

BALDASSARE PASTORE

LA DIALETTICA AMICO-NEMICO.
POLITICA E PLURALISMO IN CARL SCHMITT (*)

1. – Non sono poche le parole e le espressioni utilizzate nel lessico politico che presentano capacità suggestive ed effetti di contagio sul piano culturale, essendo dotate di notevole forza evocativa. A questa tipologia appartiene senza dubbio la dicotomia “amico-nemico”. Essa fa leva su una retorica antinomica che attinge a fattori emotivi profondi.

L'utilizzo della coppia concettuale “amico-nemico”, al fine di spiegare i fenomeni riguardanti l'ambito dell'esperienza politica, si deve – come è noto – a Carl Schmitt (1888-1985), che affronta la questione nel saggio *Il concetto di 'politico'* ⁽¹⁾. Il testo si inserisce all'interno di un'elaborazione teorica che si intreccia con la riflessione sui problemi connessi all'esperienza della Repubblica di Weimar (1919-1933) ⁽²⁾.

L'intento di Schmitt – in questo testo che è diventato uno tra i più famosi e controversi del pensiero politico contemporaneo – è quello di comprendere l'origine e le logiche di funzionamento del dispositivo concettuale della politica (nell'età moderna), individuandone le categorie ⁽³⁾. In questo senso,

(*) È il testo, corredato di note, che costituisce la rielaborazione della relazione, dal titolo *La dialettica amico-nemico nella filosofia politica*, tenuta il 25 marzo 2010 nell'ambito del ciclo di incontri su “La democrazia come problema: storia, teorie, prospettive”, organizzato dall'Istituto di Storia Contemporanea e dall'Istituto Gramsci di Ferrara.

⁽¹⁾ C. SCHMITT, *Il concetto di 'politico'*, in *Id., Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Il Mulino, Bologna, 1972, pp. 101-165. Si tratta di un testo, pubblicato in una prima versione nel 1927, modificato, con significative varianti lessicali e concettuali, nel 1932 (questa seconda edizione è diventata, per volere dell'Autore, quella “classica”).

⁽²⁾ Per un'analisi dei problemi politici e giuridici legati al periodo weimariano rinvio a D. DYZENHAUS, *Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Clarendon Press, Oxford, 1997.

⁽³⁾ È da evidenziare, al riguardo, che, per comprendere un testo del passato (un'opera politica), occorre guardare alle ragioni, ai motivi, alle intenzioni di chi l'ha

il discorso schmittiano si colloca entro uno dei campi propri della riflessione filosofico-politica: quello, appunto, relativo alla individuazione della “categoria del politico”. Come è riconosciuto dagli studiosi, oltre a questa, le altre questioni di cui si occupa la filosofia politica riguardano la individuazione dell’ottimo (o, più semplicemente, del migliore) regime politico; la ricerca sul suo fondamento e sulla sua legittimità, con la domanda relativa all’obbligo politico; la metodologia della scienza politica, connessa alla riflessione critica sul discorso politico, all’analisi, al chiarimento, alla classificazione del linguaggio, degli argomenti, dei discorsi relativi alla politica⁽⁴⁾.

Schmitt intende dimostrare che ovunque vi sia “politica” lì si incontra l’antitesi, la contrapposizione, “amico-nemico”. Il fenomeno del “politico”, come dimensione dell’agire autonoma e separata da ogni altro ramo delle attività umane, può essere compreso solo mediante il riferimento alla possibilità reale di tale antagonismo⁽⁵⁾.

“Politico”, in quanto sostantivazione dell’aggettivo, indica l’estensione della classe di oggetti (eventi, fatti) cui si riferisce il concetto, indicando l’insieme delle “cose” qualificate come “politiche”⁽⁶⁾. «Si può raggiungere una definizione concettuale del ‘politico’ solo mediante la scoperta e la fissazione delle categorie specificamente politiche. Il ‘politico’ ha infatti i suoi propri criteri che agiscono, in modo peculiare, nei confronti dei diversi settori concreti, relativamente indipendenti, del pensiero e dell’azione umana, in particolare del settore morale, estetico, economico. Il ‘politico’ deve perciò consistere in qualche distinzione di fondo alla quale può essere ricondotto tutto l’agire politico in senso specifico»⁽⁷⁾.

Secondo Schmitt, la «specifica distinzione politica alla quale è possibile ricondurre le azioni e i motivi politici, è la distinzione di *amico (Freund)* e *nemico (Feind)*. Essa offre una definizione concettuale, cioè un criterio, non una definizione esaustiva o una spiegazione del contenuto. Nella misura in

scritto e bisogna anche prestare attenzione al contesto come insieme delle condizioni pragmatiche di enunciazione del discorso: le situazioni comunicative, a quali questioni risponde, con quali tesi polemizza, quali sono gli obiettivi e la posta in gioco della discussione. Cfr. M. BARBERIS, *La storia delle dottrine politiche: un discorso sul metodo*, in “Materiali per una storia della cultura giuridica”, XX, 1990, pp. 166-168, 177 ss.

⁽⁴⁾ Cfr. A. PASSERIN D’ENTRÈVES, *Filosofia della politica*, in “Dizionario di politica”, diretto da N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, seconda edizione interamente riveduta e ampliata, Utet, Torino, 1983, spec. pp. 421-424; R. GATTI, *Politica*, in “Enciclopedia filosofica”, vol. 9, Bompiani, Milano, 2006, p. 8760.

