

ANNO VII. N. 3-4 — SETTEMBRE - DICEMBRE - 1933. XI.

STVDI VRBINATI

RIVISTA DI SCIENZE GIURIDICHE

DIRETTA DA

GIACINTO BOSCO

prof. di diritto internazionale
preside della facoltà di giurisprudenza

CANZIO BICCI

prof. di medicina legale
rettore dell'Università

LUIGI RENZETTI

presid. della R. Accademia Raffaello



S. T. E. U. - VRBINO

IN VRBINO: PRESSO L'UNIVERSITÀ DEGLI STVDI

SOMMARIO

UGO BRASIELLO, <i>Sull'assenza dal giudizio nel processo penale romano</i>	Pag. 1
RAFFAELE RESTA, <i>Osservazioni sulla revoca degli atti amministrativi (continuazione)</i>	„ 58
WALTER BIGIACCI, <i>Appunti sul diritto giudiziario (continua)</i>	„ 88
GIUSEPPE BETTIOL, <i>Connessione di reati e procedibilità di ufficio (Nota)</i>	„ 117

COMITATO DI REDAZIONE

I professori dell'Università di Urbino: Giacinto Bosco, Canzio Ricci, Giuseppe Bettiol, Ugo Brasiello, Mario Casanova, Camillo Giardina, Nicola Jäger, Ugo Mancinelli, Raffaele Resta, Lino Salia, Ugo Tombesi.

COLLABORATORI

Gli ex-professori dell'Università di Urbino: Luigi Abello, Ageo Arcangeli, Alberto Asquini, Guido M. Baldi, Giulio Battaglini, Arnaldo Bertola, Walter Bigiacci, Gian Piero Bognetti, Guido Bonolis, Biagio Brugi, Antonio Butera, Francesco Calasso, Giovanni Cristofolini, Francesco D'Alessio, Menotti De Francesco, Arnaldo De Valles, Agostino Diana, Guido Donatuti, Francesco Ercole, Giuseppe Ermini, Carlo Ferraj, Eugenio Florian, Giuseppe Forchielli, Andrea Guarnieri Citati, Carlo Girola, Isidoro La Lumia, Lando Landucci Ruggiero Luzzatto, Teodosio Marchi, Francesco Messineo, Roberto Montessori, Gaetano Morelli, Umberto Navarrini, Oreste Nigro, Ferruccio Pergolesi, Mario Ricca Barberis, Alfredo Rocco, Arturo Rocco, Lanciotto Rossi, Mario Rotondi, Giovanni Salemi, Francesco Santoro-Passarelli, Guglielmo Sabatini, Roberto Scheggi, Antonio Scialoja, Manfredi Siotto Pintor, Arnaldo Volpicelli, Adolfo Zerboglio.

CONDIZIONI D'ABBONAMENTO

Abbonamento annuo: per il Regno L. 20; per l'Estero L. 25; un numero separato L. 5. Doppio L. 10.

Redazione e Amministrazione: presso l'Università degli Studi di Urbino.

SULL'ASSENZA DAL GIUDIZIO NEL PROCESSO PENALE ROMANO

SOMMARIO: 1. La condanna degli assenti; — 2. L'*accusatio* degli assenti (testi e questioni). — 3. Presupposti per l'esame dei problemi: le due forme di repressione penale, la distinzione fra crimini capitali e non capitali, il duplice concetto di assenza. — 4. La tesi del Wlassak della evoluzione classica e della condanna nei crimini non capitali. Critica. — 5. Ricostruzione del pensiero classico in base alla differenza tra repressione ordinaria e straordinaria. Esegesi dei DD. 48, 19, 5 e 48, 17, 1. Distinzione classica tra crimini ordinari e crimini repressi *extra ordinem*, e criterio postclassico delle pene comminande. — 6. L'*adnotatio* classica: sua applicazione nella repressione straordinaria. La condizione dell'accusato nella procedura ordinaria. — 7. La *contumacia* classica intesa come astensione deliberata ed applicabile solo nella procedura *extra ordinem*. — 8. Altri testi sulla condanna degli assenti. — 9. La possibilità dell'accusa degli assenti. — 10. La difesa degli assenti: testi e questioni. — 11. Teorie di giuristi e critica. L'intervento del procuratore nella repressione ordinaria e la *excusatio* nella straordinaria. — 12. La difesa di altri nel giudizio di appello. Esegesi di D. 49, 9, 1. La distinzione classica e la successiva fusione.

1. — Ulp. 5189 D. 48, 19, 5 pr. (l. 7 de off. proc.):

- (a) Absentem in criminibus damnari non debere divus Traianus Iulio Frontoni rescripsit. Sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari divus Traianus Adsidio Severo rescripsit: satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari.
- (b) Adversus contumaces vero, qui neque denuntiationibus neque edictis praesidium obtemperassent, etiam absentes pronuntiari oportet secundum morem privatorum iudiciorum. Potest quis defendere haec non esse contraria. Quid igitur est? (c) Melius statuatur in absentes pecuniarias quidem poenas vel eas, quae existimationem

contingunt, si saepius admoniti per contumaciam desint, statui posse et usque ad relegationem procedi: verum si quid gravius irrogandum fuisset, puta in metallum vel capitis poenam, non esse absentibus irrogandam.

Prescindendo dall'inciso relativo alla condanna fondata su semplice sospetto, e dalla relativa giustificazione, notiamo che il passo prospetta una ipotesi, l'assenza in giudizio, con una distinzione - *absentes* veri e propri, *contumaces*, *qui neque denunt. neque ed. praes. obtemper.* - il cui valore pel momento non appare chiaro, e tre soluzioni ben distinte:

a) l'assente non deve essere condannato, nei crimini in genere;
b) contro l'assente si deve pronunziare, nel caso che vi siano state denunce o editti dei presidi, ed egli sia stato recalcitrante. Qui l'assente è chiamato *contumax*; ed anche qui non si accenna a differenza fra crimini o pene;

c) contro l'assente: 1) si può pronunziare solo se le pene siano pecuniarie o di *existimatio*, e non superiori alla relegazione, previo ripetuto ammonimento; 2) non si può irrogare una pena più grave.

Ora, a parte le imperfezioni formali, già a prima vista si rileva:

a) una contraddizione tra la prima e la seconda soluzione, contraddizione cui lo stesso testo accenna, e che sembra voglia giustificare;

b) la nuova soluzione introdotta a troncare dubbi;

c) il fondarsi, per la soluzione accettata, sulla differenza tra le pene da irrogare. Questo fa pensare che tutta la istruttoria debba svolgersi in ogni caso, fin tanto cioè il magistrato non si sia convinto di quale pena debba applicarsi nella specie; mentre nelle altre due ipotesi la condanna deve aver luogo o mai, o sempre, fondandosi solo su presupposti *formali*.

Lo stesso problema, con due soluzioni, di cui l'una corregge la precedente, lo troviamo in

Marcian. 205 D. 48, 17, 1 pr. e § 1,

(2 *publicorum*) *Divi Severi et Antonini Magni rescriptum est, ne quis absens puniatur: et hoc iure utimur, ne absentes damnentur: neque enim inaudita causa quemquam damnari aequitatis ratio pa-*

titur. Si autem gravior quis puniatur, puta in opus metalli vel similem poenam sive capitale, hoc casu non est irroganda in absentem poena, sed absens requirendus adnotatus (adnotandus?) est, ut copiam sui praestet.

1. soluzione: l'assente non può (mai) essere punito;

2. soluzione: per le pene più gravi l'assente non va punito, ma viene *adnotatus*.

Poichè il *gravior* fa pensare ad un *levius*, gli editori di accordo hanno pensato che sia caduto il capo che riguardava i casi di irrogazione di pene più lievi (1). In esso si sarebbe dovuto dire, logicamente, che gli assenti possono essere condannati.

Rileviamo, anche dal confronto con l'altro testo:

a) che la soluzione originaria è unica, lineare ed aprioristica. Nè Traiano (fr. 5), nè Antonino (fr. 1), i quali non innovano, ma riscrivono, sembrano fare distinzioni;

b) che un'altra soluzione, che appare introdotta a forza nel fr. 5 (*sed melius statuatur*) distingue fra le pene da irrogarsi, conservando per le capitali - alle quali viene ricondotto, o ravvicinato, il metallo - la decisione originaria, salvo il temperamento della *adnotatio* (fr. 1); ammettendo invece per le altre, classificate nel fr. 5 come *pecuniariae* e di *existimatio*, distinte invece nel fr. 1 (se esatta la integrazione) in *graviores* e *leviores*, la possibilità della condanna. Tale doppia soluzione si addimostra strana, se vero che del principio di Severo ed Antonino Marciano parla come di cosa vigente (*et hoc iure utimur, ne absentes damnentur*), e che il *melius statuatur* del fr. 5 tronca una questione che si stava iniziando nello stesso testo e sembra introdotto solo per portare una soluzione transattiva.

c) che esisteva un'altra soluzione, anch'essa univoca, che permetteva la condanna, nel caso che vi fosse stato intervento del magistrato (fr. 5) ed il reo fosse recalcitrante. Che questa fosse introdotta per le pene più lievi non è pensabile, tenuto conto che il fr. 5 il criterio di distinzione tra le pene da irrogarsi lo introduce dopo.

(1) V. MOMMSEN ad h. l., Edizione italiana del Digesto ad h. l. Approva la integrazione WLASSAK, *Anklage und Streitbefestigung*, p. 59, nota 18.

Per la soluzione *a* sono :

(Paul) Sent. 5, 5^a, 9. In causa capitali absens nemo damnatur neque absens per alium accusare aut accusari potest.

in quanto, pur limitando il principio alla causa capitale, non si fa cenno a differenza di pene comminande. Il testo si riferisce a un tipo di processo capitale *a priori*, dato che bastava l'*accusatio* a determinare la sua natura (2).

(Paul) Sent 5, 35, 1 ... nemo ... absens aut duci in servitutem potest aut damnari.

Nessuna distinzione fa

Pap. 58 D. 48, 1, 10 (1.2 defin.) Inter accusatorem et reum cognitione suscepta excusatio pro absente iustis rationibus admittitur; nec per triduum per singulos dies ter citatus reus damnetur vel de accusatoris absentis praesente reo calumnia pronuntietur

il quale col parlare di citazione, dopo la quale evidentemente si poteva giudicare anche in assenza, sembra si riconduca alla ipotesi c), salva la divergenza tra *citatio* (?) e gli *edicta* o *denuntiationes* di cui al frammento ulpiano.

La possibilità della condanna in assenza traspare invece dalle espressioni di Papiniano, in D. 48, 1, 13 § 1 (v. pag. 36): *excusationes absentium... si iustam rationem habeant, sententia differtur.* e da

Ulp. 1949 D. 48, 5, 16 § 4 (2 de adult). Et generaliter dicendum est eorum demum absentiam excusatam esse, qui in alia provincia rei publicae causa absunt, quam in ea in qua deferuntur.

2. -- Per guardare con maggior larghezza e chiarezza la questione esaminiamo altri due punti: se il giudizio possa essere iniziato in assenza, e se possa essere proseguito per mezzo di un procuratore.

(2) Il caso cioè del *crimen capitale* ordinario, perseguito mediante la procedura delle *quaestiones*, che sbocca nella condanna a morte o all'esilio, senza nessuna facoltà nel giudice di modificare la pena, dovendosi egli limitare ad affermare o negare la responsabilità. V. LEVY, *Die Kapitalstrafe*, soprattutto alle pp. 16, 35 e sgg., 47 e sgg. V. pure mia recensione, in corso, all'opera del Levy, e lavoro, in corso, sulla *Repressione penale in dir. romano*.

Sul primo quesito vi sono i seguenti passi :

Lex Memmia (Val. Max. 3, 7, 9) che vieta “ eorum qui rei publicae causa abessent recipi nomina „ ;

Venul. 35 D. 48, 2, 12 pr. (l. 2 de iud. publ.) Hos accusare non licet: ... eumve qui rei publicae causa abest.

Ulp. 1949 D. 48, 5, 16 § 1 (l. 2 de adult.) Legis Iuliae de adulteriis capite septimo ita cavetur: “ ne quis inter reos referat eum, qui tum sine detrectatione rei publicae causa aberit „ : neque enim aequum visum est absentem rei publicae causa inter reos referri, dum rei publicae operatur ...

L'argomentazione e contrario è precisa e sicura: se non si possono accusare gli assenti *rei publicae causa*, si debbono potere accusare gli altri assenti.

La possibilità dell'accusa sembra risultare anche da

Anton. C. 9, 40, 1 (a. 211) Cum absenti reo gravia crimina intentantur, sententia festinari non solet, sed adnotari, ut requiratur, non utique ad poenam, sed ut potestas ei sit purgandi se, si potuerit e da

(Paul) Sent. 5, 5^a, 9. In causa capitali absens nemo damnatur, neque absens per alium accusare aut accusari potest,

da cui risulta, e contrario, che l'assente può, nelle cause non capitali sempre, nelle capitali (o dove siano gravi crimini) solo indirettamente, essere accusato.

Una limitazione per altro è introdotta, e per la categoria più importante di giudizi, da :

Gord. C. 9, 2, 6 (a. 243) Absentem capitali crimine accusari non posse, sed requirendum tantummodo adnotari solere, si desit, vetus ius est. Et ideo cum absentem te et ignorantem, cui nunquam ullum crimen denuntiatus esset, per iniuriam a praeside provinciae in metallum datum dicas, quo magis in praesenti te agente, ut adseveras, iam nunc fide vera possit illuminari, praefectos praetorio adire cura, qui, quid novo more et contra formam constitutionis gestumprehenderint, pro sua iustitia reformabunt,

Quindi sorge il dubbio :

a) se l'assente possa essere accusato in tutti i crimini (*lex Memmia*; D. 48, 2, 12 pr.; 48, 5, 16 § 1; arg. Sent. 5, 5^a 9) o solo nei non capitali, (C. 9, 2, 6);

b) se l'*adnotatio* sui beni, da parte del fisco, presupponga la impossibilità di *accusatio* (come si desumerebbe da C. 9, 2, 6); o se l'annotazione sia posteriore all'accusa (arg. C. 9, 40, 1).

Quanto al quesito della difesa per mezzo di terzi, rimando anche la enunciazione dei testi a dopo la soluzione degli altri due problemi già prospettati e più intimamente connessi (3).

3. — Perchè si possa, a mio avviso, tentare di dare una soluzione esauriente e coerente a questi quesiti, e ricercare una linea direttiva, o discreitiva, occorre tener presenti alcune premesse.

a) Nell'epoca classica del diritto romano, e fin dall'inizio del Principato (4), coesistono in Roma due forme di repressione (5), quella ordinaria, attuantesi mediante la procedura delle *quaestiones*, e quella straordinaria, esercitata soprattutto dal magistrato imperiale (6). Repressione ordinaria, alla quale si ricollega il processo pubblico vero e proprio, che si inizia con la *postulatio*, mediante la quale nasce il *crimen*, con la successiva *nominis delatio*, e *receptio inter reos*: giudizi che portano, dopo eventuali *comperendinationes*, dichiarazioni di *non liquet*, etc., ad una affermazione di responsabilità, cui segue, per forza di legge, e senza necessità di

(3) Cioè ai §§ 10-12.

(4) Anteriormente i fatti che più tardi vennero repressi *extra ordinem* potevano rientrare in parte nella coercizione familiare.

(5) Per queste due forme di repressione, la netta differenziazione tra le pene che si applicano nell'una e quelle che si applicano nell'altra, per il sorgere delle pene proprie della repressione straordinaria, alcune delle quali corrispondenti e quasi parallele a quelle della ordinaria, altre nuove e con caratteri speciali, per le progressive fusioni parziali e raggruppamenti complessivi, e con le relative trasformazioni, v. il mio studio citato sulla *Repressione penale in diritto romano* (in corso). Poichè il presente lavoro, pur concernendo questioni processuali, le risolve prendendo come base la distinzione fra repressione ordinaria e straordinaria, che costituisce il criterio fondamentale in base al quale, nell'altro, prendo in esame le pene, cioè i mezzi con cui la repressione si attua; e poichè mi è necessario qui toccare vari punti che là verrò svolgendo e dimostrando, sarò costretto a citarlo più volte.

(6) Tenuto conto che la giurisdizione del Senato (di cui il MOMMSEN, *Strafrecht*, p. 251 e sgg.) fu limitata nel tempo e nella estensione, e dopo il primo

una pronunzia espressa, la pena (7); pena che è necessariamente o capitale, consistente nella condanna a morte o all'esilio, o patrimoniale, multa o pubblicazione di beni (8). La repressione straordinaria invece tiene conto di una serie di circostanze e coefficienti, subbiettivi ed obbiettivi, nella valutazione del fatto e del delinquente, in essa la pena viene fissata dal giudice volta per volta, e quindi il processo si svolge con molto maggiore elasticità e semplicità (9).

Al lume di tale distinzione occorre quindi esaminare i testi, i quali vanno valutati in rapporto appunto alla sfera di repressione cui si riferivano.

b) Occorre poi - tenuto conto che in alcuni dei nostri testi si ritrova la menzione dei crimini capitali - tener presente che nell'epoca classica il *crimen capitale* è quello che porta alla pena della morte o dell'esilio, inteso questo come mezzo per sfuggire alla morte, e divenuto poi normale e tipico della repressione ordinaria, che si oppone alle sole *causae pecuniariae*, mentre tutte le altre pene vengono comminate dal magistrato straordinario; che nell'epoca postclassica, venuto meno il concetto preciso di processo pubblico, avvenuta la fusione tra le due forme di repressione, assimilatesi

secolo venne scomparendo (COSTA, *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano*, p. 83), salvo per la c. d. giurisdizione marziale. (MOMMSEN, o. c. p. 259).

(7) Cfr., in genere, MOMMSEN, *Strafrecht*, pp. 381 e sgg., NABER, in *Mnemosyne*, 28, 1900, p. 416. sgg., Wlassak, *Anklage und Strafbefestigung*, specialmente le pp. 6 e sgg., HUMBERT, *Les plaidoyers écrits et les plaidoiries réelles de Cicéron*, p. 23 e sgg., ARANGIO RUIZ, *Storia*, pp. 432 e sgg. (soprattutto pel processo di *repetundae*), BONFANTE, *Storia*, p. 413 e sgg. Accenni in COSTA, *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano* p. 41 e sgg.; una trattazione più larga in Cicerone *giureconsulto* vol. 2°, p. 131 e sgg.; qualche cenno in STRACHAN-DAVIDSON, *Problems of roman criminal law*, II, p. 112 e sgg. Sarà forse superfluo ricordare che non tutto è chiaro nello svolgimento del processo penale, e che anzi è in discussione la sua stessa natura, per quanto dopo l'opera del Wlassak si tenda in genere, a ritenerne l'unilateralità. Non posso, in questo lavoro, scendere all'esame dei problemi singoli, e tanto meno del problema generale, la questione che mi son proposto di studiare potendo risolversi anche senza presupporre quella dei problemi centrali: i punti accennati nel testo, e necessari presupposti per qualunque studio anche di diritto penale sostantivo, possono dirsi pacifici.

(8) V. mio lav. cit. capo III.

(9) Anche qui fo la riserva che feci alla nota 7, quanto allo svolgimento del processo *extra ordinem*, svolgimento che, per essere meno caratteristicamente romano, e meno formalistico, appare anche meno interessante.

quindi tutte le pene, il concetto di capitale si offusca, in un certo senso si amplifica, e capitali divengono anche altre pene prima straordinarie (10).

Quella che era prima la distinzione tra *crimina capitalia* e non *capitalia*, diviene, in parte, la distinzione tra *facta atrociora* e *leviora scelera* (11).

c) Occorre finalmente - il rilievo è di carattere alquanto diverso dai due precedenti - tener presente che di assenza si può parlare sotto due punti di vista: α) assente si può considerare - ed ha potuto essere considerato dai giureconsulti - colui che si trova lontano, e non ha avuto e non può avere (o almeno è presumibile che non abbia avuto o non possa avere) notizia del processo; o anche avendone o potendone avere non è in condizione (o è presumibile non sia in condizione) di venire e provvedere alla propria difesa; β) si può considerar tale invece obbiettivamente chi non si presenti in giudizio (12). Tale duplice punto di vista occorre tener presente nell'esame dei testi.

Esaminiamo quindi ora le questioni proposte con le contraddizioni rilevate, per cercar di risolvere le difficoltà segnalate e chiarire i punti dubbi.

(10) Cfr. l'interessante e in parte fondamentale studio del LEVY, *Die Kapitalstrafe*, su cui le osservazioni da farsi non ripeterò qui, svolgendole nella recensione e in parte anche nello studio citato, al quale rinvio per la determinazione della pena capitale come tipica della repressione ordinaria, insieme con quella patrimoniale, per la fusione delle repressioni, per la nuova compressione di *crimen capitale*, etc.

(11) V. per essa LEVY, pp. 71 e 78. L'argomento va ripreso in sede opportuna.

(12) Considero insomma sub α) l'assenza in senso proprio, l'essere cioè lontano dal luogo del processo (prescindendo per altro dal se si abbiano, o meno, notizie della persona, e da qualunque presunzione, o dichiarazione, di assenza): lontananza che, non essendo in concetto assoluto, si può intendere in varie gradazioni (parla ad es., di assenza dalla provincia il Wlassak: v. più innanzi, nota 78). Tale assenza nel nostro diritto processuale civile può non avere alcuna rilevanza, potendo l'assente (inteso in questo senso, oggi, non tecnico) sempre farsi rappresentare. Ha importanza nel processo penale, dove occorre la presenza dell'imputato, ma non è considerata senz'altro come un ostacolo al proseguimento.

La forma di assenza accennata sub β) comprende la contumacia del nostro diritto processuale, dove basta la regolare notifica (che può ridursi anche ad una pura formalità, qual'è, talora, quella per affissione) perchè si possa andare avanti nel processo, senza che si faccia una indagine speciale per accertare se il perseguito

4. — La questione della possibilità della condanna degli assenti fu esaminata dal Wlassak (13). L'insigne autore sostiene una evoluzione di concetti: la regola originaria, quale si desume da Cicerone, ed ancora da Ulpiano (D. 48, 5, 16, §§ 1-4) è che gli assenti possano essere perseguiti, tanto vero che si esclude solo colui *qui rei publicae causa aberit*. Intervengono però delle mitigazioni: Traiano dicendo *absentem in criminibus damnari non debere* si limita alla conclusione del giudizio, la questione della proponibilità dell'accusa rimanendo aperta. Su questa si osserva che, senza farsi nessuna distinzione tra delitti più gravi e meno gravi, vi può essere o l'*adnotatio* dei *requirendi*, con conseguenze limitate alle cariche ed al patrimonio, o proprio lo esperimento del *Säumnisverfahren*. Sopravviene più tardi una seconda mitigazione, che è quella di cui parla Marciano nel fr. 1 pr.: nel quale, senza tenersi conto di quanto aveva detto Traiano circa la possibilità di persecuzione *adversus*

dall'azione abbia, o non, saputo del processo incoato, e se nel suo non comparire vi sia o meno un elemento di volontarietà. Di ciò non vi è dubbio pel nostro processo civile, in cui la comparizione, del resto, è un *onere*, non un *obbligo*, pel CARNELUTTI (*Lezioni di dir. proc. civ.*, 2, p. 227 e seg.), ed in cui va rifiutata ogni distinzione tra contumacia *volontaria*, o *reale*, e *involontaria* o *fittizia* (CHIOVENDA, *Principi di dir. proc. civ.*, p. 753 e segg.). Ma il principio è, in massima, identico nel processo penale dove vi è solo la possibilità di tener conto, talora, di giustifiche, sempre valutabili discrezionalmente dal magistrato.

(13) *Anklage und Strafbefestigung* cit., pp. 52-72. V. pure p. 27 e sg. L'argomento si inquadra nella tesi generale dell'Autore, della unilateralità del processo penale, in quanto il Naber, deciso assertore della bilateralità, deve sostenere (o. c. p. 442, 443) la impossibilità di perseguire l'assente, anzi di iniziare il giudizio penale contro lo assente, tenuto conto che il processo pubblico richiede l'intervento di tutte e due le parti. Il Wlassak, coerentemente alla sua opinione, tende invece a dimostrare l'ammissibilità della persecuzione, in taluni casi. Ed è perciò che egli appare preoccuparsi più del problema dell'ammissibilità dell'accusa che di quello della condanna, che, praticamente, poteva avere una maggiore importanza. Per l'A., che tende, nella sua opera, ad escludere la *contestatio* penale, è il problema se l'accusa potesse prescindere dalla presenza dell'accusando, il che ha maggiore valore, la soluzione affermativa rappresentando un argomento validissimo contro la concezione bilaterale del processo. La differenza di regime tra delitti capitali e non capitali è quella che con termini molto più generici prospetta anche il Mommsen (335 e sg.), il quale dice che ordinariamente in tutti i processi che tendono alla privazione della vita, della libertà e della cittadinanza la sentenza può essere pronunziata solo in presenza, altrimenti vi è la *requisitio*. L'ordinariamente dimostra che il grande storico non fa una netta differenziazione.

contumaces, si distinguono i fatti delittuosi in *graviore*s, pei quali vi è l'*adnotatio*, mentre pei più lievi doveva esservi la condanna. Questi fatti *graviore*s, non perseguibili pei giureconsulti, erano i delitti capitali, e l'alterazione dei due testi citati ha la sua ragion d'essere appunto nella sostituzione dei *gravia crimina* ai capitali. Tale assunto viene confermato da C. 9, 2, 6 e da Sent. 5, 5^a, 9; nè è contrastato dal fatto che era ammissibile la persecuzione contro il reo di adulterio, perchè questo crimine non era capitale (14). Ma qui interviene la distinzione tra le due forme di assenza: se sia vera e propria, quando cioè il delinquente si trovi in altra provincia, non può essere nemmeno accusato; se sia solo *gerichtsanwesen* l'accusa può essere proposta, la condanna non pronunziata.

Or non mi sembra possa accettarsi la tesi del Wlassak. Prescindendo, pel momento, dalla critica dei testi, nè per l'accusa nè per la condanna ritengo possa valere la distinzione tra delitti capitali e non capitali. Già per potersi fondare su di una differenza come questa, in una questione che se è esclusivamente processuale, è di notevole importanza processuale, dovrebbe presumersi una differenza nello svolgimento del processo pei due tipi di crimini, differenza che, per quanto non sia completa la nozione del processo penale, non consta. In generale, un processo è sorto come capitale, ed un altro no, forse più che per una differenza di gravità obbiettiva del fatto, per l'epoca diversa in cui si è creata la legge che ha fondato il *crimen*. Se si voglia poi ritenere impossibile la condanna nei crimini capitali, bisognerebbe dimostrare che una disposizione speciale abbia ordinato ai giudici dei processi capitali di fermarsi ad un dato momento: se impossibile l'accusa, che una disposizione speciale abbia vietato ai funzionari addetti di *recipere nomina* nei giudizi capitali; essi avrebbero dovuto fare una valutazione dell'*accusatio*, assicurarsi con assoluta certezza dal *crimen* prospettato, ed in base a questa valutazione, inscrivere o non.

(14) Tale assunto contro il Mommsen, il quale ritiene (p. 699 n. 3) che l'adulterio fosse capitale sin dall'epoca dei Severi, è dimostrato dall'autore (p. 62 e segg.) sulla scorta di molti precedenti studiosi. A quelli da lui citati è da aggiungere la dimostrazione del FERRINI, *Esposizione storica del dir. penale romano*, in *Encicl. Pessina*, vol. I, p. 365, nota 4, trascurato, non saprei perchè, dal Wl. Questo per la determinazione negativa (pena non capitale). Sulla determinazione positiva, di quale fosse la pena dell'adulterio, v. la mia *Repressione* cit. capo III.

Or non escludo a priori che questo vi sia stato, ma, mancandone gli elementi probatori, e dovendoci fondare sulla sola logica, dobbiamo attenerci alla negativa.

Non appaga poi nemmeno il modo come si sarebbe dovuta svolgere la evoluzione: a parte il caso dell'assente solo in giudizio, per il quale si sarebbe proceduto (*Säumnisverfahren*), e all'epoca di Traiano per tutti i crimini, nella successiva limitatamente ai crimini capitali, la evoluzione si sarebbe svolta così: procedibilità in ogni caso (originaria); improcedibilità in un primo momento, salvo inclusione nella lista dei *requirendi* (15) con l'esperimento successivo del processo (Traiano); procedibilità di nuovo pei crimini non capitali (Marciano). Non si può escludere a priori che possa anche verificarsi una evoluzione di tal fatta, cioè non rettilinea, ma, per poterla ammettere, occorrerebbe dimostrarne le ragioni e i presupposti.

Ma in ogni caso gli elementi testuali sono contrari. Traiano dice categoricamente *absentem in criminibus damnari non debere*. La menzione dei *contumaces*, contro i quali si può procedere, non può essere dell'imperatore (a parte il rilievo che si trattava di un rescritto), in quanto il giureconsulto enuncia la osservazione (b) (16), come cosa indipendente. Non escludo che il testo possa essere stato ritoccato (17) dai compilatori, ma è verosimile che se ancora Traiano avesse parlato, non ne avrebbero omissso la menzione. Ma v'ha il rescritto di Severo ed Antonino, che enuncia lo stesso principio *ne absentes puniantur*, principio che è considerato di diritto vigente (*et hoc iure utimur*) da Marciano. Questa frase può collimare anche con le concezioni dei compilatori, pei quali la persecuzione era solo contro gli *absentes qui saepius admoniti per contumaciam desint* (fr. 5), non con la tesi del Wlassak, pel quale la persecuzione, pei delitti non capitali, sarebbe contro tutti gli assenti, senza distinguere.

5. — Una ricostruzione può, a mio avviso, tentarsi solo se si tenga presente la duplice repressione classica.

Pei crimina dei *iudicia publica*, i crimina tipici (18) l'assente non può essere condannato. Ulpiano lo dice limpidamente, riferendo

(15) Inclusione di cui, veramente, nel testo di Ulpiano non vi è cenno.

(16) V. retro, p. 2.

(17) V. più innanzi, p. 13 e sgg.

(18) Tale concetto mi propongo di svolgere in una nota *Sul significato processuale di "crimen"*, con l'esegesi dei testi.

la incisiva e precisa risposta di Traiano (19). La espressione *crimen*, usata senza maggiori determinazioni, lo conferma pienamente, in quanto i veri *crimina* sono quelli repressi mediante la procedura delle *quaestiones* ed in quanto nella specie *crimen* ha proprio quel significato di “ processo penale „ che gli è caratteristico (20). Lo conferma il rescritto di Severo ed Antonino, e l'approvazione di Marciano. Un piccolo particolare è degno di rilievo: nella procedura ordinaria, sboccante nella condanna e nella comminazione della pena, la conclusione del processo è una *damnatio*; nella straordinaria è messo in maggior rilievo la *punitio*. Ora evidentemente, per la minore precisione delle cancellerie imperiali, nel rescritto era detto “ *ne absens puniatur* „; il giureconsulto, approvando, rettificava *ne absentes damnentur* (21). Senza che sia necessario ritenere la bilateralità del processo penale, e quindi la necessità della contestazione della lite tra tutte e due le parti (22), è per altro

(19) L'avversione alla condanna degli assenti è stata sempre sentita, e non si può pensare quindi ad una procedibilità originaria. Un divieto preciso potette stabilirsi solo nell'epoca imperiale, sia perchè lo fecero sentire gl'imperatori nei loro rescritti, sia perchè il diritto penale più tardi assunse carattere giuridico, rimanendo prima nel campo politico, e fu perciò che era possibile nell'epoca ciceroniana, la condanna di assenti. Ma Cicerone, sia nel caso della incriminazione di Stenio (*In Verr.* 2, 38, 94, e 5, 42, 109), che in quella di Diodoro (*eod.* 4, 40,) parla della *receptio nominis* di un assente come di un sopruso. E nel primo caso viene auspicato subito un provvedimento del senato *ne absentes homines in provinciis rei fierent rerum capitalium* (2, 39, 95) nel secondo caso la cosa destò scandalo in Sicilia (4, 19, 41, alquanto corrotto). Per i delitti non capitali la condanna in assenza poteva sembrare meno grave, se si pensi che le cause non capitali erano le *pecuniariae*, ed il modo di riscossione era spesso regolato con mezzi di diritto privato (MOMMSEN, p. 1017 e segg.).

(20) V. studio cit. alla nota 18.

(21) Come accennerò nei luoghi cit., ritengo che, come in materia di diritto privato gli ordinamenti giuridici diversi hanno una differente terminologia, così anche nel campo del diritto penale le espressioni siano differenti per ciò che si riferisce alla repressione ordinaria, ed a quella straordinaria. Questo va inteso però (come anche nel campo del diritto privato) con pregiudiziali: nel senso cioè che i termini non devono essere necessariamente diversi sì da autorizzare a ritenere postclassico un testo solo perchè vi sia un vocabolo che appartiene ad un altro ordinamento: la distinzione concerne la accezione *ordinaria* e *tipica* della parola, la quale, specie nella tarda epoca classica, può anche evadere dalla sua sfera, ma non quando si trovi proprio in un contrapposto che si ricollegli alla differenza di ordinamenti.

(22) Col MOMMSEN e soprattutto col NABER citt.

anche più logico che il rigore delle forme, con cui si doveva svolgere l'*actio*, rendesse necessaria la presenza del reo (23).

Ai crimina veri e propri i giureconsulti oppongono, come sollevano abitualmente, i fatti repressi *extra ordinem*.

A questa si riferisce il brano siglato con (b) del fr. di Ulpiano. Esso non può essere un successivo commento di Traiano, per le ragioni già dette; non può essere nemmeno dei compilatori, (salvo qualche ritocco), perchè se costoro in fondo hanno, con uno *statuetur*, fissato la regola, non avrebbero essi proposto un caso diverso, per far nascere un dubbio, che non viene nemmeno risolto. È Ulpiano il quale, dopo di avere enunciato la regola pei giudizi ordinari, passa alla repressione *extra ordinem*, che probabilmente lo interessava di più, sia perchè in genere aveva una sfera di applicazione più ampia, sia perchè, nella specie, l'opera del giurista ad essa si riferiva (*de officio proconsulis*): dopo il regime del processo delle *quaestiones*, quello della cognizione del preside (o del proconsole, non potendosi escludere che *praeses* sia stato, qui come in altri testi, sostituito a *proconsul*). Le *denuntiationes*, gli *edicta* etc., sono provvedimenti che troviamo, in genere, quando della cognizione è investito un magistrato singolo: nel caso del processo, pesante e formalistico, delle *quaestiones*, chi avrebbe potuto prendere questi provvedimenti agili e sbrigativi? E del resto Ulpiano stesso sembra limitare la soluzione ai presidi.

La seconda parte del passo è sostanzialmente elaborata (24). Il "*potest quis defendere haec non esse contraria. Quid igitur est*,"

(23) Nel processo privato (come nel pubblico se vi fosse la *litis contestatio*) il rigorismo delle forme è richiesto e dura solo nel primo stadio del giudizio, fin tanto cioè che si sia contestata la lite, fin tanto cioè che la novazione processuale, raggiunto con l'accordo delle parti, sigillato (per usare una espressione generica) dal magistrato, renda possibile l'inizio di una nuova fase in cui tutto tenda alla ricerca della verità, senza impacci di forme. Nel processo penale, se mancava la contestazione della lite (e forse in ogni caso, dato che un accordo tra l'accusatore ed il reo è difficile si sia potuto ottenere, neanche limitatamente agli estremi dell'accusa), è verosimile che un rigorismo di forme accompagnasse tutto lo svolgimento fino alla sentenza.

(24) Lo ritiene anche il Wlassak (p. 58 n. 14), per quanto con le conclusioni differenti che abbiamo esposte. Al Wl. si riporta il BESELER, *Beiträge* 4, 219, appuntando questo testo per il *quis* (*potest quis defendere*). Il KRÜGER (*Summatim cognoscere*, in *Zeits. Sav. Stift.*, 45, 83 e n. 1) sospetta genericamente il nostro passo

è, a mio avviso, una glossa con cui si cercava di spiegare la apparente contraddizione, o con cui si proponeva semplicemente il problema, problema la cui soluzione o non è stata data, o è stata tagliata a mezzo dai compilatori. Dal *melius statuetur* prende la parola, (lo *statui* è tipico) l'imperatore.

Che il testo, così come è tramandato, sia dei compilatori, è cosa indubitabile, e gli indizi sono molti, e non solo formali, ma anche sostanziali. Tutto il brano, introdotto dal *melius statuetur*, fa vedere una innovazione. Esso è poi assai malfatto: si noti *statuetur... statui*, e *irrogandum... irrogandam* (25); *statuere poenas* (26) *saepius admoniti; desint* (27); *contingere existimationem*; l'impersonale *procedi* in coordinazione con lo *statui*; *quid gravius* indeterminato; l'errato accusativo *poenam*; l'espressione *poena in metallum* (28).

Dal lato sostanziale rileviamo che la categoria delle pene *quae existimationem contingunt* venne elaborata nell'epoca postclassica, e forse fissata definitivamente da Giustiniano; come giustiniano è il raggruppamento delle pene di stima con quelle pecuniarie, secondo accennerò a proposito del D. 49, 9, 1 e più largamente rileverò altrove. Postclassica è la gradazione delle pene, col permesso di procedere *usque ad relegationem* (29). La menzione della *poena capitis* accanto al metallo è anch'essa di un'epoca tardiva (30).

Che cosa dicesse il giureconsulto non è facilmente ricostruibile. Il Wlassak (31) pensa che spiegasse lo sviluppo giuridico posttraiano, per il quale si sarebbe addivenuti alla limitazione ai delitti capitali. Questi sarebbero quindi, di conseguenza, stati sostituiti dai *crimina*

insieme col D. 2, 12, 1, 1. Lo critica su rilievi formali, l'ALBERTARIO (*"Delictum"*, e *"crimen"*, p. 25 e sg.)

Un accenno al passo, per rilievi sul *secundum morem iudiciorum privatorum* è nel Wlassak, *Zur römischen Provincialprocess.*, p. 80 e sg.

(25) Albertario I, c.

(26) Questo *statuere* nel senso non di *stabilire*, ma di fissare, irrogare, mi sembra sospettabile.

(27) *Deesse* in questo senso lo ritroviamo nell'interpolato C. 9, 2, 6; v. più innanzi a pag. 32.

(28) V. anche Wlassak, p. 60 n. 20. Per l'interpolazione in genere v. lo stesso autore a p. 58, e nota 14.

(29) V. *Repressionem* cit., sezione V.

(30) eod.

(31) p. 58 n. 14.

graviora. Ma non possiamo accedere a tale opinione, come ho accennato.

Ulpiano quindi, (per tirare le linee), avrà parlato prima della impossibilità della condanna degli assenti. Poi (prescindendo dall'inciso sulle *suspiciones* (32), è passato alla condanna dei *contumaces*. Dopo doveva forse chiarire che quella distinzione si riconnette ai due tipi di repressione.

Passando ora all'esame del testo di Marciano (D. 48, 17, 1), troviamo in esso lo stesso contrapposto. Il giureconsulto, se nel principio ha esposto la regola della repressione ordinaria, passa dopo ad esprimere quella della straordinaria. L'ipotesi, accennata, degli editori, che sia caduto il brano riferentesi alle pene *leviores*, sembra logica, alla prima lettura ed al confronto col testo già esaminato di Ulpiano. Ma se per altro consideriamo che la distinzione dell'ultima parte di quel passo è interpolata, cade, per la redazione classica almeno, uno degli argomenti. Un nuovo dubbio sorge poi, anche pel diritto giustiniano, dalla lettura dei Basilici, in cui lo scolio ἀπὸν τις riproduce il testo con le stesse parole che leggiamo nel Digesto (33) il che dovrebbe farci pensare che l'errore sia stato contemporaneamente della redazione donde furono tratti il mano-

(32) Su questa questione, che del resto non ha attinenza col nostro problema, io penso che senza alcun dubbio vi sia stato realmente un rescritto di Traiano. Ma il giureconsulto lo menzionava in questo punto?

