Banca di adottare i provvedimenti necessari per consentire la partecipazione al voto ai soli soci che fossero stati presenti in assemblea e soltanto dopo la chiusura della discussione sui relativi punti all'ordine del giorno, escluso quindi l'utilizzo dei centri di voto.

Con l'ordinanza ricordata il Tribunale ha rigettato il ricorso per ragioni di ordine strettamente processuale, che in questa sede non assumono

---

<sup>23</sup> Ordinanza Tribunale di Bologna – Sezione specializzata per l'impresa, in persona del Giudice Unico Dr.ssa Daria Sbariscia, emessa in data 19.4.2013 a definizione del procedimento cautelare *ante causam* R.G. n. 5950/2013, ad oggi non pubblicata.

rilievo, nonchè per la ritenuta legittimità nel merito del procedimento di votazione prescelto dal Consiglio di Amministrazione della Banca.

Questa seconda statuizione merita particolare attenzione nel contesto del presente lavoro, perché pur essendo pervenuta ad un esito opposto a quello proposto, ha tuttavia riconosciuto la ricorrenza di tutti i presupposti giuridici che fondano il suo ragionamento, sostanzialmente riassumibili nel rilievo che l'art. 2538 c.c., imponendo la pubblicazione per esteso della delibera, non è conciliabile nè con i casi in cui non sia ravvisabile una proposta di delibera in senso stretto formulata dal C.d.A. e quindi non è conciliabile in ipotesi di delibera di nomina degli organi sociali, nè con i casi in cui le particolari modalità di convocazione dell'assemblea non consentano l'assolvimento di quest'onere informativo preliminare, come per le società cooperative quotate.

Il Tribunale di Bologna, in ciò accogliendo appieno i rilievi sopra espressi, ha infatti riconosciuto:

**a)** che l'art. 2538 c.c. condiziona il ricorso al voto elettronico nei centri di voto prima, durante e dopo la discussione alla pubblicazione per esteso nell'avviso di convocazione dell'assemblea della delibera proposta, quale garanzia di effettività di una manifestazione di volontà del socio che si possa considerare realmente informata e consapevole:

*“La norma di cui all'art. 2538 ult. co. c.c., che impone l'inserimento per esteso della proposta di deliberazione nel caso in cui nell'atto costitutivo sia prevista la modalità del voto per corrispondenza o con mezzi di telecomunicazione, ha l'evidente finalità di favorire la conoscenza per i soci dell'oggetto della delibera assemblear”;*

**b)** che la delibera di rinnovo degli organi sociali non promana da una proposta del C.d.A., come altresì richiesto dall'art 2538 c.c. per poter attivare il meccanismo del voto elettronico:

*“(...) nei casi in cui una proposta di deliberazione non venga in considerazione (come nel caso di specie, nel quale non viene in considerazione l'espressione di un assenso o di un dissenso ad una proposta di delibera, bensì l'indicazione di una preferenza in ordine ad una lista) (...)”;*

**c)** che, in assenza di diversa specifica regolamentazione, si dovrebbe quindi concludere per la incompatibilità del voto elettronico in centri di voto prima, durante e dopo la chiusura della assemblea, in relazione alla adozione delle delibere di nomina degli organi sociali nell'ambito delle società cooperative:

*“(...) che la norma invocata da parte ricorrente (n.d.r.: l'art. 2538 c.c.) potrà trovare spazio applicativo, tuttavia, soltanto nei casi in cui una diversa e specifica regolamentazione del voto elettronico non sia stabilita”.*

Poste tali premesse, il Tribunale ha però ritenuto che nel caso di società cooperative quotate tale “*diversa e specifica regolamentazione*”, in grado di superare il dettato dell’art. 2538 c.c., si possa rinvenire nelle norme che il T.U.F. detta per il voto elettronico nelle s.p.a., interpretativamente estendibili anche alle cooperative nell’ottica finalistica di “*favorire massimamente l’esercizio di voto (in conformità peraltro con la normativa comunitaria di cui alla normativa comunitaria di cui alla direttiva 2007/36/CE) da parte del socio che abbia residenza in luoghi non corrispondenti a quelli nei quali si svolge l’assemblea*”, dovendosi appunto considerare come “*prioritaria*” l’esigenza di “*assicurare il più ampio diritto di partecipazione dei soci alla formazione della volontà sociale*”.

Ricordato che tale finalità è perfettamente realizzabile con le assemblee a distanza con voto elettronico illustrate al paragrafo 3), pare evidente che la erronea chiave di lettura adottata dal Tribunale nell’affermare la prevalenza della esigenza di una partecipazione al voto quanto più estesa possibile, anche a discapito dell’effettivo confronto tra i soci. Essa è innanzitutto viziata per non aver considerato, lo stato della dottrina e, soprattutto, della giurisprudenza in punto di centralità del metodo collegiale, quale caratteristica essenziale ed indefettibile del procedimento di formazione della volontà assembleare.

Laddove i termini della questione fossero stati correttamente posti, come nel precedente paragrafo 2, sarebbe invero emerso con chiarezza che i rapporti di “*priorità*” sono esattamente ribaltati rispetto a quelli indicati dal Tribunale, rappresentando il metodo collegiale il principio cardine e generale della materia, degradabile solo per effetto di espressa deroga legislativa, come tale necessariamente oggetto di stretta interpretazione. Di talchè, essendo pacifico che le norme derogatorie dettate dal T.U.F. per scelta consapevole fanno riferimento alle sole società per azioni, non è assolutamente possibile una loro applicazione alle società cooperative in forza di una interpretazione estensiva, che risulta appunto preclusa in ragione della descritta tendenziale inderogabilità del metodo collegiale se non per espressa previsione normativa.

Il rilievo, indiscutibile sul piano giuridico una volta condiviso l’assunto, rappresentante *ius receptum* nella giurisprudenza della Cassazione, della centralità a valenza pubblico – economica del metodo assembleare collegiale, porta di conseguenza al ribaltamento della conclusione assunta dal Giudice designato nella parte finale dell’ordinanza.

Ma quand’anche si volesse condividere l’assunto della pari dignità del diritto di partecipazione comunque al voto del più gran numero di soci ed orientare il ragionamento in funzione della tutela di detto diritto, si dovreb-

be allora ricordare che l'ordinamento giuridico già contempla uno strumento procedimentale in grado di assicurare la più ampia adesione possibile al voto, senza però pregiudicare la contemporanea esigenza del confronto assembleare. Si tratta come già ricordato delle assemblee a distanza, che garantiscono la concreta possibilità di partecipazione anche ai soci che risiedono lontano dalla sede sociale, coniugando questa esigenza con il rispetto del metodo di collegialità assembleare tramite il collegamento video e audio tra le diverse sedi e la contestualità temporale dei lavori assembleari, a cui il socio prende parte a tutti gli effetti pur trovandosi in altro luogo. Di talchè, avendo l'ordinamento giuridico apprestato uno strumento tipico di contemperamento, risulta ermeneuticamente impossibile piegare il dettato normativo dell'art. 2538 c.c. e i valori ad esso sottesi ad una finalità direttamente raggiungibile nel rispetto della stessa disposizione.