⁽⁵⁾ C. SCHMITT, *Il concetto di ‘politico’*, cit., p. 119.

⁽⁶⁾ L. CIMMINO, *Premessa del traduttore*, in H.J. MORGENTHAU, *Il concetto del politico. ‘Contra’ Schmitt*, a cura di A. Campi e L. Cimmino, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2009, pp. CXIV-CXVI.

⁽⁷⁾ C. SCHMITT, *Il concetto di ‘politico’*, cit., p. 108.

cui non è derivabile da altri criteri, essa corrisponde, per la politica, ai criteri relativamente autonomi delle altre contrapposizioni: buono e cattivo per la morale, bello e brutto per l'estetica e così via. In ogni caso essa è autonoma non nel senso che costituisce un nuovo settore concreto particolare, ma nel senso che non è fondata né su una né su alcune delle altre antitesi, né è riconducibile ad esse»⁽⁸⁾.

I concetti di amico e nemico – come sottolinea Schmitt – vanno presi nel loro significato concreto, esistenziale. Il significato della distinzione è quello di indicare *l'estremo grado di intensità di un'unione o di una separazione, di un'associazione o di una dissociazione*; essa può sussistere teoricamente e praticamente senza che, nello stesso tempo, debbano venir impiegate tutte le altre distinzioni morali, estetiche, economiche o di altro tipo⁽⁹⁾.

Il "politico", invero, può trarre la sua forma dai più diversi settori della vita umana (religione, morale, economia, ecc.). Esso, infatti, non indica un settore concreto particolare, ma solo, appunto, il grado di intensità di un'associazione e di una dissociazione di uomini, i motivi della quale possono essere di natura religiosa, etnica, culturale, economica, ecc.⁽¹⁰⁾.

La sfera del politico è determinata, in ultima istanza, dalla possibilità reale di un nemico, che è sempre "pubblico". "Nemico" è solo un insieme di uomini che combatte almeno virtualmente, cioè in base a una possibilità reale, e che si contrappone ad un altro raggruppamento umano dello stesso genere.

2. – La pretesa di Schmitt è quella di proporre la coppia concettuale come spiegazione del "politico" in quanto dimensione categoriale. Come le coppie "buono-cattivo", "bello-brutto", "utile-dannoso" stanno rispettivamente a morale, estetica ed economia. Da questo punto di vista, la coppia "amico-nemico" è di natura valutativa, normativa.

Qualche notazione, in proposito, appare opportuna. Morale, estetica ed economia implicano giudizi valutativi che affermano, positivamente o negativamente, l'appartenenza di eventi e oggetti alle rispettive sfere. I termini utilizzati nelle varie coppie altro non sono, dunque, che sinonimi delle valutazioni positive o negative⁽¹¹⁾. La coppia concettuale "amico-nemico", però, non segue affatto con la stessa immediatezza logica dal concetto di politico come, ad esempio, la coppia concettuale "moralmente valido (mo-

⁽⁸⁾ Ivi, pp. 108-109.

⁽⁹⁾ Ivi, p. 108. Si veda anche C. SCHMITT, *Teologia politica II* (1970), Giuffrè, Milano, 1992, pp. 19-20.

⁽¹⁰⁾ C. SCHMITT, *Il concetto di 'politico'*, cit., p. 121.

⁽¹¹⁾ Cfr., su questo punto, H.J. MORGENTHAU, *Alcune considerazioni logiche sul concetto di politico di Carl Schmitt* (1932), in Id., *Il concetto del politico. 'Contra' Schmitt*, cit., p. 3 ss.

rale, buono)-moralmente non valido (immorale, cattivo)” segue dai concetti dell’ambito morale, la coppia “esteticamente valido (estetico, bello)-esteticamente non valido (inestetico, brutto)” segue dai concetti dell’ambito estetico, la coppia “economicamente valido (economico, produttivo)-economicamente non valido (non economico, improduttivo)” segue dai concetti dell’ambito economico. È possibile dire che “nemico” è ciò che non ha valore politico, mentre “amico” è il suo contrario? Ovviamente no⁽¹²⁾.

Schmitt propone la coppia per spiegare l’ambito politico⁽¹³⁾. Ma, o quella politica è una dimensione originaria, e la coppia non spiega nulla, oppure il politico va fondato e chiarito a partire da altri ambiti che lo precedono.

Come è stato notato⁽¹⁴⁾, la distinzione “amico-nemico” incarna la distinzione fra condizioni che possono favorire o inibire il raggiungimento di uno scopo. Si tratta di una concretizzazione e personificazione delle categorie (economiche) “utile-dannoso”. Amico (politico) è chi favorisce o è disposto a favorire nei suoi scopi chi ha obiettivi politici; nemico (politico) è chi il raggiungimento di tali scopi li ostacola o è disposto ad ostacolarli⁽¹⁵⁾. Si diventa o si viene proclamati “nemici” perché si hanno idee, idealità, interessi diversi da quelli che, per mezzo dell’unità politica, si vogliono fare valere; perché si esprimono giudizi politici diversi da quelli affermati da altri.

C’è, dunque, nell’uso della dicotomia, l’attitudine a privilegiare approcci di tipo istintuale (non razionale), favorendo processi di legittimazione o delegittimazione emotivamente fondati. C’è un uso dei concetti per legittimare mire politiche, per squalificare o demonizzare l’avversario, che giunge all’estremo della semplificazione nell’opposizione “bene-male” (dove il “bene” è anche il “vero”, che perciò non tollera dubbi e dissensi, producendo la criminalizzazione del “nemico” o di chi è sospettato tale). La dicotomia, poi,

⁽¹²⁾ Ivi, pp. 7-8.