Certo i due quesiti sono profondamente diversi. Quello della condanna degli assenti riguarda un fatto *obbiettivo processuale* (l'esservi o non esservi il giudicando); l'altro una questione di *valutazione* (l'essere o non essere *provata* la domanda). La considerazione che segue (*satius* etc.), che io del resto ritengo spuria, si attaglia al secondo quesito. Essi possono riunirsi quindi solo con un certo sforzo, immaginando che si presumesse che la condanna degli assenti fosse, in fondo, una condanna pronunciata su semplice sospetto. Uno scrittore veramente giurista è difficile che li abbia avvicinati, senza nemmeno un passaggio intermedio giustificativo.

Distintamente i due casi sono enunciati anche dai Basilici (Hb. V, 854).

(33) Hb. V, 831:

Ἔστι διάταξις τοῦ θεοῦ Σεβήρου καὶ τοῦ μεγάλου Ἀντωνίνου λέγουσα, μηδένα ἀπόντα τιμωρεῖσθαι, καὶ τοῦτο τῇ νόμῳ κεχρήμεθα, ἵνα μὴ καταδικάζωνται οἱ ἀπόντες. οὐδὲ γὰρ ὁ τῆς δικαιοσύνης λογισμὸς ἀνέχεται πρὸ τῆς ἀκροάσεως τῆς δίκης καταδικασθῆναι τινα. εἰάν οὖν βαρύτερόν τις καταδικάζεται λόγου χάριν εἰς ἔργον μετ' αὐτοῦ, ἢ εἰς ὁμοίαν τιμωρίαν κεφαλικὴν, οὐ χρὴ κατὰ τοῦ ἀπόντος ἐπιφέρεισθαι...

scritto fiorentino e quello di cui si servirono i compilatori dei Basilici, il che è molto dubbio, per non dire assurdo. Dobbiamo quindi dedurre che tra il testo originario di Ulpiano e quello che i compilatori ci presentano vi fosse una sola differenza essenziale (oltre qualche altra secondaria (34): un *extra ordinem* al posto dell'attuale *gravius*. Il passo presentava quindi lo stesso contrapposto che abbiamo notato nel fr. 5. L'esempio fatto dopo, della pena del metallo, pena straordinaria (35), conferma l'ipotesi. I compilatori, essendo avvenuta la fusione tra le due repressioni, operano la sostituzione, Compilatoria è anche qui, per la stessa ragione dianzi accennata, la menzione della pena capitale.

Appare così chiaro il regime in tema di repressione straordinaria: nessuna distinzione tra reato e reato, o fra pena e pena (salvo forse una puramente di opportunità che il magistrato poteva fare col suo prudente arbitrio). L'accusato (36) che non si presenta in giudizio, viene ricercato. Se risulta essere in sede, il magistrato può citarlo, con *edicta* o *denunciationes*, o *citationes* (37), e se persiste, se cioè *contumax*, condannarlo. Se risulti essere assente,

(34) Il BESELER (*Zeits. Sav. Stift.* 45, 455) appunta tutta la frase *absentes... patitur*, in considerazione dell'*aequitas*. Invece il *ne abs. damnentur*, per quanto accennai (p. 12) è certo una correzione del giureconsulto. Sulla giustificazione successiva i dubbi sono ammissibili (dubbi già sollevati dal Beseler in *Zeits. Sav. Stift.* 42, p. 645 n. 8.).

Sospetto (come una glossa innocua) potrebbe essere l'*ut copiam sui praestet*. *Praestare* nel senso di *concedere* lo troviamo assai spesso (V. MAYR in *Zeits. Sav. Stift.* 42, 214 e sgg.); più sospetto è il *copia sui*, che peraltro ritroviamo anche altrove (p. es. in D. 42, 4, 7. § 19).

(35) Come spero di dimostrare nel lavoro citato, capo 13.

(36) intendendo questa parola non nel senso tecnico della procedura ordinaria.

(37) È noto come gli *edicta*, le *litterae*, le *denunciationes* siano mezzi per ottenere l'intervento del convenuto nel processo *extra ordinem* in materia di diritto privato. In tema di cognizione straordinaria, minori erano le differenze tra il processo privato ed il pubblico, tutto provenendo dal magistrato, innanzi a cui si svolgeva ogni atto del giudizio e dal quale molte volte dipendeva anche la chiamata del convenuto, o del giudicabile. Ritroviamo perciò qui gli *edicta*, atti senza dubbio magistratuali, e le *denunciationes*, in cui, in materia privata, era l'attore che rimetteva al funzionario l'ingiunzione pel convenuto da presentarsi (ARANCIO RUIZ, *Istituzioni*, 3^a ediz. p. 146), mentre in diritto penale dovevano essere proposte di iniziativa del funzionario stesso. Non possiamo trovare le *litterae*, che, se pure scritte dal magistrato, erano molto più di iniziativa di parte.

i suoi beni vengono *adnotati*, e viene ricercato con le conseguenze di cui al D. 48, 17 (38).

(38) Richiamo qui l'editto che il BRUNS (7^a ed., I, 251) chiama *de temporibus accusationum* (BGU 628), che abbastanza concordemente (CUQ in *Nouv. rev. d'hist. du droit* 32, 113; FERRINI, *Opera*, V, 183 e sgg.; ed infine anche MITTEIS, *Chrestom.*, 2, n. 371) si ritiene di Nerone (al III secolo lo riporta solo il MOMMSEN, *Strafr.* 472 n. 5. limitandosi per altro a brevi asserzioni). In esso l'imperatore ripete e modifica una disposizione del padre suo (adottivo, se era Nerone), in cui si cercava di evitare che si venissero protraendo le liti, con lo stabilire che le parti vengano dalle provincie *praefinitis temporibus, nec discederent priusquam ad disceptandum introducti essent*, e col sanzionare che si pronunzi, in mancanza di una delle parti, *secundum praesentem*: Nerone, poichè *capitales causae aliquid auxilium cunctationis admittunt*, ritiene di dover concedere *tempus prolixum*. Considera inoltre anche le cause che provengono dall'Italia.

Ora questo editto ha per noi un valore limitato, perchè dovette venir meno subito. A parte il fatto che non riguarda la procedura ordinaria (ed è per questo che non viene preso in considerazione dal WLASSAK, pag. 57 nota 13), diverse frasi dimostrano che esso riguarda solo le cause di appello: si parla di *servare sententiam*, di *stare sententiae*, e da ultimo (col. 11, 114 e sgg.), prospettandosi come non pertinenti altri tipi di appello, si viene a dimostrare che a questo solo l'editto è limitato. Ed anzi, aggiungendosi che *appellationes quae ad magistratus et sacerdotia et alios honores pertinebunt habend. formam temporis sui*, si mostra che le norme sono limitate all'appello imperiale. Inoltre, come osserva il Ferrini (p. 186), il fatto che in esso si dice che l'editto di Claudio non fu osservato, può far pensare che pure il nostro sia andato in disuso, anche prescindendo dalla cassazione degli atti di Nerone, per la condanna della sua memoria.

Esso, per altro, non si trova in contrasto con la mia tesi. Se il Ferrini deve assolutamente ritenere che l'editto sia caduto, troppo vivo essendo il principio *ne absens damnetur*, noi, che quel principio abbiamo visto dominare solo nella repressione ordinaria, mentre nella straordinaria l'assente, posto nella posizione di contumace, poteva essere condannato, e che vedremo (p. 46 e sg.) che, sempre nella repressione straordinaria, era ammessa la difesa dell'assente nella forma dell'*excusatio*, non troviamo l'editto in contrasto con quanto si è dimostrato. Infatti l'assente, se perseguito con editti, citazioni, etc., poteva essere condannato, poteva però scusarsi. Ora qui i ritardi che l'imperatore voleva evitare, secondo la tesi (verosimile) del Ferrini, derivavano appunto dalle troppe frequenti *excusationes*. Una semplice limitazione di tempo, che veniva di conseguenza a limitare le *excusationes*, non rappresenta nessuna divergenza dai principi.

Non credo poi che, tenuto conto che si parla di *causae capitales*, si possa pensare a qualche disposizione speciale pei crimini capitali, ed un appoggio quindi alla tesi sopra combattuta. A me pare che qui la parola *capitales* sia usata in un senso generico, e non tecnico, ma, in ogni caso, siamo sempre in tema di cognizione imperiale, e quindi di repressione straordinaria, quali che fossero le cause contro le quali si appellava.

Viene qui quindi in considerazione l'elemento dell'assenza dal luogo, cui non si guarda nella repressione ordinaria, dove si bada al fatto obbiettivo dell'assenza dal giudizio, e l'elemento della volontarietà del non presentarsi (presunzione di colpevolezza (39)) che legittima la condanna: elemento che non ha rilevanza nella procedura ordinaria (40).

Viene così eliminata la difficoltà di un processo che deve necessariamente svolgersi, per permettere al giudice di poter determinare la pena, e vedere quindi se può condannare, oppure no.

Che il principio della distinzione tra le pene comminande sia postclassico viene confermato dai seguenti rilievi:

a) la nota tendenza giustiniana alle soluzioni medie, per cui in numerosissimi casi, non elencabili qui, noi troviamo, anche nel diritto privato, una decisione transattiva, molto spesso non conforme alla perfetta logica. Ora se si dicesse che contro l'assente non si può pronunciare (o si può pronunciare) *ove si tratti di reato che commini questa e non quella pena* (cioè di pena in astratto), il far dipendere da questa la procedibilità sarebbe conforme a logica; tenuto conto invece che per numerosi fatti illeciti non solo la misura o la durata, ma il tipo della pena era rimesso all'arbitrio del giudice, o per lo meno era determinato da circostanze speciali del fatto, far dipendere la perseguibilità della pena comminanda, significa farla dipendere dalla pena in concreto, che si

Non ha pertinenza poi, col nostro argomento (se non, forse, per mostrare una tendenza di Claudio (v. pure STROUX, *Eine Gerichtsreform des Kaisers II.*, in *Sitzungsber. bayerl. Akad.*, 1929, p. 52, n. 1) e confermare l'epoca del B G U 628 il B G U 611 (BRUNS, 198 e sgg., e ripreso recentemente in esame dallo STROUX, o. c., e dal WOESS, *Zeits. Sav. Stift.* 51 (1931), p. 336 e sgg.) in quanto l'imperatore qui considera, e tende a frenare, la pervicacia e le tergiversazioni degli accusatori. L'argomento dell'assenza dal giudizio degli accusatori, in quanto implica anche la questione della *calumnia*, e, in genere, di quei reati che si possono commettere da chi dia origine ad un processo (sui quali v. ora LEVY, *Zeits. Sav. Stift.* 53 (1933), p. 151 e sgg.) esorbita dalla mia indagine.

(39) Quella presunzione di colpevolezza per cui si confiscano i beni di colui che si è suicidato in pendenza di giudizio *metu criminis*, e si fa giustizia sommaria di chi è fuggito dal luogo del processo, e si è andato a far soldato (v. innanzi a p. 21). Qui essa non vale a far condannare subito, ma per lo meno a fare iniziare il giudizio, che altrimenti non si potrebbe proseguire.

(40) Come non ne ha nella procedura moderna, come si accennò innanzi.

può determinare solo dopo l'istruttoria; il che rappresenta qualche cosa che, urtando contro i principi della logica, non poteva essere classico, e può essere tollerato più tardi solo per quanto dico sub c);

b) la tendenza postclassica al raggruppamento ed alla graduazione delle pene, anche di quelle di diversa natura: tendenza che ritroveremo più innanzi, a proposito del D. 49, 9, 1, e che in altro studio cerco di mettere in rilievo (41);

c) il fatto che l'incongruità della soluzione in base alle pene comminande meno poteva essere sentita nell'epoca postclassica, in quanto in quel tempo vi è una forte tendenza a passare dalla pena libera, *arbitrio iudicis*, alla pena vincolata, (42) onde si poteva da prima, in base alla rubricazione del crimine, già prevedere la pena comminanda. La valutazione quindi ora può essere fatta in base a quella pena in astratto cui sopra si accennava.

Il regime giustiniano, che, date le diverse manipolazioni, e dato il duplice concetto di assenza, non traspare troppo chiaramente dalla semplice lettura dei testi, appare da questa disamina più limpidamente, specialmente se si consulti la spiegazione, semplice e concludente, che del principio posto nel testo di Ulpiano fanno i Basilici (43): tale regime è per un verso più rigoroso, per un verso meno di quello classico: più rigoroso, in quanto non esistono più casi in cui la condanna è impossibile a priori, (come nella procedura ordinaria classica); meno rigoroso, in quanto l'*adnotatio*, che prima poteva verificarsi per tutti i fatti repressi *extra ordinem*, è ora limitato ai soli casi in cui si è puniti *gravius*. (48, 17, 1); meno rigoroso pure, in quanto gli assenti possono essere condannati, se siano soltanto ostinati a non comparire in giudizio (come prima per tutti i casi di repressione straordinaria), ma solo nelle ipotesi di reati importanti pene più leggere (D. 48, 19, 5). Altri-

(41) *Repressione* cit. sezione V.

(42) V. per questo LEVY *Die Infamie in röm. Strafrecht* in *Studi Riccobono*, II, p. 98 e sgg.; *Die Kapitalstrafe* p. 65.

(43) Hb. V, 854.:

Οὕτως ἐξ ὑπονοίας, οὕτως ἀπὸν τις καταδικάζεται, εἰ μὴ ὁ μετὰ πολλὰς ὑπομνήσεις καὶ προθέματα μὴ παραγενόμενος· καὶ αὐτὸς δὲ μέχρι χρηματικῆς ποινῆς, ἢ ἀτιμίας ἢ ἐξουρίας· κάλλιον γὰρ ἐστὶν ἀνεκδίκητον μένειν τὸν ἀμαρτήσαντα ἢ περ τὸν ρηστὶον καταδικάζεσθαι.

menti meglio che il colpevole resti impunito che condannare eventualmente un innocente.

7. — Con ciò si è anche spianata la via alla migliore determinazione di due concetti, che ritroviamo nella procedura *extra ordinem*: quello della *adnotatio*, e quello della *contumacia*.

L'*adnotatio*, - e propriamente l'*adnotatio* del *requirendus*, perchè poteva esservi l'*adnotatio* del *deportandus* (44) - già da altri si è sostenuto che sia un procedimento tardivo. In questa affermazione anzi si è anche ecceduto: è del tempo di Settimio Severo pel Mommsen (45), il quale per vero non fornisce la documentazione di tale sua affermazione. Che si risalga a Traiano, come sostiene il Wlassak, in base al D. 48, 17, 5 § 2 (46), non è assolutamente sicuro, in quanto dal contesto del frammento sembra, è vero, risultare che il rescritto di Traiano fosse stato emanato a proposito della vendita dei frutti appartenenti proprio ai beni del *requirendus*, ma poteva anche essere stato occasionato da altra questione (per cui l'imperatore ha dovuto affermare che i frutti devono considerarsi alla pari dei *moventia*), ed essere da Modestino applicato anche in questo caso. Ma certamente di *adnotatio* già parlava Antonino Pio (D. 48, 3, 6 § 1) (47).

Potendosi malgrado ciò essere sicuri che l'*adnotatio* non è originaria, quale che fosse l'epoca precisa in cui sorse, non impedisce che abbia fatto parte della procedura *extra ordinem*, questa essendosi affermata già dal primo secolo dell'impero.

Or tutti i testi si riferiscono alla procedura *extra ordinem*. Il § 2 dello stesso frammento 1 dove si è precedentemente enunciato il concetto dell'*adnotatio*, parla dei presidi delle provincie (48).

(44) D. D. 48, 22, 6 § 1; 49, 4 1 pr.; 49, 7, 1 § 3;

(45) p. 326.

(46) Sed et divus Traianus inter *moventia* fructus quoque haberi rescripsit Wlassak, p. 58 n. 15.

(47) "... Sic et divus Pius et alii principes rescripserunt, ut etiam de his, qu. *requirendi* adnotati sunt, non quasi pro damnatis, sed quasi re integra quaeratur, si quis erit qui eum arguat ...

(48) "Praesides autem provinciarum circa *requirendos* adnotatos hoc debent facere, ut eos quos adnotaverint edictis adesse iubeant, ut possit *innotescere* eis quod adnotati sunt, sed et litteras ad magistratus, ubi consistunt, mittere, ut per eos possit *innotescere* *requirendos* eos esse adnotatos,...

Si potrebbe anche pensare, tenuto conto che il testo ha la finalità di indicare ai presidi il modo migliore per far conoscere agli *adnotati* la loro situazione, che anche nei casi in cui il provvedimento non era emesso da loro, si facesse, per così dire, una circolare ai vari presidi perchè portassero a conoscenza dell'interessato il provvedimento preso contro di lui. Ma dalla migliore lettura traspare invece che sono stati proprio i presidi ad *adnotare*, e sono anzi essi che dirigono le lettere ai magistrati della provincia dove sono gli *adnotati* (*ubi consistunt*: evidentemente nel caso in cui consti la residenza attuale dell'imputando), perchè rendano notorio il provvedimento. Anche di preside della provincia parla Papiniano al § 4 (per quanto qui potrebbe pensarsi che l'*adnotatus* per sfuggire alla confisca, possa presentarsi in un primo momento al preside della provincia dove risiede, anche se la condanna fu emessa altrove (49)).

Un testo in cui sembra parlarsi di *adnotatio* in un *crimen capitale* è senza alcun dubbio interpolato:

D. 49, 16, 4 § 6 (Arr. Men. 1 de re mil.) Reus criminis capitalis voluntarius miles secundum divi Traiani rescriptum capite puniendus est, nec remittendus est eo, ubi reus postulatus est, § 7 sed, ut accedente causa militiae, audiendus: si dicta causa sit vel requirendus adnotatus, ignominia missus ad iudicem suum remittendus est, nec recipendus postea velens militare, licet fuerit absolutus.

Il caso del § 6 è limpidissimo: il reo di un crimine capitale, per sfuggire alla pena, si fa soldato. Traiano rescrisse che egli non deve essere rinviato innanzi alla autorità innanzi cui pendeva il processo, ma va subito giustiziato.

Il § 7 modifica la decisione. Già di esso il senso non è chiaro ed è stato anche emendato. Nella edizione della Glossa (50) tro-

(49) Non può obbiectarsi il fatto che il testo era in tema di pubblici giudizi. Come prospetto nel citato studio sulla *Repressione penale*, i giureconsulti non possono tenere perfettamente separati, e addirittura in opere diverse, i casi di repressione ordinaria da quelli di r. straordinaria. Marciano (il quale non ha nemmeno scritto un'opera sull'*officium* dei presidi, o simili) ha enunciato la regola dei giudizi pubblici (*ne absentes dammentur*), ma nulla gl'impedisce poi di prospettare nel § 1, la differenza con la repressione *extra ordinem*, e a questo proposito esporre la trattazione della *adnotatio*.

(50) GLOSSA ad h. l.

viamo un *ubi* al posto dell'*ut*, modifica che è persuasiva, solo che si aggiunga anche la sostituzione di un *accessit* all'*accedente*. Troviamo pure che si considera come una nuova ipotesi quella del periodo dall'*ignominia missus*, e mancano perciò i due punti tra l'*audiendus* ed il *si*. Di questa seconda modifica mi sembra non si possa essere troppo sicuri, e quindi sia da preferire la lezione ordinaria. Ora il passo sembra dire questo: il soldato va ascoltato nel luogo dove si trova per ragione militare, con la nuova imputazione, che è quella di essersi fatto soldato (51): se la causa precedente era stata *dicta*, o vi era stata *adnotatio*, va rimesso al primo giudice. La Glossa distingue due giudizi, il precedente, e quello che si svolge qui, e propone il dilemma: "*aut succumbitur in ista, et non remittitur in prima, aut absolvitur, et tunc remittitur in primam secundum quosdam. Sed prima placet*„. Parla poi addirittura di due *crimina*.

Tale distinzione è esatta e da essa deve dedursi, per diritto giustiniano, che il soldato va rimesso al primo giudice, se nel primo giudizio la causa fu *dicta*, cioè se la lite fu postulata, o se vi fu *adnotatio*. La sanzione del secondo reato rimane assorbita, se il soldato è condannato, consiste nel non poter essere più ricevuto, in caso di assoluzione. Ed in caso di lite non ancora contestata o di mancata annotazione? Mi sembra non si possa dare altra soluzione che quella che non vi era nessun provvedimento da prendere, pel momento.

Non è certo però questa la soluzione classica. Il passo in esame è uno di quelli in cui la mano dei compilatori ha lasciato traccia visibile anche attraverso gli errori materiali e la difficoltà di lezione. Rileviamo che il *dicta causa* non si può riferire che ad una *litis contestatio*, e questa non vi era nell'epoca classica. La *ratio* della decisione classica era poi tutta diversa: essa si fonda sulla presunzione di colpevolezza derivante dall'essere fuggito. Dimostrato tale presupposto, dimostrato cioè che l'imputato in tanto si è fatto militare in quanto è voluto sfuggire, egli deve essere punito seduta

(51) Tale è il senso che si può dare alla frase *ut accedente causa militiae*. È il reato che consiste nella *militia*, con la quale espressione si intende l'essersi fatto soldato: si tratta di un reato speciale, represso *extra ordinem*, secondo più largamente espongono in *Repressione* cit., capo VIII.

stante, (52) senza bisogno di altra istruttoria. È la stessa *ratio* per cui in molti testi troviamo la grave sanzione della *publicatio* applicata anche a colui che non sia stato mai condannato, ma possa dimostrarsi che si è suicidato *metu criminis*.

Nessuna *adnotatio* quindi in caso di *crimen capitale*, e perciò di processo ordinario, nell'epoca classica. Essa è introdotta dai compilatori, mediante il § 7, esaminato.

Potrebbe sollevarsi una obiezione non lieve: l'*adnotatio*, oltre a costituire una spinta per l'assente a costituirsi e a rendere possibile il processo, fungeva indubbiamente anche, per dir così, da sequestro conservativo o ipoteca nell'interesse del fisco, il quale, sfuggendo il delinquente al processo, si sarebbe visto defraudare nelle sue ragioni. Ora è concepibile che nella repressione ordinaria sia mancato un mezzo che servisse contemporaneamente a spingere l'assente a promuovere il processo, e a garentire il fisco?

Il mezzo, anzi i mezzi, vi erano, ma erano differenti.

Abbiamo accennato già, e presto vi ritorneremo, che anche l'assente poteva essere postulato, ed iscritto tra i rei. Or la condizione di *reus* lo limitava in molte sue facoltà, e di diritto pubblico (53), e di diritto privato. Numerose limitazioni patrimoniali furono gradatamente introdotte, a salvaguardare i diritti del fisco e nello stesso tempo ad incoraggiare l'assente, il quale si vedeva molto menomato nei suoi diritti, a procedere al giudizio regolare:

Marc. 82 D. 39, 5, 15 (3 Instit.) Post contractum capitale crimen donationes factae non valent ex constitutione divorum Severi et Antonini, nisi condemnatio secuta sit.

Marcian. 154 D. 40, 1, 8 (13 instit.) Sed nec rei capitalium criminum manumittere servos suos possunt, ut et senatus censuit.

Pap. 6 D. 46, 3, 41 (1 de adult.) Reo criminis postulato interim nihil prohibet recte pecuniam a creditoribus solvi: alioquin plerique innocentium necessario sumptu egebunt.

(52) È un caso di *poena capitis extra ordinem*, di cui allo studio e al luogo citato.

(53) V. COSTA, *Cicerone Giurec.*, II, p. 136.

Paul. 14 D. eod., 42 (3 de adult.) Sed nec illud prohibitum videtur, ne a reo creditori solvatur.

Il terzo ed il quarto testo citati, risolvendo favorevolmente all'imputato la questione dei debiti e dei crediti, ci mostrano come vi fossero dei dubbi anche sul se si potessero far valere diritti già esistenti, il che fa pensare: a) o che atti diretti invece a porre in essere situazioni giuridiche nuove non si potessero compiere: b) oppure, se i passi, secondo potrebbe dedursi dalla *inscriptio*, rispondevano al quesito solo per l'adulterio, crimine non capitale, potrebbero far nascere il dubbio che persino la limitazione nelle riscossioni e nei pagamenti, negata nella specie, sussistesse invece pei rei di crimini capitali.

Il primo testo presenta una difficoltà di lettura, nell'ultima frase. Il Cuiacio (54) corresse il *nisi* con un *si*. Il Mommsen aggiunge un *et retro infirmantur si*. Io penso lo si debba mettere in correlazione col

Pap. 691 D. 39, 5, 31 § 4 (12 resp.) Ratae donationes esse non possunt post crimen perduellionis contractum, cum heredem quoque teneat, etsi nondum postulatus vita decesserit.

Per il *perduellis* dunque, poichè il processo si svolge anche contro gli eredi (55), non valgono le donazioni anche prima dell'inizio di esso. Per gli altri quindi non debbono valere quelle fatte dopo la *postulatio*.

Ancor più probante è

Mod. D. 48, 2, 20 (2 de poenis)... adeo ut Divus Severus et Antoninus rescripserunt ex quo quis aliquod ex his causis crimen contraxit, nihil ex suis bonis alienare aut menumittere eum posse.

Non è assolutamente il caso qui di prendere in esame il vastissimo testo, sul quale i compilatori si sono molto esercitati, e che andrebbe messo in rapporto con molti e complessi problemi, che qui non si possono trattare (56). Appunto per questo non posso

(54) Opp. IV. 1340 (edit. neapol.)

(55) È notorio. V. Mommsen, p. 987; Ferrini p. 160.

(56) V. ALBERTARIO in *Zeits. Sav. Stift.* 35, p. 305 e agg. e la larga disamina del Wlassak, nell'opera citata, a p. 142 e segg. Il testo coinvolge la questione della *litis-*

pronunziarmi se il rescritto di Severo ed Antonino, che sembra nel nostro testo riferirsi solo alla *maiestas* ed alle *repetundae*, fosse lo stesso della costituzione di cui in D. 39, 5, 15, che si riferisce ai crimini capitali in genere. Da questo insieme di attestazioni però, ed anche da Marciano (D. 40. 1, 8 cit.) si può già inferire con sicurezza che i rei di crimini capitali erano limitati nelle facoltà di compiere atti di liberalità, e forse in genere di alienare. Il testo del D. 39, 5, 15 quindi o deve essere corretto con l'inserzione di un *et* innanzi al *nisi*, o, se si legga invece *si*, espungendo l'ultima frase, che rappresenta una attenuazione, introdotta da una glossa o per via di interpolazione (57).

8. — Un altro punto viene meglio chiarito, ed è il concetto di *contumax*. Dall'esame fatto, e dalle altre fonti, possiamo dedurre:

a) che il concetto processuale di *contumace* era diverso da quello di assente in genere, e comprendeva solo l'accusato che era riottoso, quello cioè che invitato a presentarsi in giudizio, ed avendone avuto piena cognizione, si rifiutava;

b) che tale concetto di contumacia trovava applicazione solo nella procedura *extra ordinem*, in quella ordinaria evidentemente guardandosi solo il fatto obbiettivo dall'essere o non presente al giudizio.

a) Ho parlato di concetto processuale di contumacia, perchè essa nelle fonti si trova spesso in tutt'altra accezione. Il Volterra

contestatio nel processo penale, della *accusatio mota*, della differenza fra *crimina* e *delicta* (V. ALBERTARIO, "Delictum", e "crimen", in *Public. dell'Università Cattolica del S. Cuore*, p. 24), nonchè la grossa e complessa questione - sotto il quale profilo non è stato ancora esaminato - della *bonorum ademptio*, o confisca, e della persecuzione contro gli eredi. Per la pena della *bonorum ademptio*, alla quale ritengo dovesse riferirsi (e non alla *publicatio* in generale), v. il mio studio in corso sulla *Repressione*, al capo X; della trasmissibilità contro gli eredi, in caso di *perduellio*, mi propongo di occuparmi in altro studio sotto menzionato.

(57) Tenuto conto che la soluzione sostanzialmente è identica, si può lasciare, per ora, il dilemma. Del testo, come in generale dei problemi che possono sorgere dall'esame degli altri, citati, ed in genere di tutti quelli che si occupano della condizione del *reus*, tra l'accusa e la condanna, della condizione speciale di chi muoia prima della *postulatio* in uno di quei reati in cui vi è persecuzione contro gli eredi, o di chi, reo di altri crimini che si estinguono con la morte, si sia sui-

ha sostenuto (58) che il vocabolo si trova in due significati: α) nel linguaggio tecnico giuridico classico, esso si usa per indicare il fatto di coloro che non ottemperano all'ordine del magistrato di presentarsi dinanzi al giudice o di fare comunque atti processuali *in iudicio* o che non adempiono alla sentenza: β) nel linguaggio postclassico esso indica l'atto di violare volutamente una norma giuridica o di tenere un contegno arrogante e dispregiativo di fronte alla legge ed al magistrato. Il vocabolo viene ad assumere così anche nella lingua giuridica la varietà e larghezza che aveva già nella lingua letteraria, in cui esso significava in genere ostinazione superbia, arroganza.

Ora acutamente il Volterra ha trovato una differenza nell'uso, classico ed in quello postclassico della parola, ed in massima accettabile è la sua dimostrazione (59). La tesi va però spostata: dai testi traspare che *contumacia* non ha avuto due significati diversi, classico-giuridico e classico-letterario e postclassico: esso ha avuto sempre lo stesso significato, che, per quel che concerne le fonti giuridiche, più che di ostinazione, superbia, arroganza era di mala volontà, proposito dispettoso, riottosità: solo che nel periodo classico questa mala volontà, proposito dispettoso etc. era *limitata al campo processuale*, e valeva solo di fronte al magistrato. La differenza era quindi solo di *comprensione* della parola; ma anche nella *contumacia* classica vi era l'idea di un *deliberato proposito*: quello di non presentarsi in giudizio (60). Essa, se anche non costituì un

cidato *metu criminis*; come anche della ragione del divieto, non sufficienti sembrando le spiegazioni che si danno nel D. 48, 2, 20, mi propongo di occuparmi in altro studio sulle « *Conseguenze dell'accusa e della condanna nel diritto penale romano* ».

(58) Bull. Ist. dir. romano 38, 1930, 121 e sgg.

(59) V. p. 126 e sgg.

(60) Oltre i passi che debbo limitarmi a citare nel testo, quelli cioè attinenti alla materia penale, o, al più, di carattere generico, rilevo che in tutti quelli genuini citati dal Volterra appare questo elemento della *volontarietà*. Nettamente, se classico il passo (sospettato dal BESELER, *Subsiciua* p. 7), si rileva dal D. 5, 1, 73 § 3 « si appellet non esse audiendum, si modo per contumaciam defuit; si minus audietur »; dal C. 9, 2, 4, dal C. 7. 65, 1; dal « *contumaciter deesse* di C. 7, 43, 4; dall'*absentem quasi contumacem et indefensum gravi condemnatione adficere* di C. 2, 12, 12 § 1. dalla *poena* del D. 4. 8, 39 e 43, 5, 3 § 14 (v. nel testo a pag. 28 e la nota 61). *Contumacia* in un senso obbiettivo è menzionata solo dal D. 41, 1, 2 dove il *vel cont.* potrebbe per altro essere una glossa buttata giù, senza maggiori determinazioni. La *contumacia* è quindi qualche cosa di più di ciò che dice il KRÜGER

delitto, è cosa che però va punita (61) e si distingue nettamente dall'assenza. Tralasciando un esame analitico di tutti i testi, che mi porterebbero alla necessità dello studio della contumacia anche nel diritto privato, quanto si è detto traspare chiaramente dal fondamentale fr. 5, che nella parte indicata con (a) parla dell'assente, cioè di colui che è lontano dal giudizio e nella successiva del contumace, cioè di chi non ha ottemperato agli avvisi ed ordini dei presidi. Della materia penale si occupa anche il

(Zeits. Sav. Stift, 45, p. 83): "Das blosse abesse trotz der Ladungen begründet das Versäumnisurteil ...

(61) Delitto la considera il Mommsen (326). L'A. parla di nuovo delitto creato, sembra, verso l'epoca di Settimio Severo (sulla epoca in cui sorse l'*adnotatio* già ho esposto il mio pensiero, a p. 20) e consistente nel difetto di comparizione nel processo criminale, in seguito ad una citazione più rigorosa della ordinaria, cioè ad un mandato di ricerca diretto alle autorità competenti. La confisca quindi sarebbe la pena. E questo, dice il M., non ha alcuna influenza sulla soluzione dell'affare penale per il quale fu organizzata la procedura di ricerca.

Il Mommsen sembra fondare il delitto non sulla volontarietà del non presentarsi, ma su un fatto obbiettivo, l'essere stato citato con forme più complesse (la menzione che egli fa anche dei pubblici proclami dimostra che egli considera anche l'ipotesi di chi possa difficilmente venire a sapere del giudizio penale incoato). Ora già per questo non si può versare in ipotesi delittuosa. È dubbio poi in quale momento si consumerebbe questo delitto: nel primo tempo, quando con la mancata comparizione si è iscritti nella lista dei *requirendi*, o nel secondo tempo, quando dopo il decorso dell'anno il patrimonio è confiscato? Sembrerebbe più giusto in questo secondo momento; ma l'appello, di cui in C. 7, 66, 2, si può interporre contro la semplice iscrizione nelle liste, e questo sembra il momento in cui si compie il reato pel M. Delitto certamente non ve n'è: l'*adnotatio* (che del resto non è ancora un impossessamento del patrimonio, come la considera Mommsen) è soltanto un provvedimento cautelare. L'*appellatio*, di cui nella costituzione cit., è piuttosto un reclamo (e del resto la differenza tra appello e reclamo non poteva essere fortemente sentita dai Romani, pei quali l'appello era qualche cosa di speciale e straordinario). Nè il delitto si consumava con la mancata presentazione successiva, nè la confisca era una pena vera e propria: essa, qui, è molto diversa dall'*ademptio bonorum* fiscale (che mi propongo di trattare nello studio cit. capo X). Se anche, in definitiva, si risolveva in una punizione, era sempre un provvedimento speciale. Lo scopo di tutto il procedimento era non quello di punire, ma quello di costringere, di indurre a presentarsi.

Alcunchè di illecito vi è certo nel non presentarsi volontariamente, cioè in quella che abbiamo visto essere la vera *contumacia*; ma in materia penale manca una sanzione ad hoc, che possa far vedere un delitto. La contumacia produce solo una conseguenza *processuale*, la rimozione di un ostacolo al proseguimento del

C. 2, 12, 12 § 1 (Impp. Sev. et Ant. - a. 230) ... Sed multo iustius fuit vel huiusmodi defensorem audire, quam absentem quasi contumacem et indefensum gravi condemnatione adficere.

Generici sono

C. 9, 2, 4; 7, 43, 7 ed 8 (v. più innanzi).

C. 7, 65, 1 (Ant. - a 213). Eius, qui per contumaciam absens, cum ad agendam causam vocatus esset, condemnatus est, negotio prius summatim perscrutato, appellatio recipi non potest.

Richiamo anche la definizione di contumace del

D. 42, 1, 53 § 1 (Hermog. 1 iuris epith.) Contumax est, qui tribus edictis propositis vel uno pro tribus, quod vulgo peremptorium appellatur, litterisve evocatus praesentiam sui facere contemnet.

b) Ma la possibilità della contumacia ricorreva solo nella repressione magistratuale. Che essa sia proprio del processo di cognizione, ed estraneo a quello formulare, venne già sostenuto dallo Steinwenter (62); non occorre ritenere la bilateralità del processo penale per attribuire molta importanza, in questa materia, al parallelismo col diritto privato (63); nel processo ordinario si guarda il fatto obbiettivo dell'assenza dal giudizio, che impedisce la procedibilità. Vi saranno, come nel processo privato ordinario, solo dei

processo, che si troverà ad essere, di fatto, pregiudicato per il contumace, ma ha il suo svolgimento normale, Circa la contumacia in genere, se anche molti testi parlano di *contumaciam punire* (D. 4, 8, 39; 12, 3, 8; 26, 7, 38 § 2; 27, 1, 35), non per questo bisogna pensare ad un vero e proprio *crimen*. Infatti in D. 4, 8, 39 pr. l'arbitro punisce la contumacia del litigante *pecuniam eum adversario dare iubendo*, ed anche negli altri casi la punizione è sempre intesa in un senso generico. Questo prescindendo da possibili sospetti (come pel D. 27, 1, 35, pel SOLAZZI, *La minore età* p. 266 e sg., pel LEVY, *Zeits. Sav. Stift.* 37, 1916, p. 63, pel BESELER, *Beiträge* IV, p. 154).

(62) *Studien der röm. Versäumnisverfahren*, specie a p. 108 e seg. Non è il caso qui di addentrarsi nell'esame del processo contumaciale privato, largamente disaminato dallo St. nelle diverse epoche.

(63) Si pensi che lo stesso Wlassak, il più fiero assertore della differenza tra i due ordinamenti, in materia, richiama, a dimostrazione del suo assunto che il processo deve continuarsi dove è stato iniziato, il parallelismo con lo stesso principio nel diritto privato (*Anklage*, p. 79 e seg.).

mezzi indiretti per costringere il convenuto ad intervenire, ma il magistrato non potrà intervenire esso stesso; nel processo magistratuale, viceversa, si incomincia a distinguere se si sia lontani dal luogo del giudizio, o non, per inviare gli avvisi, ordini, etc., onde si possa poi fissare la condizione di *contumax*. Nei rescritti imperiali infatti si parla di contumacia nei giudizi dei presidi delle provincie.

L'unico testo che ho trovato, riferentesi alla materia penale soltanto, è

C. 9, 2, 4 (Gord. a. 241). Si accusatoribus absentibus et non per contumaciam adesse iudicio cessantibus ex una postulatione aditus praeses provinciae non causa cognita sententiam dixit, qua eum de quo querimoniam detulisti liberandum existimavit, criminatione etiam nunc perseverante quae contumacia vel cessatione accusatorum non interveniente auferri non potuit, causa intentati criminis apud eundem vel successorem eius more iudiciorum tractabitur.

Altri passi sono generici

C. 7, 43, 7 (Diocl. et Max. a. 290). Ea, quae statuuntur adversus absentes non per contumaciam, scilicet denuntiationibus nequaquam more conventos, iudicatae rei firmitatem non obtinere certum est.

Si parla di *convenire denuntiationibus*, modo straordinario.

C. 7, 43, 8 (iidem - a. 290). Consentaneum iuri fuit temporibus ad praesentiam partis adversae praescriptis praesidem provinciae impleta iuris sollemnitate et adversario tuo trinis litteris vel nunc pro omnibus peremptorio edicto, ut praesentiam sui faceret, commonefacto, si in eadem contumacia perseveraverit, praesentis adlegationes audire. Quod vel successor eius facere curabit. A quo ter citatus si contumaciter praesentiam sui facere neglexerit, non abs re erit, cett.

8. — Al lume degli esposti principi (nessuna condanna per gli assenti nel processo ordinario, e nello straordinario distinzione tra assenti veri e propri e *contumaces*, con l'*adnotatio* pei primi, la condanna pei secondi), possiamo valutare gli altri testi.

(Paul) Sent. 5, 35, 1. Meritum appellationis causae capitalis et ipsam rationem status non nisi per nosmet ipsos prosequi possumus: nemo enim absens aut in servitutem duci potest aut damnari.

Il testo va ancora riguardato con la questione della difesa degli assenti. Per ora ci basta rilevare che esso enuncia, per la *damnatio*, la regola fondamentale dei giudici pubblici, cui si riferiva, dato che trattava dei capitali.

(Paul) Sent. 5, 5^a, 9 (v. p. 4).

Per quel che riguarda la *damnatio*, l'avere il giureconsulto, da cui fu tratta la sentenza, nominato la causa capitale, non significa che a questa era limitata la regola. La causa capitale poteva riguardare il quesito mi si rispose.