⁽¹³⁾ Scrive C. MORTATI, *Brevi note sul rapporto fra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, in “Quaderni fiorentini”, 2, 1973, pp. 518-519: «non sembra esatto il parallelismo che Schmitt pone fra la antitesi amico-nemico, che caratterizzerebbe il politico, e quella di utile-dannoso, bello-brutto proprie dell’economia o dell’estetica, poiché il rapporto di forza ordinata in vista del fine unitario di un gruppo sociale non può in altro trovare la sua immediata e specifica manifestazione all’infuori del rapporto supremazia-soggezione, cui sono strettamente collegati i giudizi di liceità-illiceità, e dal quale pertanto deriva il criterio subordinato dell’amicizia-inimicizia, quale viene in considerazione allorché la disobbedienza diventa resistenza alla realizzazione dei fini fondamentali del gruppo, ed al cui superamento, secondo la valutazione ultima e insindacabile di chi detiene il potere, nessun’altro rimedio appare valido all’infuori della messa fuori legge del ribelle, della sua esclusione dalla comunità».

⁽¹⁴⁾ Da H.J. MORGENTHAU, *Alcune considerazioni logiche sul concetto di politico di Carl Schmitt*, cit., p. 12.

⁽¹⁵⁾ Ivi, p. 10.

assunta nei contesti odierni, partecipa alla (e contribuisce ad alimentare la) regressione culturale delle società occidentali, sostenuta dalla paura per il diverso, dalla demonizzazione delle culture straniere e altre (con esiti xenofobi e razzisti), dalla richiesta di lealismo e consenso aprioristico, da finalità securitarie che passano sempre più attraverso strategie di differenziazione e segmentazione della soggettività⁽¹⁶⁾, lungo un sentiero in cui le società sono spinte verso logiche di semplificazione autoritaria e di demonizzazione dell'altro, visto come sempre minaccioso e in agguato. Basti pensare al "diritto penale del nemico"⁽¹⁷⁾.

Quello schmittiano è un pensiero che si concepisce come analisi "scientifica" della politica, vista come un sistema di rapporti dominato da una conflittualità costitutiva e da un pessimismo antropologico⁽¹⁸⁾, la cui struttura fondamentale è l'esclusione⁽¹⁹⁾.

Il concetto di "politico" si caratterizza per l'enfasi prestata all'immanenza del principio di esclusione in ogni associazione politica. Si tratta di un principio "formale" della politicità. Il "politico" si pone come rapporto dove l'esclusione è l'elemento trascendentale di ogni prassi politica, condizione necessaria della politicità (senza che vi sia alcun fondamento etico o di altro tipo)⁽²⁰⁾.

Quella di Schmitt, dunque, non è una descrizione obiettiva del "politico" (aderente al carattere intrinsecamente conflittuale della realtà politica), ma

⁽¹⁶⁾ Cfr. C. GALLI, *Editoriale. La pensabilità della politica. Vent'anni dopo*, in "Filosofia politica", XXI, 2007, p. 7.

⁽¹⁷⁾ La categoria del "diritto penale del nemico" è stata proposta dal giurista tedesco Günther Jacobs. La formula allude alle strategie di contrasto utilizzate rispetto a certe espressioni della criminalità particolarmente gravi e capaci di suscitare estremo allarme sociale. Tali strategie, fondamentalmente, sono segnate da un tendenziale abbandono dei tradizionali canoni della giuridicità e da una rinuncia in chiave "bellica" al corredo di garanzie proprie del diritto e della procedura penale. Nel mirino del "diritto penale del nemico" vengono inquadrati i soggetti ritenuti "ostili allo Stato" perché dimostratisi capaci di, o tesi ad, o sospettati di, attentare alle sue istituzioni e più in generale alla sua sicurezza. Sul tema cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico* (2003), in M. DONINI e M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 5-27. Tra la ormai vasta letteratura in argomento, mi limito a rinviare ai saggi di F. Viganò, di G. Demuro e di L. Ferrajoli, pubblicati in A. BERNARDI, B. PASTORE, A. PUGIOTTO (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, Giuffrè, Milano, 2008, rispettivamente pp. 107 ss., 149 ss., 161 ss.

⁽¹⁸⁾ L'ascendenza hobbesiana della concezione di Schmitt emerge in tutta la sua evidenza.

⁽¹⁹⁾ C. GALLI, *Carl Schmitt nella cultura italiana (1924-1978). Storia, bilancio, prospettive di una presenza problematica*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", IX, 1979, p. 82.

⁽²⁰⁾ Ivi, p. 150.

un'interpretazione ideologica e falsamente fattuale, che può legittimare solo un agire senza valori e privo di direzione. Si tratta di una concezione strumentale in grado di giustificare qualunque atto o comportamento politico, a prescindere dal fine pratico perseguito e dagli obiettivi ispiratori. La scienza della politica si rivela, dunque, una teoria della giustificazione di qualsiasi fine venga suggerito dalla forza del politico⁽²¹⁾.

Si tratta di una concezione sedicente realistica, ma in realtà mitologica (dove per "mitologia" si intende una spiegazione in forma narrativa che si impone soprattutto per le sue doti suggestive).

La concezione di Schmitt, inoltre, è orientata non al caso normale, ma al caso eccezionale della dinamica politica: la guerra. E ha la pretesa che anche i casi normali possano essere compresi alla luce del caso d'eccezione⁽²²⁾.

L'elaborazione di Schmitt si colloca nel complesso di elaborazioni dottrinarie, di matrice antiliberal e irrazionalistica, basate sull'idea della politica come *lotta per l'esistenza e scontro di volontà* per l'egemonia (invero, moneta corrente in Germania nel periodo tra le due guerre mondiali, soprattutto, ma non solo, in materia di politica internazionale)⁽²³⁾. E, in effetti, il concetto di "nemico" si pone come concetto primario in relazione a quello di guerra. Lo schema schmittiano, allora, è, caso mai, paradigma della guerra, non della politica razionale (che è la negazione della guerra).

Se il significato della distinzione di amico e nemico è quello di indicare *l'estremo grado di intensità di un'unione o di una separazione, di un'associazione o di una dissociazione* e se la guerra si pone come presupposto sempre presente, come possibilità reale, della politica, allora la base del rapporto di potere sarebbe lo scontro bellicoso delle forze. L'esercizio del potere si porrebbe come guerra continua⁽²⁴⁾: guerra come lotta armata tra unità politiche organizzate; guerra civile come lotta armata all'interno di un'unità organizzata. Una variante è costituita dalla guerra civile latente, a bassa intensità.

⁽²¹⁾ È questo il giudizio di H.J. MORGENTHAU, *Sul senso della scienza nella nostra epoca e la missione dell'essere umano* (1934), in ID., *Il concetto del politico. 'Contra' Schmitt*, cit., p. 129.

⁽²²⁾ M. BARBERIS, *La storia delle dottrine politiche: un discorso sul metodo*, cit., pp. 186-187, nota 59. Schmitt semplifica ed estremizza il conflitto sociale, interpretandolo come "caso di eccezione". Cfr. C. GALLI, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. XVII.

⁽²³⁾ A. CAMPI, *Hans J. Morgenthau e Carl Schmitt: un bilancio critico-bibliografico*, in H.J. MORGENTHAU, *Il concetto del politico. 'Contra' Schmitt*, cit., pp. LXXV-LXXVI. Si tratta, invero, di un orientamento costante nella riflessione schmittiana. Cfr. F. VOLPI, *Il potere degli elementi*, in C. SCHMITT, *Terra e mare* (1954), Adelphi, Milano, 2009^a, pp. 132-137, 144-145.

⁽²⁴⁾ M. FOUCAULT, *"Bisogna difendere la società"*, Feltrinelli, Milano, 2009, p. 23 (si tratta del corso tenuto al Collège de France nel 1976).

La politica è la guerra continuata con altri mezzi. La guerra costituisce il motore delle istituzioni e dell'ordine. Si pone come relazione sociale permanente, come sostrato incancellabile di tutti i rapporti e di tutte le istituzioni di potere. «Siamo dunque in guerra gli uni contro gli altri; un fronte di battaglia attraversa tutta la società, continuamente e permanentemente, ponendo ciascuno di noi in un campo o nell'altro... Siamo necessariamente l'avversario di qualcuno»⁽²⁵⁾.

3. – Il problema della politica è il problema dell'ordine. La politica è l'arte del vivere insieme, della convivenza in una società ordinata⁽²⁶⁾.

Alcuni elementi, alcuni tasselli, contribuiscono a comporre il mosaico della politica: l'ambito (la convivenza organizzata), il presupposto (il conflitto), lo scopo (la risoluzione del conflitto), il mezzo specifico (la decisione collettiva, con la possibilità del ricorso, come *extrema ratio*, all'uso della forza per raggiungere i fini prescelti).

La politica si fonda sul dato di fatto della pluralità degli esseri umani e tratta della convivenza e della comunanza dei *diversi*⁽²⁷⁾. Essa implica un *pluriversum*, una pluralità di collettività particolari e/o di interpretazioni divergenti di idee⁽²⁸⁾. La politica si caratterizza come attività sociale che si propone di assicurare con la forza, generalmente fondata sul diritto, la sicurezza esterna e la concordia interna di una data unità politica, garantendone l'ordine nel mezzo delle lotte che nascono dalla diversità e dalla divergenza delle opinioni e degli interessi⁽²⁹⁾. È lo spazio plurale per la costruzione di una possibile convivenza, non il luogo per l'affermazione impositiva di criteri e valori (una specie di terra d'occupazione, dove non si fanno prigionieri, dove chi vince prende tutto).

La prospettiva schmittiana, invece, connette l'esservi della politica all'essere l'intensità dello scontro tra amici e nemici massima. L'esservi della politica è intrinsecamente associato all'esservi inimicizia⁽³⁰⁾, nell'assunzione della impossibilità di accogliere la pluralità delle differenze. Vi è, dunque, una destinazione ordinativa e unitaria del "politico", a partire dalla naturale "dissociazione" degli esseri umani⁽³¹⁾.

⁽²⁵⁾ Ivi, pp. 47-49. V., sul tema, le riflessioni di R. ESPOSITO, *Communitas. Origine e destino della comunità*, Einaudi, Torino, 1998, spec. pp. 11-22. Il punto di riferimento, ancora una volta, è il pensiero di Hobbes.

⁽²⁶⁾ N. BOBBIO, *Il dubbio e la scelta*, NIS, Roma, 1993, p. 59.

⁽²⁷⁾ H. ARENDT, *Che cos'è la politica?* (1993), Edizioni di Comunità, Milano, 1995, p. 5.