Alla *cognitio* si riferisce invece D. 48, 1, 10; (p. 4) come ci mostra il *cognitione suscepta* (64). Nel testo vi sono delle irregolarità, già rilevate dal Wlassak (65), il quale pensa, ed a ragione, che dopo il *nec* occorreva un *alias quam*. Non escludo che debba esservi stata una elaborazione sistematica, come debbono averne subito quasi tutti i brevi articoli del fondamentale D. 48, 1; ma la sostanza è classica; e classica potrebbe essere anche la menzione della *citatio* (66) che qui rappresenta quello che in altri testi sono le *denuntiationes* o gli *edicta*. Ad ogni modo la chiamata triplice era certo praticata, come desumiamo dalla definizione stessa di contumace, riportata a pag. 28 (67)

Non rilevante è qualche altro testo:

D. 48, 8, 4 § 1 (Ulp. l. 7 de off. proc.) Idem Divus Hadrianus rescripsit: constitutum quidem est, ne spadones fierent, Eos autem, qui hoc crimine arguerentur, Corneliae legis poena teneri eorumque bona merito fisco meo vindicari debere; sed in servos, qui spadones fe-

(64) Pel *suscipere cognitionem* v. Wlassak, o. c. p. 110 n. 30.

(65) O. c. p. 58 n. 14.

(66) "Per lo Steinwenter, o. c. p. 10 n. 1., *citare* aveva il significato della "Aufruf durch einen praeco", e più tardi, alla fine del terzo secolo, assunse quello di *admonitio*-Ladung. Io non escluderei che questo ultimo senso abbia potuto assumerlo prima, per la repressione straordinaria: nessun fatto nuovo si verificò più tardi, salvo il prevalere della *cognitio*; nella *cognitio* stessa, quindi, gli stessi concetti potevano essere espressi anche prima. Il *citare* di questo testo, a proposito della *potestas citandi accusatorem*, è preso in esame dallo STROUX, (*Eine Gerichtsreform* cit., p. 51, n. 2). Ora se in BGU 611, c. III l. 7 deve leggersi, con lo S., *citandi*, questa parola si ritrova fin dall'epoca di Claudio nel senso di cui al nostro passo.

(67) Anche C. 7. 43, 8 e 9 parla di triplice avvertimento, in alternativa con l'*edictum peremptorium*.

cerint, ultimo supplicio animadvertendum esse: et qui hoc crimine tenentur, si non adfuerint, de absentibus quoque, tamquam lege Cornelia teneantur, pronuntiandum esse.

Si tratta di un rescritto di Adriano, in cui l'imperatore richiama una precedente costituzione. La costituzione faceva rientrare il caso di chi evira sotto la legge Cornelia; Adriano aggiunge delle norme più dettagliate: il brano dall'*et qui* ammetterebbe la condanna anche degli assenti neanche, limitatamente, per una disposizione speciale per coloro che evirano, ma addirittura per la legge Cornelia. Ora in ogni caso una glossa potrebbe essere il *tamquam lege Cornelia teneantur*, e si potrebbe pensare, per il resto, ad una disposizione speciale di Adriano per gli evirati: ma lo stile è così contorto, e la sintassi così poco osservata, che si deve ritenere sia tutta una aggiunta postclassica. Nell'epoca in cui era cessata la distinzione tra repressione ordinaria e straordinaria, come vediamo che diversi casi prima repressi *extra ordinem* vengono subsunti sotto un *crimen* tradizionale, così è facile che siano state attribuite anche ad una legge disposizioni che riguardavano un fatto assimilabile a quelli da essa repressi. Il brano che segue, il cui contenuto è certamente genuino, è introdotto da un *plane*, che fa pensare che i compilatori abbiano voluto riprendere qualche cosa che avevano interrotto. Una tendenza postclassica ad introdurre casi speciali di condanna dell'assente la ritroviamo, del resto, nella condanna degli *apparitores*:

C. 9, 47, 21 (Grat. Valent. Theod et Arc. - a. 385) Ne diu apparitorum prava admodum venalisque perfidia in publica impune commoda desaeviret, censemus etiam in absentes eos pro competenti ultione debere consurgi.

9. — Con ciò va risolta anche l'altra questione dell'*accusatio* (v. n. 2). Abbiamo veduto come l'*adnotatio* fu limitata alla *cognitio extra ordinem*, per la quale non vi era un'*accusatio* tecnica, mancando le formalità della procedura delle *quaestiones*, e come nella procedura ordinaria invece la *damnatio absentium* fu sempre esclusa: or prendendo come punto di partenza il fatto che in origine l'*accusatio* è sempre permessa (legge *Memmia*), deve dedursi che nella procedura ordinaria, non essendovi l'*adnotatio*, ed effetti potendosi produrre solo con l'inizio della lite, l'*accusatio* anche più tardi fu permessa sempre ed in ogni caso. In caso contrario non sarebbe

stato possibile incriminare un fatto, limitare il reo nelle sue facoltà, e spingerlo, se riteneva di essere innocente, ed iniziare regolare giudizio. Dal punto di vista storico poi si osserva che manca un elemento da cui possa dedursi che dopo la legge *Memmia* vi sia stata una restrizione.

La cosa del resto è confermata da *Venuleio*, nel D. 48, 2, 12 pr., il quale, elencando i casi in cui non è lecito accusare, ed enumerando tra questi quello degli assenti *rei publicae causa*, direbbe, se esatta la tesi del *Wl.*, che la regola va applicata solo pei crimini meno importanti, cioè pei non capitali; ed anche da D. 48, 5, 13 (11) § 2 (68), (non avendo ragioni per ritenere che la rea di adulterio si sia resa assente dopo la *receptio*), nonchè da Sent. 5, 5^a, 9 (prescindendo qui dalla questione dell'accusa *per alium*).

Non può preoccuparci il rescritto riportato in C. 9, 2, 6 (p. 5). Il caso proposto all'imperatore, quale risulta dal contenuto del passo, era di alcuno che fosse stato condannato dal preside della provincia alla pena del metallo, ed *assente ed ignorante*, perchè non vi fu mai alcuna denuncia. Tutto mostra che si trattava di repressione in via straordinaria. Lo dimostra inequivocabilmente il magistrato che ha comminato la pena, lo dimostra la pena stessa, che, come spero di potere altrove porre in rilievo (69), è tipicamente *extra ordinem*. Lo dimostra la espressione *denuntiatio*, che, come rilevammo, è tipica della *cognitio*. I compilatori perciò hanno elaborato il testo, premettendo un principio generale che non poteva essere classico. Classica era la menzione dell'*adnotatio*, trattandosi di *crimen extra ordinem*: ma la menzione del *crimen capitale* è certo spuria, se si pensi che il metallo fu assimilato, o addirittura fuso, al *crimen capitale*, solo più tardi (70).

Ritoccato è pure C. 9, 40, 1, che si riferiva alla *cognitio* (pag. 5). Nella repressione ordinaria non si considera tanto la *sententia*, ma la *damnatio*, mentre la menzione della sentenza ha la prevalenza nella cognizione magistratuale. Non si parla poi in esso di *accusatio*, ma semplicemente di *intentare crimina*.

Per assumere in esame, infine, il D. 48, 5, 16 §§ 1-4 occorre tener conto anche dei seguenti rescritti di Gordiano:

(68) leggilo a pag. 37.

(69) *Repressione*, capo XIII.

(70) eod., sezione V.

C. 9, 9, 14 (a. 242) *Adulteram, si postea quam crimen contra eam inchoatum est, provincia excessit, etiam absentem inter reos recipi posse explorati iuris est.*

C. 9, 9, 15 (a. 242). *Si quondam uxor tua, antequam crimen adulterii peteretur, provincia excessit, neque absens accusari potest neque in eam provinciam in qua stipendium facis transmitti iure deposcitur.*

dai quali traspare che nel caso di adulterio la donna uscita dalla provincia non può più essere accusata in assenza. Il principio da noi or ora fermato, della ammissibilità dell'*accusatio absentium* viene ad essere infirmato? O si tratta di una norma speciale per l'adultera? o la singolarità dipende da altra ragione?

Un indizio di grande valore per combattere il primo dubbio viene, a mio avviso, dato dall'*absens* della c. 15. L'imperatore non dice: la donna uscita dalla provincia non può essere accusata perchè assente; nè semplicemente "non può essere accusata", (sottintendendo: in base a quel principio generale per cui gli assenti non possono essere accusati). Ma dice invece non può essere accusata *in assenza*, cioè: la facoltà dell'accusa in assenza qui non si applica; il che significa che in altri casi e in altre circostanze tale accusa è possibile.

Quale è allora il valore e la sfera della limitazione citata?

I due testi sono esaminati dal Wlassak (71). Contro il Naber, il quale vedeva nel primo la conferma della sua opinione della *litiscontestatio* anche nel processo penale, e la deduceva dall'*inchoare crimen* (72), il Wl. sostiene che la possibilità di proseguire il giudizio solo là dove *crimen inchoatum est* della c. 14, e la impossibilità di iniziarlo, se la donna sia uscita dalla provincia, non dipendano dal fatto dell'essersi contestata o meno la lite, ma dalla regola secondo cui il processo iniziatosi in un luogo deve essere proseguito nel medesimo.

La questione, pel Wlassak, viene ad assumere un aspetto ed anche una importanza diversa di quella che ha per noi, tenuto conto che quello studioso ritiene che nell'adulterio, come delitto non capitale, l'assente poteva essere condannato. Per noi la questione si limita al campo della accusa, con le conseguenze che ne derivano,

(71) o. c. p. 72 e agg.

(72) e così la GLOSSA ad. h. l.

già esposte (73). Or non vi ha dubbio, ammenocchè non si voglia supporre una alterazione dei due testi, alterazione sostanziale di cui non ci risulterebbero gli estremi e le ragioni, che l'adultera uscita dalla provincia non poteva nemmeno essere accusata: solo se fosse stata già accusata, si poteva *recipere inter reos*. Ma questa è una disposizione che concerne le provincie, e quindi non riguarda la procedura ordinaria. Non potremmo dire qui se il reato fosse giudicato dal preside o da *quaestiones* formate sul modello di quelle di Roma (74), e se quindi le forme processuali fossero del tutto diverse dalle ordinarie o simili a queste. Poco possiamo desumere dalla terminologia, in quanto, come accennai (75) non è difficile che le espressioni usate nella procedura ordinaria siano state applicate anche in quella *extra ordinem*. Di preside ci parla invero il D. 48, 5, 16 § 4, ma non escludo che la fine del passo sia un'aggiunta postclassica. Ad ogni modo, i magistrati o i tribunali municipali non saranno potuti andare oltre di quella che era la loro sfera di giurisdizione: accusare quindi chi era già fuori della provincia, iniziare cioè un atto di procedimento contro di lui significava esorbitare dalle attribuzioni. E questo anche più ove la cognizione fosse magistratuale.

Così va spiegato anche il D. 48, 5, 16 (15) § 4 (76).

Ulpiano enuncia nel § 1 la regola generale, che non si possono accusare gli assenti *rei publicae causa*, (onde abbiamo dedotto che

(73) V. p. 23 e sgg.

(74) L'ARANGIO RUIZ (*Storia*, 142), parla di creazione di un processo analogo alle *quaestiones*, ove il giudizio veniva sostanzialmente deciso dal *consilium* del magistrato, il quale finiva per pronunciare senz'altro quella sentenza che risultava dai voti del consiglio. V. pure *L'editto di Augusto ai Cirenei*, in *Riv. di fil. cl.* p. 329 e sgg.

(75) V. retro, nota 21.

(76) Lo riferisco per esteso: § 1 *Legis Iuliae de adulteriis capite septimo ita cavetur: "ne quis inter reos referat eum, qui tum sine detrectatione rei publicae causa aberit"; neque enim aequum visum est absentem rei publicae causa inter reos deferri, dum rei publicae operatur. § 2 Necessario adicitur "sine detrectatione"; ceterum si quis evitandi criminis id egit, ut rei publicae causa abesset, nihil illi comentum hoc proficiat. § 3 Quod si quis praesens sit, vice tamen absentis habetur (ut puta qui in vigilibus vel urbanis castris militat) dicendum est deferri hunc posse; neque enim laborare habet, ut se repraesentet. § 4 Et generaliter dicendum est eorum demum absentiam excusatam esse, qui in alia provincia rei publicae causa absunt quam in ea in qua deferuntur. Proinde si quis in provincia, in qua*

si possono invece accusare gli altri assenti), commenta nel § 2 una riserva fondamentale (*sine detractatione*), formula, nel § 3, una ipotesi speciale (di colui che, pure essendo presente, sia considerato *vice absentis*); viene poi a parlare delle provincie. D'accordo col Wlassak (77) che questo testo non sia elaborato sostanzialmente; d'accordo con lui che chi fosse in altra provincia non potesse essere accusato: soltanto questo è un principio che vigeva per la repressione ordinaria. Al posto dell'*et generaliter dicendum est* doveva esservi, a mio avviso, una frase che accennasse a questo trapasso alle provincie, e quindi alla repressione straordinaria. Solo nel diritto giustiniano, attuata la fusione fra le due repressioni, venuta meno la differenza tra l'Italia e le provincie, e tutto l'Impero essendo ripartito in provincie, è possibile una generalizzazione della regola.

Tenendo presenti quindi i problemi di cui al n. 1 e 2, e le premesse di cui al n. 3, l'assenza, nella repressione ordinaria, impedisce sempre la condanna, e non impedisce mai l'accusa; ed è sempre la assenza dal giudizio (78) obbiettivamente considerata. È nella repressione straordinaria, cioè in quella che, per la maggior semplicità delle forme, per l'influenza dei giureconsulti assume

agit, adulterium commiserit, accusari poterit, nisi sit ea persona, quae ad praesidis cognitionem non pertinet.

(77) p. 69, e nota 52. I compilatori hanno, per lui, alterato un paio di parole e sostituito coll'*et generaliter*: questo per modificare quello che si riferiva all'ordinamento dell'antica Italia, e sostituirlo con ciò che al tempo loro poteva ancora avere valore. Ma appunto coincidente con tale riferimento all'antica Italia, è, a mio avviso, la ipotesi che Ulpiano passasse, nel § 4, a parlare, come di cosa diversa, delle provincie.

(78) Non posso quindi accedere alla tesi, fondata su elementi del resto un pò indiziari, del Wlassak (p. 70 e sgg.), che nelle cause capitali (le sole in cui per lui non si potesse procedere, come ho esposto retro, alle p. 9 e sgg.) fosse ammessa, l'accusa se l'assente fosse nella stessa provincia, e quindi in rapporto all'accusa si considerasse non il semplice fatto di essere o non presente in giudizio, ma anche il luogo dove l'imputando realmente si trova. Il Wlassak molto sottilmente, trae da sostegno il duplice *absens* di Sent. 5, 5^a, 9 (leggilo qui a pag. 4), che, per lui, indica appunto che il significato, nella prima proposizione, riferentesi alla condanna, è diverso da quello della seconda, riferentesi all'accusa. Richiama pure le parole *si desit* di C. 9, 2, 6, che non sono una superfluità, ma rappresentano una migliore determinazione della parola *absens*. Ora per questo secondo testo la valutazione fatta a p. 32 non consente la proposta interpretazione. Quanto al primo, la deduzione del Wl. è, come dicevo, puramente indiziaria, potendo benissimo i due *ab-*

estensione sempre più ampia, e si viene imponendo, che si adottano misure più rigorose contro chi non vuol comparire, e in cui si distingue pure fra colui che sia nella stessa o in altra circoscrizione (79).

10. — Quanto all'altra questione, se sia possibile l'intervento di altri in giudizio a nostro favore, le fonti presentano una antinomia, che fu considerata "una ex nobilissimis et difficillimis totius iuris", (80.)

Pap. 721 D. 48, 1, 13 § 1 (l. 15 resp.) Ad crimen iudicii publici persequendum frustra procurator intervenit, multoque magis ad defendendum: sed excusationes absentium ex senatus consulto iudicibus allegantur, et, si iustam rationem habeant, sententia differtur.

Alex. C. 9, 2, 3 (a. 223) Reos capitalium criminum absentes etiam per procuratores defendi leges publicorum iudiciorum permittunt.

L'antitesi è nettissima, Papiniano parlando di tutti i giudizi pubblici, dei quali i più importanti sono i capitali.

Con Alessandro si accordano

Ulp. 322 D. 3, 3, 33 § 2 (l. 9 ad Ed.) Publice utile est absentes a quibuscumque defendi: nam et in capitalibus iudiciis defensio datur. Ubicumque absens quis damnari potest, ibi quemvis pro eo

sens derivare da abbreviazioni di una più lunga spiegazione del giureconsulto, ridotta e riassunta in una regola incisiva.

(79) Due concezioni di assenza troviamo nelle definizioni che ci danno: Ulpiano nel commento all'editto l. 1, in D. 39, 2, 4 § 5: *abesse autem videtur et qui in iure non est: quod et Pomponius probat* (per il caso del *damnum infectum*); Marciano (l. 9 institutionum): D. 40, 5, 51 § 5 *Abesse autem is intelligitur, qui a tribunali abest*. Dall'altro lato, Ulpiano stesso nell'opera *de omnibus tribunalibus*: (D. 50, 16, 199) *Absentem accipere debemus eum, qui non est eo loci, in quo loco petitur: non enim trans mare absentem desideramus*.

Questo ci mostra come si consideri l'assenza come assenza dal giudizio, in genere, là dove si parla della giurisdizione ordinaria, come assenza dal luogo dove si parla di giurisdizione straordinaria; ed indubbiamente malgrado la elaborazione dell'opera *de omnibus tribunalibus*, il nocciolo ulpiano dove poteva derivare si riferiva alla *cognitio extra ordinem*.

(80) Secondo la espressione del MATTHAEUS, *De criminibus* cit., p. 669, che riferisce largamente le varie teorie.

verba facientem, et innocentiam excusantem, audiri aequum est, et ordinarium admittere, quod ex rescripto imperatoris nostri apparet.

Paul. D. 3. 3, 71 (I Sent.) Absens reus causas absentiae per procuratorem reddere potest.

(Paul). Sent. 5, 16, 11. Neque accusator per alium accusare neque reum per alium defendere potest, nisi ingratum libertum patronus accuset aut rei absentia defendatur.

Pap. 20 D. 48, 5, 13 (11) (12 Lenel) § 2 (l. sing. de adult.) Ea, quae inter reos adulterii recepta est, absens defendi non potest

da cui si desumerebbe che negli altri casi l'assente possa essere difeso.

Viceversa da

Marcian. 20 D. 37, 15, 4 (l. 2 de publ. iud.) Per procuratorem ingratum libertum posse argui divi Severus et Antoninus rescripserunt

si dedurrebbe che in tutti gli altri casi non possa esservi l'intervento di procuratore (81).

Altri dubbi sorgono alla lettura dei testi concernenti l'appello. La possibilità di *appellare pro alio* condotto al supplizio traspare da

Ulp. 10 D. 49, 1, 6 (l. 2 de appell.) Non tantum ei qui ad supplicium ducitur provocare permittitur, verum alii quoque nomine eius, non tantum si ille mandaverit, verum quisquis alius provocare voluerit. Neque distinguitur utrum necessarius eius sit necne.

In contraddizione con se stesso appare Ulpiano (15) in

D. 49, 9, 1 pr. (4 de appell.) Quaeri solet, an per alium causae appellationis reddi possunt: quae res in rebus pecuniariis et in criminibus agitari consuevit. Et in rebus pecuniariis sunt rescripta posse agi. Verba rescripti ita se habent: " Divi fratres Longino. Si tibi qui appellavit mandavit, ut eum de appellatione, quam Pollia ad eum fecit, defenderes, et res pecuniaria est: nihil prohibet no-

(81) Conforme a quanto accennai alla nota 38 in fondo, che non mi occupo dell'assenza dell'accusatore, non posso occuparmi nemmeno dell'accusa *per alium*, e quindi di (Paul) Sent. 5, 5^a, 9.

mine eius te respondere., Sin autem non sit pecuniaria causa, sed capitalis, per procuratorem agi non licet. Sed et si ea causa sit, ex qua sequi solet poena usque ad relegationem, non oportet per alium causas agi, sed ipsum adesse auditorio debere sciendum est; plane si pecuniaria causa sit, ex qua ignominia sequitur, potest et per procuratorem hoc agi. Idque erit probandum et in ipso accusatore, si appellaverit, vel si adversus eum sit appellatum. Et generaliter quae causa per alium agi non potest, eius nec appellationem per alium agi oportet.

Da una serie di passi traspare quindi che per l'assente possa intervenire un altro. Ma ad essi si oppone:

1) categoricamente, Papiniano, per tutti i giudizi pubblici (D. 48, 1, 13);

2) Papiniano stesso, per l'adulterio (D. 48, 5, 13);

3) Ulpiano, per la prosecuzione dell'appello nelle cause capitali, ed in quelle da cui segue pena fino alla relegazione (D. 49, 9, 1 p.).

Nasce quindi questione. E questioni nascono se si connetta il problema agli altri due già accennati: se, infatti, l'assente non può essere accusato, come può sorgere il quesito se possa essere difeso *per alium*? Se il processo non può svolgersi, non si può sentire la necessità della difesa. - Se poi l'assente non può essere condannato, egualmente la difesa è inutile. Se invece è ammissibile la condanna, deve sembrare necessaria anche la difesa. Eppure, secondo C. 9, 2, 3 sono i rei di crimini capitali che possono *defendi per procuratorem*, mentre, se una distinzione va fatta sotto questo profilo, sono proprio i rei di crimini capitali che non vanno condannati (D. 48, 19, 5 pr.).

Ora la questione, come si è rilevato, affaticò molto gli interpreti dell'età di mezzo, che si divisero in quattro dottrine.

A parte una prima (Gomez, Farinacio) che ritenne categoricamente che proprio l'assente potesse essere difeso *per procuratorem*, sostenne il Cuiacio (82) che occorre far differenza tra delitti capitali e non capitali, ammettendo la difesa pei primi, negandola pei secondi. Ciò fondandosi sulla legge *Non tantum* (49, 1, 6) che permette

(82) *Opp.* 20.

a ciascuno di appellare per colui che è condotto al supplizio, sulla legge *Addictos* (C. 7, 62, 29 (83), e sul passo di Cicerone in Verr. II, 47, 107, secondo cui a Stenio Termitano, reo di crimine capitale ed assente, fu dato un *cognitor*; mentre pei non capitali la impossibilità della difesa sarebbe dimostrata dalla legge *miles* (D. 48, 5, 12 § 2). L'opinione è dal Matthaeus combattuta sul rilievo che Papiniano (D. 48, 1, 13) esclude il *procurator* in tutti i crimini pubblici, che Ulpiano per di più (D. 3, 3, 33 § 2) dicendo *non mirum absentes per procuratorem defendi: nam et in capitalibus crim. defensio datur*, mostra di ritenere a maiori che la *defensio* era data in caso di crimini non capitali, che infine Ulpiano stesso (D. 49, 9, 1 pr.) non permette l'*agere causas appellationum pro alio* non solo nei capitali, ma nemmeno in quelli che portano pene fino alla relegazione. Rifiuta la testimonianza di Cicerone, riguardante in ogni caso il *cognitor* e non il *procurator*, perchè non probante per l'epoca di Giustiniano.

Altra teoria ritiene che la difesa dell'assente possa ammettersi nei soli casi in cui questi possa essere condannato, cioè in caso di pena non superiore alla relegazione (D. 48, 19, 5), o dopo la *litis contestatio* (desunta da D. 48, 1, 10), o nel caso di colui che è accusato *ex lege Cornelia* per avere evirato (48, 8, 4 § 1), o quando un *apparitor corruptus accusatur perfidiae* (C. 9, 47, 21) (84). La combatte il Matthaeus mostrando che Papiniano in D. 48, 13, 1, Ulpiano in D. 49, 9, 1, negando la difesa, parlano proprio dell'epoca posteriore alla *litis contestatio*, e Papiniano stesso, ammettendo che si possano soltanto *reddere causas absentiae*, esclude per ciò stesso ogni difesa.

L'ultima opinione, accettata dal Matthaeus, è quella della Glossa, di Duareno, Donello, etc.: il procuratore è ammesso sempre, non a difendere l'innocenza, per ottenere l'assoluzione, ma soltanto a

(83) C. 7, 62, 29 (Arc. et Hon. - a 398) *Addictos supplicio et pro criminum immanitate damnatos nulli clericorum vel monachorum, eorum etiam quos synoditas vocant, per vim atque usurpationem vindicare liceat ac tenere. Quibus in causa criminali humanitatis consideratione, si tempora suffragantur, interponendae provocationis copiam non negamus cett.*

(84) Grat. Valent. Theod. et Arcad. - a. 385. *Ne diu apparitorum prava admodum venalisque perfidia in publica impune commoda desaeviret, censemus etiam in absentes eos pro competenti ultione debere consurgi.*

scusare l'assenza. Nulla prova in contrario la parola *defensio* usata in D. 3, 3, 33, § 2, poichè nel concetto lato di difesa deve intendersi anche quello di *excusatio*: nulla oppone il fatto che la *defensio* vien data dalle leggi *iudiciorum publicorum* (C. 9, 2, 3), la *excusatio* da *senatusconsulti* (D. 3, 3, 33 § 2 e 48, 1, 13), perchè sovente si attribuisce alla legge ciò che è dato per *senatusconsulti*. L'unica obbiezione fondata, quella che Ulpiano in D. 3, 3, 33, § 2 parla di *excusatio innocentiae*, va eliminata sostituendo ad *innocentia*, *absentia* (85).

I Basilici mentre dicono (60, 33, 16, sch. 2 - Hb. V, 675)

οὐδὲν ἄλλο λεγόντων τῶν ἐντόλεων, εἰ μὴ ὅτι εὐλογός ἐστιν αἰτία δι' ἣν ἀπολιμπάνονται

affermano pure, mostrando così incertezza:

ἐάν τὸ ἔγκλημα τῶν τοιούτων ἐστὶν ἐφ' ᾧ καὶ κατὰ τοῦ ἀπόντος ἐκφέρεται ἀπόφασις, τοιούτοις τῶν εἰς ἐξορίαν ἐόντων τὴν καταδίκην, δεχόμεθα τὸν δεφενδούοντα * ἐάν δὲ μὴ ἐστὶ τοιούτον τὸ ἔγκλημα οὐ δεχόμεθα τὸν προκατονάρηρα ἀπολογούμενον περὶ τῆς οὐσίας τὸν πρωτοτύπου.

11. — Anche questa questione, a mio modesto avviso, deve studiarsi sotto il profilo della distinzione tra la repressione ordinaria e quella straordinaria. Essa riceve quindi ausilio dalla soluzione precedente, per quanto, per la scarsezza delle attestazioni, e per la incertezza della materia nello stesso diritto romano, non si può essere sicuri di giungere a quella soluzione precisa ed univoca, cui si è giunti per l'altro problema. Qui i romani si sono trovati di fronte ad esigenze pratiche, in ipotesi in cui, pure in presenza della regola per cui gli assenti non possono essere condannati, appariva necessaria una particolare protezione in corso di giudizio, e quindi si riteneva opportuno l'intervento di altri.

Bisogna anzitutto premettere che, se in molti testi si parla di un procuratore, questi non potrà mai intervenire in giudizio come interveniva nel diritto privato, per addossarsi, cioè, la condanna, salvo ad agire contro il suo rappresentato. Il *procurator*, se interveniva, interveniva solo come difensore, per sostenere le ragioni dell'accusato, ma la condanna non poteva riguardare che questo. Sarebbe il

(85) La correzione è approvata ora dal FRESE, in *Studi Bonfante* IV, 427, n. 123

concetto della *defensio*, diverso dalla rappresentanza, come osserva anche il Lenel (86). Il difensore qui *assiste*, insomma, non rappresenta: potrà assicurare l'adempimento della condanna, se mai, con una *satisfactio* (87), ma non sopportarla in proprio, onde l'imputato, se manchi, è sempre un assente. Questo dovrebbe trarre ad approvare, in tesi (88), la teoria che sostiene che non può intervenire altri, qualora l'assente non possa essere condannato. Secondo quanto abbiamo dimostrato, quindi, il *procurator* non dovrebbe poter mai intervenire nei giudizi pubblici; e infondata sarebbe quindi l'opinione che fa distinzione tra crimini capitali e non capitali. Ma siccome, secondo si è pure veduto (89), nella repressione straordinaria l'assente può essere condannato solo quando abbia avuto notizia del procedimento e sia stato ribelle, anche nella procedura straordinaria un difensore non potrebbe intervenire, perchè l'intervento stesso, se valido, elimina la condizione di *contumax*. L'intervento sarebbe quindi necessariamente limitato, secondo ritengono gli altri, a scusare l'assenza.

Tali deduzioni trovano però un ostacolo formidale nei testi citati. Non preoccupa (Paul) Sent. 5, 16, 11, perchè esso poteva contemplare la sola persecuzione contro il liberto ingrato, ed essere stato esteso da un elaboratore, che intendeva riferirsi alle ipotesi di *excusatio*. Ma l'ostacolo maggiore è dato dal C. 9, 2, 3, che parla espressamente dei procuratori nei crimini capitali. Tale limitazione richiama alla mente la tesi della distinzione tra crimini capitali e non capitali (90), ma, considerandola, nasce addirittura una con-

(86) *Edictum perpetuum* p. 88 e sgg., fondandosi peraltro solo sul D. 3, 3, 33 § 2. V. pure p. 99 e sg.

(87) Lenel, eod. Impugna la classicità delle espressioni *procurator ad agendum* o *ad defendendum* il Frese, p. 425.

(88) Dico "in tesi", perchè non se ne potrebbe mai approvare la dimostrazione, sopra riassunta. Abbiamo visto infatti quale conto si possa fare del D. 48, 19, 5. Sappiamo poi quanto sospettabile sia la *litis contestatio* nel processo penale, e quindi come non si possa speculare su D. 48, 1, 10: desumere, del resto, come fanno quegli autori, la *litisc.* dal *cognitione suscepta* è anche eccessivo. Abbiamo poi già esaminato (pag. 30 e sgg.) il caso di colui che ha evirato, e quello degli apparitori, come casi speciali e quindi non probanti.

(89) V. retro p. 16 e sg.

(90) Eliminiamo la menzione del capitale i Basilici (Hb. V. 675)

δύνανται, οἱ ἐπὶ ἐγκλήμασιν εὐθυνόμενοι διὰ ἐντολῶν ἀποκρίνασθαι, ἀπόντας μὲντοι. Teodoro la enuncia nello scolio a questo passo.

tradizione, perchè, pel Wlassak, sono proprio i rei di crimini capitali che non vanno condannati. Lo scoliaste Teodoro (91) si richiama ai passi in cui si permette di appellare *pro alio*, e non potrebbe fare diversamente, tenuto conto che, come si rilevò, anche i Basilici ammettono la sola *excusatio* degli assenti, nei soli casi in cui si può essere condannati, e dopo che vi sia stata, per di più, la ripetuta *admonitio* (D. 48, 19, 5) Il testo è quindi inesplicabile, anche per l'epoca giustiniana.

La costituzione è appoggiata poi dal D. 3, 3, 33 § 2.

Questo passo presenta due singolarità: la difesa nei crimini capitali, al pari della costituzione ora citata; la difesa dell'assente in merito, che traspare dalla frase *innocentiam excusare*. La seconda, come si osservò, è corretta dagli interpreti con la sostituzione di *absentia* ad *innocentia*, la prima rimane, come nel passo precedente, senza una spiegazione che possa appagare. Ulpiano qui nomina un rescritto dell'*imperator noster*, ed Ulpiano era nel suo periodo migliore proprio tra il 222 ed il 228, sotto l'imperatore Alessandro. È da presumersi quindi che il rescritto di cui parla fosse proprio quello riportato in C. 9, 2, 3.

L'ipotesi più spontanea che sorge, ed anche un po' semplicistica, è quella di un capovolgimento operato dai compilatori, ipotesi che trova il suo fondamento sulla sicura alterazione del passo del Digesto. Tale ipotesi è stata accennata dal Frese (il quale per altro si è occupato solo per incidens della questione), ed è conforme alla sua tesi, che afferma giustiniana nel diritto privato la figura del semplice *defensor* "unbeauftragter". Il F. (92) ritiene in C. 9, 2, 3, compilatorio l'*etiam*, e soppresso un *non* innanzi al *permittunt*. Ora contro questa ipotesi è il rilievo che diverso dal contenuto del passo era il pensiero giustiniano in materia, esplicito come ora accenneremo.

Infatti, studiando se sia o meno ammissibile la difesa degli assenti, bisogna considerare un duplice punto di vista: essa potrebbe essere inammissibile a) per un criterio obbiettivo-processuale, per una ragione, insomma di forma, qualora fosse inconcepibile, perchè eventualmente incompatibile con la struttura del processo, che alcuno intervenga per altri per sostenerne le ragioni: b) per una ragione subbiet-

(91) Sch citato.

(92) p. 427 n. 123.

tiva, cioè se per caso manchi l'interesse, o, se meglio vogliamo, la necessità, o la utilità di essere difeso. Ora in diritto giustiniano può non ricorrere il primo impedimento, potendosi concepire la figura del terzo difensore, che, come vuole il Frese, non era invece ammessa pel diritto classico. Ma vi è invece il secondo impedimento, in quanto proprio nei crimini capitali, cui accennano i nostri passi, gli assenti non possono essere condannati, neanche se contumaci, e non si vede quindi per quale scopo potrebbero essere difesi.

Tale ragione fondamentale e sostanziale, che è contro una interpolazione radicale, è appoggiata da una serie di piccoli indizi: la corrispondenza, rilevata, tra il passo di Ulpiano e l'epoca della costituzione; il contrasto in cui si trova il principio del fr. 3, così genericamente concepito, con la restrizione che vien dopo, il che fa escludere che, nella sostanza, possa essere tutto di fattura dei compilatori; lo sforzo che si rileva nella sostituzione di *absentia* ad *innocentia*. Io son sicuro che vi è stato una elaborazione, anche nel C. 9, 2, 3, ma su uno spunto classico: quello cioè che affermò l'imperatore, pei crimini capitali, ed a cui Ulpiano si è riportato.

Ora se guardiamo la questione nel diritto classico sotto quel duplice profilo, cui ora si è accennato, vediamo da un lato (cioè esaminando la cosa sotto il profilo obbiettivo-processuale) che nemmeno pei classici era assolutamente inammissibile l'idea che altri sostenesse il giudizio, altri fosse condannato. Troviamo infatti vari passi in cui si dice che il servo può essere difeso da un estraneo, o dal padrone, o dal procuratore del padrone, e se anche è giustiniano l'intervento dell'estraneo, il che non escludo (93), è certamente classico l'intervento del *dominus*, o *procurator*, i quali per altro non sopportavano essi la condanna.

Pap. D. 48, 3, 2 (l. 1 de adult.) Si servus capitali crimine postuletur, lege publicorum cavetur, ut sistendum vel a domino vel ab extero satisdato permittatur: quodsi non defendatur, in vincula publica coici iubetur, ut ex vinculis causam dicat.

D. 49, 1, 15 (v. più innanzi nota 117).

(93) L'interpol. di D. 48, 3, 2; 48, 19, 19 (v. sotto, nel testo) e 49, 1, 15 (v. p. 5) è rilevata genericamente dal Frese, p. 443, senza precisazione, ma è attendibile.

Maec. D. 48, 1, 11 (10 iud. publ.) Servus per procuratorem domini aequè ac per dominum defendi potest.

Un complesso di ipotesi, dunque, in cui altri difende, altri sopporta la condanna, è quello della difesa dei servi per opera del padrone, di cui anche:

Modest. D. 48, 2, 17 (6 differ.) Si servum dominus in crimine capitali defendat, sistendum satisdato promittere iubetur.

Ulp. D. 48, 19, 19 (57 ad Ed.) Si non defendantur servi a dominis, non utique statim ad supplicium deducuntur, sed permittetur eis defendi vel ab alio, et qui cognoscit, debet de innocentia eorum quaerere.

Alex. C. 9, 2, 2 (a. 223) Si cuidam crimini obnoxius servus postulatur, dominus eum defendere potest, et in iudicio sistere, accusatoris intentionibus responsurum. Post probationem autem criminis, non ipse dominus, sed servus pro suo delicto condemnationem sustineat. Ideo enim servum suum domino defendere permissum est, ut pro eo possit competentes allegationes afferre.

Questi testi ci dimostrano quindi: a) che dei servi poteva essere assunta la *defensio* (94) dai padroni, anche pei crimini. Qui naturalmente non può parlarsi che di difesa vera e propria, e non di giustificazione dell'assenza, e domanda di differimento, poichè questo non avrebbe avuto alcuna utilità, la situazione non mutando anche col passare del tempo: b) che se i padroni - o altri per loro (fr. 19) - non assumevano la difesa, il servo veniva senz'altro giustiziato; c) che tutto ciò valeva pei crimini capitali. Quest'ultima limitazione però si spiega chiaramente, senza pensare ad una regola speciale, considerando che, come dissi, le pene dei giudizi pubblici erano capitali o patrimoniali, e i servi patrimonio non ne avevano; d) - ed è quel che più monta qui - che la condanna era in testa a persona diversa da quella che aveva sostenuto il giudizio (95).

(94) *Defensio*, naturalmente, assai diversa da quella che i padroni assumevano nelle azioni penali del diritto privato, ove valeva assumersi la parte di convenuto nel giudizio, e sopportare eventualmente la condanna.

(95) Dico: a persona, perchè il servo fungeva da uomo nella persecuzione criminale. V. anche BRONDI, *Actiones noxales*, in *Annali Palermo*, X, 1925, p. 191.

Ora le attestazioni troppo univoche e precise di Alessandro, di Ulpiano che richiama Alessandro, e di Meciano, la coincidenza con l'altro rescritto di Alessandro (C. 9, 2, 2) che, pur trattando dei servi, tiene a dire espressamente che la condanna è sofferta da persona diversa di chi ha sostenuto la difesa; il trovare altre ipotesi (quelle degli schiavi delinquenti) in cui altri delinqueva ed espiava la pena, ed altri sosteneva il giudizio (96), devono trarci a concludere che l'intervento di terzi nel processo, a sostenere ragioni anche di merito, non era inconcepibile, purchè si desse *satisfatio* per l'esecuzione (97). La soluzione positiva non trova, quindi, un ostacolo in esigenze obbiettive o formali.

Interviene per altro l'ostacolo *b*, di carattere subbiettivo: quale è l'interesse che spinge quest'altro, nella specie il procuratore, ad intervenire per l'assente? Il padrone, come abbiamo veduto, difende lo schiavo, cioè un elemento del suo patrimonio, così il *procurator* un elemento del patrimonio del padrone: elemento che, mancando questa *defensio*, verrebbe perduto. Ma quale è l'interesse del procuratore, se il padrone non può essere condannato (98)? E poi, può intervenire il procuratore se non vi è un interesse patrimoniale?

Teniamo presente allora quell'elemento che troviamo in entrambi i testi: la soluzione è limitata ai crimini capitali. Or se si considera che in questi già l'*accusatio* produceva conseguenze e limitazioni patrimoniali, innanzi accennate (99), possiamo bene spiegarci come il *procurator* (cioè quello nel senso classico della parola)

(96) V. anche MITTEIS, *Röm. Privatrecht*, p. 236, che riconosce al *procurator* (*omnium bonorum*) la competenza di mettere alla tortura gli schiavi, e di difenderli nel processo penale.

(97) La figura giuridica della *defensio* è accennata dal LENEL, l. c., desumendola dal D. 3, 3, 33 § 2. Per questa figura, secondo il L., non vi era bisogno di un editto speciale, ma valeva la norma generale del *satisfare*, per cui, ogni qualvolta alcuno volesse difendere un altro senza essere *cognitor*, doveva dare garanzia per l'adempimento del giudicato. *Defensores* potevano essere, poi, anche persone che non potevano assumere la rappresentanza di altri.

Ora il FRESE (*Studi Bonfante cit.*), come si è accennato nel testo, con larga citazione di fonti, mostra come *defensor* nell'epoca classica sia sempre colui che già era legato per altro rapporto con la parte, mentre il *defensor* spontaneo deriva dall'*ἐνδίκτος* greco, ed è tardivo.

(98) V. retro p. 11 e agg.

(99) p. 23 e agg.

intervénisse per prospettare tutte quelle ragioni che potevano impedire la *receptio inter reos*, o eventualmente cancellavano la *receptio* già avvenuta. A questa facoltà doveva riferirsi l'imperatore, e a questa doveva riferirsi Ulpiano, in testi che sono stati malamente rabberciati, ora che l'*accusatio* tecnica, con le sue conseguenze, non esisteva più.