⁽²⁸⁾ J. FREUND, *La crisi dello Stato tra decisione e norma*, Guida, Napoli, 2008, p. 201.

⁽²⁹⁾ J. FREUND, *Che cos'è la politica*, Ideazione Editrice, Roma, 2001, p. 261.

⁽³⁰⁾ S. VECA, *Una conversazione su amicizia e politica*, in E. BERTI – S. VECA, *La politica e l'amicizia*, Edizioni Lavoro, Roma, 1998, p. 8.

⁽³¹⁾ C. GALLI, *Genealogia della politica*, cit., pp. 752, 755, 772.

Nell'orizzonte della politica come luogo pluralistico di formazione dell'opinione e della volontà, come spazio comune di mediazione da attuarsi mediante il discorso, che è la negazione della guerra e ha lo scopo di ammutolire la violenza, come terreno di conflitto e cooperazione, come ricerca di equilibrio, non esistono nemici ma consociati, che si legittimano e si riconoscono reciprocamente.

La democrazia liberale, poi, assumendo l'idea del diritto come arginatura e canalizzazione del potere⁽³²⁾, si pone come meccanismo istituzionale grazie al quale ciascuno è riconosciuto come cittadino e, prima ancora, come persona. Essa vive di ideali, di presupposti, di condizioni, quali, tra gli altri, la tolleranza e la non violenza⁽³³⁾.

Le regole formali della democrazia hanno introdotto nella storia delle tecniche di convivenza l'idea che i conflitti sociali si risolvono senza ricorrere alla violenza. Solo dove vengono rispettate queste regole l'avversario non è più un nemico, ma un oppositore.

La ragione giuridica e la cultura politica liberal-democratica, dunque, non conoscono amici e nemici, ma solo concorrenti e avversari di discussione, liberi ed eguali nello spazio del confronto dialettico, della competizione corretta, del rispetto del consenso guadagnato in modo controversiale. Schmitt, invece, critica il pensiero liberale perché trasforma la lotta e la conflittualità concreta (espressione, tra l'altro, del lato tragico della politica moderna) in concorrenza e in discussione⁽³⁴⁾.

4. – La concezione di Schmitt è tutta orientata all'ordine. In essa la politica è pensata come dipendenza da un solo punto strategico: la decisione. Il "politico" ha a che fare con il conflitto (intenso ed estremo) che una decisione mette in forma. Si potrebbe parlare, allora, di "origine a due lati della politica"⁽³⁵⁾: sia come prodotto della contingenza, che richiede una decisione, sia come esigenza di ordine. L'ordine politico è pensato come forma (come Stato) che ha origine da una parzialità concreta, da un'eccezione polemica⁽³⁶⁾. Tale origine si fa "ordine" attraverso la decisione.

⁽³²⁾ N. BOBBIO, *Il problema della guerra e le vie della pace*, Il Mulino, Bologna, 1979, pp. 110-111.

⁽³³⁾ Come ci ricorda C. POPPER, *La società aperta e i suoi nemici. Vol. II. Hegel e Marx falsi profeti* (1966), Armando, Roma, 2003², p. 179, ciò che distingue essenzialmente un governo democratico è che in esso i cittadini si possono sbarazzare dei loro governanti senza spargimento di sangue.

⁽³⁴⁾ C. SCHMITT, *Il concetto di 'politico'*, cit., p. 111. Cfr., in proposito, C. GALLI, *Lo sguardo di Giano. Saggi su Carl Schmitt*, Il Mulino, Bologna, 2008, pp. 24-26.

⁽³⁵⁾ Così C. GALLI, *Genealogia della politica*, cit., pp. XIII- XIV.

⁽³⁶⁾ Sulla ambivalente capacità schmittiana di vedere da due lati il "politico", «ossia di cogliere il passaggio tra informe e forma, tra Caos e ordine, tra guerra e

Lo Stato, nella prospettiva schmittiana, è visto come l'unità politica organizzata⁽³⁷⁾ che avoca a sé la decisione sull'amico-nemico. Il "politico" coincide con il potere costituente. La costituzione è la decisione politica fondamentale del titolare del potere costituente, anteriore ad ogni normazione, che determina la forma e la specie dell'unità politica⁽³⁸⁾. Gioca, qui, un ruolo centrale la logica dell'esclusione, che si lega all'idea della costituzione come prodotto dell'imposizione di una parte sull'altra; come patto che i vincitori impongono ai vinti (e non come risultato di convergenza, come accordo tra tutti sulle regole del gioco, nonché come dispositivo che limita il potere delle maggioranze, secondo la prospettiva del costituzionalismo).

L'unità politica costituisce l'unità decisiva. Lo Stato è unità politica decisiva. Il sovrano è chi decide chi è il nemico; tutto ciò che è al di fuori del sovrano è nemico. Al sovrano spetta l'esercizio della possibilità di decisione definitiva su chi considerare e trattare come nemico⁽³⁹⁾. Al momento decisionistico (fondato sulla forza, sulla situazione eccezionale e sul sovrano che decide), che esclude l'esistenza di istituzioni limitative del comando⁽⁴⁰⁾, è connessa la contrapposizione "amico-nemico".