Avrà questo intervento facultato il procuratore a svolgere l'intero giudizio? È da pensare di no. I testi nulla ci dicono in proposito, ma dalla espressione di D. 3, 3, 33 § 2 *innocentiam excusare* possiamo intuire - tenuto conto che la intuizione è più conforme a logica - che il *procurator* poteva solo prospettare in un primo momento delle ragioni dirette, non a fare assolvere, ma ad impedire, o cancellare la *inscriptio inter reos* quando l'accusa si presentasse tale, che un primo esame potesse convincere della sua debolezza.

Così si spiega il testo del Digesto, senza dover ricorrere alla ipotesi della sostituzione di una parola all'altra. Esso, dal *nam* in poi, è stato certamente elaborato, per introdurre la corrispondenza tra *defensio* e *damnatio*, corrispondenza che non poteva esservi, dato che, viceversa, la *defensio*, sia pure nella forma limitata accennata, era possibile, la *damnatio* impossibile. È rimasta per errore la parola *innocentia*, che bene si attagliava coi concetti classici, e che non più collimava coi giustinianeî (100), e, come una riserva se non utile, almeno non dannosa, è stata fatta menzione della possibilità di tale difesa anche nei crimini capitali.

Così può spiegarsi anche il C. 9, 2, 3, quantunque eccessivo nella larghezza del principio generale posto. Se pure la menzione delle leggi non è stata una creazione della cancelleria imperiale, che non farebbe meraviglia alla metà del III secolo (101), può darsi che qualche legge abbia fatto una riserva, a proposito della *recep-*

(100) Che, come abbiamo svolto, ammettevano solo la giustificazione dell'assenza.

(101) Vi è da dubitare, per dir così, non della *veritas*, ma della *bonitas* dei riferimenti delle leggi dei giudizi pubblici che troviamo nei rescritti riportati nel codice di Giustiniano. Certo in epoca in cui già aveva preso il sopravvento la repressione straordinaria, gl'imperatori, o meglio le cancellerie, avranno potuto non avere più chiara la nozione di quelle regole che erano state poste dalle leggi, o che comunque si applicavano all'epoca in cui avevano vigore le sole *leges*, e di quelle che invece si affermarono successivamente sotto l'impulso della prassi.

tio nominis, per l'ipotesi in cui la innocenza possa essere scusata facilmente da altri, e che ciò sia stato generalizzato.

I passi, che contestano la possibilità dell'intervento del procuratore, si riferivano alla repressione straordinaria. Qui non vi era una *accusatio* formale, con *delatio nominis* e *receptio inter reos*. Quanto alle conseguenze patrimoniali, il magistrato poteva farle produrre o non, eseguendo l'*adnotatio* o astenendosene; poteva poi costringere il reo a comparire, come poteva essere con lui della massima benevolenza; in essa la trattazione della causa si poteva anche differire, e non si è perciò sentito il bisogno di fare intervenire il procuratore.

Solo così può spiegarsi, senza contraddizione, il D. 48, 1, 13 § 1. Questo ha dovuto subire una elaborazione di quelle che potremmo chiamare sistematiche, cui i compilatori hanno molto spesso assoggettato proprio quei testi che avevano maggior valore (come sono tutti quelli del breve, ma fondamentale titolo 48, 1): ma nella sostanza è classico, come può desumersi dalla menzione del senatoconsulto, non avendo certo l'imperatore bisogno di fondarsi sull'autorità di un senatoconsulto inesistente, e non potendo tale pronuncia, pel modo come il passo si esprime, dire cosa diversa da quella che in esso è riportata. Una alterazione, piccola ma fondamentale, vi è stata, ed è la sostituzione di *iudicii publici* ad un originario *extra ordinem*, sostituzione che non è esclusiva del nostro testo (102). Nella procedura *extra ordinem* l'assenza poteva essere solo scusata. Di *excusationes* parla infatti D. 48, 1, 10, esaminato a proposito della condanna (v. pag. 4 e 30).

Il D. 3, 3, 71 rappresenta un temperamento, in quanto si parla di *procurator* il quale per altro si limita a rendere le cause dell'assenza, con cui potrebbe intendersi le ragioni atte a giustificare l'assenza.

Isolato rimane il D. 48, 5, 13 (11) § 2. (103) Evidentemente i com-

Alla *lex Iulia* attribuisce, nella specie, la regola il VOIGT, combattuto peraltro dal GIRARD (*Zeits. Sav. Stift.* 34 (1913), 338 n. 1), il quale ritiene che il testo parlasse dei giudizi pubblici in generale.

(102) Altre credo di poterne rilevare altrove. Nei classici, il *crimen* era sempre collegato ai giudizi pubblici. Parlandosi nell'epoca postclassica di *crimen privatum* (V. ALBERTARIO, "*Delictum*," e "*crimen*," pag. 56 e sgg.) si è potuto parlare di *crimen publicum*, ed anche di *cr. iudicii publici*.

(103) leggilo a pag. 37.

pilatori hanno qui inteso *defensio* non come difesa in merito, ma come *excusatio*; ma i classici? Si era in tema di procedura ordinaria, e quindi doveva ammettersi, nei limiti accennati, la difesa *per procuratorem*. Possiamo pensare che in questa ipotesi valesse una norma particolare, data l'indole del reato, che richiedeva maggior rigore. Forse anche, dato che la donna anche quando era *sui iuris* difficilmente aveva un suo *procurator*, si dice che non può essere difesa, perchè colui che la potrebbe difendere non c'è (104). Possiamo poi ritenere, e ciò sarebbe una conferma della ipotesi sopra prospettata, che l'intervento del procuratore potesse esservi solo in un primissimo momento, cioè in quello tra l'*accusatio* e la *receptio inter reos*.

Avvenuta la fusione tra le due repressioni, il principio della repressione straordinaria, la semplice scusa della assenza, trionfa. La difesa quindi viene ricollegata alla ammissibilità della condanna (D. 3, 3, 33, § 2), e poichè questa, secondo quanto si disse, è possibile solo pei crimini importanti pene *leviores*, e se i *rei saepius admoniti per contumaciam desint*, bisogna pensare che colui che, reo di crimine meno grave, era perseguito da *edicta*, o *citationes*, e non poteva intervenire, potesse scusarsi. Pei crimini capitali, la cosa è più strana, ed ha infatti meravigliato gli stessi bizantini, (105) e possiamo spiegarlo, pel C. 9, 2, 3 (pel D. 3, 3, 33 § 2) si tratta solo di una frase innocua) ammettendo che si sia pensato alla *adnotatio*.

12. — Ho ritenuto più opportuno considerare a parte la questione dell'intervento *pro alio* in materia di appello. Un primo esame del passo fondamentale (D. 49, 9, 1, v. pag. 37) ci mostra una quadruplice distinzione e soluzione:

- a) *res pecuniaria*: è ammesso il *respondere nomine alieno*;
- b) *causa capitalis*: *per procuratorem agi non licet*;
- c) *causa ex qua sequi solet poena usque ad relegationem*: *non oportet per alium causas agi*;
- d) *causa pecuniaria, ex qua ignominia sequitur*: *potest agi per procuratorem*.

(104) Si potrebbe anche pensare che la *recepta* di adulterio non possa essere difesa in un altro processo, sorto per un crimine differente.

(105) come vedemmo a pag. 41 n. 90 e 42.

Si conclude con un principio generale: *quae causa per alium agi non potest, eius nec appellationem agi oportet*. Tale principio, approvato dalla Glossa (106) si rivela però come inutile per le cause criminali, perchè in queste vedemmo (107) che per altri si poteva intervenire, in diritto giustiniano, solo per scusare l'assenza.

Il passo può dare adito a dubbi. Se fosse consono al diritto giustiniano il principio di C. 9, 2, 3 e D. 3, 3, 33 § 2 (108), gli assenti potrebbero essere difesi nei crimini capitali, mentre proprio per questi il nostro testo non permette l'appello *pro alio*. La Glossa spiega poi le classificazioni ricollegandole al concetto della ammissibilità, o meno, della condanna in assenza: questa non è possibile nelle cause capitali, e quindi non è possibile l'appello per altri, e non è possibile nemmeno in quelle che portano pena fino alla relegazione, interpretando però la frase in senso discensivo: di pene, cioè, *non inferiori* alla relegazione. Or la corrispondenza è sforzata: essa la si può vedere nei soli crimini capitali (e si spiega che così l'abbia intesa un epitomatore visigotico (Sent. 5, 35, 1 (109), ma per i fatti importanti altre pene no. Già la interpretazione "discensiva", dell'*usque ad relegationem* non corrisponde a quella abituale, rivelataci da D. 48, 19, 5 e da altri testi (110) e che è in senso ascendente. Secondo il nostro passo poi è ammesso l'intervento di altri nelle sole cause pecuniarie, mentre l'assente può essere condannato, in diritto giustiniano, come risulta dal D. 48, 19, 5, esaminato, anche in quelle che importano pene *asque ad relegationem*, e quindi anche ammettendo l'assurdo che questa frase in un testo avesse senso ascendente, nell'altro discendente, almeno per il caso di sentenza che porta proprio la relegazione vi sarebbe contrasto. E all'opposto l'assente punibile, come vedemmo (111) è

(106) Genericamente, per altro, e senza metterlo in rapporto con altri testi, V. Glossa ad h. l.

(107) V. retro p. 48

(108) Esaminato a p. 46 e sg.

(109) Sent. V, 35, 1: *meritum appellationis causae capitalis et ipsam rationem status non nisi per nosmet ipsos prosequi possumus: nemo enim absens aut in servitutem duci potes aut dammari*.

(110) Queste classificazioni e gradazioni di pene saranno da me esaminate in *Repressione pen. cit.* come accennai.

(111) Il FADDA, voce *Appello penale (romano)* in *Digesto Ital.*, IV, 1, p. 55 e sgg., prospetta che in diritto privato non era ammissibile l'appello contro una

in ogni caso solo il riottoso, il quale non si presenta perchè non vuole presentarsi, e quindi non si presenterebbe neanche a mezzo di altri.

La ragion d'essere quindi delle classificazioni del nostro passo va ricercata nel diritto classico.

Bisogna innanzi tutto distinguere due momenti: la nostra questione riguarda la *prosecuzione*, non la *proposizione* dell'appello. Tenuto conto della natura dell'appello, mezzo sempre straordinario anche se diretto contro pronunziati di giudici ordinari (112), la sentenza doveva essere esecutiva (113). Si è sentita quindi dalla giurisprudenza la necessità di facilitare la proposizione dell'appello, ammettendo che si potesse appellare, e mutarsi più tardi la causa,

sentenza contumaciale, fondandosi su alcuni testi, e ritiene applicabile il principio anche al diritto penale: questo perchè il contumace, non presentandosi deliberatamente, ha mostrato di confessare la sua colpevolezza, e colui che ha confessato non può appellare.

(112) La materia, come è noto, è tutt'altro che chiara, ma non può essere esaminata a fondo qui, nemmeno limitatamente all'appello penale. V. la voce citata dal FADDA, e quella *Appellatio* in PAULY e WISSOWA, *Real-Encicl.* (HARTMANN). V. pure GEIB, *Geschichte der röm. Crimproc.*, p. 675 e sgg., e i cenni di MOMMSEN, *Staatsrecht*, II, (p. 675 e sgg.) penso che nell'appello più che mai occorra tener presente la differenza tra repressione ordinaria e straordinaria per quanto riguarda, naturalmente, il procedimento che ha dato causa alla sentenza contro cui si appella, perchè il procedimento di appello è sempre *extra ordinem*, e perciò molto simile a quello dell'appello civile (per analogie V. GEIB o. c. 686 e sgg.). L'appello contro le sentenze dei giudici ordinari, soprattutto se deriva dall'antica *provocatio*, come sostiene il Fadda a pag. 52 e sgg., ha sempre un carattere eccezionale, e sempre tale appare, anche se, in pratica, è abituale. Un principio di ordinamento per gradi lo troviamo solo nella *cognitio* (v. p. es. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni*, p. 149). Nel diritto penale l'ordinamento delle tre istanze, innanzi ai magistrati delle province e delle diocesi ed innanzi al consiglio imperiale, con cui esso veniva ordinato analogamente al civile, fu istituito, per lo Hartmann, solo con la costituzione dioclezianea-costantiniana: ma un ordinamento forse meno perfetto e costante, per l'appello contro le sentenze emesse dal magistrato *extra ordinem*, dovette esservi anche in un'epoca anteriore.

(113) Lo mostra anche il fatto che l'appello aveva effetto sospensivo. Si propone la questione il Fadda (p. 49), per l'appello *ad magistratus et tribunos*, risolvendola favorevolmente per quello *ad tribunos*. Il dubbio può qui nascere dal fatto che quella che aveva efficacia non era l'*appellatio* ma la successiva *intercessio*. Non così nell'epoca imperiale, in cui molti testi dimostrano che la esecuzione veniva arrestata dall'appello (Fadda, p. 58). Tale questione non verrebbe in essere se la sentenza non fosse esecutiva.

(D. 49, 1, 3 § 3 (114)): che nel caso di appello *apud acta* fosse sufficiente pronunziare la parola *appello* (D. 49, 1, 2: cfr. pure C. 7, 62, 14): e quindi, che potessero appellare i *necessarii*, ed anche altri (D. 49, 4, 2 § 3 e 49, 1, 16) (115). Se pure non è genuina la seconda parte del D. 49, 1, 6 (116) secondo cui può appellare chiunque, e del D. 49, 1, 15, secondo cui può appellare lo stesso servo (117), è ben verosimile che l'appello potesse proporsi dal procuratore. La questione sorge quindi sul proseguimento successivo, per il momento in cui l'appellante doveva *reddere causas appellationis*, cioè fondare il suo appello (118), iniziare insomma la difesa vera e propria. E del resto il rescritto riferito fa appunto la ipotesi di uno che abbia già appellato si voglia far difendere (contro un altro appello?). Le questioni che possono sorgere sul se si tratti di un appello, per dir così incidentale, contro uno principale di Pollia, e se il difensore debba difendere nel principale, o nell'altro, è questione interessante, ma che non sposta ciò che è sicuro, che cioè la difesa si inizi dopo che è stato proposto l'appello, il quale, dati i poteri del magistrato avrà normalmente sospeso l'esecuzione.

(114) Ulp. 1 da appell. Puto tamen, cum semel provocaverit, esse ei facultatem in agendo etiam aliam causam provocationis reddere persequique provocationem suam quibuscumque modis potuerit. V. KIPP, *Pauly e Wissowa*, 2, 206.

(115) Macer, 1 de appell. Si pro eo, qui capite puniri iussus est, necessaria persona appellet, an tertia die audiri possit, Paulus dubitat. Sed dicendum hanc quoque personam ut in propria causa secunda die appellare debere quia qui sua interesse dicit propria causam defendit. - Ulp. 2 de appell. Non tantum ei, qui ad supplicium ducitur, provocare permittitur, verum alii quoque nomine eius, non tantum si ille mandaverit, verum quisquis alius provocare voluerit. Neque distinguitur, utrum necessarius eius sit necne... v. MATTHAEUS, p. 882 e sgg. Pel GEIB (o. c. p. 686), in caso di pene che portano la morte possono appellare anche i dipendenti, o chiunque.

(116) Come ritiene il BRONDI, *Studi Bonfante*, IV, p. 100, n. 280.

(117) Marc. 1 dig.: Servi appellare non possunt: sed domini eorum ad opem ferendam possunt uti auxilio appellationis, et alius domini nomine id facere potest. Sin vero neque dominus neque alius pro domino appellaverit, ipso servo, qui sententiam tristem passus est, auxilium sibi implorare non denegamus.

L'interpolazione, già segnalata dal LENEL, è sostenuta dal FRESE, *Studi Bonfante*, IV, p. 443.

(118) Secondo l'espressione del Kipp, l. c. Che col *reddere causas appellationis* si alluda ad un momento successivo si desume da vari passi: DD. 49, 1, 28; 49, 1, 3 § 3; 49, 13, 1; 49, 10, 2, etc.

La questione si sarà presentata più volte per tutti i crimini, e sarà stata tutt'altro che pacifica, come risulta dall'inizio del passo.

La difesa per *procuratorem* dopo che si è fatto l'appello, per *reddere causas appellationis*, è ammessa dal

D. 49, 1, 18 (Mod. 17 resp.) *Lucius Titius pro servo suo, qui ad bestias datus est, provocationem interposuit. Quaero, an huiusmodi appellationis causas per procuratorem reddere possint. Modestinus respondit posse*

ma si tratta di difesa del servo, e quindi deve ricondursi, come vedemmo, all'ammissibilità della protezione di un elemento patrimoniale.

Ora eliminato per il profilo, su accennato, della distinzione tra proposizione e prosecuzione dell'appello, agli effetti dell'intervento di altri, l'ostacolo che sorgeva per gl'interpreti dal D. 49, 1, 6, (p. 37) e riprendendo il fr. 9, vediamo che, coerentemente al principio che non si poteva, in genere, assumere la difesa per altri, non si poteva trattare la causa di altri in appello, salvo per le *causae pecuniariae*. Questo, in generale, tanto in diritto classico che in diritto giustiniano.

Ciò non toglie, per altro, che il nostro testo abbia subito una duplice elaborazione, una più larga, l'altra più ristretta.

Questa seconda ci è rivelata dalla inesatta corrispondenza: *in rebus pecuniariis et in criminibus... sin autem non sit pecuniaria causa, sed capitalis*. Tenuto conto che la *summa divisio* dei giudizi pubblici era proprio di capitali e pecuniari (119), debbo pensare che la alterazione sia nel *criminibus*. I compilatori si pongono il problema separatamente per i crimini, e per le cause private, intendendo per *causae pecuniariae* solo queste ultime.

L'ipotesi affermativa del dilemma contenuto nella frase finale *quotiescunque* etc. è quindi estranea al diritto criminale, e riguarda solo le cause private (120).

Ulpiano invece guardava solo le cause criminali. Queste erano o capitali o pecuniarie, e quindi entrambe le categorie sono con-

(119) Come spero di dimostrare nello studio citato.

(120) I compilatori, come lumeggiò l'ALBERTARIO (*"Delictum"*, e *"crimen"*, p. 50 e sgg.) portando proprio il nostro testo come esempio che la parola *crimen* non vuole altra aggiunta, parlano piuttosto di *crimen publicum*. Questo per altro non può trarci a dover sostenere necessariamente la classicità.

siderate, per ammettere l'assistenza del *procurator* nella seconda, dove, essendovi una diminuzione patrimoniale da evitare, il *procurator* poteva intervenire, così come interveniva, secondo abbiamo visto, anche in altri casi, dove vi erano elementi del patrimonio da difendere.

Tale rilievo apre la via ad intendere la seconda e più radicale elaborazione. Delle quattro categorie sopra indicate, la quarta, introdotta bruttamente dal *plane*, è certo di fattura dei compilatori, i quali hanno voluto mettere in rilievo che l'intervento del procuratore, ammesso per le cause private, per dir così, puramente patrimoniali, doveva estendersi anche a quelle dove vi era un elemento personale, l'infamia. La prima, sostenuta dal rescritto dei *Divi fratres*, e la seconda, che consegue necessariamente alla prima, dato il contrapposto fondamentale accennato, sono certamente genuine. Elaborata da Triboniano è la terza, che tale appare per diversi indizi: l'*oportet* nel senso di occorre (121), l'*ipsum* senza che si sia precedentemente menzionata la persona cui si riferisce, lo *sciendum est*, la categoria delle pene *usque ad relegationem*, che assume uno speciale rilievo solo più tardi.

Ma quale la ragione della elaborazione? Altra non potette essere che anche qui il bisogno di eliminare la categoria dei fatti repressi *extra ordinem*. Non si spiegherebbe altrimenti, dato che la soluzione è negativa su tutta la linea, questa suddivisione delle cause criminali. Ulpiano invece, dopo di aver trattato la questione sotto il punto di vista della repressione ordinaria (cause capitali e pecuniarie), passa ad esaminarla nella straordinaria, decidendo anche qui negativamente. Ancora una volta rileviamo quindi come il giureconsulto, proponendosi il problema nella sua interezza, sente il bisogno di risolverlo per entrambe le repressioni. È il fondamentale criterio discriminatore, che si è osservato nelle altre questioni in tema di assenza dal giudizio (122) e che informa sempre il diritto penale (sostanziale e processuale (123)) romano. È la consueta fusione

(121) Non sarebbe il caso di fondarsi su questo solo indizio. Ma se si pensi al significato così tecnico dell'*oportere* classico, potremmo dire, al valore della parola non può non fare impressione questo *oportet* buttato giù, e quasi svuotato di ogni contenuto.

(122) Per ora mi richiamo ai testi, qui studiati, DD. 48, 19, 5 e D. 48, 17, 1 pr.

(123) Nei limiti in cui questo duplice profilo era notato dai giureconsulti romani, i quali nel campo penale, come nel campo privato, hanno guardato prima la repressione del fatto e poi il fatto reprimibile: come dopo di aver concesso l'azione hanno riconosciuto il diritto in sè, così dopo di avere stabilito la pena, avranno guardato il fatto punibile in sè e per sè.

tra le regole riferentisi alle due repressioni, anch'essa osservata in tema di assenza, e che anch'essa ritorna sempre nello studio del diritto penale (124).

UGO BRASIELLO

(124) Qualunque determinazione dei caratteri della evoluzione del diritto penale romano, e soprattutto qualunque comparazione con quelli della evoluzione del diritto privato, appare, allo stato, azzardata e prematura. Tengo solo qui a mettere in rilievo che elemento di grande importanza, benchè negativo, fu qui la mancanza dell'organo giudicante, costituito dal pretore. Questo fece sì che i casi nuovi, che nel diritto privato furono attratti nell'ordinamento giuridico pretorio, nel diritto criminale, se non erano tali da potere essere subsunti sotto una delle leggi preesistenti, dovessero rimanere fuori della repressione ordinaria, e ricevere la tutela solo *extra ordinem*. Fu perciò che questa, molto più presto e con molto maggior larghezza che nel diritto privato, si venne imponendo e padroneggiò il campo.

Quella fusione tra ordinamenti giuridici, che come ha messo in luce il RICCOBONO, in numerosi studi, tanto contribuì al rinnovamento del diritto ed alle evoluzioni e modifiche di istituti, si verifica poi anche nel campo del diritto penale, come fusione tra repressione ordinaria (corrispondente allo *ius civile* tipico) e repressione straordinaria, che raccoglieva i nuovi casi, reprimibili, le nuove repressioni degli antichi casi, per la maggiore elasticità di criteri, per i maggiori poteri dei magistrati, per la possibilità di tener conto di circostanze obbiettive e subbiettive. Quella *cognitio extra ordinem* che travolge il diritto civile (RICCOBONO, *Mél. Cornil*, II, 375 sgg.) finisce nel campo criminale col travolgere anche più presto il diritto delle *quaestiones*.

Quel che abbiamo veduto pel caso speciale della procedura contro gli assenti, si osserva, come spero di poter dimostrare, nella materia basilare delle pene, cioè dei mezzi con cui la repressione si attua: esistono regole od ordinamenti o istituti della repressione ordinaria: sorgono accanto ad essi nuove norme o nuovi casi facenti parte dell'ordinamento giuridico che con frase imprecisa potremmo chiamare magistratuale. I due ordinamenti si fondono nell'epoca postclassica, e si tenta una sistemazione unica nel diritto giustiniano. E così riscontriamo in molti passi, come abbiamo osservato in questa indagine, che il giureconsulto enuncia la regola della repressione ordinaria, enuncia poi subito dopo quella della straordinaria (soffermandovisi magari di più, come quella che era più viva, e meglio si prestava a quell'adattamento alla pratica, che è una delle doti più mirabili dei giuristi classici); a questa segue molto spesso il brano dei compilatori, con cui in diversi modi, che non è facile qui riassumere, si cerca una via di mezzo per conciliare quella che ormai sembra un contrasto, o annullando le regole già poste (ad es. D. 48, 19, 5 pr.) o ponendo nuovi criteri discriminatori (nuovi rispetto al testo, ma rispondenti in genere ad una prassi in uso).

INDICE DEI TESTI CITATI

D. 3, 3, 33 § 2	pag. 36, 39, 40, 42 ss., 45 nota 97, 46, 48, 49
„ 3, 3, 71	„ 37, 47
„ 4, 8, 39	„ 26 n. 60, 27 n. 61
„ 5, 1, 73 § 3	„ 26 n. 60
„ 12, 3, 8	„ 27 n. 61
„ 26, 7, 38 § 2	„ 27 n. 61
„ 27, 1, 35	„ 27 n. 61
„ 37, 15, 4	„ 37
„ 39, 2, 4 § 5	„ 36 n. 79
„ 39, 5, 15	„ 23, 25
„ 39, 5, 31 § 4	„ 24
„ 40, 1, 8	„ 23, 25
„ 40, 5, 51 § 5	„ 36 n. 79
„ 41, 1, 2	„ 26 n. 60
„ 42, 1, 53 § 1	„ 28
„ 42 4, 7 § 19	„ 16 n. 34
„ 43, 5, 3 § 14	„ 26 n. 60
„ 46, 3, 41	„ 23
„ 46, 3, 42	„ 24
„ 48, 1, 10	„ 4, 30, 39, 41 n. 88
„ 48, 1, 11	„ 44
„ 48, 1, 13 § 1	„ 4, 36, 38, 40, 47
„ 48, 2, 7 § 19	„ 16 n. 34
„ 48, 2, 12 pr.	„ 5, 6, 32
„ 48, 2, 17	„ 44
„ 48, 2, 20	„ 24, 25 n. 57
„ 48, 3, 2	„ 43
„ 48, 3, 6 § 1	„ 20
„ 48, 5, 12 § 2	„ 39
„ 48, 5, 13 § 2	„ 32, 37, 38, 47 s.
„ 48, 5, 16 §§ 1-4	„ 4, 5, 6, 9, 32, 34 ss.
„ 48, 8, 4 § 1	„ 35 s., 39
„ 48, 17, 1 pr. e § 1	„ 2 ss., 15 ss., 17, 19, 53, n. 122

D. 48, 17, 1 § 2	pag. 20
„ 48, 17, 5 § 2	„ 20
„ 48, 19, 5 pr.	„ 1 ss., 11 ss., 27, 38, 39, 41 n. 88, 42, 49, 53 n. 122
„ 48, 19, 19	„ 43 n. 93, 44
„ 48, 22, 6 § 1	„ 20 n. 44
„ 49, 1, 2	„ 51
„ 49, 1, 3 § 3	„ 51
„ 49, 1, 6	„ 38, 51, 52
„ 49, 1, 15	„ 43, 51
„ 49, 1, 16	„ 51
„ 49, 1, 18	„ 52
„ 49, 1, 28	„ 51 n. 118
„ 49, 4, 1 pr.	„ 20 n. 44
„ 49, 4, 2 § 3	„ 51
„ 49, 7, 1 § 3	„ 20 n. 44
„ 49, 9, 1	„ 19, 37, 38, 39, 48 ss., 52 ss.
„ 49, 10 2	„ 51 n. 118
„ 49, 13, 1	„ 51 n. 118
„ 49, 16, 4 § 6 e 7	„ 21 ss.
„ 50, 16, 199	„ 36 s., 79
C. 2, 12, 12 § 1	„ 26 n. 60, 28
„ 7, 43, 4	„ 26 n. 60
„ 7, 43, 7	„ 28, 29,
„ 7, 43, 8	„ 28, 29, 30 n. 67
„ 7, 43, 9	„ 30 n. 67
„ 7, 62, 14	„ 51
„ 7, 62, 29	„ 39
„ 7, 65, 1	„ 26 n. 60, 28
„ 7, 66, 2	„ 27 n. 61
„ 9, 2, 2	„ 44
„ 9, 2, 3	„ 36, 38, 40, 41 ss., 42, 46, 49
„ 9, 2, 4	„ 26, n. 60, 28, 29
„ 9, 2, 6	„ 5, 6, 10, 14, n. 27, 32, 35 n. 78
„ 9, 9, 14 e 15	„ 33 s.
„ 9, 40, 1	„ 5, 6, 32
„ 9, 47, 21	„ 31, 39
(Paul) Sent. 5, 5.a, 9	„ 4, 5, 6, 10, 30, 32, 33, 35 n. 78, 37 n. 81.
„ 5, 16, 11	„ 37, 41
„ 5, 35, 1	„ 4, 29, 49

B G U 611	pag. 17 n. 38, 30 n. 66
B G U 628	„ 17 n. 38
Cic. in Verr 2, 38, 44	„ 12 n. 19
„ 2, 39, 95	„ 12 n. 19
„ 2, 47, 107	„ 39
„ 4, 19, 40 e 41	„ 12 n. 19
Val. Max. 3, 7, 9	„ 5, 6, 31
Basil. 60, 33, 16 (Hb. V. 675)	pag. 40, 41, n. 90
„ 60, 49, 1 (Hb. V. 831)	„ 15 n. 33
„ 60, 51, 5 (Hb. V. 853)	„ 15 n. 32, 19 n. 43

La rapidità della correzione delle bozze del precedente lavoro, dovuta ad esigenze tipografiche, ha impedito di eliminare diversi errori. Si indicano i principali:

pag.	7 n.	7 riga	10 invece di	tenda in	leggasi	tenda, in
„	9	„ 9	„	<i>si osserva</i>	„	<i>osserva</i>
„	9 n. 13	„ 11	„	<i>accusando, il che</i>	„	<i>accusando che</i>
„	16 n. 38	„ 20	„	<i>habend</i>	„	<i>habent</i>
„	19 n. 42	„ 1	„	<i>inröm,</i>	„	<i>im röm.</i>
„	19 n. 43	„ 4	„	<i>ρναλτιον καταδικάζεσθαι</i>	„	<i>ἀναλτιον καταδικάζεσθαι</i>
„	20	„ 3	„	<i>7</i>	„	<i>6</i>
„	22	„ 18	„	<i>postulata</i>	„	<i>contestata</i>
„	25	„ 12	„	<i>8</i>	„	<i>7</i>
„	38 n. 82		„	<i>Opp. 20</i>	„	<i>Obs. 20, c. 20</i>
„	50 n. 112	„ 5	„	<i>sgg.) penso</i>	„	<i>sgg.) Penso</i>

OSSERVAZIONI SULLA REVOCA DEGLI ATTI AMMINISTRATIVI

(Continuazione, vedi numero precedente)

10. — Si stacca nettamente dalla vera e propria "condizione", un istituto peculiare dei contratti sinallagmatici, codificato all'articolo 1165 Cod. Civ. (art. 1184 Cod. Civ. Francese e §§ 325-326 B. G. B.) e noto comunemente - se pur erroneamente - sotto il nome di condizione risolutiva tacita.

Frutto di scarsa precisione tecnica da parte del legislatore (sia per la terminologia che per la collocazione della disposizione sotto la sezione delle obbligazioni condizionali) la cosiddetta condizione risolutiva tacita è un istituto sui generis che non può identificarsi nè con la "condictio", in senso tecnico, nè col patto commissorio.

La dottrina civilistica più recente, anche se discorde nelle conclusioni, è unanime nella critica (37) alla vecchia concezione secondo la quale la c. d. condizione risolutiva sarebbe stata una vera condizione, in quanto la legge avrebbe presunto la volontà di ciascuna delle parti di non obbligarsi che per il caso in cui l'altra adempisse al proprio obbligo (38).

L'obiezione fondamentale a tale opinione, che le due obbligazioni dei contraenti in sinallagma sono legate da un rapporto di

(37) V. GUERRERA - *Della cosiddetta condizione risolutiva tacita nel Cod. Civ. e Comm. italiano* - Riv. Ital. Scienze Giur. 1927 pag. 235 e segg. specialmente a pag. 241 e segg.; DIKOFF - *Studi sulla risoluzione dei contratti bilaterali secondo l'art. 1165 Cod. Civ. Ital.* - Archiv. Giur. 1930 pag. 1 e segg.; MAGNO - *Studi sul neg. condiz.* cit. pag. 233 e segg.

(38) Cfr. specialmente CAPORALI, *Teoria della condiz. risolutiva tacita*, Firenze 1885 pag. 22 e CHIRONI, *Istit. di dir. civ.* - II^a Ediz., Vol 1^o, § 66.

causa, non da una reciproca condizione, e che tale rapporto riguarda unicamente la loro esistenza (sinallagma genetico) non già la loro esecuzione (sinallagma funzionale) è senza dubbio persuasiva.

Ma quando a questa considerazione si aggiunga che la condiz. risolut. tacita produce oltre allo scioglimento dell'obbligazione (o alla forzata esecuzione della stessa) anche il risarcimento di danni, che essa riposa esclusivamente sulla volontà della legge e che non opera retroattivamente nei confronti dei terzi (art. 1030, 1551, 1553, 1787 Cod. Civ.) se non dal giorno della trascrizione della domanda giudiziale del contraente fedele, sarà facile intendere quanto disti siffatto istituto dalla condizione vera e propria (39) e dal patto commissorio (40). Esatta è, pertanto, a mio avviso, l'opinione di quella dottrina che vede nella c. d. condizione risolutiva tacita una *azione di scioglimento* dei contratti bilaterali (è ovvia la differenza tra *risoluzione* e *scioglimento*) (41), azione in virtù della quale il contraente fedele ha la potestà di chiedere la creazione giudiziale di un vincolo giuridico eguale e contrario al precedente vincolo contrattuale, ed il contraente inadempiente sentirsi addossare l'obbligo oltre che di prestare (o di restituire la cosa o di prestare un surrogato della prestazione inadempita) anche di risarcire il danno (42).

La concezione rigidamente volontaristica della condizione è la

(39) La quale ovviamente non importa l'obbligo di risarcimento, opera retroattivamente anche nei confronti dei terzi e riposa solo e semplicemente sulla volontà dei contraenti.

(40) Il patto commissorio, infatti, pur distaccandosi dalla condizione (poichè i fatti ai quali la volontà delle parti può legare effetti revocatori possono essere di varia specie purchè futuri ed incerti, mentre nel patto commissorio l'unico fatto contemplato è l'inadempienza di una delle parti, che può essere futura, ma non può essere considerata come incerta) si distingue anche dalla c. d. condizione ris. tacita perchè, a differenza di questa, è pur sempre un elemento della volontà delle parti, è apponibile anche ai contratti unilaterali, risolve il contratto ipso iure e non dà facoltà al Giudice di concedere una proroga all'inadempiente.

(41) Se la sentenza del Giudice emanata in base all'art. 1165 Cod. Civ. dichiarasse veramente risoluto il contratto, non solo sarebbe inspiegabile il rispetto dei diritti dei terzi ma mancherebbe la base per qualsiasi risarcimento di danni. Esattamente il MUGDAN nei *Motivi* del primo progetto del Cod. Civ. Germanico scriveva: "Rücktritt und aus dem Verträge entspringender Anspruch auf Schadensersatz schliessen sich aus", (II, pag. 116).

(42) V. specialmente in tal senso, MAGNO, Op. cit. pag. 235.

più sicura discriminante tra questa e la c. d. condizione risolutiva tacita dei contratti bilaterali: in definitiva, la condizione è pur sempre un *modo di volere* delle parti, basa sopra una dichiarazione di volontà e fonda la propria forza sull'autonomia della stessa; la c. d. condizione risolutiva tacita è un *modo di volere* del legislatore, a guisa di sanzione imposta penitenzialmente all'inadempiente nei contratti bilaterali. Due concetti, due istituti, aventi fisonomia, atteggiamenti, funzioni ed effetti del tutto diversi.

Fermando un istante l'attenzione sugli effetti dell'azione di scioglimento del vincolo obbligatorio di cui all'art. 1165 C; C., è facile desumere che in essa (ulteriore elemento discriminante dalla condizione) non vige il principio eccezionale della retroattività, contrariamente alla prima apparenza. Non vige, infatti, per i contraenti, in quanto il contraente fedele può domandare, in ogni caso, il risarcimento del danno; non vige per i terzi se non dal momento della trascrizione della domanda giudiziale, ritenendosi e conservandosi rispetto ad essi gli effetti precedenti.

In presenza di tali elementi, la conclusione logica è che l'azione di scioglimento non produce una *retroazione* della disposizione contenuta nella pronuncia del Magistrato, ma una *controazione* diretta a porre nel nulla gli effetti del contratto da un determinato momento successivo a quello del suo ingresso nel commercio giuridico.

II

SOMMARIO: 1. Concetto di revoca in diritto amministrativo — Insufficienza del criterio esegetico delle fonti. — 2. Insufficienza del criterio giurisprudenziale. — 3. Differenza tra revoca e annullamento. — Criterio obbiettivo della distinzione. — 4. Natura e limiti della revocabilità nel dir. amm. — 5. Causa della revoca e suoi requisiti. — 6. Revoca *ipso jure*, legale, convenzionale, discrezionale. — 7. La revoca discrezionale. La causa giuridica dell'atto discrezionale — Il valore dei motivi presupposti nell'atto discrezionale — La base giuridica dell'atto amm. — 8. Atti che esauriscono immediatamente la propria capacità giuridica — Irrevocabilità. — 9. Atti contenenti rapporti a carattere successivo — Il concetto di sopravvenienza in relazione al concetto di revocabilità. — 10. Il concetto di divergenza sopravveniente come fondamento della revocabilità discrezionale. Conclusione.

1. — Le conclusioni ricavabili dalla ricordata dottrina privatistica possono tutte ridursi alla irrevocabilità generale degli atti o negozi giuridici a meno che questi non abbiano in sè una causa di revoca (voluta dalle parti o imposta dalla legge) che, senza toccare menomamente la validità dell'atto al momento della sua emanazione, esiste dallo stesso momento ed opera successivamente in guisa da far dismettere al beneficiario della situazione giuridica creata dall'atto o negozio in parola, le facoltà acquisite in dipendenza di questo.

Il concetto di revoca, ha quindi, nella dottrina privatistica una sufficiente precisazione nella sua eccezionalità, come principio, nella particolare struttura dell'atto revocando e nelle sue peculiarità funzionali.

Tale conclusione può trasportarsi di peso nel diritto pubblico? Quale è, in altre parole, il concetto di revoca nel diritto amministrativo? Le acute e brillanti indagini dei pubblicisti, in materia, hanno generalmente avuto per obbietto più gli effetti che la natura della revoca, alcuni dandone implicitamente per dimostrato il concetto (43), altri limitandosi alla pura e semplice recezione di un

(43) V. specialmente VITTA - *La revoca degli atti amm.* in *Foro Amm.* 1930 IV, 1 e segg. LO STESSO - *Diritto Amministrativo - Parte generale* UTET, 1933, p. 365; TRENTIN - *L'atto amministrativo* - Roma, 1915, p. 180 V. anche i numerosi studi del RAGNISCO (*Foro Ital.* 1907, III, 280; *ibidem* 1908, III, 21; *Riv. di dir. pubbl.* 1911, II, 195; *ibidem* 1912, II, 173).

concetto generico di revoca tratto dalla lettera dei nostri Codici di diritto privato, che, come è risaputo, non brillano per precisione di linguaggio giuridico (44).

Nè maggiore ausilio riceve chi ponga mente alle leggi di diritto pubblico in cui non solo il termine "revoca,, viene promiscuamente usato a significare istituti di indole e con funzioni sostanzialmente differenti, ma spesso invece di "revoca,, il Legislatore adopera termini sinonimi che confondono invece di chiarire la questione.

Infatti, mentre l'art. 4 dell'all. E Legge 20 Marzo 1865 sull'abolizione del contenzioso amministrativo, fondamentale nel nostro campo, parla di revoca di atti amministrativi in senso latissimo che comprende revoca, annullamento e modifica, in genere degli atti amministrativi (45), vietandolo agli organi dell'Autorità Giudiziaria ordinaria, altri testi legislativi usano addirittura circonlocuzioni di uso volgare (art. 5 R. D. L. 16 Dicembre 1926 n. 2174, sulla licenza per vendita al pubblico: "la licenza può essere *tolta*,,); accanto all'uso preciso di revoca, in senso tecnico giuridico (46), lo stesso termine viene usato in senso specifico e con significato non del tutto proprio (revoca dall'impiego, art. 64 R. D. 30 Dicembre 1923 n. 2960 sullo stato giuridico degli impiegati dello Stato) (47); da disposizioni generiche (48) si passa a disposizioni del tutto specifi-

(44) RAGGI, *La revocabilità degli atti amm.*, in *Riv. Dir. Pubbl.* 1917 I, pag. 316 e 317.

(45) Il CAMMEO acutamente indagò e precisò questo significato della formula legislativa (*Corso cit.* pag. 1526 e *Commentario, ecc.* I, pag. 839).

I dubbi esegetici sulla lettera dell'art. 4 furono numerosi specialmente quando, sulla superata distinzione fra atti di impero e atti di gestione, si disputava se i cosiddetti atti di gestione fossero o non modificabili o revocabili da parte dell'Autorità giudiziaria ordinaria. Per un accenno della questione v. RAGGI, *op. cit.* pag. 328-329.

(46) Art. 303 Legge Comunale e Prov.le, T. U. 4 Febbraio 1915, sulla revoca delle deliberazioni esecutorie; art. 26 R. D. 24 Dicembre 1923 n. 3287 sulla revoca di licenza per spettacoli cinematografici; art. 31 L. 24 Giugno 1923 n. 1420 sulla revoca di permessi di caccia e di concessioni per bandite; art. 25 R. D. 3 Marzo 1927 n. 478 sulla revoca di autorizzazione a produrre e vendere specialità medicinali.

(47) V. D'ALESSIO, *Manuale di dir. amm.* UTET 1933 pag. 489.

(48) Revoca delle autorizzazioni di polizia, art. 9 T. U. Leggi di Pubbl. Sicurezza approvato con R. D. 6 Novembre 1926 n. 1848.

che, a confusione tra *revoca* e *decadenza* (49), in tale stato di imprecisione e di incertezza che l'interprete molto spesso non riesce a spiegare se la disposizione specifica escluda la potestà generica, se le diverse locuzioni abbiano nella mente del Legislatore diverso significato (50) o siano frutto di imprecisione di linguaggio legislativo, se infine quando la legge commina la decadenza intenda escludere la revoca, o ammetterla, o confonderla con quella (51).

Se, in genere, la legge scritta non costituisce la fonte più sicura per la ricostruzione teorica di un istituto, specialmente in diritto pubblico, in cui mancano formule elaborate da secoli, nel campo della revoca di atti amministrativi occorre abbandonare del tutto il criterio esegetico letterale, per la sua assoluta insufficienza non pur a dimostrare, ma solo a rendere grossolanamente un concetto indispensabile alla sistematica.

2. — Gli stessi elementi desunti dalla interpretazione giurisprudenziale non giovano a precisare la nozione di revoca nel diritto amministrativo. In generale, la giurisprudenza si è preoccupata di fissare i limiti della generica potestà di revoca riconosciuta alla Pubblica Amm.ne, come insita nei principi generali che governano il nostro ordinamento di diritto pubblico (52).

Il primo e più generale di tali limiti si è rinvenuto nei c. d. diritti acquisiti: quando un atto amministrativo ha formato base

(49) Art. 26 R. D. 28 Settembre 1919 n. 1924 contenente il Reg. per l'esecuzione della L. 16 Luglio 1916 n. 947 sulle acque minerali, stabilimenti termali ecc.

(50) V. la mia nota alla decisione n. 265 in data 27 agosto 1933 del Consiglio di Stato IV Sez. Arciconfraternita di Sarteano c. Prefetto di Siena in *Foro Amm.* 1933, I, 2, 269.

(51) V. l'art. 11 della Legge 22 Maggio 1913 n. 468 sulle farmacie, che parla di decadenza dell'autorizzazione, l'art. 40 del R. D. 29 Luglio 1927 n. 1443 che commina la decadenza della concessione di miniere.

(52) Per la giurisprudenza, fino al 1917, un'accurata rassegna è riportata dal RAGGI - *La revocabilità* - op. cit.

Per quella posteriore, mi riferirò qui esclusivamente alle decisioni in cui si rinviene l'affermazione di principi che si elevano oltre la fattispecie in contestazione, riservandomi di completare la rassegna quando tratterò degli effetti della revoca.

Cfr. per il principio generale della revocabilità degli atti amministrativi le decisioni del Cons. di Stato, IV Sez. del 18 febbraio 1921, ric. Brindesi (in *Giustizia Amm.* 1921, 67); IV Sezione 21 luglio 1922 ric. Moretti (*Giust. Amm.va* 1922, 282);

legittima di diritti subbiettivi privati, da naturalmente revocabile diverrebbe naturalmente irrevocabile (53).

Ma, a parte la nozione negativa di revoca e di revocabilità derivante da decisioni giurisprudenziali informate a tale criterio, non è ben chiaro se il limite dei diritti acquisti osti in modo assoluto alla revocabilità o costituisca la discriminante tra revoca con indennizzo e revoca senza indennizzo (54).

E già a tal punto si è sugli effetti dalla revoca, senza essere peraltro riusciti ad averne una precisa nozione; ma neppure la nozione di diritti acquisiti è pacifica, non essendo del tutto chiaro se per tali devono intendersi le situazioni giuridiche completamente esaurite o anche quelle situazioni già nel patrimonio giuridico del soggetto ma che dispiegano i loro effetti al momento della revoca o ancora quelle situazioni che possono entrare nella sfera giuridica dell'individuo al verificarsi di un determinato atto o fatto da parte di questi (situazioni prodotte in genere dagli atti amministrativi con contenuto generale). In realtà, l'elaborazione giurisprudenziale assai difficilmente serve a dare i criteri per una ricostruzione dottrinale, anche in diritto amministrativo, in cui qualche volta (per es. nell'eccesso di potere) la giurisprudenza in certo senso ha segnato la direttrice. Il che prova che, se è vero che in nessun campo della scienza la teoria può dissociarsi dalla pratica, è anche vero che i casi pratici non offrono che frammentario materiale grezzo cui occorre il cemento delle indagini teoriche per la completa utilizzazione a scopi scientifici.

IV Sezione 20 dicembre 1924, ric. Guarisco (*Riv. Dir. Pubbl.* 1925, II, 41); IV Sezione 10 settembre 1926 ric. Gherzi (*Foro. Amm.* 1926, I, 1, 487); IV Sezione, 14 maggio 1926, ric. Tranfo (*Foro. Amm.* 1926, I, 1, 303), decisione notevolissima per l'importanza dei principi contenuti; V Sezione 26 nov. 1927 ric. Cassa Naz. Ass. Soc. (*Riv. Amm.* 1928, 205); IV Sez. 18 luglio 1930, ricorso Penotti (*Foro Ital.* 1930, III, 185); V Sezione 30 luglio 1931 ric. Orru (*Riv. Dir. Pubbl.* 1931, 507); V Sezione, 14 maggio 1932, ric. Moschella (*Riv. Dir. Pubbl.* 1932, II, 436).

(53) Per le decisioni che hanno recentemente affermato, in tesi generale, la sussistenza di tale limite, vedasi Cassazione 7 febbraio 1925 ric. Anselmi (*Giur. Ital.* 1925, 358); Cons. Stato, IV Sez., 17 aprile 1925 ric. Vesperini (*Riv. Dir. Pubbl.* 1925, II, 266); IV Sezione, 23 settembre 1927, ric. d'Argenzio (*Foro Amm.* 1927, I, 1, 488); V Sezione, 1° giugno 1928, ric. Alberini (*Foro Ital.* 1928, III, 169).

(54) V. a tal uopo, a proposito della revoca delle concessioni comunali, BORSI - *Le funzioni del Com. Ital.* in *Trattato dell'ORLANDO* vol. II, Parte II, pag. 170.

3. — Altri tentativi di spiegare il concetto di revoca, confondendolo quasi empiricamente con la potestà soggettiva di revocare (55) non pare abbiano raggiunto lo scopo; nè possono accettarsi tutte incondizionatamente le conclusioni della più recente dottrina tedesca (56) date le premesse dottrinalmente particolaristiche sulle quali si fondano.

È necessario, quindi, procedere per gradi nella determinazione di un concetto che non appare, a priori, di facile formulazione, cominciando col separare nettamente la revoca in senso proprio dall'annullamento.

Le ingegnose opinioni escogitate, in materia, dai giuspubblicisti si possono dividere in due categorie, a seconda dei criteri subbiettivi o obbiettivi assunti a discriminanti. Per i sostenitori della prima opinione si avrebbe revoca quando l'atto viene ritirato dallo stesso soggetto che lo ha posto in essere, quale si sia il motivo del ritiro; si avrebbe, invece, annullamento quando l'atto è posto nel nulla da un soggetto diverso da quello che lo emanò, rimanendo sempre del tutto indifferente il motivo (57).

A tale opinione fa riscontro un'altra - essenzialmente dovuta alla dottrina italiana - per cui la distinzione basa sul criterio obbiettivo dei motivi e prescinde dai soggetti. Per i fautori di tale opinione è revoca il ritiro effettuato per motivi di opportunità e di convenienza (merito); è annullamento il ritiro per motivi di mera legittimità (58). Tali opinioni estreme, aventi ciascuna una parte di vero, furono fuse in unica formula, in cui si designò come revoca il ritiro per motivi di opportunità e per vizi di legittimità da parte dello stesso soggetto che pose in essere l'atto revocando

(55) L. DELBEZ, *La revocation des acts administratifs* in *Rev. du droit public* etc. 1928 pag. 2-3 dell'Estr., partendo dal principio che l'Amm.ne, nello svolgimento della funzione commessale, può sbagliare, conclude che è logico che essa debba correggere tali errori: la revocabilità sarebbe quindi la possibilità giuridica di correggere gli errori amministrativi!

(56) IPSEN, *Widerruf* cit. pag. 22-24 e pag. 179-181

(57) KORMANN, *System des Rechtsgeschäftlichen Staatsakte* pag. 332 e segg. JELLINEK W. *Verwaltungsrechts* 1929, pag. 269; FLEINER, *Institutionen des d. Verwaltung.* 1928, pag. 203.

(58) ROMANO, *Corso di dir. Amm.* II^a Ediz. 1932, pag. 295; DE VALLES, *La validità degli atti amm.*, Roma 1917 pag. 387; VITTA, *La revoca degli atti amm.* in *Foro Amm.* 1930, IV, pag. 1-3.

e come annullamento il ritiro per illegittimità da parte di altro soggetto (59).

Prima d'ogni altro, è bene eliminare dalla indagine il criterio strettamente subbiiettivo il quale, prescindendo completamente dagli effetti del ritiro, contiene l'errore evidente di confondere il concetto di revoca con la potestà di revocare. Basta infatti riflettere sul principio della sostituzione vigente nel diritto amministrativo, in virtù del quale nei rapporti gerarchici propri, il superiore può sostituirsi all'inferiore e agire nella sfera di attribuzioni di questo, per convincersi che revocabilità e annullabilità, per i sostenitori della citata discriminante, finiscono col diventare due aspetti di uno stesso fenomeno, da distinguersi non per la loro intrinseca natura, ma per il semplice mutamento materiale del soggetto agente.

Bandito il criterio subbiiettivo, pare che la distinzione tra revoca e annullamento, tra coloro che, esattamente, cercano la discriminante nella struttura dell'atto da ritirare, sia ridotta ad una questione terminologica.

Tale dottrina è ormai unanime nel chiamare revoca il ritiro per opportunità e annullamento il ritiro per illegittimità: chiama però, anche revoca il ritiro per illegittimità operato dalla stessa Autorità che emanò l'atto.

In sostanza è il criterio subbiiettivo che viene in interferenza col criterio obbiiettivo, per una certa riluttanza a chiamare annullamento il ritiro per illegittimità operato dallo stesso soggetto autore dell'atto.

La ragione meramente terminologica di tale opinione è stata cercata sottilmente in questo, che ritenendosi presupposto dell'annullamento il giudizio di una autorità superiore, un atto illegittimo non potrà mai essere annullato dal soggetto che lo emanò, ma solo revocato (60). Il vizio di tale ragionamento è proprio nel presupposto, poichè non è vero che il concetto di annullamento implichi ex se il giudizio di un superiore. Infatti, in primo luogo, come

(59) CAMMEO, *Commentario ecc.* pag. 450; RAGGI, *La revocabilità*, cit. *Riv. Dir. Pubbl.* 1917, I, 319 e nelle *Lezioni* 1928-29 - Cedam, pag. 229; BORSI, *Le funzioni del Comune Ital.*, Tratt. dell'ORLANDO, Vol. II pag. 43-45; RANELLETTI *Lezioni di dir. amm.*, Napoli 1926 pag. 135.

(60) RAGGI, *La revocabilità* cit. pag. 319.

regola generale in tema di annullamento (annullamento giurisdizionale) si ha che titolare della potestà di annullare è una *autorità diversa* da quella che ha emanato l'atto, non già una *autorità superiore*. Ma neanche tale *diversità* è sufficiente a segnare la desiderata discriminante, perchè è noto che la pubblica Amm.ne, fornita di poteri dispositivi (*autocomando*), non si fa (nè potrebbe farsi) attrice in giudizio per chiedere l'annullamento, dinanzi ad una *Autorità diversa*, del proprio atto inficiato di illegittimità. E se la Pubblica Amm.ne non ha bisogno di un *eterocomando* per correggere i propri atti illegittimi, se, assai spesso, non esiste alcuna Autorità gerarchica superiore che possa impartire tale eterocomando e procedere ad annullamento, bisogna concludere che l'opinione sopra ricordata, mentre complica incredibilmente la questione per la netta distinzione tra revoca ed annullamento, basa su un fondamento di mera terminologia (61).

Basta, infatti chiamare annullamento o annullamento di ufficio il ritiro per illegittimità operato dalla stessa Autorità che ha emanato l'atto e non solo si avrà chiarissima la distinzione, ma si eliminerà il grave inconveniente di confondere i due istituti della revoca e dell'annullamento, diversi per le funzioni e per gli effetti, per una questione terminologica che non tocca affatto la sostanza delle cose.

Ciò posto, però, io vado oltre, perchè non mi pare sia sufficiente togliere a discriminante obbiettiva la legittimità e il merito dell'atto amministrativo da ritirare (62).

(61) Il RAGGI stesso, infatti (ibidem) scrive che "la revoca è uno dei modi più idonei per annullare un atto invalido", e la giurisprudenza recentemente ha ritenuto (V Sez. Cons. Stato dec. 14 Nov. 1931, ric. Arnone in *Foro Amm.* 1931, I, 2, 232) che "con la parola revoca si suole designare anche l'annullamento degli atti viziati di illegittimità ad opera della stessa autorità che ha emanato l'atto ...

(62) Per l'assunzione di tale criterio v. dal ultimo MAURO, *Annullamento di ufficio, revoca e revocazione in seguito a ricorso, delle decisioni sui ricorsi amministrativi semplici*, in *Circolo Giuridico di Palermo* 1932 pag. 192-195 e segg. con la dottrina ivi citata. In certo senso originale è invece la formulazione del medesimo criterio fatta dal DE VALLES (*La validità* cit. pag. 387) per cui la revoca si distingue dall'annullamento, in quanto, per la prima si ha un *apprezzamento* da parte del titolare della potestà di revocare, mentre per il secondo si ha un *accertamento*. Tale criterio però rientra precisamente nei concetti di *merito* e di *legittimità* che non paiono i più sicuri ed atti a tracciare la discriminante richiesta.

La ragione del mio dissenso dalla dottrina dominante deriva dalla considerazione che la distinzione tra legittimità e merito ha effetti puramente processuali e non può essere trasportata sic et simpliciter nel campo del diritto sostanziale (63).

Io credo, pertanto, che per giungere ad una sicura distinzione bisogna partire dal concetto di validità dell'atto da ritirare (v. sopra I, n. 7). Se l'atto da ritirare, nel momento in cui entra nel commercio giuridico, è perfettamente valido, se ha, in altre parole, la perfetta attitudine a produrre tutti gli effetti giuridici voluti dall'agente e garantiti dalla norma obbiettiva, il ritiro di esso si chiamerà *revoca*, quale che sia l'Autorità che lo attua (64).

Se l'atto da ritirare è, invece, costituzionalmente invalido, se cioè ha un vizio di origine (non mi occupo, qui, naturalmente, degli atti giuridicamente inesistenti) il suo ritiro dalla vita giuridica si designerà come annullamento, qualunque sia l'Autorità che lo pone in essere.

E che la preferenza accordata ai concetti di validità e di invalidità in sostituzione di quelli di merito e di legittimità, comunemente assunti, sia nel giusto è dimostrato oltre che dalla considerazione che i primi sono concetti riguardanti, per definizione, la struttura originaria dall'atto giuridico, cioè il momento in cui questo, staccatosi dall'agente, viene dall'ordinamento immobilizzato, come entità giuridica a sè stante, anche e specialmente dalla confusione concettuale che è inevitabile con l'assunzione dei secondi.

È noto, infatti, che i motivi di opportunità (merito) possono costituire anche causa di invalidità di un atto amministrativo, quando, non sono convenientemente apprezzati dal soggetto agente al momento

(63) In altro mio lavoro (*La natura giur. dell'eccesso di potere ecc.* in *Studi per CAMMEO*, Vol. II, pag. 406) ho messo in rilievo il rapporto di ordine meramente strumentale tra il concetto di legittimità e quello di validità degli atti amministrativi.

(64) Resta, con ciò, inteso che io non mi riferisco ai concetti di efficacia e di inefficacia che non riguardano la perfezione sostanziale dell'atto giuridico (possibilità di produrre gli effetti giuridici di cui è capace) ma la effettiva produzione degli effetti da parte dell'atto stesso. È necessario però sin da ora avvertire (per quanto ogni osservazione in proposito sia da rimandare al momento in cui si parlerà degli effetti della revoca) che assai spesso dalla confusione del concetto di validità con quello di efficacia derivano delle apparenti contraddizioni e delle gravi difficoltà di applicazione dei principi giuridici alla pratica amministrativa.

della emanazione dell'atto, e per tale causa di invalidità, in casi determinati, il singolo ha azione per chiedere l'annullamento dell'atto agli organi della giurisdizione amministrativa (competenza di merito).

Anche il *merito* dunque, può costituire motivo di annullabilità, con che la sicurezza della invocata discriminante sfuma del tutto.

Invece col criterio della validità, al momento della emanazione dell'atto (al quale, per definizione, quel concetto si riferisce) la discriminante è ferma, perchè l'atto *inizialmente* viziato in merito è invalido e però annullabile.

In conclusione, sono passibili di annullamento solo gli atti invalidi, sono suscettibili di revoca solo gli atti validamente emanati.

Nulla dice contro questa proposizione fondamentalmente vera, la circostanza che l'annullabilità degli atti si atteggia in modo del tutto peculiare nel diritto amministrativo per la ragione che non per tutti gli atti invalidi è data al singolo azione giudiziale per farne dichiarare l'annullamento (è noto, infatti, che la regola nel nostro campo è l'azione per annullamento a causa di sola illegittimità, mentre l'azione per annullamento a cagione di vizi di merito rappresenta l'eccezione) perchè, da un lato, tale peculiarità di ordine processuale non può assorbire i concetti fondamentali sulla struttura originaria dell'atto giuridico, comuni ad ogni ramo del diritto, dall'altro anche nei casi di invalidità per cui il singolo non ha azione di annullamento (vizi di merito di un provvedimento sindacabile per sola legittimità) la Pubblica Amm.ne ha non solo la facoltà, ma il giuridico dovere di porre nel nulla gli atti invalidi, comunque emanati (65).

Quando, infine, si consideri che, in forza del sindacato per eccesso di potere, gli organi della giurisdizione amministrativa hanno ridotto ad un minimum sempre meno percettibile, i casi di vera invalidità per cui non è data al singolo azione di annullamento, allargando oltre i primitivi limiti il concetto di legittimità a spese di quello di merito, e che, appunto per questa tendenza, i confini tra legittimità e merito sono in una zona veramente grigia, apparirà manifesto che non sono i loro concetti a poter fornire una sicura

(65) Cfr. la decisione del Cons. di Stato, Sez. IV, in data 18-7-1930 n. 286 (in *Foro Amm.* 1930, I, 1, 235).

base di distinzione per istituti che, soprattutto, necessitano di netta separazione.

4. — Ridotto il concetto di revoca al ritiro unilaterale di un atto validamente costituito, è necessario, a completarne la nozione, indagare la causa di tale ritiro.

Il principio generale della irrevocabilità, avendo identico fondamento in ogni campo del diritto, ha avuto anche in diritto amministrativo espliciti e formali riconoscimenti (66) anche se, per il particolare atteggiamento della volontà pubblica, è stato attenuato da eccezioni (67) più o meno late fino a raggiungere quasi l'estensione, se non la portata, di un opposto principio (68).

Non pare dubbio che la speciale forza volitiva di cui dispone l'Autorità amministrativa, nell'esercizio delle potestà di cui è titolare, abbia un notevolissimo riflesso nel campo della revoca degli atti amministrativi come in tutti gli altri campi in cui si svolge l'azione della Pubblica Amm.ne. Ma, pur con tali attenuazioni dovute al modo di essere speciale della volontà pubblica, non solo, io credo valido nel diritto amministrativo il principio generale della irrevocabilità degli atti giuridici, ma ritengo che anche l'atto amministrativo, come l'atto o negozio giuridico di diritto privato, sia revocabile unilateralmente da parte dell'Amministrazione quando contiene implicitamente o esplicitamente una causa giuridica di revoca, che sia consustanziale all'atto ed operi in un momento successivo alla sua emanazione.

È naturale che tale concetto di revoca non costituisca una pura e semplice recezione della nozione che se ne dà in diritto privato, per le caratteristiche assolutamente peculiari della revoca

(66) CAMMEO, *Corso di dir. amm.* pag. 1307; MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien und Berlin, 1927 pag. 203 e segg.

(67) Il RAGGI (*La revocabilità* cit. pag. 331) conclude la sua larga indagine affermando che la revocabilità, pur non essendo una qualità essenziale dell'atto amministrativo, ne è un elemento connaturale; e il ROMANO (*Corso* cit. II^a Ediz. pag. 295-96) afferma anche una possibilità generica di revoca degli atti amministrativi che, se non contrasta, certo limita di parecchio il principio generale sopra ricordato.

(68) Su tale strada è specialmente la giurisprudenza, di cui capita spesso leggere l'affermazione apodittica che "l'atto amministrativo è essenzialmente revocabile", con successivi temperamenti producenti a loro volta equilibri e squilibri, per la mancanza di un vero criterio generale.

dell'atto amministrativo; ma è forza riconoscere che le contrarie affermazioni, oltre ad andare contro l'unità stessa del sistema giuridico, non hanno finora dimostrato nella loro normale frammentarietà e nella assoluta mancanza di giustificazioni, di potersi veramente ed originalmente staccare dalla nozione elaborata dal diritto privato, ma appartenente alla teoria generale del diritto (69).

La prima caratteristica peculiare della revoca dell'atto amministrativo dovuta al modo di essere della volontà pubblica, si rinviene nella unilateralità speciale del ritiro, operabile unicamente dalla Pubblica Amministrazione; ma indubbiamente la principale delle caratteristiche è nella causa obbiettiva della revoca che alcuni atti amministrativi hanno insita e per la cui frequenza è parso a molti capovolto il principio generale che domina tutto il campo della produzione giuridica.

Bisogna però bene intendersi sia sul modo di essere speciale della volontà pubblica, sia sulla entità vera di tale causa obbiettiva di revoca. Si è detto infatti, che mentre la revoca degli atti o negozi di diritto privato riposa su un *modo di volere* dell'autore del negozio, la revoca degli atti amministrativi si basa, invece, su un *modo di essere* speciale della volontà pubblica (70).

A me pare che tale affermazione abbia il duplice difetto di perdere di vista l'istituto della revoca, obbiettivamente considerato, riportandolo ai soggetti attivi della potestà di revocare e di offrire base all'equivoco pericoloso di una regola di revocabilità generale nel diritto amministrativo che contrasta con l'ordine giuridico.

È bensì vero che il modo di essere speciale della volontà pubblica esercita un peso notevolissimo sull'originale atteggiamento dell'istituto della revoca nel diritto amministrativo, ma esso non può essere scambiato con la causa stessa della revoca poichè tale causa

(69) V. a tal proposito DUSI, op. cit. pag. 273. In definitiva anche la teoria del MERKL (*Allgemeines* cit.) ripresa dall'IPSEN (*Widerruf* cit.), fondando l'irrevocabilità sulla forza giuridica insita, di regola, in ogni prodotto del commercio giuridico e rimandando al riconoscimento positivo della legge ogni possibilità di revoca, non solo poggia sul principio fondamentale della irrevocabilità ma fa espresso riferimento ad una causa specifica obbiettiva (il riconoscimento del legislatore ad un elemento caratteristico dell'atto) per giungere alla revocabilità.

(70) COGLIOLO, *La revoca delle concessioni governative*, Scritti Giur. vari, Torino, 1917, Vol. II pag. 211.

è creata dalla volontà del soggetto agente o è voluta dalla legge (come in diritto privato) nel momento stesso della emanazione dell'atto, ma nel primo caso essa è immobilizzata dalla norma, nel secondo è connaturata con l'atto; essa è perciò sempre un requisito obbiettivo, in mancanza del quale tanto la volontà del privato cittadino, quanto la volontà della Pubblica Amm.ne non hanno facoltà di revocare.

Il requisito della obbiettività per la causa della revoca rappresenta perciò, la garanzia più certa di ogni singolo interessato a situazioni giuridiche cui partecipa la Pubblica Amm.ne, in quanto costituisce un limite alla forza speciale della volontà pubblica.

Non è, dunque, questa la causa della revoca; la volontà amministrativa non è arbitra di revocare ogni atto da essa stessa emanato, ma è soggetta - come ogni altro agente nel nostro ordinamento - al principio generale della irrevocabilità degli atti giuridici.

Da ciò può desumersi che la nozione di revoca, in diritto amministrativo, consiste nel ritiro unilaterale, operato dalla Pubblica Amm.ne, di un atto valido, per una causa obbiettivamente accertabile e tale da consentire la eliminazione degli effetti prodotti dall'atto.

Poichè dei soggetti attivi della potestà di revoca e degli effetti di questa dovrò occuparmi a parte, per l'importanza dei singoli argomenti, è necessario fermarsi sulla causa della revoca, di cui l'enunciato requisito della obbiettività è elemento troppo generico per riuscire a individuarla.

5. — Le indagini sulla causa della revoca, nel diritto amministrativo, presentano a *priori* le stesse difficoltà che ha dovuto superare la dottrina privatistica per giungere a fissare nel concetto di *condizione risolutiva* la giustificazione del ritiro unilaterale di atti o negozi giuridici.

Aver detto che la revocabilità dell'atto amministrativo, contro una *communis opinio* abbastanza diffusa anche attualmente, non è un mero attributo, esplicito o implicito, della volontà dei soggetti investiti di potestà amministrativa, non significa aver detto tutto. Occorre, preliminarmente, aggiungere che il requisito della obbiettività non contrasta col principio dell'autonomia della volontà, comune a ogni campo del diritto: la causa di revoca, infatti, deve essere obbiettivamente riscontrabile nell'atto revocando, per far sì che su di essa il soggetto investito di potestà amministrativa possa

legittimamente fondare una manifestazione di volontà intesa a ritirare l'atto in parola.

L'obbiettività della causa, perciò, non esclude che la revoca si basi sulla volontà di uno dei soggetti cointeressati a una serie determinata di situazioni giuridiche (come, del resto, in diritto privato) ma costituisce, in diritto amministrativo, in cui l'unilateralità del ritiro sempre ad opera del medesimo soggetto (Pubb. Amm.ne) è assoluta e costante, una remora ed una guarentigia per il legale esercizio della potestà di revocare.

È inoltre da osservare che la causa di revoca, appunto perchè obbiettiva, deve esistere sin dal momento della emanazione dell'atto da ritirare. Se infatti qualsiasi *causa superveniens*, di cui i singoli interessati ad una situazione amministrativa non avessero nozione sin dal sorgere di questa, potesse legalmente valere come motivo di ritiro dell'atto, non solo sarebbe sovvertito il principio fondamentale che, in ogni ordinamento, vuole garantita la sicurezza e la stabilità delle situazioni giuridiche, ma sarebbe completamente frustrata la guarentigia contenuta nel primo requisito della causa di revoca (obbiettività) che tende precisamente a rendere accertabile (e quindi sindacabile) la ragione del ritiro al di fuori e, se mai, contro la volontà amministrativa.

Oltre al requisito della obbiettività, la causa di revoca deve dunque avere quello della consustanzialità, in virtù del quale, non solo i soggetti direttamente cointeressati alla situazione o alle situazioni giuridiche create dall'atto revocando, ma anche i terzi abbiano nozione, a tutti gli effetti possibili, dell'eventuale ritiro dell'atto, con tutte le conseguenze che ne possano derivare nei loro confronti. Quando poi si pensi che in diritto pubblico, in genere, non esistono "terzi", nel rigoroso senso di estranei ai rapporti giuridici speciali in cui entra la Pubblica Amministrazione, ma tutti i soggetti hanno, ciascuno *uti cives*, un interesse sia pur indiretto a che l'azione amministrativa sia contenuta negli stretti limiti della legge e non degeneri in arbitri o in abusi a vantaggio di pochi e a danno di molti o viceversa, si potrà agevolmente considerare la superiore importanza del requisito della consustanzialità della causa di revoca nel diritto amministrativo, nei confronti del suo valore in diritto privato, in cui pure è rigorosamente richiesto.

Il terzo requisito della causa di revoca sta nella sua proprietà speciale di operare in un momento successivo alla emanazione del-

l'atto, pur essendo consustanziale ad esso. È infatti, inconcepibile revocare un atto prima o contemporaneamente al suo ingresso nel commercio giuridico, cioè, in ogni modo, prima che l'atto abbia prodotto qualsiasi effetto sulle situazioni giuridiche preesistenti, in quanto il concetto di revoca si riferisce alla eliminazione totale o parziale degli effetti giuridici prodotti da un atto e però va distinto specificamente così dalla condizione sospensiva che rende l'atto temporaneamente inefficace (71) come da ogni sorta di invalidità originaria dell'atto che ne produce la annullabilità. Si vedrà in seguito quando si parlerà degli effetti della revoca, quanta importanza abbia il suesposto principio applicato agli atti complessi e quali e quanti limiti alla potestà di revocare esso generi, in relazione ad alcune situazioni di diritto amministrativo che non hanno riscontro in diritto privato.

6. — Rimane da dimostrare, ad esaurire completamente la nozione di revoca, in che consista questa causa capace di produrre il ritiro di un atto amministrativo e in quali tipi amministrativi si possa riscontrare.

È noto che tutta l'attività amministrativa si può dividere in attività vincolata e attività discrezionale.

La prima, per quanto non abbia attratto soverchiamente l'attenzione degli studiosi, ha, nella prassi amministrativa, un rilievo tutt'altro che trascurabile in quanto comprende tutti i casi in cui la norma giuridica impone alla Pubblica Amministrazione un determinato comportamento (72).

Il vincolo può riguardare così l'attività materiale, come l'attività giuridica e quindi fatti ed atti amministrativi, con la peculiarità che in presenza di esso, l'Amministrazione non ha la facoltà di valutare (*apprezzamento*) i presupposti specifici dell'atto da emanare in relazione al presupposto generico di tutta la sua attività (pubblico interesse) (73), ma solo di accertare l'esistenza dei presupposti fissati nella norma vincolante.

(71) DUSI, *La revocabilità ecc.* cit. pag. 275.

(72) V. recentemente FORTI, *Diritto amm.*, Vol. I, (II Ediz. Napoli, 1931) pag. 140; v. anche, chiaramente, LESSONA, *Istituz. di dir. pubbl.* Firenze, 1930, pag. 174 e segg.

(73) V. le mie osservazioni in proposito, ne " *La natura giurid. dell'eccesso di potere ecc.* negli *Studi per CAMMEO*, Vol. II, pag. 412.

Attività discrezionale si ha invece quando l'Amm.ne, fermo restando il presupposto generico, ha la facoltà di determinarsi in un modo piuttosto che in un altro, libera - nei limiti della norma - di valutare i presupposti specifici dell'atto emanando (74).

Tale partizione, a grandi linee, vale anche per gli atti amministrativi in parte vincolati e in parte discrezionali (oltre ai casi di discrezionalità tecnico-amministrativa che potrebbero rientrare *lato sensu* in questa categoria) per i quali vigono, rispettivamente, i principi fissati per l'una e l'altra forma di attività.

La dottrina ritiene, comunemente, che di revoca non si possa parlare per gli atti emanati in esplicazione di attività vincolata (75): io credo però che in una formulazione generale, tale opinione non sia in tutto vera.

In diritto amministrativo (76), la revoca può derivare o dalla natura del diritto contenuto nell'atto o da un esplicito comando legislativo, o dal libero incontro delle volontà di tutti i cointeressati a una determinata situazione giuridica o da un apprezzamento amministrativo nei limiti consentiti dalla legge.

La revoca quindi, per noi, può avere quattro cause specifiche, può in altri termini, essere *ipso iure*, *legale*, *convenzionale*, *discrezionale*. *Ipsa iure*, come si è dianzi avvertito, è la revoca quando la causa del ritiro è insita nell'atto, per la natura stessa del diritto che vi si contiene. In senso stretto tale causa di revoca costituisce un modo vero e proprio di naturale eliminazione di atti dal campo della produzione giuridica. Così, per esempio, un decreto di concessione di uso di un bene demaniale fatta *ad personam*, viene automaticamente ad essere revocato con la morte del beneficiario. E' vero che, in tal caso di revoca, non è sempre necessaria una speciale manifestazione di volontà

(74) I più recenti studi sul potere discrezionale (LEVI A., *Attività lecita individuale e attività discrezionale amm.* in *Studi per CAMMEO*, Vol. II pag. 79 e segg.) mi hanno viemmeglio confermato nella convinzione della grande rilevanza che hanno i presupposti specifici nella struttura dell'atto amministrativo e nella concezione di causa giuridica per le manifestazioni di volontà dei soggetti di potestà amministrativa. V. a tal uopo *La natura giurid.* ecc.

(75) Cfr. RAGGI, *La revocabilità* cit. pag. 338; ROMANO, *Corso* cit. pag. 296.

(76) Presso a poco, come in diritto privato, in cui, però, non si riscontra la più importante delle cause di revocabilità (discrezionale) che opera per gli atti amministrativi.

V. a tal uopo DUSI, op. cit. Vol. XXV pag. 302 e segg.

per operare il ritiro, essendo sostanzialmente sufficiente il verificarsi di un evento intrinsecamente previsto sin dalla costituzione dell'atto, ma è pur vero che la dichiarazione è molto spesso imposta per motivi formali, la cui entità ha sempre grande rilevanza nel diritto amministrativo, o esplicitamente (77) o implicitamente con la nomina, nell'esempio fatto, di un nuovo beneficiario che non ha, giuridicamente, alcun rapporto col precedente.

La revocabilità *ipso iure* riguarda, di regola, atti contenenti diritti o interessi personalissimi naturalmente intrasmissibili, di cui si verificano frequentissimi casi nel diritto amministrativo, (78) poichè contengono la maggior parte dei rapporti regolati dalle norme di diritto pubblico (79).

Legale o obbligatoria è la revoca quando la possibilità di ritiro dell'atto è espressamente statuita dalla norma che disciplina il rapporto.

Le concessioni per piccole derivazioni di acqua pubblica, ad es., nel nostro ordinamento positivo, non possono superare in durata i 30 anni (80); se, pertanto, una concessione del genere raggiunga il trentennio, senza essere stata posta nel nulla per altra causa di revoca o per altro motivo, allo spirare di questo termine viene revocata *ope legis*.

La principale differenza tra revoca *ipso iure* e revoca *ope legis* (a parte molte altre differenze relative agli effetti di cui si farà cenno nella parte speciale dedicata a tale argomento) è appunto nella causa giustificatrice del ritiro, che, nel primo caso, è nella natura stessa del

(77) In tutti i casi, per es., in cui è fatto obbligo di emanare un atto col quale si dia avviso della vacanza del posto, del titolo, dell'uso ecc. atto che può avere una serie di conseguenze giuridiche importanti.

V. ad es. l'art. 10 della L. 16 febbraio 1913 n. 89 sull'ordinamento del notariato, sostituito con R. D. 29 Aprile 1920 n. 544.

(78) A differenza di quanto accade nel diritto privato, in cui sono rari. Cfr. in proposito DUSI cit. pag. 302.

(79) Il CAMMEO (*Corso* cit. pag. 1307) dopo aver enunciato la regola della irrevocabilità degli atti amministrativi che hanno generato effetti giuridici favorevoli ai terzi, tempera tale principio con l'eccezione di revocabilità per quegli effetti che o *per legge* o *per natura* sono suscettibili di eliminazione, se vengano in contrasto col pubblico interesse.

(80) V. l'art. 21 del R. D. 9 Ottobre 1919 n. 2161 sulle derivazioni e utilizzazioni di acque pubbliche.

diritto incorporato nell'atto, nel secondo è nella volontà del Legislatore.

Convenzionale è la revoca degli atti per il cui ritiro la Pubblica Amministrazione scende sul terreno delle normali relazioni tra singoli ed opera, con tutti i cointeressati a situazioni di cui essa è parte, sullo stesso piano di eguaglianza giuridica. Convenzionale è, pertanto, non solo la revoca di atti emanati da soggetti di potestà amministrativa nella sfera del diritto privato (per condizione risolutiva espressa, in virtù di azione di scioglimento del vincolo contrattuale in base all'art. 1165 Cod. Civ. ecc.) (81), ma anche la revoca di atti emanati in esplicazione di potestà amministrativa, quando il ritiro sia sinallagmaticamente concordato col singolo o con i singoli interessati alla situazione giuridica di diritto pubblico creato dall'atto revocando (es. revoca di una concessione previo accordo con gli interessati) (82).

Discrezionale si può negativamente definire ogni altra revoca di atti amministrativi che non rientri nelle tre categorie sopra enunciate.

La causa discrezionale di revoca di un atto amministrativo è difficilmente configurabile in via positiva, appunto perchè si ricollega all'imprecisato concetto di potere discrezionale dell'Amm.ne.

Dire che esso è la potestà di apprezzare liberamente, nei limiti segnati dalla norma, le circostanze di fatto e di diritto per ogni determinata esplicazione di attività giuridica in relazione al presupposto generico di tutta l'attività amministrativa, che è il pubblico interesse, significa darne la nozione, non la definizione.

(81) Tale ipotesi di revocabilità potrebbe a stretto rigore escludersi dalla classificazione delle cause di revoca degli atti amministrativi, perchè in essa il ritiro è unilaterale, ma può essere attuato da ciascuno dei cointeressati alla situazione giuridica di diritto privato e quindi sia dall'Amm.ne che dal privato cittadino, laddove la nozione di revoca nel diritto amministrativo è limitata al ritiro di un atto operato unilateralmente dalla Pubblica Amm.ne. Tuttavia, sia per completezza d'indagine, sia perchè la revoca convenzionale viene di frequente in interferenza con la revoca discrezionale, dando luogo a problemi di esclusione e di alternatività di non sempre agevole soluzione, il richiamo mi è parso non solo utile ma necessario.

(82) Non è da confondere tale ipotesi con quella del reciproco accordo *more privatorum* (v. sopra I, n. 7) in quanto, in quel caso, i contraenti in perfetta eguaglianza giuridica, agiscono in mutuo dissenso, cioè compiono un nuovo contratto che sostituisce il precedente. Nella specie manca invece il precedente, perchè l'atto amministrativo che precede non è mai un contratto.

Comunque, poichè si tratta di una potestà limitata, l'unico modo di rilevarne positivamente l'entità, senza particolari intenti sistematici, è quello di cercare in prosieguo di determinare questi limiti, onde circoscrivere con sufficiente approssimazione il concetto, in ordine alla materia specifica presentemente trattata.

Revoca discrezionale si avrà quindi allorchè la causa del ritiro, avente i requisiti sopra descritti (obbiettività, consustanzialità, operatività successiva) è lasciata, per la sua efficacia, al discrezionale apprezzamento dell'Amm.ne. Esistono, in altre parole, atti amministrativi aventi in sè una causa legittima di ritiro, il cui accertamento è, però, devoluto al potere discrezionale dell'Amm.ne. Tale è la ragione per cui la discrezionalità amministrativa verte solo sulla efficacia della causa di revoca e non sulla natura: una volta che l'Amm.ne ha, per esempio, accertato che una concessione di demanio lacuale o marittimo si sia resa inopportuna perchè in qualsiasi modo sia venuta in contrasto con le esigenze del pubblico interesse (accertamento di opportunità e di convenienza che si risolve in discrezionale apprezzamento di circostanze di fatto e di diritto) il ritiro dell'atto di concessione si rende necessario, anche contro la volontà dell'Amministrazione.