È istituito, così, un rapporto inevitabile e strutturale fra ordine, associazione ed esclusione. La decisione politica è generatrice, instauratrice di ordine. La decisione originaria, una volta realizzata, opera come elemento essenziale per la permanenza nel tempo di una stessa volontà autoritaria suprema, la cui funzione è quella di superare un preesistente stato di caos allo scopo di introdurre la pace e l'ordine⁽⁴¹⁾. L'ordine si pone come creazione per esclusione attraverso la decisione sovrana. Ogni ordine è esclusione⁽⁴²⁾. Il fine dell'istituzione della sovranità è l'ordine, la pace dei sudditi con se stessi e

pace, e la loro fatale reversibilità, cioè di nuovo il passaggio tra forma e crisi», insiste C. GALLI, *Lo sguardo di Giano*, cit., pp. 7, 12.

⁽³⁷⁾ Cfr. C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (1928), Giuffrè, Milano, 1984, p. 270. In merito alla riflessione di Schmitt sullo Stato rinvio a C. GALLI, *Lo sguardo di Giano*, cit., pp. 15-50.

⁽³⁸⁾ C. GALLI, *Genealogia della politica*, cit., p. 748; M. NIGRO, *Carl Schmitt fra diritto e politica*, in "Quaderni fiorentini", 15, 1986, p. 716; M. CASERTA, *Democrazia e costituzione in Hans Kelsen e Carl Schmitt*, Aracne, Roma, 2005, pp. 159-161.

⁽³⁹⁾ Scrive C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, cit., p. 508: «Decisioni specificamente politiche, come la determinazione dell'amico e del nemico dal di dentro della propria esistenza politica, possono prodursi solo nel tutto dell'unità politica, allo stesso modo come per le decisioni sugli altri concetti esistenziali come l'ordine e la sicurezza pubblica».

⁽⁴⁰⁾ C. MORTATI, *Brevi note sul rapporto fra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, cit., p. 512.

⁽⁴¹⁾ *Ibidem*.

⁽⁴²⁾ C. GALLI, *Carl Schmitt nella cultura italiana (1924-1978)*, cit., pp. 139, 151; M. NIGRO, *Carl Schmitt fra diritto e politica*, cit., p. 711.

la difesa contro un comune nemico. Schmitt coglie nella politica il dovere di costruire un'unità resa impossibile dalla pluralità⁽⁴³⁾.

In questo ambito di discorso si colloca la sua critica al pluralismo⁽⁴⁴⁾. Il pluralismo all'interno della medesima unità politica distrugge l'unità stessa e lo stesso "politico"⁽⁴⁵⁾. Il pluralismo mina lo Stato come unità e totalità⁽⁴⁶⁾.

La critica di Schmitt, nel saggio *Il concetto di 'politico'*, si dirige contro la teoria pluralistica dello Stato di Laski, di Cole e di altri teorici del socialismo inglese, basata sull'idea che i cittadini vivono in innumerevoli unioni ed associazioni sociali diverse (società religiose, sindacati, partiti, ecc.). Lo Stato è qui visto come federazione di gruppi sociali minori. È una società accanto e in mezzo a numerose altre società.

Questo pluralismo, nella prospettiva schmittiana, nega l'unità sovrana dello Stato, poiché fa riferimento ad una pluralità di legami di fedeltà e di lealtà senza che si possa dire, di nessuna di queste associazioni, che è incondizionatamente decisiva e sovrana. Il pluralismo è inteso come molteplicità di complessi di potere sociale stabilmente organizzati che passano attraverso lo Stato e che, in quanto tali, si impadroniscono della formazione della volontà statale, senza cessare di essere delle formazioni sociali (non-statali)⁽⁴⁷⁾.

Il pluralismo, dunque, è il nemico dell'unità statale⁽⁴⁸⁾. Lo Stato è il termine necessario per una definizione pregnante di pluralismo, la cui essenza è caratterizzata dal contrasto con una piena e compatta unità. "Pluralismo", infatti, indica il potere di più gruppi sociali sulla formazione della volontà statale⁽⁴⁹⁾.

La polemica di Schmitt si dirige anche contro il frazionamento pluralistico di una molteplicità di poteri (costituzionali) che tendono a contrapporsi l'un l'altro in modo paritario, e che collaborano lealmente in funzioni sovrane⁽⁵⁰⁾. Schmitt, pertanto, esclude la dottrina della separazione e della parità dei poteri costituzionali. Rifiuta l'idea – assunta da Hans Kelsen – della funzione della costituzione volta a porre limiti giuridici all'esercizio del

⁽⁴³⁾ C. GALLI, *Genealogia della politica*, cit., pp. 647-648, 793.

⁽⁴⁴⁾ C. SCHMITT, *Il concetto di 'politico'*, cit., p. 122 ss. Cfr. M. Nigro, *Carl Schmitt fra diritto e politica*, cit., pp. 693, 698.

⁽⁴⁵⁾ C. SCHMITT, *Il concetto di 'politico'*, cit., p. 129.

⁽⁴⁶⁾ C. SCHMITT, *Il custode della costituzione* (1931), Giuffrè, Milano, 1981, pp. 215 ss., 225-227, 240, 242.

⁽⁴⁷⁾ Ivi, p. 113.

⁽⁴⁸⁾ A. CARACCILO, *Presentazione*, in C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, cit., p. XXV.

⁽⁴⁹⁾ C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, cit., p. 113.

⁽⁵⁰⁾ A. CARACCILO, *Presentazione*, cit., p. XXXII.

potere, dove garantire la costituzione significa assicurare la certezza che questi limiti non saranno oltrepassati⁽⁵¹⁾. La costituzione, per Schmitt, si fonda su una *conventio ad excludendum* pre-giuridica e supremamente politica⁽⁵²⁾. Non ha certo la funzione di arginare, di contenere, di razionalizzare la forma e la forza del “politico”.