Questa energica espressione, apparentemente in contrasto con l'essenza stessa del potere discrezionale, non è qui usata a caso, in quanto, sia praticamente (83), sia teoricamente, avuto riguardo alla nozione di "causa", dell'atto amministrativo, essa trova piena giustificazione.

Se quindi, per tirare una conseguenza, la revoca *ipso iure*, la revoca *ope legis*, la stessa revoca convenzionale sono accertabili anche in una pronuncia del Magistrato ordinario, la revoca discrezionale non è suscettibile di altro apprezzamento e di altre manifestazioni di vo-

(83) Se, per esempio un Comune, dopo aver fatto una concessione a un privato sul demanio stradale, constata in debita forma che la concessione stessa è divenuta inopportuna per sopravvenute circostanze che la pongono in contrasto con l'interesse della popolazione, è tenuto a revocare la concessione e può esservi obbligato dell'Autorità tutoria.

Sull'obbligo dell'Amministrazione di adottare un provvedimento, una volta accertatane la convenienza e la rispondenza al pubblico interesse, v. RASELLI, *Il potere discrezionale del giudice civile*, Padova, 1927 pag. 14, 15, 16 (n. 2).

lontà all'infuori di quella dell'Am.ne che, per la sua discrezionalità, è solo sindacabile in via amministrativa.

Da ciò discende, infine, che gli atti vincolati possono essere revocati per tutte le cause di revoca ad eccezione di quella discrezionale, non avendo essi alcun elemento lasciato alla valutazione prudenziale dell'Amministrazione, sia per quanto attiene alla causa produttiva dell'atto, sia per quanto riguarda la causa del ritiro; ma non discende la reciproca, poichè gli atti emanati in virtù di potere discrezionale possono essere revocati tanto *ipso iure* che *ope legis*, convenzionalmente e discrezionalmente.

E' bene notare, però, che le prime tre cause di revoca si applicano ad ogni specie di atti, mentre la revoca discrezionale non si applica che ad atti discrezionali.

7. — Del concetto e della natura delle prime tre cause di revoca non resta da dire altro di speciale, ove se ne tolgano i caratteri differenziali tra ciascuna di esse e la revoca discrezionale che sono facilmente intuibili e che, in massima parte, si riferiscono agli effetti.

L'ultima specie di revoca, invece, qualitativamente più importante, merita ulteriori considerazioni. Che la revoca discrezionale si applichi solo ad atti discrezionali non pare dubbio: sarebbe, infatti, inconcepibile lasciare in facoltà dell'Amministrazione il discrezionale apprezzamento della causa o del momento del ritiro di un atto, quando questi sono insiti nella natura del diritto che l'atto contiene, o sono voluti espressamente dalla legge o sono liberamente assunti dall'Amministrazione in vincolo sinallagmatico.

Ma la determinazione del come e del quando un atto discrezionale sia discrezionalmente revocabile, costituisce veramente il punto cruciale della questione (84).

(84) Non è inutile qui ricordare, nel valutare l'importanza della revoca discrezionale, che per un certo periodo storico, nello svolgimento delle istituzioni di diritto amministrativo in Italia (dall'abolizione dei tribunali del contenzioso, nel 1865, all'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato, nel 1889), sulla revoca discrezionale si imperniò la tutela di tutti i legittimi interessi del cittadino ed è forse questa la ragione, dirò così, tradizionale che ha attirato l'attenzione della dottrina esclusivamente su tale figura di revoca. Cfr. BIA MONTI *Nota critica sulla nozione di "diritto alla legittimità degli atti della Pubblica Amm.ne"*, in *Studi Giur. in onore di V. SIMONCELLI*, Napoli, 1917, pag. 548.

È ovvio che la ricerca non può vertere, subbiettivamente, sulla natura del potere discrezionale della Pubblica Amministrazione, poichè qui non si tratta di indagare l'essenza o i limiti di questo nè di vedere come è costituito un atto discrezionale, come si determina la volontà amministrativa nell'emanarlo e quali sono le sue condizioni di validità.

Preme qui piuttosto osservare che, obbiettivamente, un atto discrezionale è il risultato di un rapporto che la Pubblica Amministrazione è facultata dalla legge ad istituire tra il pubblico interesse e le circostanze di fatto e di diritto sulle quali esercita la sua concreta attività (85).

La Pubblica Amministrazione in tal caso, non fa che *fissare* nella causa giuridica dell'atto emanato gli estremi di fatto e di diritto di quell'apprezzamento discrezionale, che resta, per così dire, immobilizzato dalla norma obbiettiva.

La determinazione subbiettiva del valore variabile x di uno dei termini del rapporto, demandato al potere discrezionale dell'Amm.ne, una volta effettuato in virtù di quella speciale modalità del conoscere e dell'apprezzare che costituisce l'essenza prima del potere discrezionale, fa perdere al rapporto stesso ogni carattere di indeterminatezza e lo fa entrare nel commercio giuridico come entità assoluta, a sé stante, fissa ed irrevocabile, cioè come entità avente tutti i suoi elementi obbiettivamente accertabili.

Per quanto i più recenti pregevolissimi studi sulla nozione di causa dell'atto amministrativo tendano ad attenuare il requisito delle obbiettività (86) a me sembra che quella concezione non sia da ripudiare.

(85) Credo che proprio dalla confusione tra il punto di vista obbiettivo e quello subbiettivo, cioè dalla poco netta separazione tra attività discrezionale e potere discrezionale, sia derivata la disputa se la discrezionalità sia una attribuzione o modalità dell'agire (LEVI, *Attività lecita individuale e attività discrezionale amm.* in *Studi per F. CAMMEO*, cit., II, pag. 95-96) ovvero un attributo proprio del conoscere o dell'apprezzare (CHIOVENDA - *Manuale di dir. proc. civ.*, Napoli 1923, pag. 294); per la dottrina, sul potere discrezionale, cfr. il mio lavoro su *La natura giurid. dell'eccesso di potere* cit.

(86) Cfr. BODDA - *La nozione "di causa giuridica", della manifestazione di volontà nel diritto amm.* Torino, Istit. Giur. della R. Univ. 1933 pag. 52 n. 1. Il BODDA, nella sua lucida monografia, mi rimprovera (pag. 30, n. 1) non solo un eccessivo rigidismo nella concezione obbiettiva della causa dell'atto ammini-

La nozione di causa dell'atto amministrativo deve pur sempre riferirsi al momento in cui la norma obbiettiva riconosce giuridica rilevanza all'effetto specifico voluto dal soggetto volitivo con la sua manifestazione di volontà; e siccome il presupposto generico di tutta l'attività amministrativa è costituito dal pubblico interesse, senza di che non si concepisce attività di soggetti investiti di potestà amministrativa, causa dell'atto amministrativo è la specifica condizione, il concreto ed obbiettivo scopo di pubblico interesse in vista del quale la norma positiva riconosce la giuridicità dell'intento e, conseguentemente, dell'effetto che l'agente si proponeva di raggiungere col suo atto. Tenuta, dunque, per ferma l'obbiettività della causa, discende da quanto sopra è detto che la Pubblica Amministrazione, ogni qual volta emana un atto discrezionale, fissa, per l'ordinamento giuridico, una particolare condizione di pubblico interesse, che è la risultante

strativo, ma una completa trascuranza dell'elemento teleologico, cioè dell'intento nella determinazione di essa. Per quanto attiene al primo rilievo, l'accenno contenuto nel testo mi dispensa qui dall'insistere su un carattere che io ritengo assoluto e che mi pare costituisca una vera e propria garanzia per il privato; per quanto riguarda invece la sistemazione teorica dell'intento dell'autorità amministrativa, alcune precisazioni sono necessarie a chiarire e a dare all'elemento teleologico quel risalto sufficiente a non far cadere la nozione e la definizione di causa negli inconvenienti delle teorie soggettiviste.

Causa di un atto amministrativo è, a mio avviso, (cfr. *La natura giur. ecc.* pag. 42 dell'Estr.) « la condizione particolare ed obbiettiva di pubblico interesse in presenza della quale la legge riconosce come giuridico l'effetto che il soggetto agente voleva raggiungere... ». Risulta chiaro che l'intento del soggetto è elemento fondamentale della definizione, poichè senza l'intento di un soggetto agente mancherebbe il *quid*, cui la norma imprimerebbe il crisma della giuridicità; ma è chiaro anche che il solo intento del soggetto non basta a caratterizzare la causa dell'atto: occorre il riconoscimento positivo della norma perchè quell'intento, tendente a produrre un effetto, possa produrre un *effetto giuridico* e la norma di diritto amministrativo concede tale riconoscimento solo quando l'intento sia volto ad un effetto conforme, nella contingenza specifica, al pubblico interesse.

Il BODDA, con la solita precisa acutezza, non ripudia la concezione obbiettiva della causa, (che definisce « lo scopo concreto verso cui tendono gli organi amministrativi, nell'esercizio delle loro proprie attività », pag. 43) ma l'attenua enormemente sopprimendo del tutto la volontà della legge di fronte alla volontà del soggetto. Causa diviene dunque l'intento ultimo, lo scopo concreto del soggetto agente, poichè, sempre secondo il B. (pag. 47, n. 1) il soggetto di diritto pubblico mira sempre e semplicemente a produrre un dato effetto pratico; ed è poi l'ordinamento che si incarica di rendere giuridico quell'effetto: causa dell'atto è il primo

di un procedimento sillogistico (87) - semplice o complesso - nell'apprezzamento di tutti i presupposti specifici che la inducono in quella positiva determinazione.

Ora, nell'analisi dell'attività volitiva dell'Amm.ne, non si può prescindere dall'esistenza di tali presupposti, checchè se ne pensi nella dottrina privatistica (88).

Il fatto che di tali presupposti solo l'ultimo venga completamente realizzato nell'atto amministrativo, come quello costituente il *motivo ultimo* rivolto ad uno scopo concreto di pubblico interesse riconosciuto e protetto dalla norma obbiettiva, non significa che gli altri rimangano tutti irrilevanti; esiste, anzi, un nesso obbiet-

(effetto pratico) non la qualificazione meramente sovrapposta che l'ordinamento gli attribuisce. Ma, se bene ho interpretato il pensiero del BODDA, allora tutti gli effetti voluti dai soggetti investiti di potestà amministrativa sono giuridici, cioè sono riconosciuti idonei a innovare situazioni preesistenti e quindi tutti gli atti emanati da cotali soggetti sono validi, a meno che non abbiano vizi *soggettivi od oggettivi*; in altre parole la causa di tutti gli atti amministrativi è sempre giuridica, per definizione, essendo sufficiente alla sua giuridicità il fatto che l'organo agente intendeva raggiungere uno scopo concreto che, a suo soggettivo parere, era conforme al pubblico interesse.

Se si ritiene che sulla nozione di causa non influisca il riconoscimento della norma, se cioè si ritiene sufficiente il solo elemento teleologico subbiettivo, a parte il fatto che si cade nella teoria ripudiata ormai universalmente sulla subbiettività della causa dei negozi giuridici, mi sembra che - specialmente nel diritto amministrativo - si viene a negare quella efficace garanzia del cittadino che sta nel sindacato per eccesso e per sviamento di potere. Io credo invece (e in questo mi soccorre l'autorità del BONFANTE, i cui studi sulla causa, in Riv. Dir. Comm. 1908, pag. 115, sono fondamentali, e le precise osservazioni del FORTI, in *Foro Ital.*, 1932, III, 295) che il riconoscimento della norma è precisamente il segno della oggettivizzazione della causa e che agli estremi di quel riconoscimento bisogna riferirsi, per definire la causa del negozio. Sono d'accordo col BODDA sulla attenuazione *lato sensu* della oggettività della causa nel diritto amministrativo, ma tale attenuazione riguarda, a mio parere, i *motivi* presupposti, cioè i motivi specifici che concorrono alla determinazione della causa e che, in diritto amministrativo, contrariamente a quanto accade nel diritto privato, hanno costante e notevolissima rilevanza. Non riguarda invece la nozione pura di causa, in cui (ripeto le efficaci parole del BONFANTE) è sempre la volontà della legge che si pone sopra e, spesso, contro la volontà del soggetto agente.

(87) V. le mie osservazioni ne " *La natura giurid.* ", ecc. pag. 410, 411.

(88) Cfr. FORTI - *I motivi e la causa degli atti amm.* - in *Foro Ital.* 1932 cit., III, 298. Per la dottrina privatistica v. SEGRÈ, *Alcune osservazioni sulla dottrina della presupposizione nel dir. romano e nel diritto odierno*. *Scritt. Giurid.* I pag. 365.

tivo di interdipendenza tra l'uno e l'altro, sì che sovente dall'ultimo si può risalire al primo (89).

Dalla rilevanza dei motivi presupposti (90) postula che negli atti discrezionali (91) il rapporto fra il contenuto meramente psicologico della volontà del soggetto (intento) e le circostanze di fatto e di diritto, sulle quali questo venne a determinarsi, è accertabile positivamente.

Scomponendo e analizzando gli elementi di tale rapporto, io credo che nei motivi presupposti si possano e si debbano distinguere alcuni veramente *subbiettivi* costituiti dall'impulso volitivo interno e dalla rappresentazione e conseguente valutazione meramente psicologica di fatti e di eventi esterni, da altri, *obbiettivi*, costituiti dal complesso delle stesse circostanze esterne (di fatto e di diritto) sulla rappresentazione delle quali la volontà si determina, si avvia e si concreta, per il mondo giuridico.

Tutti tali motivi presupposti concorrono a formare la causa giuridica dell'atto, alla quale la norma imprimerà il proprio riconoscimento, immobilizzandone gli estremi per l'ordinamento.

Ma se la norma giuridica riesce effettivamente a fissare i motivi di ordine strettamente subbiettivo, perchè basano sulla volontà umana, non può soggiogare i secondi (presupposti di ordine obbiiettivo) che rimangono, in certo senso, governati dal gioco di svariate forze (fisiche, economiche, sociali) non regolabili o imperfettamente regolabili dalla norma di diritto: dei termini del rapporto, perciò, l'intento primo e la valutazione delle circostanze esterne rimangono ferme ed irrevocabili mentre i presupposti obbiettivi si sottraggono per l'avvenire al comando giuridico. I presupposti di ordine obbiiettivo esercitano, conseguentemente, una influenza per-

(89) Una applicazione - non mera recezione - della dottrina della presupposizione non può sorprendere, in quanto, *mutatis mutandis*, questa si adatta particolarmente bene al diritto amministrativo. (BODDA, *La nozione di causa* ecc. cit. pag. 22 e segg. e la dottrina italiana, francese e tedesca ivi citata).

(90) Rilevanza influentissima nel diritto amministrativo, ma non tale da duplicare la causa dell'atto (v. BODDA, cit., pag. 34).

(91) La causa degli atti discrezionali presenta interesse di gran lunga superiore a quella degli atti vincolati (CAMMEO, *Corso* cit., pag. 1292 e SOLAZZI, *Diritto Amministrativo, Appunti*, 1930-31 pag. 60) per i quali è fissata dalla legge (v. *La natura giurid.* ecc. cit. pag. 414 e BODDA, cit. pag. 57).

manente sulla causa dell'atto, in quanto dalla loro costanza, nella guisa in cui furono fissati dalla norma giuridica, dipende l'esistenza del rapporto tra il presupposto generico (pubblico interesse) e la causa dell'atto amministrativo; dalla loro costanza dipende, in altra parole, la certezza dell'equilibrio venutosi a creare tra le situazioni giuridiche preesistenti e le nuove prodotte dall'atto in questione. L'analisi del contenuto e della determinazione della volontà porta, perciò, a concludere:

a) la causa dell'atto amministrativo discrezionale è la risultante di un rapporto che il soggetto è facultato ad istituire fra il pubblico interesse e le circostanze di fatto e di diritto in ordine alle quali la sua volontà si determina concretamente;

b) i presupposti specifici dell'atto amministrativo, sempre rilevanti per l'ordinamento, si distinguono in motivi di ordine strettamente subiettivo (conoscenza, impulso volitivo, rappresentazione delle circostanze esterne, valutazione di tale rappresentazione) e in presupposti di carattere obbiettivo (evenienze di fatto in sè e per sè considerate e obbiettivamente accertabili);

c) la norma, qualificando la causa dell'atto come giuridica, fissa per l'ordinamento i motivi e i presupposti, riconoscendo la base giuridica dell'atto;

d) tale cristallizzazione vale in senso assoluto per i motivi di ordine subiettivo; vale, invece, in senso relativo per i presupposti obbiettivi, che restano fissati solo al momento della emanazione dell'atto e non possono essere sottratti, per l'avvenire, al libero gioco delle forze fisiche, economiche, sociali ecc.;

e) il verificarsi di una variazione nei presupposti obbiettivi dopo l'emanazione dell'atto, può distruggere il rapporto che la volontà del soggetto aveva discrezionalmente creato e la norma aveva riconosciuto come giuridico.

Tali conclusioni non aderiscono alla tesi estrema degli amministratoristi sostenitori della presupposizione in senso stretto (92), per cui i presupposti di ordine obbiettivo funzionerebbero quasi da *condizione* per il verificarsi degli effetti giuridici dell'atto emanato (93).

(92) Cfr. BRAUN, *Die Entziehung staatlicher Orden und Ehrentitel in Preussen* (*Archiv des öff. R.* 1917, pag. 129 e segg.).

(93) Il soggetto in tanto avrebbe voluto, in quanto alla sua volontà erano presenti quelle evenienze.

L'errore di tale opinione è evidente poichè la condizione è una qualificazione della volontà, e, come tale, riposa sull'intento ultimo realizzato nel negozio e riconosciuto dalla norma.

Nel dare ai presupposti di ordine obbiettivo il valore di una *condizione non sviluppata*, si vengono a confondere con quelli, i motivi di ordine subbiettivo e si priva di ogni certezza la costruzione giuridica, per l'influenza determinante che si assegna ai moventi di ordine strettamente psicologico (94).

In altre parole, la *condizione* rappresenta la realizzazione compiuta e immediata di un contenuto di volontà in un determinato evento; essa quindi è nella struttura esterna dell'atto giuridico ed è immobilizzata dalla norma appunto come contenuto di volontà. La *presupposizione* invece, nella opinione dei suoi rigidi sostenitori, non realizza compiutamente un contenuto di volontà e perciò non è come tale fissata dalla norma, ma riguarda più che altro la rappresentazione mediata fatta dei singoli eventi nei vari momenti dell'*iter voluntatis*: essa quindi non è immobilizzata dalla norma come contenuto di volontà, nè è fissata, nel momento della emanazione dell'atto, come una serie obbiettiva di eventi: non è nè l'uno nè l'altro e, nello stesso tempo, un po' dell'uno e un po' dell'altro; un po' volontà e un po' evento presupposto, un po' condizione e un po' base del negozio, con tale confusione tra *presupposizione* (presupposti obbiettivi) e *motivi* (contenuto psicologico, intento del soggetto) da non potersi accettare senza beneficio di inventario.

In virtù del quale, è forza riconoscere che i presupposti di ordine strettamente obbiettivo formano oggetto, ciascuno per sè e tutti insieme, di una rappresentazione volontaria e di una valuta-

(94) Il BOLZE (*Zur Lehre von den Konditionen*, in *Archiv f. die civ. Praxis*, LXXIV, pag. 459) aveva già criticato per questa ragione la dottrina del WINDSCHEID, così come questi l'aveva esposta nel primo dei suoi scritti sull'argomento (*Die Lehre des röm. R. v. d. Voraussetzung*, Dusseldorf, 1850, n. 69 pag. 85). Se non che la formula del grande giurista tedesco - nota giustamente l'OSTI (*Appunti per una teoria della sopravvenienza - La cosiddetta clausola rebus sic stantibus nel diritto contrattuale odierno*, in *Riv. Dir. Civ.* 1913, pag. 656) - nell'ultimo scritto polemico sull'argomento della presupposizione (*Die Voraussetzung*, in *Archiv f. die civ. Praxis* LXXVIII, pag. 200) ritorna peggiorata, avendo il W. quasi eliminato ogni sicuro criterio di differenziazione tra presupposizione e motivo.

zione e che perciò ognuno di essi realizza un contenuto di volontà (95) in grado maggiore o minore a seconda della forza di rappresentazione, cioè a seconda della intensità dell'intento del soggetto, in ordine rispettivamente a ciascuno di essi. Tali contenuti di volontà non si realizzano immediatamente nella causa giuridica dell'atto, ma nella loro mediatezza, ne formano la base obbiettiva, la quale può definirsi il complesso di quelle circostanze senza la presenza e la permanenza delle quali lo scopo perseguito dal negozio non può essere raggiunto (96).

In tal guisa i presupposti obbiettivi non funzionano da condizione, non basano, cioè, sulla volontà del soggetto, ma costituiscono la base obbiettiva dal negozio: non è che il verificarsi di un mutamento delle circostanze obbiettive fa venir meno il volere del soggetto, ma fa venir meno lo scopo del negozio, così come è stato fissato e riconosciuto dalla norma giuridica nella causa dell'atto.

Il contenuto di volontà realizzato solo mediatamente nei presupposti obbiettivi non agisce *come se* fosse stato realizzato nella sua immediata compiutezza (cioè, *come se* si fosse trattato di una condizione - *condizione non sviluppata*) ma ha una *vis* propria capace di produrre una *controazione* alla volontà che fu in effetti immediatamente realizzata (causa dell'atto), quando si verifica una *divergenza obbiettiva* (97) tra la realtà concreta delle cose e la rappresentazione corrispondente che il soggetto se ne era fatta al momento della emanazione dell'atto.

La controazione prodotta dal verificarsi di un contrasto tra il volere immediatamente realizzato e il volere realizzato solo mediamente nella *base del negozio* agisce sull'elemento causale del-

(95) OSTI, op. cit. pag. 693 § 6.

(96) Nella dottrina privatistica tedesca la formulazione della teoria della *base negoziale*, dovuta all'OERTMANN (*Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*. Lipsia 1921) per cui base del negozio è la rappresentazione del soggetto, percepibile all'esterno e dalla eventuale controparte riconosciuta nella sua importanza, dell'essere o del verificarsi di determinate circostanze sulla cui base la volontà del negozio si costruisce, fu criticata e perfezionata dal LOCHER (*Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck in Archiv f. civ. Praxis* 1923 pag. I-III) che rimproverò all'OERTMANN di essersi fondato apertamente sopra una accertabilità psicologica delle rappresentazioni non sempre possibile e sostituì a quella il concetto di *base del negozio* fondato sulle *circostanze obbiettive* e sullo *scopo concreto* da esso perseguito.

(97) Osti, op. cit. pag. 689.

l'atto, in guisa tale da farlo venir meno, da distruggere, in altre parole, il rapporto tra i quattro elementi (pubblico interesse, volontà, eventi esterni e scopo concreto) dell'atto in questione (98).

In conclusione, la causa della revoca discrezionale è dovuta al verificarsi, dopo l'ingresso dell'atto revocando nel commercio giuridico, di una *divergenza* tra le circostanze di fatto e di diritto sulle quali la volontà amministrativa si era determinata (realtà concreta delle cose: presupposti specifici obbiettivi) e la rappresentazione di quegli eventi che il soggetto si era fatta in relazione dei propri bisogni (motivi subiettivi), la norma aveva fissato nella causa dell'atto e tutti i cointeressati avevano riconosciuto.

Tale causa è obbiettiva, basando unicamente sui presupposti dell'atto, obbiettivamente accertabili nella loro concreta realtà; è sostanziale all'atto in quanto opera sulla *base giuridica* di esso e non può operare che in un momento successivo alla emanazione dell'atto, data la validità iniziale di questo e la conseguente impossibilità del sorgere di una *divergenza* nel momento stesso dell'ingresso dell'atto nel commercio giuridico (99).

RAFFAELE RESTA

(Continua)

(98) È questa la ragione per cui l'Osti, al quale spetta il merito di aver dato nuove precise formulazioni giuridiche al principio secolare della *clausola rebus sic stantibus*, con la sua teoria della *sopravvenienza* (v. gli studi dell'OSTI: *La cosiddetta clausola rebus sic stantibus nel suo sviluppo storico*, Riv. Dir. Civ. 1912 I, e segg.; *Appunti per una teoria della sopravvenienza. La c. d. clausola rebus sic stantibus nel diritto contrattuale odierno* Riv. Dir. Civ. 1913 pag. 471 e segg. e pag. 647 e segg.; *L'art. 61 Cod. Comm. e il concetto di sopravvenienza*, Riv. di dir. comm. 1916, I, pag. 356; *Revisione critica della teoria della impossibilità della prestazione*, Riv. dir. civ. 1918 pag. 209 segg., pag. 313 segg. pag. 417 segg.; *Applicazioni del concetto di sopravvenienza. Parte I^a. La risolvibilità dei contratti per inadempimento*, Imola, 1922) ritiene, nell'ultimo degli scritti citati (pag. I) che la c. d. condizione risolutiva tacita dei contratti bilaterali (v. supra I, § 10) non sia se non un'applicazione del concetto di *sopravvenienza*.

(99) Per quanto è detto nel testo risulta chiaro che, fondando la revoca discrezionale sulla *base giuridica* dell'atto amministrativo, io non aderisco all'opinione di coloro che identificano la causa dell'atto con la base giuridica di esso. Tale opinione, prevalente nella giurisprudenza e nella dottrina francese (HAURIOU, note in Sirey, 26, 3, 25 e in certo senso PHILIBERT, *Le but et le motif dans l'acte administratif*, 1931, pag. 134) è combattuta, a ragione, del BODDA (op. cit. pag. 20, 22), in quanto la base del negozio è un elemento sul quale la causa si forma, ma non è la causa, a formar la quale occorre pur sempre l'*intento* del soggetto, quasi afflato di creazione, per l'ordinamento giuridico.

APPUNTI SUL DIRITTO GIUDIZIARIO (*)

ERNESTO ZITELMANN, iniziando il suo celebrato studio su *il diritto consuetudinario e l'errore* (1), che doveva esercitare tanta influenza sopra la teoria della consuetudine, prendeva le mosse, ampiamente illustrandoli, da una serie di casi pratici, nei quali particolarmente acuto appariva il problema, che egli si accingeva a risolvere. Non parrà dunque strano se anche noi, iniziando il presente studio, che in parte si fonda sul lavoro del famoso giureconsulto tedesco, in parte tenta di esserne un complemento, prendiamo le mosse da un caso pratico, che sottoporremo a minuta analisi. Questo tanto più ove si pensi che l'ipotesi, sulla quale richiameremo da principio l'attenzione del lettore, è proprio - strana coincidenza! - la riproduzione italiana, *mutatis mutandis*, di una fra quelle controversie, che fornirono allo ZITELMANN lo spunto per il suo fondamentale lavoro; che, inoltre, detta ipotesi, stante la relativa frequenza con cui viene sottoposta all'esame dell'autorità giudiziaria, pare bisognosa, se non altro, di una più accurata indagine.

(*) L'espressione "diritto giudiziario", per indicare il diritto creato in giudizio è usata dallo SCHUPFER, *Manuale di storia del diritto italiano*, Le fonti, 4^a ed., Città di Castello, 1908, p. 191 [del resto anche gl'Inglesi parlano, a questo proposito, di *judiciary law*]. Poichè, come lo SCHUPFER stesso riconosce, il diritto giudiziario ha forti addentellati con il diritto consuetudinario, non ci sembra inopportuno ricomprendere sotto quella espressione anche l'uso giudiziario, salve le maggiori precisazioni volta per volta.

(1) *Gewohnheitsrecht und Irrthum*, nell'*Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 66, 1882, p. 323 e ss.

I.

1) Una recente sentenza della corte di cassazione del regno (sez. II^a, civ.; pres. AZZARITI; est. BUTERA; p. m. CONFORTI, conf.; in data 30 novembre 1931, *Foro it.*, 1932, 1, 87) ebbe a decidere che “ nelle provincie ex-pontificie, per il regolamento gregoriano in vigore sino al 1871, la servitù di passaggio si acquistava in virtù del suo esercizio per dieci o venti anni „.

Tale sentenza affronta e decide ancora una volta una questione, che non può dirsi definita, sebbene molti anni siano trascorsi dalla pubblicazione del codice civile nostro: se, cioè, fosse ammessa nei vari Stati, che esistevano in Italia prima dell'unificazione, la prescrizione acquisitiva delle servitù discontinue [e occorre appena aggiungere che, anche per quel che riguarda tale controversia, altro è prescrizione acquisitiva, altro è acquisto per virtù di possesso memorabile]. Siamo, dunque, in presenza di una questione di diritto transitorio, che però minaccia di trasformarsi in... permanente! Nè si può con sicura coscienza affermare che gli argomenti addotti nella sentenza citata siano tali, da consentire un progresso, anzichè un regresso, nella composizione della disputa. “ È altresì certo e non si controverte che anteriormente al 1° febbraio 1871 vigeva nel Lazio il regolamento gregoriano 10 novembre 1834 „ - scrive l'estensore della sentenza, il cons. BUTERA - “ che, richiamandosi al diritto romano, autorizzava che la servitù di passaggio si acquistasse per dieci anni fra presenti e venti fra assenti in base ai frammenti ecc. „.

Non pare dubbio a noi che colui, il quale legga le parole sovra riportate, sia necessariamente indotto a ritenere che il regolamento gregoriano affronti di petto la vessata questione e la risolva nel modo più sicuro; nella quale ipotesi egli non mancherebbe di stupirsi - ci sembra - che una disputa annosa si sia perpetuata attorno ad un testo legislativo semplice e piano. La verità, invece, è ben diversa: il regolamento gregoriano non richiama affatto il diritto romano, ma al § 1 testualmente stabilisce che “ le leggi del *diritto comune*, moderate secondo il diritto canonico e le costituzioni apostoliche, continueranno ad essere la norma dei giudizi civili in tutto ciò che non viene altrimenti disposto in questo regolamento „; il che, come appare evidente, è ben diverso.

2) Ciò premesso, il lettore attento rintraccerà facilmente l'origine della controversia affrontata dalla sentenza del supremo collegio. Essa

risiede nella genesi di quella famosa distinzione fra servitù continue e servitù discontinue, che, ignota al diritto romano, come la critica, anche non moderna, ha dimostrato, sorse e fiorì per opera di giuristi dell'epoca intermedia (che credettero di rintracciarla nelle fonti romane), affermandosi soprattutto attraverso l'opera chiarificatrice di BARTOLO. Questi, infatti, proponendo la celeberrima *infallibilis regula*, con la quale lo scriminare le servitù continue dalle discontinue diveniva relativamente facile, fece sì che una distinzione, ignota alle fonti, trionfasse nella pratica, anche perché non le mancava un contenuto sociale, che, più di ogni altro motivo storico, ne spiegava l'accoglimento nella curia e, più tardi, nel nostro codice (2).

Sarebbe del tutto inutile riferire qui per esteso le vicende della tanto discussa distinzione; compito, questo, già magistralmente svolto in una classica monografia di LEONARDO COVIELLO (3). Basti osservare che il fondamento logico posto a sostegno della medesima non era per nulla atto a sorreggerla. Come si poteva, infatti, sostenere che soltanto nelle servitù continue la "causa", era continua? Sarebbe stato sufficiente pensare che *possessio retinetur solo animo* (4) per convincersi che tale argomento era destituito di ogni base e che perciò, ai fini dell'usucapione, doveva adottarsi una soluzione unitaria; mentre invece, secondo la dottrina dei glossatori e di BARTOLO, le sole servitù continue erano soggette alla prescrizione acquisitiva di dieci

(2) Così, e a noi sembra con ragione, il BERLIRI, nel suo ottimo lavoro *Sulla distinzione delle servitù in continue e discontinue*, nell'*Arch. giur.*, voll. 106-7, 1931, p. 38 e ss. dell'estratto.

(3) *Della usucapione delle servitù prediali nel diritto civile italiano*, nella *Riv. it. per le sc. giur.*, vol. 10, 1890, pp. 161-174. Cfr. anche BERLIRI, *op. cit.*, pp. 1-40 dell'estr.; MARRACINO, *L'acquisto delle servitù per prescrizione*, Firenze, 1911, pp. 43-7; MORITTU, *Sul possesso senza titolo delle servitù discontinue in relazione all'azione di turbativa*, Cagliari, 1925, p. 44 e ss. Nessun cenno in proposito, invece, nell'opera del DE LA VILLE, *Trattato sintetico delle servitù prediali nei loro rapporti con gli altri istituti giuridici e con richiami agli aboliti codici civili d'Italia*, Napoli, 1907. Il lavoro dell'olandese HERMESDORF, *Voortduenheid bij erfdiensbaarheden* [La continuità nelle servitù], nel *Rechtsgeleerd Magazin*, 1930, stando al cenno di recensione apparso nell'*Ann. di dir. comp. ecc.*, anno 7, 1932, fasc. II, parte bibliogr., p. 48, conterrebbe enunciato il fondamento teorico di una distinzione tra servitù continue e discontinue, con un'analisi di tale distinzione presso i glossatori e nell'antico diritto francese.

(4) Cfr., per richiami storici, BERLIRI, *op. cit.*, p. 16.

o venti anni (fra presenti o fra assenti), potendosi invece le discontinue acquistare soltanto con il possesso immemorabile, il quale, com'è noto, presenta dei caratteri che, secondo la maggioranza, lo distinguono nettamente dall'usucapione (5). Appunto la mancanza di ogni base logica fece sì che la teoria di BARTOLO non trionfasse a lungo nella dottrina e trovasse l'opposizione recisa, fra gli altri, del LONGOVALLO, del DONELLO, del WESEMBECK, del DUARENO, i quali tutti, pur riconoscendo in linea di fatto la distinzione fra servitù continue e discontinue, ne sostennero l'irrilevanza ai fini della prescrittibilità, mettendo in piena luce l'erroneità del presupposto basilare, che non potesse conservarsi *solo animo* il possesso delle servitù prediali. « E la dottrina di AZONE e di BARTOLO, colpita nelle sue basi dommatiche ed esegetiche, e soprattutto spogliata di quella che era - almeno apparentemente - la sua unica ragione d'essere.... crollò fragorosamente, come ha efficacemente mostrato il COVIELLO nel suo menzionato studio sulla usucapione delle servitù prediali e fu dai dotti universalmente e spesso con dispregio abbandonata. Dal DUARENO al POTHIER.... tutta la dottrina continua per secoli a riconoscere la prescrittibilità *anche senza titolo* di tutte indistintamente le servitù, suscettibili o non suscettibili di continuo e ininterrotto esercizio di fatto (6). »

3) Senonchè, se nella dottrina la concezione di AZONE e di BARTOLO perdettero rapidamente terreno, fino ad essere considerata quasi con dispregio da alcuni scrittori, che la riguardavano come illogica e come contrastante con le fonti romane; nella pratica, invece, essa mantenne per lunghi secoli un predominio presso che incontrastato. Probabilmente, come si accennava dianzi, se pure la distinzione non era fondata sovra argomenti logici ed esegetici di sufficiente solidità, essa aveva in sè, pur tuttavia, un contenuto d'ordine sociale (per così dire), che giustificava un diverso trattamento delle servitù discontinue in rispetto alle servitù continue, sovra tutto per quel che attiene all'acquisto a titolo di prescrizione. Come attestano il PECCHIO, il CAEPOLLA, il DE

(5) Cfr. in senso leggermente diverso FADDA e BENSA, *Note alle Pandette del Windscheid*, note 55, 77 al libro secondo, p. 681 e ss. del vol. IV, ristampa, Torino, 1926, cui rinviamo per la letteratura sull'argomento.

(6) Così riassume il BERLIRI, *op. cit.*, pp. 24-5.

LUCA, il RICHERI (7), la distinzione era universalmente accolta nella curia. Espone fedelmente la situazione di quei tempi il BERLIRI (8) allorchè nota che quest'ostinata resistenza della curia ad accogliere le nuove dottrine, proposte in base ad una più esatta interpretazione delle fonti, prova che si radicava sempre più nella coscienza sociale quella persuasione di precarietà del possesso delle servitù discontinue, che costituiva la vera ragione, per cui glossatori e commentatori chiudevano gli occhi di fronte all'evidente insostenibilità della loro tesi.

Per concludere: mentre la dottrina di quei tempi rimaneva ferma nella esatta interpretazione delle fonti romane, sostenendo che tutte le servitù potessero acquistarsi per prescrizione *longi temporis*; la giurisprudenza pratica, invece, decideva nel senso che le servitù discontinue, in mancanza di giusto titolo (9), potessero acquistarsi soltanto per effetto di possesso immemorabile, o, almeno, di prescrizione *longissimi temporis*.

4) Dopo questa indispensabile premessa chiaro apparirà il problema sorto, posteriormente all'introduzione del codice civile nostro, per virtù dell'art. 21 delle disposizioni transitorie. Dovendo giudicarsi se una servitù discontinua potesse reputarsi acquistata con il possesso, "secondo le leggi anteriori", al giorno dell'attuazione del nuovo codice, si trattava, in primo luogo, di *determinare* questa legge anteriore; di decidere, cioè, se dovesse considerarsi tale la corrente teorica capeggiata dal DONELLO, in virtù della quale risultava ristabilita l'esatta interpretazione delle fonti; o, non piuttosto, l'altra corrente,

(7) Cfr. COVIELLO, *op. cit.*, p. 164 e ss.; BERLIRI, *op. cit.*, p. 30.

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

(9) Questa pratica penetrò anche nella legislazione statutaria italiana; ma gli statuti contengono, nelle diverse città, disposizioni assai diverse sul tema (cfr. MARRACINO, *op. cit.*, p. 46). Essa sorse e si diffuse anche all'estero: in Baviera era consacrata da uno speciale statuto; in Prussia se ne tenne conto in una legge del 1685; la Spagna l'accollse nella *Ley de las siete partidas* (citiamo sulle orme del BERLIRI, *op. cit.*, p. 30). Circa la complessa situazione in Francia v. MARRACINO, *op. cit.*, pp. 47-8; BERLIRI, *op. cit.*, pp. 33-7; SCUTO, *Delle servitù prediali*, lezz. dell'anno acc. 1928-9, Catania, 1929, pp. 358-9. Un cenno anche in L. COVIELLO, *Le servitù prediali*, lezz., lit. Napoli, anno acc. 1925-6, p. 281. Per il caso di titolo vero a non domino e per il caso di prescrizione addotta non come per sè stante ma come coniectura di un titolo, che s'invocava soltanto, ma di cui non si forniva la prova, v. L. COVIELLO, *L'usucapione*, ecc., cit., pp. 170-1.

che, pur *tenendo in non cale* la soluzione unitaria romana dominava incontrastata nella curia.

La recente sentenza della cassazione, citata al principio di questo studio, non si prospetta nemmeno il dubbio qui affacciato, e si ricollega alle norme delle fonti romane (secondo la retta interpretazione ristabilita dalla dottrina), senza nemmeno curarsi di passare la spugna sovra una prassi giudiziaria, durata centinaia d'anni ed accolta, infine, nel nostro codice. Essa si accontenta, quindi, anche per le servitù discontinue, della sola prescrizione acquisitiva, decennale o ventennale.

Moltissime sentenze, invece, hanno accolto l'opposto punto di vista, decidendo, cioè, che, in tanto una servitù discontinua poteva considerarsi acquistata con il possesso sotto il regime delle leggi anteriori, in quanto risultasse avverato, sotto tale regime, il possesso immemorabile, e non la semplice *longi temporis praescriptio* (10).

Ad esempio, per il Piemonte, si vedano in questo senso: App. Torino, 6 marzo 1930, *Il Foro subalpino*, 1930, 1176, *Giur. tor.*, 1930, 1401 (che però non affronta recisamente la questione); App. Torino, 28 giugno 1929, *Giur. tor.*, 1044; App. Torino, 14 settembre 1888, *Giur. tor.*, 679; App. Torino, 22 luglio 1887, *Giur. tor.*, 603 (più recisa delle altre nel senso sovra prospettato); App. Torino, 4 febbraio 1887, *Giur. tor.*, 240; Cass. Torino, 31 dicembre 1884, *Giur. tor.*, 1885, 173 (recisissima anche questa); Trib. Aosta, 14 giugno 1876, *Giur. tor.*, 505 (11). Per il ducato di Modena cfr. Trib. Massa *Giur. it.*, 28 luglio 1899,

(10) Cfr. cass., 15 luglio 1929, *La corte di cass.*, 1929, 1391.

(11) Per quanto attiene al Piemonte, si discute assai circa il momento in cui deve ritenersi avverato il possesso immemorabile, in rapporto con la interpretazione dell'art. 649 cod. alb. Alcuni pongono tale momento al 1° gennaio 1866 (giorno in cui entrò in vigore l'attuale cod. civ.); altri al 1° gennaio 1838 (giorno in cui entrò in vigore il cod. alb.); altri, ancora, al 1804, allorchè venne attuato anche nelle provincie piemontesi il cod. Napoleone. Per un esauriente esame della controversia si veda la nota contrassegnata dalla sigla A. A. P. in *Giur. tor.* 1887, 240-1. In questo scritto si propende per la prima soluzione. Soltanto per quanto concerne la Liguria (e qualora si tratti di passaggio abusivo) l'a. ritiene che la prova dell'immemorabile debba riportarsi al 1804, e ciò perchè in quella regione il codice francese fu in vigore senza interruzione dal 1804 al 1838. Per la Liguria cfr. app. Genova, 5 luglio 1886, *Eco genovese*, 375.

Per quel che concerne la Lombardia e il Veneto, si ricordi che il § 1470 del c.c. austr., introdotto il 1° gennaio 1816, ammetteva l'usucapione [trenten-

1, 2, 29; Trib. Modena, 11 gennaio 1886, *R. leg.*, 18; Cass. Torino, 6 aprile 1893, *Giur. tor.*, 276 (12). Per il granducato di Toscana cfr. App. Firenze, 18 marzo 1916, *Foro it.*, 1, 685; App. Lucca, 28 maggio 1908, *La cass. di Firenze*, 1909, 76; App. Firenze, 27 maggio 1903, *Annali*, 346; Cass. Firenze, 7 dicembre 1891, *Annali*, 1892, 23. Per l'Italia meridionale v. App. Catanzaro, 30 aprile 1918, *Giur. calabrese*, 127 (l'immemorabile doveva essere compiuto prima del 1809, data della pubblicazione del codice francese nell'Italia meridionale); Trib. Avellino, 11 marzo 1910, *Gazz. processuale*, 37, 30; App. Napoli, 12 giugno 1889, *Gazz. processuale*, 30, 70 (per l'immemorabile, invocato come titolo d'acquisto delle servitù discontinue, secondo gli artt. 612 delle abolite leggi civili e 21 disp. trans. c. c., occorrerebbe provare un possesso rimontante sino al 1176. Quindi la prova testimoniale è esclusa); Trib. Avellino, 28 febbraio 1883, *Gazz. processuale*, 28, 106; Trib. Spoleto, 12 dicembre 1881, *Gazz. processuale*, 17, 94. Contra, però, Cass. Napoli, 13 luglio 1876, *Foro it.*, 1, 1041. Per la Sicilia v. App. Palermo, 13 dicembre 1883, *Circ. giur.*, 1884, 112 (prescrizione trentennale compiuta anteriormente alle leggi del 1819); App. Catania, *Foro civile*, 1923, 349 (immemorabile compiuto anteriormente al 1819); App. Catania, 26 Luglio 1918, *Giur. cat.*, 1918, 145. Contrarie però, almeno stando a quanto risulta dalle massime, App. Palermo, 16 dicembre 1881, *Circ. giur.*, 1882, 169; Trib. Palermo, 31 gennaio 1881, *Circ. giur.*, 207.

Prescindendo per ora dal regolamento giuridico negli Stati esopontifici, si può dunque, per quel che riguarda gli altri Stati italiani, affermare quanto segue: salvo pochissime voci contrarie, la nostra

nale] di tutte le servitù, anche discontinue [ma, a differenza del c. c. it., che per l'usucapione richiede il solo possesso legittimo, il cod. austr., invece, seguendo i principi del diritto romano, esigeva che il possesso, oltre ad avere i requisiti stabiliti dall'art. 686 del nostro cod. per il possesso legittimo, fosse giusto e di buona fede]. Cfr. cass., 16 luglio 1929, *Sett. cass.*, 1167; app. Venezia, 18 luglio 1929, *Foro veneto*, 411; trib. Como, 8 ottobre 1928, *Temi lomb.*, 1929, 32.

(12) Si noti che nel ducato di Modena le servitù di passaggio già acquistate col possesso immemorabile erano state conservate dall'art. 441 del c. c. estense del 1° febbraio 1852. Per le costituzioni estensi del 26 aprile 1771, le servitù discontinue potevano, in difetto di titolo, essere acquistate con l'uso pacifico, non clandestino e non precario per il corso di trent'anni [e quindi non mai con la sola *l. t. praescriptio*]. Cfr. app. Bologna, 12 luglio 1929, *Temi emil.*, 1, 2, p. 34, n. 757.

giurisprudenza è concorde nel ritenere che, sotto l'impero delle leggi vigenti in tali Stati, le servitù discontinue non potessero acquistarsi per mezzo della *longi temporis praescriptio*, ma per mezzo del possesso immemorabile, o, quanto meno, per mezzo della *longissimi temporis praescriptio*. I dissensi, che qui non è il caso di approfondire tanto è nota la questione, vertono solamente sul tempo necessario perchè si possa parlare di possesso immemorabile e sul momento in cui deve risultare compiuto tale possesso.

5) Giunti a questo punto, è tempo ormai di accertare quale regolamento legale avesse negli Stati ex-pontifici la questione che presentemente c'interessa; nonchè di precisare la posizione assunta dalla giurisprudenza nostra per quel che riguarda tale accertamento. Orbene, si può senz'ombra di dubbio affermare che esso atteggiamento è radicalmente contrario a quello dianzi esposto, concernente gli Stati italiani (diversi da quello ex-pontificio) anteriori all'unificazione. Ed, infatti, numerosissime sono le sentenze che, dovendo risolvere la vessata questione circa il tempo necessario per usucapire le servitù discontinue negli Stati ex-pontifici, decisero che per tale prescrizione bastassero (come per le continue) dieci anni fra presenti e venti fra assenti e che non fosse, quindi, affatto necessario il possesso immemorabile. Si confrontino in tal senso, oltre alla sentenza in principio ricordata (che però è priva di ogni argomento, valido od invalido che sia), Cass., 6 marzo 1929, *Foro it.*, 1, 381 (anche questa stesa dal BUTERA); Cass. Roma, 19 dicembre 1907, *Foro it.*, 1908, I, 146; Cass. Roma, 22 dicembre 1896, *Foro it.*, 1897, 1, 322; Cass. Roma, 29 aprile 1889, *Foro it.*, 1, 609; App. Bologna, 4 agosto 1911, *La giur. bol.*, 1912, 75. Contra, però, App. Bologna, 3 maggio 1880, *Riv. giur.*, 266; App. Bologna, 5 maggio 1883, *ivi*, 150; Trib. Bologna, 10 marzo 1885, *ivi*, 155 (di cui non si è potuto prendere diretta visione: citiamo sulla fede della massima); Trib. Bologna, 3 novembre 1902, *Foro bolognese*, 1903, 13 (che tutte richiedono l'immemorabile).

Orbene, si prescinda per un po' dalle ultime sentenze citate e si porti la nostra attenzione sulle altre: si vedrà che la cassazione di Roma prima, la cassazione del regno poi, sono state sempre fermissime nel ritenere che, anche agli effetti dell'usucapione, servitù continue e discontinue fossero del tutto equiparate sotto l'impero del diritto comune vigente negli Stati ex-pontifici. Senonchè, accolta tale

premessa, è lecito domandarsi: come si spiega lo stridente contrasto fra le pronunce della cassazione romana, da una parte, e quelle delle altre cassazioni e delle corti di merito del regno, dall'altra? come si accordano, soprattutto, le sentenze della cassazione di Roma con un fatto incontrovertibilmente accertato, e cioè con il fatto che la distinzione fra servitù continue e servitù discontinue, nonostante gli attacchi della dottrina, era rimasta saldissima nella pratica della curia romana? Se fosse vero quanto autorevolmente si afferma (13), e cioè che tale pratica "fu mantenuta sino al tempo dei codici", non vi sarebbe alcun modo di risolvere il contrasto, che rimarrebbe, così, inspiegabile.

In realtà, invece, la spiegazione che si offre è ben semplice (anche se insoddisfacente, come vedremo), ed è possibile ricavarla da quasi tutte le sentenze della cassazione romana dianzi citate; anzi, ancor meglio, da una nota dello SCHUPFER, in calce ad una di esse (14); nota che quasi mai è presente agli scrittori, che si sono occupati del presente tema.

Scrivo molto bene lo SCHUPFER che lasciare libera al magistrato di merito la scelta tra diverse opinioni, che abbiano tenuto il campo sotto l'impero di un diritto solo transitoriamente conservato, ha dato sempre luogo ad inconvenienti non lievi, che si sono risolti in una tale difformità di dottrine, tutte consacrate dalla patria giurisprudenza, da far quasi dubitare se i nostri predecessori fossero retti da norme di diritto. "Sarà vero", - soggiunge l'illustre storico - "che una data teoria abbia ricevuto il battesimo della dottrina e della giurisprudenza; ma, quanto a ricercare in qual tempo sia stata in onore e se fino agli ultimi anni altre teorie non l'abbiano trionfalmente sostituita, è questa un'indagine che generalmente si omette. Così è che, sedotti dall'autorità dei nomi ed anche un po' dalla simpatia verso determinati scrittori, trascinati dalla fama di quel ciclo glorioso delle decisioni della Rota romana, che prendono il nome di recenziori, molti non cercano altro vangelo, non pensando neppure alla *evoluzione di un diritto, di per sé instabile e progressivo*. E si respingono le opinioni più recentemente accettate come dottrine nuove, come

(13) L. COVIELLO, *Dell'usucapione*, ecc., cit., p. 170; MARRACINO, *op. cit.*, p. 47

(14) *Scienza e pazienza del domino nell'usucapione delle servitù secondo il diritto romano e comune*, nel *Foro it.*, 1897, 1, 322.

portati della moderna scuola di studi romanistici, senza por mente alla benefica influenza che la scuola storica ha pur esercitato a pro' di una limitata trasformazione del diritto comune, avvenuta segnatamente nell'ultimo decennio di vita di quel sapiente tribunale, che ne era il custode. Appunto la materia delle servitù ne somministra una prova „

E tal prova consisterebbe nel fatto (15) che, mentre per lunghissimi anni si era richiesto l'immemorabile per l'acquisto (attraverso il possesso) delle servitù discontinue; mentre, più tardi, alcuni si contentavano della prescrizione *longissimi temporis*; la giurisprudenza della Rota romana nell'ultimo decennio (1860 - 70) “ si era avvicinata al diritto giustiniano puro e con l'aiuto della scuola storica aveva saputo sceverare nei testi le varie fasi per cui le servitù erano passate nel diritto romano, così da ritenere sufficiente per tutte le servitù, continue o discontinue che fossero, la prescrizione *longi temporis* (16) „

Come emerge dalla sentenza della cassazione romana in data 22 dicembre 1896 e dalla citata nota adesiva dello SCHUPFER, il ripudio dell'antica pratica da parte della Rota romana si sarebbe prodotto con la *Centumcellarum transitus* del 1° ottobre 1865, *coram Cajani*. Tale mutamento giurisprudenziale sarebbe avvenuto in modo assai reciso e con un certo senso di compatimento, quasi, per chi ancora osava tirare in campo la combattuta dottrina; talchè - ne inferisce sempre il citato scrittore (17) - se il ripudio ufficiale dell'antica pratica avvenne soltanto nel 1865 (e fu confermato più tardi con la decisione 10 giugno 1870, *Romana transitus coram Sibia*), “ tutto il contesto della decisione dimostra come la nuova convinzione dei magistrati non datasse da allora, ed anzi risalisse assai tempo addietro, frutto di studi più profondi e più scientifici „.

6) Giunti a questo punto, noi non possiamo tacere il nostro reciso dissenso dall'ultimo apprezzamento dello SCHUPFER. Sta

(15) Col. 323.

(16) Soggiunge lo SCHUPFER che i nostri magistrati dapprima si ribellarono alla nuova dottrina, ma poi, sulle orme della cassazione romana, finirono con l'accoglierla. Tale constatazione è esatta (ed in parte soltanto) per quanto riguarda gli Stati ex-pontifici; inesatta, come emerge dalle pagine precedenti, per gli altri Stati.

(17) Coll. 333-4.

bene che la distinzione fra servitù continue e discontinue, così come era stata formulata da AZONE e da BARTOLO, si rivelasse priva di una solida base logica, come abbiamo ricordato dianzi; ma ciò non toglie che tale distinzione continuasse a prosperare nella pratica, molto probabilmente per quelle considerazioni d'ordine sociale, che il BERLIRI ha di recente messo sagacemente in luce. Ora, anche ammesso che colga nel segno lo SCHUPFER quando afferma, come si è visto, "che tutto il contesto della *Centumcellarum transitus* dimostra come la nuova convinzione dei magistrati non datasse da allora ed anzi risalisse assai tempo addietro",; sta di fatto, però (almeno a quanto ci risulta), che tale convinzione di privati studiosi non ebbe che raramente ad estrinsecarsi in pronunce ufficiali.

Per la verità, potrebbero sembrare contrarie alla nostra affermazione due sentenze che abbiamo potuto rintracciare e che, se non prendiamo abbaglio, non figurano menzionate nei precedenti studi su l'argomento. Alludiamo, così scrivendo, alla *Foroliv. transitus* del 24 aprile 1820, n. 175, ed alla *Veliterna transitus* del 28 gennaio 1828, n. 33 (cui si potrebbe fors'anche aggiungere la *Romana manutentionis et emend. damnorum* del 5 giugno 1833). Particolare peso dovrebbe conferirsi alla *Veliterna transitus*, in quanto essa dichiara espressamente infondata la distinzione fra servitù continue e discontinue. Senonchè, viene a togliere molta della loro importanza alle sentenze sovra ricordate la considerazione che in tutte era provata la necessità del transito o l'esistenza di un titolo, in forza dei quali si ritenne applicabile l'ordinaria *longi temporis praescriptio*. Orbene, quando soccorreva l'uno o l'altro di tali requisiti, già la vecchia giurisprudenza non esigeva l'immemorabile, ma si accontentava della prescrizione ordinaria. Ci si deve accontentare "*etiam decennali inter praesentes et viginti inter absentes, CUM TITULO TAMEN et scientia ac patientia fundi servientis*", proclamò la sacra Rota romana in varie sue decisioni (Dec. 398, nn. 6-7; Dec. 416, n. 11, § 14; Dec. 132, n. 5, § 17; cfr. *Sacrae Rotae Romanae decisiones recentiores in compendium redactae*, Venetiis, 1754). E la stessa Rota decise (anno 1753:) "*Sed haec servitus [itineris] ita constituta tamquam causam habens discontinuam non probatur fundo alieno nisi ope immemorabilis*. - Dec. 321, § 5: *Intellige de servitute itineris ex solo lapsu temporis inducenda. SECUS SI DE JURE ILLA DEBEATUR et solum sit in quaestione pars fundi unde illa debeat* (ibid). *Tunc vel exuberat quadragenario, vel sufficit usus aut*

possessio certae viae per decem annos inter praesentes aut viginti inter absentes (18). „

Come si vede, nè la *Veliterna transitus*, nè la *Foroliv. transitus* possono considerarsi innovatrici nella decisione [se pur non si nega che la motivazione della *Veliterna* contenga un elemento di decisa reazione contro la vecchia pratica]; talchè non può dirsi, come par di leggere fra le righe dello SCHUPFER, che accanto al “ripudio ufficiale”, del 1865 esistesse, anzi, preesistesse un “ripudio ufficioso”. Chè, anzi, possiamo dimostrare il contrario. Ed, infatti, abbiamo potuto rintracciare una sentenza del tribunale civile di Roma per le cause ecclesiastiche, in data 13 marzo 1854 (19), la quale ribadisce ancora una volta l'antica pratica (con le limitazioni dianzi lumeggiate), decidendo che, per acquistare attraverso la prescrizione un diritto di transito su terreno altrui, è necessario l'immemorabile, se non concorra un giusto titolo o la necessità: “Alla supposta giurisprudenza, - osserva il tribunale civile di Roma - “si trova conforme la pratica dei tribunali ed in specie della Sacra Rota, siccome fin dal 1619 fa fede la dec. 101, n. 5, § 4, tom. 2 recenz., e, nello scorso secolo, omesse le molte altre, la *Civitatis Castellanae*, 27 aprilis 1738, n. 8, la *Romana juris transit.*, 22 giugno 1787, n. 4. - NEL NOSTRO SECOLO trovasi poi la stessa massima stabilita nella *Nepesina juris transitus*, 4 luglio 1817, n. 2; *Perusina manutentionis super bono jure*, 16 maggio 1828; *Narniensis servitus*, 4 dic. 1820, e nelle magistrali *Romana manutentionis super bono jure*, 22 aprilis, n. 6, e la confermatória 23 giugno 1837, n. 9, av. l'emo Corsi, nelle quali, FORMITER DISCUSO ARTICOLO, si decise: *Certum est quod melioris notae doctores defendunt non aliter posse itineris vel viae servitus praescribi, nisi concurrente tempore immemorabili, et Rota, tam vetustioribus quam NOVISSIMIS TEMPORIBUS, TENUIT*...”

Sembra dunque a noi accertato, contrariamente al pensiero dello SCHUPFER, che la *Centumcellarum transitus* del 1865 costituisce ed

(18) Superfluo approfondire la disputa che regna nel nostro diritto positivo circa la possibilità dell'acquisto per usucapione della servitù di passaggio necessario. Cfr. per tutti, a tale proposito, G. SCADUTO, *La servitù di passaggio necessario*, Palermo, 1931, n. 29, pp. 54-8 dell'estratto da *Il circolo giuridico*, n. s., anno 1, fasc. 4, e anno 2, fasc. 1-2. Ivi anche ricche indicazioni di dottrina e di giurisprudenza.

(19) *Giornale del foro*, del Belli, 1854, 2, 211.

inizia il mutamento giurisprudenziale. Quali le considerazioni che si possono trarre da tale accertamento? Le seguenti, a nostro parere:

a) si spiega come mai il tribunale e la corte di Bologna abbiano quasi costantemente deciso che, sotto l'impero del regolamento gregoriano, non bastasse, nelle provincie sottoposte alla loro giurisdizione, la *longi temporis praescriptio* per l'acquisto delle servitù discontinue. Ed, infatti, essendo il mutamento giurisprudenziale avvenuto dopo il distacco di tali provincie dalla sovranità pontificia, esso - nel pensiero del tribunale e della corte di Bologna - non poteva riguardarle.

b) L'argomento principale, sul quale la giurisprudenza dominante, o, almeno, una parte di essa, si fonda per affermare che negli antichi Stati pontifici (escluse, secondo molti, le provincie annesse prima del 1870) fosse sufficiente la *l. t. pr.* per l'acquisto delle servitù discontinue, sta proprio nel mutamento giurisprudenziale, ravvisabile attraverso le ultime decisioni della Rota romana.

7) Fissate tali premesse, sarà bene ricordare quanto abbiamo accennato al principio di questo scritto: che, cioè, in Germania era sorta - come attesta lo ZITELMANN (20) - la stessa questione che ancor oggi si agita dinanzi ai nostri tribunali.

Nella Nuova Pomerania Occidentale (*Neu-Vorpommern*) esisteva un'antichissima consuetudine giudiziaria, in forza della quale, per l'acquisto di una servitù discontinua, non era sufficiente la prescrizione decennale o ventennale, ma si richiedeva invece l'immemorabile. Il *Reichsgericht* (II *Hilfsenat*), con sentenza in data 28 ottobre 1880 (*Entsch.*, III, n. 59, p. 210 e ss.), dichiarava priva di ogni valore tale consuetudine giudiziaria, come quella che si fondava esclusivamente su l'errata interpretazione di alcuni passi delle fonti. Ristabilendo, perciò, l'impero di queste ultime, dichiarava sufficiente la *l. t. praescriptio*.

Orbene, come lo ZITELMANN si è domandato se il *Reichsgericht* avesse la potestà di tenere in non cale una consuetudine giudiziaria ormai inveterata; così noi ci domanderemo - e la domanda non parrà strana, come si vedrà fra breve - se la Rota romana avesse la potestà di mutare la sua giurisprudenza; domanda, questa, che con la sua sola formulazione rivela la debolezza dell'argomento addotto dallo

(20) *Op. cit.*, pp. 324-5.

SCHUPFER e dalla giurisprudenza a lui immediatamente successiva, la quale appunto si fondò su l'avvenuto mutamento, senza nemmeno sospettare la sua possibile illegittimità.

Invero, il semplicissimo ragionamento della giurisprudenza dominante, anzi, quasi unanime, si può riassumere nei seguenti termini: la Rota romana, ed, in genere, i tribunali di tutti i paesi in cui era risorto a novella vita o in cui era stato ricevuto il diritto romano, giudicavano *applicando* il diritto comune, e cioè, come appare scritto a chiare note nella sentenza da cui abbiamo preso le mosse, applicando il diritto romano. Stando così le cose, poco importava che essa Rota od essi tribunali avessero per lungo tempo persistito in un'errata interpretazione delle fonti. Essi avevano la potestà di correggere quando che fosse il loro errore, di ristabilire l'impero del diritto scritto nel suo retto senso, di mutare, in poche parole, la propria giurisprudenza. Naturalmente, tale mutamento giurisprudenziale portava con sè degli inconvenienti non lievi, in quanto, applicandosi esso anche a fatti anteriori, veniva a deludere legittime aspettative, autorizzate, talora, da una pratica lunghissima. Tale obbiezione, però - si rispondeva giustamente - deve considerarsi destituita di ogni valore giuridico, posto che l'inconveniente messo in luce è il portato naturale della funzione meramente interpretativa delle sentenze, là dove esse applicano diritto obbiettivo preesistente; fatto per cui si può scrivere (sia pure, in detta ipotesi, con scarsa proprietà giuridica) che i mutamenti giurisprudenziali hanno efficacia retroattiva (21).

Ciò premesso, non v'ha dubbio che, quando le leggi (ad es. il § 1 del regolamento gregoriano) richiamano il diritto comune, esse intendono alludere al diritto romano. Così, quando nell'anno 1495 al tribunale camerale dell'impero allora costituito venne prescritto di giudicare "secondo i diritti dell'impero e comuni", nelle parole "diritti comuni", è compreso senza dubbio, se non esclusivamente, il diritto romano (22). Corrisponde certamente a verità l'affermare che durante l'epoca di mezzo il diritto romano risorse a nuova vita nella forma ri-

(21) Così GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, p. 430 e ss.; LAMBERT, *Etudes de droit commun législatif*, vol. I, *Les conceptions étroites ou unilatérales*, p. 20; ROUBIER, *Les conflits de lois dans le temps*, vol. I, Paris, 1929, p. 25, testo e nota 2.

(22) Così, letteralmente, WINDSCHEID, *Pandette*, trad. di Fadda e di Bensa, vol. I, ristampa, Torino, 1925, pp. 3-4, testo e nota 7.

cevuta nella compilazione giustiniana (23), chè questa soltanto era stata presa in esame dallo studio bolognese; ma incapperebbe, evidentemente, in un grossolano errore chi da tale esatta premessa volesse inferire, contro la realtà dei fatti, che per lunghi e lunghi secoli il diritto giustiniano puro imperasse in Italia ed in gran parte dell'Europa. Va da sè che, così scrivendo, non intendiamo alludere a tutto quel complesso di diritto statuario e di diritto consuetudinario *stricto sensu*, che nei vari

(23) Non va frainteso il significato della massima *quidquid non agnoscit glossa nec forum agnoscit*. Non bisogna, cioè, affermare che il diritto romano rifiori o venne ricevuto secondo l'interpretazione attribuitagli dai glossatori e dai postglossatori. Non v'ha dubbio che in pratica la glossa ed i commentari acquistarono assai spesso forza di legge (cfr. ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, 4^a ed., I, 1, Bologna, 1882, p. 42, nota 7); ma ciò non deve esimerci dall'affermare che a tale valore pratico non si accompagnava, di per sè, un valore teorico. Con altre parole, la massima *quidquid non agnoscit glossa nec forum agnoscit* vuole soltanto indicare, esattamente, che i passi del *corpus iuris* non glossati non avevano autorità; vuole soltanto delimitare, per così dire *quantitativamente*, l'estensione del risorgimento o della recezione del diritto romano. In pratica, invece, il suo significato fu assai spesso stravolto: essa venne intesa, cioè, anche nel senso che nei casi controversi dovesse prevalere l'opinione della glossa o, addirittura, che quest'ultima dovesse preferirsi al testo [a questo proposito cfr., ma in senso giustamente contrario, SCHUPFER, *Fonti*, cit., p. 294]. Il SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. Scialoja, vol. 1^o, Torino, 1886, nella nota e alla p. 91, critica giustamente l'opinione che in Germania non fosse stato adottato il *corpus iuris* nei limiti segnati dai glossatori, ma piuttosto la pratica giuridica italiana [L'autore criticato dal S. è il SEIDENSTICKER, *Juristische Fragmente*, 1802, II, p. 188; ma l'opinione del SEIDENSTICKER venne più tardi ripresa da altri scrittori, quali DELBRÜCK, SOHM, KARSTEN, GIERKE, citt. dal REGELSBERGER, *Pandekten*, I, Leipzig, 1893, p. 11, nota 23]. Egli fa osservare (pp. 90-1) che non si deve estendere l'immediata influenza della scuola bolognese al di là della delimitazione delle fonti; che, in particolare, non la si deve estendere alle opinioni dottrinali e, molto meno, alla critica del testo. Nello stesso senso cfr. WÄCHTER, *Pandekten*, I, Leipzig, 1880, pp. 57 e 60; REGELSBERGER, *op. cit.*, pag. 11, il quale nega che in Germania si fosse ricevuto l'*usus modernus* dei giuristi italiani ed afferma nettamente che "ciò che si credeva di applicare era il diritto giustiniano (cfr. anche p. 22, dove nega l'autorità alla glossa sia per la lettera del testo, sia per la sua interpretazione)."; DERNBURG, *Pandekten*, 5^a ed., vol. 1^o, Berlin, 1896, p. 11; SENTENIS, *Das practische gemeine Civilrecht*, vol. 1^o, Leipzig, 1868, p. 14; GIERKE, (O.v.), *Deutsches Privatrecht*, vol. 1^o, Leipzig, 1895, p. 37. Va da sè però (come si accennava dianzi) che, se ciò era vero in teoria, in pratica le cose andavano ben diversamente; ma di ciò più oltre, nel testo. Basti per ora osservare che ad es. il WÄCHTER, *op. cit.*, p. 57, ammetteva l'autorità delle opinioni difese dagli scrittori italiani ogni qualvolta esse fossero assunte al valore di una *totius mundi consuetudo*.

paesi si contrappose o si affiancò, come diritto nazionale o locale, al diritto comune o generale (24), riducendo quest'ultimo a funzione di fonte meramente sussidiaria (25). Vogliamo, invece, proprio alludere al diritto comune considerato come un corpo di diritto positivo ricevuto *in complexu* (26), ma che, ciononostante, non rappresentò mai un concetto unitario, bensì un concetto mutevole da luogo a luogo; un concetto, inoltre, sottoposto a continua evoluzione con l'andar dei tempi (27). Insomma, in sostanza il diritto comune è il diritto romano ammodernato, è quello che, appunto perciò, si chiama *usus modernus pandectarum*; uso moderno, che varia nei diversi paesi, talchè, accanto all'*usus modernus iuris Romani in foro germanico* (28), abbiamo il

(24) Cfr. BRUGI, *Il trionfo del diritto comune in Italia*, nei *Nuovi saggi per la storia della giurisprudenza e delle Università italiane*, Torino, 1921 (saggio 2°), p. 60. La distinzione (e la corrispondente terminologia) fra diritto comune e consuetudini è ricevuta, com'è noto, anche in Inghilterra, dove si distingue (come vedremo meglio più avanti) la *common law* dalla *customary law*. Questa nomenclatura è passata nel diritto inglese per il tramite del diritto canonico, che, si può dire, è stato sostanzialmente ricevuto in Inghilterra per quanto riguarda il regolamento della consuetudine. Cfr. SALMOND, *Jurisprudence*, 8ª ed., London, 1930, p. 223.

(25) Cfr. BRUGI, *op. cit.*, pp. 76-7; GIERKE, *op. cit.*, pp. 17 e 39; WINDSCHEID, *op. cit.*, p. 5; CALASSO, prolusione cit. *infra*, in fine.

(26) È questa l'opinione dominante, cui aderisce anche il WINDSCHEID, *op. cit.*, pp. 5-6, dove anche numerosi richiami di letteratura. Fra gli autori contrari, posteriori al WINDSCHEID, cfr. soprattutto GIERKE, *op. cit.*, pp. 37-9. Il GERBER, ben noto per suoi tentativi di precisazione del concetto di diritto comune, nel suo *System des deutschen Privatrechts*, 16ª ed., Jena, 1901, scrive (p. 2, nota 3), riferendosi ai suoi precedenti lavori (qui per implicito richiamati) che non possiamo con molta facilità privarci dell'espressione "*recezione in complexu*", sebbene essa conduca necessariamente ad un malinteso. Ed infatti, essa induce a ritenere che il diritto romano sia stato ricevuto in Germania così come sarebbe ricevuto oggi un corpo di leggi, p. es. un codice straniero. Quando si parla di *recezione in complexu* si mira, più che altro, a mettere in luce un aspetto negativo del fenomeno, e cioè il fatto che il diritto romano non venne adottato frammentariamente, ma come un tutto, un tutto organico, *ma vivo*, che portava in sè la possibilità di *mutamenti interni*. Dopo di che il GERBER può, nonostante la sua premessa, legittimamente concludere che in realtà il diritto romano applicato nell'epoca intermedia era qualche cosa di ben diverso dal diritto giustiniano.

(27) Ciò è stato messo di recente in luce anche dal CALASSO, nella sua prolusione *Il concetto di diritto comune*, letta nell'Università di Catania il 16 gennaio 1933. Grazie alla cortesia dell'a., chi scrive ha potuto (essendo già allestita questa parte del presente studio) consultarne una prima stesura, provvisoria e senza note.

(28) Cfr. GIERKE, *op. cit.*, p. 16.

mos italicus, abbiamo il *mos gallicus* (29) e così via (30). Riassume esattamente la situazione il CASAREGIS quando scrive (31): “*Sub appellatione iuris communis non solum venit ius Romanorum, sed omnes limitationes, ampliaciones, declarationes quas recipit ius commune in eadem materia Et haec conclusio vera est; nam vulgariter loquendo per ius commune semper intelligitur quoque omnis Doctorum interpretatio. Nam vulgaris eloquutio et communis usus loquendi solum attenditur.*”

8) Orbene, è facile affermare che tale processo di ammodernamento fu messo in atto, almeno in parte, *intenzionalmente*. Specie nei tempi immediatamente successivi al risorgimento del diritto romano, allorchè quest'ultimo era non soltanto di nome, ma anche di fatto il diritto comune; allorquando, cioè, la validità di leggi o consuetudini ad esso contrarie era posta in dubbio e, talvolta, addirittura negata; allorquando, insomma, il diritto comune era fonte principale e non soltanto sussidiaria; gl'interpreti, dovendo regolare istituti sorti nella pratica e pur non potendo in teoria ricorrere al diritto romano, sia

(29) Sulla portata dei termini *mos italicus* e *mos gallicus* cfr. CHECCHINI, *Storia della giurisprudenza e interpretazione della legge*, nell'*Arch. giur.*, vol. 90, 1923, pp. 172-5.

(30) Cfr. BRUGI, *op. cit.*, p. 77, e *Come conoscere facilmente il diritto comune per il suo uso odierno* (13° dei Nuovi Saggi citt.), pp. 180-1; CALASSO, *prolusione cit.*, *passim*, e specialmente verso la fine, dove l'oratore dice che, declinato l'impero, per diritto comune non s'intendeva più il puro e semplice testo del diritto romano giustiniano, ma l'interpretazione che di esso dava la scienza. Insomma, il diritto comune era un diritto romano piegato dalla scienza. Molto esplicito in questo senso lo STOBBE, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, 3ª ed., vol. 1º, Berlin, 1893, p. 28, il quale ricorda che lo stesso SAVIGNY capitanò un movimento diretto contro una tendenza della scuola storica, volta a far considerare come regole vigenti le regole del diritto giustiniano puro. Sintomatiche altresì le parole dell'UNGER (cit. dallo STOBBE alla nota 21), che richiamano quelle del GERBER, riferite retro alla nota 26. V. anche CHIOVENDA, *Romanesimo e Germanesimo nel processo civile*, nella *Riv. it. per le scienze giur.*, 1902, ed ora nei *Saggi di diritto processuale civile*, vol. 1º, Roma, 1930, pp. 182-3, e specie alla p. 198, dove (nota 75) il processo comune è definito “processo romano corrotto”.

(31) *Ad statutum de successionibus ab intestato*, tomo terzo della ed. delle opere, Venezia, 1740, *Summarium* al § VIII, p. 80, n. 3. Il passo del CASAREGIS è ricordato nella citata prolusione del CALASSO, donde lo citiamo. Su quanto esposto nel testo v. qualche cenno anche del BUSSI, *Riv. di dir. priv.*, 1933, 2, pp. 11-14.

perchè questo mancava di norme in proposito, sia perchè le sue norme apparivano inadatte ai bisogni dell'epoca; gli interpreti - si diceva - ricorsero più volte all'espedito di trovare a tutti i costi nelle fonti giustinianee il fondamento giuridico della soluzione, che essi adottavano. Poco importava se tale risultato veniva raggiunto attraverso un'evidente stortura dei testi, ai quali spesso si faceva dire l'opposto di quanto statuivano. L'essenziale si era che tale soluzione apparisse non come il prodotto di una pura attività intellettuale degli interpreti, ma come una regola già sancita nei testi ricevuti di legge (32). Perciò, di fronte ad evidenti, inesatte applicazioni od interpretazioni di passi romani non dobbiamo senz'altro accusare gli interpreti di ignoranza e, peggio ancora (come diremo più oltre), ristabilire, in questioni di diritto transitorio, l'impero del diritto giustiniano puro. "... I giuristi, - scrive lo SCHUPFER (33) - " non erano soltanto degli interpreti, ma, simili ai *prudentes* dell'antica Roma, anch'essi, pur interpretando la legge, facevano ben altro che chiarirne il senso recondito: cercavano di adattare e di coordinare alla legge il diritto nuovo, quale si andava svolgendo nella vita. Che se talvolta violentavano il senso della disposizione legislativa, non per questo conviene tacciarli d'ignoranza, come taluno afferma; anzi, lo facevano con deliberato consiglio, appunto per servire alle esigenze della vita pratica, che era qualcosa di più e di meglio che non la sapienza civile di un mondo, che in parte era morto (34) „. Ciò non toglie, come è ovvio, che molti fraintendimenti di passi romani siano dovuti a veri e propri errori degli interpreti; errori che, talvolta, hanno originato addirittura nuovi istituti e nuove dottrine (35).

(32) Cfr. DERNBURG, *op. e vol. cit.*, p. 10, nota 8: " Nei primi secoli si sono con molta disinvoltura fondati su passi del diritto romano istituti giuridici in netto contrasto con il diritto romano... Il frammento romano serviva soltanto a colorire il risultato „. V. anche STOBBE, *op. e vol. cit.*, p. 37; CHIOVENDA, *op. e loc. cit.*, il quale riconosce la consapevolezza degli interpreti per qualche forzato adattamento delle fonti in tema di processo comune, pur osservando subito dopo esser difficile distinguere questi dai fraintendimenti dovuti ad equivoci.

(33) *Op. cit.*, pp. 294-5.

(34) Già prima si era espresso nello stesso senso il JHERING, *Geist des römischen Rechts*, 5^a ed., Leipzig, 1883, vol. II^o, 2, pp. 465-6.

(35) Per quanto riguarda il processo comune, v. a tal proposito CHIOVENDA, *op. cit.*, pp. 198 e 207, nonchè la nota 83 alle pp. 199-200; ancora CHIOVENDA, nella *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, 1, p. 7; CALAMANDREI, *La teoria dell'error in iudicando*

Va da sè che il più potente fattore di diffusione di questi fraintendimenti, voluti od inconsci, venne rappresentato dalla giurisprudenza pratica, la quale dunque - come è intuitivo e come è da tutti riconosciuto - svolse, nei varî paesi, una parte di prim'ordine quanto alla formazione del diritto comune. Se si guarda, insomma, alla sostanza delle cose, prescindendo dalla questione strettamente giuridica; se, cioè, per esprimerci in termini tecnici, si considera il fenomeno dal punto di vista storico-filosofico, anzichè - come faremo tra breve - dal punto di vista dommatico (36); si può senz'altro affermare che anche dopo il risorgimento del diritto romano l'interpretazione giudiziale (anzi, l'interpretazione in genere) ebbe un'eminente funzione creativa.

Ove si esamini lo stesso problema in rapporto al diritto odierno, dal primo punto di vista non si può nemmeno mettere in dubbio che anche oggidi l'interpretazione abbia un'efficacia creativa, inevitabile, se non altro, a causa dell'applicazione di regole astratte a casi concreti (37). Ma, prescindendo da considerazioni storiche o filosofiche, e considerando il mero aspetto dommatico del fenomeno, si ritiene dalla dottrina tradizionale [la quale, tutto sommato, può ancora considerarsi la prevalente (38)] che, almeno entro l'ambito di ordinamenti giuridici simili al nostro attuale, l'interpretazione abbia natura meramente dichiarativa. Ciò perchè, dovendosi considerare compiuto l'ordinamento giuridico [*rectius*: l'ordinamento

nel diritto italiano intermedio, ora ripubblicata negli *Studi sul processo civile*, vol. 1°, Padova, 1930, p. 69.

(36) È merito dell'ASCARELLI, *Il problema delle lacune e l'art. 3 disp. prel. nel dir. priv.*, nell'*Arch. giur.*, vol. 94, 1925, p. 235 e ss. (v. specialmente alle pp. 250 e ss.) l'aver posto il problema nei suoi veri termini, adottati nel testo.

(37) V. ancora ASCARELLI, *op. cit.*, p. 244. È questo l'argomento ripetutamente addotto dai "creativisti", dal BÜLOW, anzi dal KIERULFF in poi. Sostanzialmente è nello stesso ordine di idee anche la scuola viennese della *dottrina pura del diritto* (KELSEN, MERKL), che concepisce l'incompletezza dell'ordinamento giuridico come un riflesso dell'astrattezza delle norme legali. V. *infra* la nota 40.

(38) V. un'ampia rassegna critica (in difesa della teoria tradizionale) nella prolusione di FRANCESCO FERRARA, *Poteri del legislatore e funzioni del giudice*, nella *Riv. dir. civ.*, 1911, p. 490 e ss. Sulla *deutsche Lehre vom Richterrecht* v. altra ampia rassegna in MOKRE, *Theorie des Gewohnheitsrechts (Problementwicklung und System)*, Wien, 1932, pp. 107-119. Per indicazioni, abbastanza particolareggiate, degli autori francesi che si sono occupati della questione cfr. LEBRUN, *La Coutume*,

legislativo (39)] per virtù di una norma di chiusura simile al nostro art. 3 delle disp. prel. al c. c., il giudice è *reputato* accertare, dichiarare (*finden*, non *schöpfen*) il diritto esistente, ma non formulato, ogniqualevolta egli faccia ricorso all'analogia, *legis* o *iuris* (40), così *sostanzialmente* creando nuovo diritto (41). E alla stessa conclusione si giunge dalla dottrina dominante anche là dove viene espressamente concesso al giudice un più o meno ampio potere discrezionale nella decisione delle controversie a lui sottoposte. Infatti, anche in detta ipotesi, con un procedimento analogo a quello che fa dell'art. 3 una norma di chiusura dell'ordinamento giuridico, si considera, in virtù di tale concezione, come un'attività meramente dichiarativa del giudice quella che è senza alcun dubbio attività creativa. Con altre parole, si presume, *si finge* che l'ordi-

ses sources, son autorité en droit privé (Contribution à l'étude des sources du droit positif à l'époque moderne), Paris, 1932, nota 4 alle pp. 260-1. Adde ora RADULESCU, *La giurisprudenza quale fonte di diritto*, nella *Riv. int. di fil. del dir.* 1933, p. 469 e ss.