I pluralisti paiono a Schmitt contestare lo Stato come sfera politica esclusiva in nome della pluralità delle sfere di esistenza e di articolazione degli interessi della società⁽⁵³⁾. Quella dei pluralisti, nell’ottica schmittiana, è una fuga dalla politica, una fuga dallo Stato. In una società politica ciò che conta non è il rispetto delle ragioni delle singole parti, ma solo che si formi una decisione del “Tutto” alla quale bisogna uniformarsi⁽⁵⁴⁾.

Lo “Stato totale”, che si contrappone al sistema del “pluralismo”⁽⁵⁵⁾, incarna il necessario strumento per la ricomposizione e la stessa identificazione di una realtà sociale eterogenea e multiforme. Esso ha la pretesa di risolvere il problema dell’articolazione complessa della società e della molteplicità delle emergenze sociali (istanze particolari, minoranze, diversificazione e moltiplicazione dei centri di potere) a partire da un solo punto di vista politico, orientato all’omologazione. Il problema della pluralità è risolto in chiave di un’autorità che scioglie il problema del confronto sociale attraverso un comando, un atto d’imperio. La forma politica garantisce l’unità e l’omogeneità operando una lotta interna a coloro che vengono individuati come nemici⁽⁵⁶⁾.

5. – Qui si coglie, in tutta la sua radicalità, la distanza della prospettiva schmittiana da quella kelseniana. Per Kelsen, infatti, il processo di risoluzione procedurale della politica nella forma democratica si manifesta attraverso l’accoglimento della pluralità dei punti di vista e degli interessi, sicché la determinazione dei contenuti politici passa attraverso la dialettica delle parti, che produce compromessi tra avversari e non scontro tra nemici. Da qui la “fede” nel parlamentarismo democratico con la sua procedura specificamente antitetico-dialettica, il riconoscimento del diritto della minoranza, la ricerca della via di mezzo tra gli interessi della maggioranza e quelli della

⁽⁵¹⁾ Cfr. H. KELSEN, *Chi dev’essere il custode della costituzione?* (1930-1931), in ID., *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 232.

⁽⁵²⁾ C. GALLI, *Carl Schmitt nella cultura italiana (1924-1978)*, cit., p. 151.

⁽⁵³⁾ Cfr., sul punto, H. KELSEN, *Chi dev’essere il custode della costituzione?*, cit., pp. 260-261, 266-267, 272-275.

⁽⁵⁴⁾ C. GALLI, *Genealogia della politica*, cit., p. 649-651.

⁽⁵⁵⁾ H. KELSEN, *Chi dev’essere il custode della costituzione?*, cit., p. 261.

⁽⁵⁶⁾ M. CASERTA, *Democrazia e costituzione in Hans Kelsen e Carl Schmitt*, cit., pp. 121-122.

minoranza, l'orientamento verso la mediazione tra interessi differenti che caratterizzano l'eterogenea società civile⁽⁵⁷⁾.

Invero, le riflessioni di Kelsen e di Schmitt sono espressione di due concezioni contrapposte riguardo al problema della democrazia e al suo rapporto con l'idea di costituzione⁽⁵⁸⁾. Il confronto tra i due giuristi si inserisce nel grande dibattito che si svolge a cavallo degli anni Venti e Trenta del '900, quando la situazione costituzionale in Europa era in bilico tra chiusura monista e aperture pluraliste⁽⁵⁹⁾.

Per Kelsen il modello procedurale di democrazia si lega ad un modello formale di costituzione, in cui il testo costituzionale gioca il ruolo di contenitore e di garanzia del pluralismo democratico. Schmitt, invece, assume un modello di democrazia basato sull'identità sostanziale e caratterizzato dal dato dell'unità popolare, che vuole esorcizzare il rischio della disgregazione pluralistica e si volge verso una costituzione caratterizzata in chiave di identità politica⁽⁶⁰⁾, come luogo del predominio dell'omogeneità⁽⁶¹⁾ in opposizione al libero confronto delle differenze. Ciò impedisce a Schmitt di considerare il nesso tra costituzionalismo, liberalismo, democra-

⁽⁵⁷⁾ Cfr. H. KELSEN, *Il problema del parlamentarismo* (1925), in Id., *La democrazia*, Il Mulino, Bologna, 1998, pp. 155-188. Si veda, sul tema, M. CASERTA, *Democrazia e costituzione in Hans Kelsen e Carl Schmitt*, cit., pp. 56-59, 68-70.

⁽⁵⁸⁾ Ivi, p. 180.

⁽⁵⁹⁾ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 360.

⁽⁶⁰⁾ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, cit., p. 293: «La democrazia è una forma di Stato che corrisponde al principio di identità (cioè del popolo concretamente esistente con se stesso in quanto unità politica). Il popolo è il titolare del potere costituente e si dà esso stesso la sua costituzione». Cfr. anche ivi, pp. 15-18, 37, 39-41, 272, 307. Va notato, in proposito, che secondo Schmitt il popolo è onnipotente, ma è bisognoso di essere messo in forma da una decisione rappresentativa. Cfr. C. GALLI, *Genealogia della politica*, cit. p. XVII. Per Kelsen il popolo è composto da una pluralità di individui; appare come una molteplicità di gruppi distinti, non come «una massa coerente di uno e di un medesimo stato di agglomerazione». Il popolo «appare uno, in un senso più o meno preciso, dal solo punto di vista giuridico; la sua unità, che è unità normativa, risulta, in realtà, da un dato giuridico: la sottomissione di tutti i suoi membri al medesimo ordine giuridico statale». Il popolo non è un «conglomerato» di individui, ma «un sistema di atti individuali, determinati dall'ordine giuridico dello Stato». Cfr. H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia* (1929), in Id., *La democrazia*, cit., pp. 58-59. La nozione schmittiana di democrazia pone il popolo al centro della decisione sulla forma dell'unità politica e comporta il superamento della concezione, teorizzata da Kelsen, che riconduce l'unità politica ad una «unità normativa».