(39) Che non si debba parlare di compiutezza o di lacunosità dell'ordinamento giuridico, ma soltanto dell'ordinamento legislativo è stato dimostrato, in vari scritti, da G. BRUNETTI. Vedili citati nel suo ultimo lavoro in tema, *Il domma della completezza dell'ordinamento giuridico*, negli *Scritti giuridici vari*, vol. 4°, Torino, 1925, p. 164, testo e nota 2. Contro l'identificazione dei termini ordinamento legislativo e ordinamento giuridico effettuata da D. DONATI, cit. *infra*, pp. 30-1, v. l'efficace critica dell'ASCARELLI, *op. cit.*, p. 238.

(40) Si ricorre, dunque, all'espedito di una *finzione*, per mezzo della quale si pone come attività dichiarativa quella che è, senza dubbio alcuno, attività creativa. Il ricorso alla finzione viene effettuato più nettamente che dagli altri dall'ASCARELLI, *op. cit.*, *passim*. Il MIGLIORI, *Il concetto di funzione giurisdizionale*, ne *Il circolo giuridico*, 1932, I, pp. 278 e ss. [dove anche un'ampia e diligente rassegna delle varie dottrine e delle loro sfumature] ritiene (p. 299) che erri la dottrina tradizionale quando, sostenendo la dichiaratività della decisione giudiziaria, si fonda sull'art. 3 delle preleggi, in quanto essa dottrina non enuncia il fondamento su cui riposa l'obbligatorietà dell'art. 3. Il MIGLIORI affronta anche questo problema e lo risolve sostanzialmente ricollegandosi alla *Rechtsdynamik* del MERKL, che instaura, per così dire, un rapporto gerarchico fra le norme giuridiche. Cfr. la nota seguente.

(41) Tale orientamento è nettamente seguito dalla scuola viennese, che, non di meno, inquadra il principio della creatività della giurisprudenza entro limiti legali (così nettamente scostandosi dalla scuola del diritto libero). Non vi è e non vi può essere una compiutezza sostanziale dell'ordinamento legislativo, chè (MIGLIORI, *op. cit.*, p. 342) nessun legislatore può sfuggire alla necessità pratica di utilizzare, in una certa misura, libere concrete valutazioni del giudice [si pensi ai concetti di colpa, dolo, scusabilità ecc.]. Vi è, invece, una compiutezza formale dell'ordinamento

namento giuridico sia, anche in questa ipotesi, compiuto, per il fatto che il diritto non formulato viene espressamente richiamato dal legislatore, per il fatto che l'attività del giudice si svolge entro limiti legali, sia pure latissimi (42).

9) Orbene, se la questione dommatica può sembrare esattamente risolta in tal senso ove la si riferisca all'ordinamento nostro, e, in genere, ad ordinamenti provvisti di una "norma di chiusura", tale questione, invece, può lasciare incerti ove la si ponga nell'ambito di ordinamenti, in cui è per lo meno dubbia l'esistenza di tale norma. Questo perchè, a nostro parere, coglie nel segno quella corrente dottrinale, la quale non ritiene obbligatorio il ricorso all'analogia allorchè manchi una norma di legge che lo imponga. Per ritornare al nostro argomento, si abbia riguardo al processo italiano comune (43). Ivi era certamente nulla la sentenza emanata *contra literam legis*, cioè la sentenza che affermava una massima letteralmente contraria al testo della legge costituita; ivi era dubbia, per ragioni contingenti (44), la nullità della sentenza *contra rationem legis* [e doveva considerarsi tale (45) quella che si basava sopra una massima contraria ad una legge vigente, la quale non regolava in modo specifico il rapporto controverso, ma, in modo generico, diverse specie di rapporti, tra cui entrava anche quello dedotto in lite]; ivi, invece, era riconosciuta come pienamente valida la sentenza *contra simile* (o *contra similitudinem*) *legis*, ossia la sentenza, nella quale il giu-

legislativo, dato che il potere d'integrazione della legge deriva al giudice dalla legge stessa. Sulla dottrina pura del diritto v. ora lo scritto del Kelsen, *Arch. giur.*, 1933, vol. II, p. 121 e ss., apparso quando il presente lavoro era già da tempo composto. V. anche BETTI, *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, I, pp. 209-10, nota 5.

(42) Cfr. la nota monografia di DONATO DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910, specie alla p. 212. Tutto ciò vale anche per le c. d. giurisdizioni d'equità [e per i casi in genere, in cui al giudice appare concesso un potere discrezionale quanto ai criteri da adottare nella decisione]; ma di ciò più oltre.

(43) Quanto segue è attinto al bel lavoro del CALAMANDREI, *La teoria dell' "error in iudicando"*, ecc., cit., pp. 86-90.

(44) L'errore di diritto, per rendere nulla la sentenza, doveva essere espresso (cfr. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 119 e ss.). L'errore contro lo spirito della legge non era, evidentemente, espresso. Quindi esso non poteva, secondo alcuni, produrre nullità.

(45) V. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 88.

dice non aveva pronunciato la sua decisione secondo l'analogia (46), salve, s'intende, le eccezioni al principio (47). Per la verità il PINELLO (48) ritiene che il giudice avesse l'obbligo di sentenziare secondo l'analogia (49); ma, ciononostante egli sostiene la validità della sentenza data *contra simile legis* per il fatto che era rimesso al criterio del giudice il determinare volta per volta se in una legge non appropriata al caso singolo esistesse, o meno, una ragione di analogia; espediente, questo che riduceva a ben poca cosa l'obbligo di cui sopra, anzi praticamente lo distruggeva (50). Comunque, prescindendo da tale questione, è certo che, dopo la recezione, le sentenze applicanti norme di diritto romano avevano, da un punto di vista dommatico, indubbio carattere dichiarativo (51). Ed è appunto questo il carattere che maggiormente distingue la sentenza posteriore alla recezione dall'antica sentenza germanica. Quest'ultima, in cui gli scabini talvolta accertavano il diritto, scritto o consuetudinario, ma sovente fornivano essi al giudice il contenuto giuridico (*Rechtsinhalt*) (52) della sentenza, traendolo, in ultima analisi, dalla

(46) Per un esempio che prospetta nettamente la distinzione fra sentenza *contra rationem legis* e sentenza *contra simile legis*, cfr. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 89.

(47) Fra questi casi eccezionali si abbia presente quello addotto dal PINELLO, ricordato dal CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 90.

(48) Menzionato dal CALAMANDREI, *op. cit.*, pp. 89-90.

(49) Contrariamente all'opinione del PINELLO, si può dubitare che si trattasse, di un vero e proprio obbligo legale quando si pensi che, almeno secondo alcuni, era ammesso il c. d. *punto dell'amico*, cioè la facoltà del giudice di sentenziare a favore degli amici, allorchè non trovava un'opinione comune o altra da poter seguire letteralmente. Cfr. BRUGI, *Sentenze di giudici antichi e opinioni comuni di dottori*, nei *Nuovi Saggi*, citt., p. 95.

(50) Tale espediente si accosta assai a quello usato ancor oggi dai giudici anglo-americani, che riescono ad evitare l'applicazione di un precedente obbligatorio attraverso quelle distinzioni di fatto, che hanno meritatamente reso celebre la finezza di quei giuristi. Molto spesso tali distinzioni sono prive di reale contenuto giuridico e hanno valore puramente formale; ma anche in tali ipotesi esse rivestono importanza, in quanto servono a sottrarre un caso pratico all'impero di una regola, che non gli si adatterebbe.

(51) Ciò è messo magistralmente in luce dallo SCHULTZE, nel suo sempre bellissimo libro *Privatrecht und Process in ihrer Wechselbeziehung*, parte 1^a, Freiburg und Tübingen, 1883, pp. 124-5.

(52) L'applicazione all'antica sentenza germanica della distinzione [proposta dal LABAND, ma ad altri scopi] fra *contenuto giuridico* e *comando giuridico* (*Rechtsinhalt* e *Rechtsbefehl*) sta alla base della concezione dello SCHULTZE, *op. cit.*,

loro coscienza subbiettiva (53), era senza dubbio produttiva di diritto almeno in quest'ultima ipotesi (54) e poteva bene assimilarsi, sostanzialmente, alla legge (55), per questo e per altri caratteri accessori (56),

pp. 56 e ss.; 97 e ss., su questo, come su altri punti, vivacemente criticato. Ma, ove alla distinzione non si faccia dire più di quanto essa pretende, pare a noi che la posizione dello SCHULTZE sia da approvarsi. Gli scabini, da soli, non creavano diritto. Fonte di diritto era la sentenza considerata come un tutto, cioè con l'accessione del comando giuridico (v. SCHULTZE, p. 47). Bisogna dunque intendere *cum grano salis* frasi simili a quella usata dallo SCHUPFER, *Fonti*, citt., p. 191, per cui lo scabinato sarebbe (quando manca una norma di diritto scritto o consuetudinario) "un vero e proprio organo della formazione del diritto".

(53) V. SCHUPFER, *op. cit.*, pp. 191-2, il quale, dopo aver avvertito che, in mancanza di una norma giuridica, gli scabini giudicavano secondo un libero, ma coscienziioso arbitrio, "secondo la loro coscienza giuridica", aggiunge che "certo non è a ritenere che [gli scabini] sentissero il bisogno di riferire od adattare la regola che avevano rinvenuto [*rectius*, in questa ipotesi: dettato] a quelle già conosciute, o che cercassero di derivarla dai principi generali". Ciò conferma quanto abbiamo scritto sopra, sia pure relativamente ad un diverso periodo storico, quanto all'inesistenza di un obbligo legale ingiungente l'adozione del procedimento analogico. V. tuttavia le particolari norme della legislazione imperiale franca ricordate dallo SCHUPFER, *loc. cit.*, che però, a detta di quest'ultimo (p. 193), non fecero dovunque breccia; sicuramente non nei territori bizantini. Quanto all'arbitrio degli scabini, cfr. PERTILE, *Storia del dir. it.*, 2ª ed., vol. 1º, Torino, 1896, pp. 390-2.

(54) Lo SCHULTZE, invece (pp. 101-3), afferma che, in ultima analisi, sempre gli scabini trovavano nella loro coscienza subbiettiva il contenuto della sentenza, e ciò anche nell'ipotesi, in cui la fattispecie fosse prevista da una legge o da una consuetudine. Secondo il cit. autore, infatti, legge e consuetudine non vincolano gli scabini, ma costituiscono semplicemente fonti materiali, da cui essi possono anche allontanarsi (v. pp. 102 e 104-5). Vedremo più oltre che lo SCHULTZE assumerà la stessa posizione per quanto riguarda i rapporti fra pretore romano e *ius civile*; ma - prescindendo da ciò - si può affermare che la sovraesposta enunciazione dello scrittore cit. è contraddetta dalla realtà storica.

Come ricorda lo SCHUPFER (p. 191), le fonti longobarde distinguono nettamente le decisioni prese dai giudici quando sulla base degli editi, quando sulla base della consuetudine, quando sulla base di un libero, ma coscienziioso arbitrio. V. a tale proposito fonti ed autori citt. dal CALAMANDREI, *op. cit.*, nota 11 alle pp. 67-8.

(55) V. SCHULTZE, pp. 149, 415, dove l'antica sentenza germanica viene equiparata anche alla *formula* del pretore romano. Circa tale equiparazione, sulla quale torneremo più oltre, cfr. anche gli autori citt. dal CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 65, testo e nota 4.

(56) Ad es. perchè, come la legge, la sentenza è "immutabile e non impugnabile" (come scrive lo SCHULTZE, p. 149), ... Secondo questo autore, infatti, la *Urtheilsschelte* (o disapprovazione della sentenza), almeno originariamente va ben distinta dall'appello (p. 147), cui, pure, evolvendosi p. (154), andò ravvicinandosi. La *Urtheilsschelte*

anche se il diritto da lei creato era semplicemente diritto per il caso concreto (57).

10) Premesso, quindi, com'è ovvio, che dopo il risorgimento del diritto romano le sentenze emanate in applicazione di esso erano (da un punto di vista dommatico) sfornite di efficacia creativa, è lecito domandare come poterono introdursi ed acquistare giuridica rilevanza quelle modificazioni del testo giustiniano, che debbono certamente considerarsi parte inscindibile dell'ordinamento legale di quei tempi. Dato, poi, che queste modificazioni acquistarono, in ultima analisi, giuridica rilevanza per il tramite del foro, si potrebbe rispondere che, se non ogni singola sentenza, quanto meno una lunghissima serie di sentenze conformi, un *uso giudiziario*, poteva giustificare, almeno a *posteriori*, i mutamenti scientemente o inconsciamente apportati al testo giustiniano.

Giunti a questo punto, sorge però una grave questione, che ancor oggi si agita: ci si può domandare, infatti, se l'uso giudiziario vero e proprio, la giurisprudenza in sè e per sè considerata, indipendentemente dalle ripercussioni da lei prodotte, possa considerarsi come una valida fonte di diritto, e, più precisamente, di diritto consuetudinario.

È chiaro che la risposta a tale domanda varierà a seconda della posizione che si assuma in ordine all'essenza ed ai requisiti della consuetudine: ove si parta dalla concezione del LAMBERT (58), (concezione che poggia su di una non trascurabile base storica (59), secondo cui non può esistere consuetudine in senso tecnico-giuridico

non costituisce secondo l'aut. cit. un mezzo d'impugnativa, ma un mezzo volto alla determinazione dell'esatto contenuto giuridico di una sentenza futura. Su ciò v. anche CALAMANDREI, *La cassazione civile*, vol. 1°, Roma, 1920, p. 89 e ss., dove ampia letteratura.

(57) SCHULTZE, pp. 97-8; GIERKE, *op. cit.*, p. 177.

(58) *Etudes de droit commun législatif*, ecc., cit.

(59) Che, in origine, l'autorità dei capi giudicanti, non già la spontanea intuizione o convinzione popolare sia quella che, ispirando il senso dell'obbligatorietà, radica l'osservanza di certi principi, imprime a questi il valore giuridico, è insegnato dal diritto comparato e confermato dall'osservazione psicologica (testuali parole del BETTI, cit. *infra*, p. 12). Ciò è stato messo in luce particolarmente dal SUMNER MAINE. *Contra*, tuttavia, PEROZZI, *Ist. di dir. rom.*, 2ª ed., vol. 1°, Roma, 1928, p. 49.

prima della sentenza che la sanzioni; secondo cui la giurisprudenza è “l'agente necessario per la tramutazione del sentimento giuridico in norma di diritto (60)”; secondo cui, anteriormente alla sentenza del giudice, esistono soltanto degli usi, delle abitudini commerciali, delle pratiche, che la sola giurisprudenza potrà convertire in consuetudini giuridiche, aggiungendovi “un ordine permanente di esecuzione (61)”; si dovrà ammettere, per definizione, che l'uso giudiziario sia fonte di diritto (62). Altrettanto dicasi ove si adotti la tesi dell'AUSTIN (63), che, a questo proposito, sembra a noi coincidere con la precedente. Questo ormai vecchio autore inglese, as-surto a meritata fama solo in tempi relativamente recenti (64), par-tendo dal presupposto che non v'è diritto senza la sanzione del volere sovrano (65); che questo volere può manifestarsi anche in via indiretta attraverso le sentenze dei giudici, cui tale potere sarebbe

(60) *Op. cit.*, p. 802.

(61) *Loc. cit.*

(62) La tesi, troppo assoluta, del LAMBERT non ha avuto séguito. Essa è stata integralmente adottata soltanto dal PLANIOL (et RIPERT), *Traité élémentaire de droit civil*, II^a ed., Paris, 1928, vol. I^o, pp. 6 e 7, nota 3.

(63) *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law*, 5^a ed. a cura di CAMPBELL, vol. 2^o, London, 1885.

(64) Come attesta ora anche il MOKRE, *Theorie des Gewohnheitsrechts*, Wien, 1932, p. 119, il quale asserisce che le idee dell'AUSTIN penetrarono nella teoria generale del diritto tedesco solo attraverso l'opera dell'ungherese SOMLÓ.

(65) Come abbiamo ricordato dianzi e come vedremo meglio *infra*, la teoria inglese della consuetudine è basata sul diritto canonico. Orbene, per la Chiesa, già fin dall'epoca longobarda (così BRANDILEONE, *Lezioni di storia del diritto italiano*, lit., Roma, Sampaolesi, anno acc. 1928-9, parte I^a, p. 332) “non è il *populus fidelium*, ma la sola autorità gerarchica investita del potere di legiferare; però, se il popolo dà vita a nuove norme e crea una *consuetudo facti*, questa può diventare legge ed essere osservata come tale solo se ottenga, espressamente o anche tacitamente, l'approvazione dell'autorità gerarchica, la quale la dà oppure no, a seconda che le nuove norme posseggano certi determinati requisiti oppur no... Sul consenso del legislatore (*consensus legalis*) nell'antico e nel nuovo diritto della Chiesa cfr. il più recente lavoro in tema di consuetudine canonica: TRUMMER, *Die Gewohnheit als kirchliche Rechtsquelle*, Wien, 1932, p. 10 e ss., al quale rimandiamo per la letteratura. Il principio dell'*adprobatio* fu trasferito dal campo ecclesiastico al campo laico (cfr. PATETTA, *Storia delle fonti*, lezioni litografate, Torino, Giappichelli, 1932, p. 40), ma praticamente con scarsa efficacia (cfr. BRUGI, *Il trionfo del diritto comune in Italia*, nei *Nuovi saggi ecc.*, citt., p. 74, testo e note 51-2).

delegato (66); giunge alla conclusione (67) che il c. d. diritto consuetudinario “independently of the position or establishment which it may receive from the sovereign ... is merely a rule morally sanctioned, or a rule of positive (or actual) morality. It is, properly, *ius moribus constitutum*. It properly obtains as a rule through the *consensus utentium*; its only source or its only authors are those who observe it spontaneously, or without compulsion by the state „. In due modi questa “merely customary rule „, acquisterebbe rilevanza giuridica: o essa viene assorbita in una legge, o viene sanzionata da una sentenza, in modo da trasformarsi in un precedente obbligatorio: “In whichever of these ways it becomes a legal rule, the law into which it is turned emanates from the sovereign or subordinate legislature or judge, who transmutes the moral or imperfect rule into a legal or perfect one (68) „.

11) Sempre alla stessa conclusione dovrà giungersi ove si adotti una di quelle dottrine, che i Tedeschi chiamano *Faktizitätstheorien*; che, cioè astraggono da ogni e qualsiasi elemento subbiiettivo a proposito della consuetudine; che, cioè, ritengono giuridicamente efficace quest'ultima prescindendo e dall'assenso sovrano (*Gestattungstheorie*), e dal consenso tacito dei consociati (*Willenstheorie*) e dalla coscienza collettiva di questi ultimi, dalla loro convinzione (*Ueberzeugungstheorien*). Lo spunto per il rinnovarsi (69) di queste teorie venne

(66) L'AUSTIN giunge alla stessa conclusione a proposito della *iurisdictio* del pretore romano, commettendo un evidente errore, com'è stato da tempo e da molti dimostrato. Nello stesso senso W. JETHRO BROWN, cit. *infra*, p. 306.

(67) *Op. cit.*, p. 536.

(68) W. JETHRO BROWN, nel suo libro *The Austinian Theory of Law* (ristampa del 1926) scrive testualmente (p. 312) che “the precise rule which the judge applies is not necessarily law before such application „. Egli ammette che il giudice si senta vincolato dalla consuetudine, ma soggiunge che tale vincolo non è di natura giuridica. La tendenza del giudice a rispettare la consuetudine è “quite consistent with the view that custom is a persuasive, rather than an absolutely binding source of a legal rule „.

(69) Scriviamo “rinnovarsi „, perchè il FLUMENE, *Il valore della consuetudine quale fonte normativa nella patristica latina e greca*, Appunti, Sassari, 1922 (citiamo sulla base della recensione del JEMOLO, *Arch. giur.*, vol. 90, 1923, p. 126), afferma che alla domanda “perchè la consuetudine deve obbligare „, la patristica diede risposte sommarie e slegate tra loro: per evitare lo scandalo dei fratelli; perchè essa ha dietro

fornito in Germania, nel secolo scorso, dal LÜDERS (70); ma chi per primo diede loro formulazione precisa, traendone altresì pratiche applicazioni, fu lo ZITELMANN, nel suo articolo più volte citato, il quale concluse (71) che, in ultima analisi, la rilevanza giuridica della consuetudine deriva dalla forza d'inerzia, dalla potenza dei fatti, che da tempo durano (*die Macht der dauernden Tatsachen*). La coscienza collettiva è irrilevante; è necessario soltanto che una regola sia stata effettivamente applicata come norma giuridica là dove poteva trovare applicazione. Conclusione, quest'ultima, confortata più tardi dagli studi di GEORG JELLINEK, il quale, per illustrare la trasformazione del fatto in diritto, coniò la frase "*die normative Kraft des Faktischen*" (72) „, senza per altro nulla aggiungere, nella sostanza, al pensiero del suo predecessore. Infatti anch'egli, come lo ZITELMANN, conferisce esclusivo rilievo alla forza di inerzia, concludendo logicamente che "la fonte dell'efficacia vincolante del diritto consuetudinario è identica a quella del cerimoniale o della moda (73) „. Affermazione, questa, alla quale si accosta anche il LEBRUN, là dove scrive (74) che "l'autorité du droit coutumier se trouve fondée d'une façon générale sur cette considération très simple en même temps que rigoureusement exacte: le besoin, la nécessité du droit pour l'homme vivant en société, nécessité qui lui fait un devoir, une obligation juridique et morale d'observer les règles du droit „.

Chiaro appare che, partendo da questi concetti, non si potrà negare alla giurisprudenza il carattere di fonte di *vero e proprio* diritto consuetudinario; non si potrà negare, cioè, che l'*usus fori* in senso stretto (75) sia esso stesso una sottospecie del diritto consuetudinario. Ed invero, dato che la ripetizione del fatto ingenera di per sè di-

di sè il tacito consenso del legislatore, sarebbero state le due risposte più salienti. Ma molti padri si sarebbero limitati ad affermare che si deve rispettare quanto è prescritto dall'*usus antiquitatis*, senza dare, neppure implicita, una base al precetto.

(70) *Das Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete der Verwaltung*, Kiel, 1863, specie alla p. 52. Su quanto segue cfr. MOKRE, op. cit., *passim*, e specialmente, p. 54 e ss.

(71) *Op. cit.*, p. 464. Si noti, tuttavia, che più tardi lo ZITELMANN si ravvicinò leggermente alla *Gestattungstheorie* (cfr. *Internationales Privatrecht*, vol. 1°, Leipzig, 1897, p. 55).

(72) *Allgemeine Staatslehre*, 4^a ristampa, 1922, p. 338.

(73) *Op. cit.*, p. 339.

(74) *Op. cit.*, p. 221.

(75) Chiariremo più oltre il senso della precisazione.

ritto, poco importa che non sia ancora sorta nei consociati la "coscienza collettiva"; poco importa che non vi sia stato nemmeno il diuturno uso da parte dei consociati medesimi: *di per sè*, indipendentemente dall'accessione dei requisiti voluti dalla dottrina romano-canonica della consuetudine, l'*usus fori* costituisce diritto consuetudinario (76).

12) Lo strano si è, invece, che alla stessa conclusione siano giunti alcuni scrittori, che partono da una premessa radicalmente opposta. Si consideri, ad es., la posizione del GIERKE (77), di uno fra i pochi scrittori, cioè, che abbiano dedicato un'apposita trattazione all'uso giudiziario; tema, questo, invero troppo trascurato nella dottrina nostra ed in quella straniera. Il GIERKE aderisce all'*Ueberzeugungstheorie*, ma, ciononostante, afferma (78) che un uso giudiziario, consistente nella lunga ripetizione di sentenze uniformi, effettuata nella persuasione [dei giudici] della sua rilevanza giuridica, presenta tutti i requisiti del diritto consuetudinario, del quale esso *usus fori* può considerarsi una sottospecie. Pur tuttavia - secondo il citato autore - l'*usus fori* in ciò differirebbe dalla consuetudine: quest'ultima si fonda sulla convinzione del popolo, quello, invece, sulla convinzione dei giudici. La sua forza vincolante generale si spiegherebbe tenendo presente la particolare posizione dei giudici in rispetto al diritto; fatto per cui, mentre gli altri organi collegiali (amministrativi, costituzionali ecc.) possono, con la ripetizione di atti costanti, dar vita ad una pratica (*Herkommen*) (79), avente efficacia soltanto nell'ambito dei collegi stessi (e a contenuto, quindi, essenzialmente processuale); i collegi giudicanti, invece, possono dar vita a un diritto consuetudinario sostanziale, che ha valore per tutto il territorio sottoposto alla loro giurisdizione. "Ne consegue", - conclude a chiare lettere il GIERKE - "che l'uso giudiziario è una fonte di diritto nettamente distinta da tutte le altre". Il che significa, per esprimere più chiaramente il pensiero del grande scrittore, che l'uso giudiziario ingenera *di per sè* diritto consuetudinario, anche quando esso

(76) Questo afferma recisamente il LEBRUN, *op. cit.*, p. 260.

(77) *Op. cit.*, pp. 177-80. Indicazioni di letteratura alla p. 177, nota 2.

(78) P. 179.

(79) Cfr. GIROLA, *Le consuetudini costituzionali*, negli *Studi Urbinati*, anno V, 1931, nn. 3-4, cui rimandiamo per la letteratura sul tema.

non sia ancora penetrato nella coscienza collettiva, trasformandosi in consuetudine fornita dei requisiti voluti dalla dottrina tradizionale. Attraverso l'*usus fori* il ceto giuridico prende formalmente parte alla creazione del diritto; l'*usus fori* è il diritto dei giuristi (*Juristenrecht*), intesa quest'espressione non già figuratamente, ma in senso tecnico; per modo che, separando diritto dei giuristi da diritto consuetudinario, spicca netta l'antitesi fra *Juristenrecht* e *Volksrecht*, fra diritto dei giuristi e diritto del popolo. Nè si creda che il GIERKE sia a tale proposito isolato: alle sue stesse conclusioni giunge, infatti, anche il DERNBURG (80), il quale come lui afferma che l'*usus fori* ha rilevanza giuridica al pari della consuetudine (81); il quale come lui soggiunge, tuttavia, che il puro *usus fori* non è consuetudine in senso stretto; che questa sorge soltanto attraverso le azioni o le omissioni degli interessati (82); il quale come lui distingue, adunque, in senso tecnico, *Juristenrecht* da *Volksrecht* (83).

(Continua)

WALTER BIGIAVI

(80) *Op. cit.*, p. 64 e ss.

(81) *Loc. cit.*

(82) *Op. cit.*, p. 65, testo. Per quanto le sue espressioni siano incerte, sembra ritenere l'*usus fori* fonte di diritto anche il GLASSON, *Histoire du droit et des institutions de la France*, Tomo VIII, Paris, 1903, p. 216.

(83) Del resto, stando a quanto scrive il GENY, *op. cit.*, pp. 445-6, la stessa scuola storica considerava il *Juristenrecht* come una sorta di surrogato del diritto popolare. " Ses résultats apparaissaient comme une variété nécessaire du droit coutumier, ayant, à ce titre, force obligatoire.... Par là, non seulement on justifiait d'emblée la réception du droit romain non moins que celle du droit canonique par les juridictions séculières; mais encore on conservait, dans le moderne droit des juristes, une source, toujours vive et précieuse, de règles juridiques... "

CONNESSIONE DI REATI E PROCEDIBILITÀ DI UFFICIO

(NOTA)

1. — I delitti previsti dal capo I del titolo IX (delitti contro la libertà sessuale) e dall'articolo 530 del C. P. sono perseguibili a querela di parte; il legislatore, invero, non vuole che con la procedibilità di ufficio si dia loro una pubblicità che può recare alla persona offesa un danno forse maggiore di quello che le procurano i fatti delittuosi stessi. In base al n. 2 del 2 cap. dell'art. 542 C. P. si procede, però, d'ufficio se il fatto è connesso con un altro delitto per il quale si deve procedere d'ufficio: le ipotesi di connessione possono dipendere dall'unicità del fatto che viola diverse disposizioni di legge o da una pluralità di fatti uniti tra loro teleologicamente, consequenzialmente, occasionalmente (1).

La magistratura si è pronunciata di recente su numerosi casi di connessione dipendenti dall'unicità del fatto, e precisamente sulla connessione tra il delitto di violenza carnale (art. 519) e quello di atti osceni (art. 527). In tal caso, a norma dell'art. 542, 2° cap. n. 2, si deve procedere d'ufficio per il delitto di violenza carnale, perchè questo si trova ad essere connesso con un delitto perseguibile d'ufficio: verrebbero a mancare, in questa ipotesi, i motivi che hanno consigliato il legislatore a rendere perseguibile a querela di parte il delitto di violenza carnale.

(1) Questo è stato messo in luce molto bene dal GABRIELI, "La connessione dei reati ai fini dell'art. 542 n. 2 C. P.", in: *Annali di diritto e procedura penale*, 1932, pag. 1261.

Si pone la domanda: quale efficacia spiega sulla procedibilità d'ufficio del reato perseguibile normalmente a querela di parte la sopravvenienza di una causa di estinzione (amnistia) del reato perseguibile d'ufficio? Può il giudice, anche se non è stata presentata querela, conoscere d'ufficio del delitto di violenza carnale o deve dichiarare improseguibile l'azione penale?

2. — In una recente sentenza della Cassazione si sostiene la tesi della perseguibilità d'ufficio del delitto di violenza carnale, carattere che il delitto "conserva durante tutto il corso processuale e quantunque sopravvenga una causa estintiva del reato connesso. Ciò si desume dalla disposizione letterale dell'art. 542, 2° cap. n. 2, e dai lavori preparatori del codice penale vigente, nei quali non si accenna ad alcuna dipendenza processuale o subordinazione tra i due reati connessi per cui l'uno debba seguire le sorti dell'altro, mentre poi è risaputo, che, nonostante la estinzione del reato per amnistia, che opera sull'efficienza giuridica del fatto, in quanto, a causa dell'amnistia, si estingue il diritto di punire dello Stato, il fatto stesso permane come fatto materiale e storico per altre conseguenze di diritto.... (2).

In altre sentenze della Magistratura si nega invece la possibilità che il giudice debba conoscere d'ufficio del reato perseguibile a querela di parte (3).

La dottrina è pure divisa. Il MANZINI, occupandosi accidentalmente della questione, critica una sentenza della Cassazione, secondo la quale "il vincolo della connessione non resta eliminato per il fatto che uno di essi sia coperto dall'amnistia, perchè quel vincolo è affatto indipendente dalla perseguibilità o meno dei reati connessi...". A parere

(2) Cass. pen. 26 maggio 1933, in: *Foro Italiano* 1933, II, c. 298-300.

(3) In una sentenza del Tribunale di Novara (6 dicembre 1932, in: *Riv. it. di dir. penale* 1933, pag. 403 e sgg.) si legge: "con l'estinzione del delitto di atti osceni a seguito dell'avvenuta amnistia, non è più materialmente nè giuridicamente possibile parlare di connessione e di concorso, in quanto è venuto meno il presupposto essenziale dell'esistenza di un altro delitto....". Così anche la Corte d'Appello di Brescia (12 gennaio 1933 in: *Riv. Pen.* 1933, pag. 342 e sgg.) e il Tribunale di Torino (7 novembre 1932 in: *Foro Italiano* 1932, II, c. 403 e sgg.). Vedi però, in senso contrario, Corte di Appello di Torino (3 marzo 1933 in: *Scuola Positiva* 1933, II, pag. 368 e sgg.).

dell'illustre giurista, l'amnistia " non impedisce soltanto il procedimento per il reato da essa preveduto (il che sarebbe del resto sufficiente ad escludere la connessione sotto l'aspetto processuale), ma estingue addirittura il reato „ (4). Non è quindi possibile ammettere il proseguimento ex officio dell'azione penale per il reato perseguibile di solito a querela di parte. Infine da altri si avverte che, per ammettere nel caso in questione la perseguibilità d'ufficio „ non è sufficiente la esistenza di un fatto storico soltanto, quale sarebbe il delitto amnistiato; ma occorre che sussista un fatto punibile per il quale si debba procedere „ (5).

Contro questa tesi, d'altra parte, si obietta che l'azione penale è irretrattabile e che una volta iniziata non può essere sospesa, interrotta o farsi cessare se non nei casi espressamente previsti dalla legge (6). Il VULTERINI afferma che " con l'estinzione del reato di atti osceni, perseguibile d'ufficio, non viene a mancare anche la circostanza della pubblicità e permane la iniziale perseguibilità d'ufficio per i reati concorrenti, derivante dalla connessione con il reato di atti osceni, di cui quella circostanza è elemento costitutivo; solo nel caso che la circostanza stessa rimarrà esclusa, anche per i reati concorrenti cesserà la perseguibilità di ufficio „ (7).

3. — Per risolvere la questione bisogna anzitutto indagare quali siano le conseguenze che derivano dall'amnistia come causa di estinzione di uno tra due reati connessi, quando da tale connessione dipende la procedibilità di ufficio di un reato perseguibile normalmente a querela di parte. Nel caso nostro, l'amnistia concessa per gli atti osceni rompe la connessione tra questo delitto e quello di violenza carnale, e riacquista quest'ultimo l'indipendenza sì che la sua perseguibilità diventi possibile solo a querela di parte?

Per ammettere che il giudice, nonostante l'amnistia, debba conoscere del delitto perseguibile a querela di parte non si può far ri-

(4) MANZINI, Trattato di diritto processuale penale, 1931, vol. I, pag. 216, n. 1.

(5) GRIEB, in Riv. Pen. 1933, pag. 346 e sgg.

(6) LIPPOLIS, in Riv. Pen., 1933, pag. 342, e sgg.

(7) VULTERINI, Connessioni di reati e procedibilità di ufficio, in: Riv. Pen. 1933, pag. 323 e sgg.

chiamo all'articolo 170 C. P., perchè in questo articolo sono disciplinate questioni di carattere sostanziale, concernenti la punibilità, mentre la questione che ci interessa riguarda la procedibilità per il reato connesso e, come tale, presenta carattere formale.

Servirsi dunque dell'ultimo cap. dell'art. 170 per affermare che, se l'estinzione di taluno fra i più reati connessi non esclude per gli altri l'aggravamento di pena, a maggior ragione non deve escludersi la procedibilità d'ufficio, è un attribuire alla disposizione legislativa una portata ch'essa punto non ha. Le norme penali e processuali penali, entro i limiti dell'art. 4 disp. prel. Cod. Civ. non sono invero suscettibili di estensione analogica.

L'amnistia, in quanto toglie ad un reato la qualifica di illecito penale e spegne la pretesa punitiva che da esso sorgeva a favore dello Stato ed in quanto lascia sopravvivere solo il fatto storico in sè, produttivo unicamente di quegli effetti giuridici dalla legge previsti, rompe la connessione che poteva intercedere tra questo ed un secondo reato. Nel caso particolare, estintosi per amnistia il delitto di atti osceni, viene a cadere la connessione con il delitto di violenza carnale, per cui si rende necessaria la querela ove si voglia procedere nei confronti di quest'ultimo delitto. Non si fa con ciò funzionare, come alcuni scrittori pretendono, due volte la stessa causa di estinzione: la prima per il reato espressamente amnistiato, la seconda per la connessione. La causa di estinzione incide solo sul reato previsto, ma l'amnistia, in quanto lo abolisce, fa venir meno tutto il complesso di rapporti che lo tenevano ad altri reati avvinto e risolve in nulla tutte le conseguenze che derivavano dalla connessione, compresa quella della procedibilità di ufficio del reato perseguibile altrimenti a querela di parte (8).

Si avanza però l'obiezione dell'irretrattabilità dell'azione penale, principio dedotto dall'art. 75 C. P. P., in base a cui l'azione penale una volta iniziata deve procedere sino al suo esaurimento e superare ogni ostacolo che non sia espressamente dalla legge preveduto.

Il principio sancito dall'art. 75 C. P. P. ha pure le sue eccezioni.

Il MANZINI avverte che queste " appunto perchè eccezioni, devono

(8) Vedi JOVANE, I reati connessi e l'amnistia, in: *Foro Italiano*, 1932, II, c. 405; dello stesso autore, Ancora i reati connessi e l'amnistia, in: *Scuola Positiva*, 1933, II, pag. 368 e sgg.

risultare espressamente dalla legge o discendere in modo certo e necessario dai principi generali del diritto processuale penale „ (9). Secondo lo stesso autore le principali eccezioni alla regola dell'irretrattabilità sono date dal diritto di remissione, da quello di oblazione volontaria, dalla potestà di amnistia e dagli altri casi di rinunzia, assoluta o condizionata, totale o parziale, dello Stato alla pretesa punitiva.

L'applicazione dell'amnistia tronca l'azione penale promossa per il reato a cui essa si riferisce e, in quanto opera *ex tunc*, fa venir meno, come abbiamo già avvertito, il rapporto di connessione che intercedeva tra il reato amnistiato e un altro reato e, in conseguenza, cessano gli effetti di natura processuale che da tale connessione derivavano.

La dottrina e la giurisprudenza cercano appiglio ad un argomento di carattere ormai storico per negare fondamento alla tesi qui sostenuta. Si afferma che la circostanza della pubblicità costituisce ancor sempre una condizione di procedibilità d'ufficio del delitto di violenza carnale, così come sotto la tramontata legge penale (art. 336 2° cap. C. P., n. 2). A sostegno di questa tesi, si porta pure un brano della relazione ministeriale al nuovo Codice, ove, in riferimento all'art. 542, si legge: “ nell'articolo non si fa cenno della circostanza obbiettiva del luogo pubblico, aperto o esposto al pubblico, essendo tale circostanza implicitamente compresa nel n. 2 del predetto articolo, in quanto è ovvio che, se taluno dei delitti del titolo IX, punibile a querela dell'offeso, sia commesso in luogo pubblico, aperto o esposto al pubblico, si avrà concorso nel delitto di oltraggio al pudore (atti osceni) per cui si procede d'ufficio „. Ma la vecchia e la nuova legislazione ben si differenziano per un elemento sostanziale: mentre vigente il Codice dell'89 la pubblicità del fatto costituiva una semplice condizione di procedibilità *ex officio* del delitto di violenza carnale, oggi la pubblicità medesima è uno degli elementi costitutivi del delitto di atti osceni, delitto che deve connettersi a quello di violenza carnale

(9) MANZINI, op. cit. vol. I pag. 213 Avverte la Corte di Appello di Brescia (Riv. Pen. 1933, pag. 344) che male a proposito s'invoca l'art. 75, giacchè con questo “ si è dettata dal legislatore una norma di carattere generale senza por mente al caso di reato connesso che sia per legge posto a base di procedibilità e per altra legge posteriore abolito come crimine „.

perchè quest'ultimo diventi perseguibile d'ufficio. La disposizione dell'art. 542 C. P., che parla di connessione con un "delitto", non dovrebbe ammettere altra interpretazione, anche se diversa possa essere stata l'intenzione del legislatore e diversi siano i desiderî di alcuni giuristi troppo attaccati all'elemento storico nell'interpretazione della legge. Il legislatore non ha avuto presente le conseguenze di una modificazione così sostanziale della disposizione del vecchio Codice. La nuova norma di legge è troppo chiara per poter venire facilmente fraintesa. Un delitto amnistiato non è più un "delitto", ma un fatto storico qualsiasi che proietta nel campo giuridico solo quegli effetti che il legislatore espressamente gli attribuisce. Concludendo, non basta la semplice pubblicità per rendere perseguibile d'ufficio il delitto di violenza carnale, ma occorre che questa pubblicità abbia una propria rilevanza giuridica in virtù dell'art. 527 C. P.

GIUSEPPE BETTIOL