⁽⁶¹⁾ Il *leitmotiv* del pensiero schmittiano riguarda l'esigenza di omogeneità del tessuto sociale del quale lo Stato è espressione. Così C. MORTATI, *Brevi note sul rapporto fra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, cit., p. 517. Cfr., sul punto, A. CARACCILO, *Presentazione*, in C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, cit., pp. XX-XXI.

zia. Nozioni, tutte, che si connettono al pluralismo, ponendolo come elemento caratterizzante e principio costitutivo dell'assetto costituzionale.

Per Schmitt la costituzione è la situazione di concreta unità del popolo e la garanzia della costituzione deve essere affidata ad un organo con pieni, illimitati poteri, per consentirgli di affrontare i casi di crisi, le situazioni di emergenza, le minacce all'esistenza stessa dell'unità costituzionale, ossia per combattere i nemici dell'unità del popolo. L'organo chiamato a tale compito è il capo dello Stato plebiscitato dal popolo (nella costituzione di Weimar si tratta del presidente del Reich)⁽⁶²⁾. Per Kelsen, invece, la garanzia della costituzione guarda alle situazioni di irregolarità e pone al centro la giurisdizione costituzionale, chiamata a svolgere il ruolo di controllo sulla costituzionalità degli atti in cui si sviluppa quotidianamente la vita costituzionale. La costituzione, nel quadro di una democrazia pluralistica che implica il confronto tra forze concorrenziali, si difende organizzando la vita costituzionale in modo regolare, consolidandola e rendendo supportabile alla minoranza il potere della maggioranza, attraverso la protezione della minoranza stessa contro gli abusi della maggioranza⁽⁶³⁾.

Il tema della garanzia costituzionale presuppone, così, nei due autori, non solo una diversa idea della costituzione ma anche dello Stato democratico. Kelsen vede lo Stato democratico come ambito in cui la vita politica si manifesta nel compromesso tra le parti, che espunge l'idea di una sovranità concreta, ed enfatizza l'indissolubilità di parlamentarismo e democrazia rappresentativa, contro ogni tentazione plebiscitaria. Schmitt vede la vita politica distrutta dalla presenza di vari gruppi e organizzazione sociali, partiti politici, unioni di interessi operanti in maniera "compromissoria". Il parlamento rappresentativo del pluralismo politico è l'elemento che mette in pericolo l'unità. Si tratta, allora, di restaurare la sovranità, intesa come forza reale, contro ogni deriva pluralistica⁽⁶⁴⁾. Il nemico è, dunque, il pluralismo.

Il pluralismo, in effetti, avanza le sue ragioni contro il potere concentrato in nome del potere distribuito ed è critico verso la configurazione di un sovrano assoluto⁽⁶⁵⁾. In quest'ottica, la società è vista come insieme composto da più gruppi, istituzioni, centri di potere, che limitano, controllano, contrastano il centro di potere dominante, unico, identificato con lo Stato. La presenza di più gruppi in competizione, capaci di rappresentare centri di

⁽⁶²⁾ C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, cit., pp. 236-242.

⁽⁶³⁾ H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione (la giustizia costituzionale)* (1928), in ID., *La giustizia costituzionale*, cit., pp. 197-203. Cfr. sul punto G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., pp. 366-369. Si veda altresì S.L. PAULSON, *The Schmitt-Kelsen Dispute on the "Guardian of the Constitution": The Issue of Subsumption*, in "Diritto e cultura", V, n. 1, 1995, pp. 169-188.

⁽⁶⁴⁾ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., pp. 364-366.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. N. BOBBIO, *Pluralismo*, in "Dizionario di politica", cit., p. 815 ss.

potere e di impedire la concentrazione del potere, costituisce un elemento essenziale contro gli abusi del potere a tutela delle libertà civili e politiche.

Il pluralismo può essere inteso, in questo ambito di discorso, come pluralismo sociale (lo Stato è uno dei gruppi che formano l'organismo sociale) e come pluralismo istituzionale (lo Stato riconosce la pluralità delle istituzioni, dei gruppi e delle associazioni – partiti, sindacati, chiese, ecc. – che formano la società civile). Il pluralismo politico istituzionale riguarda: 1) la separazione dei poteri in senso orizzontale (legislativo, esecutivo, giudiziario); 2) la separazione dei poteri in senso verticale (poteri centrali e poteri locali); 3) la separazione dei poteri in senso latissimo, relativo non solo ai poteri statali ma anche a quelli sociali politicamente rilevanti (potere economico, mass media, ecc.)⁽⁶⁶⁾. La dottrina della separazione dei poteri connette il pluralismo con il costituzionalismo. La limitazione dell'ingerenza del potere statale è vista come condizione per lo sviluppo di gruppi di potere diversi dallo Stato, e in ciò sta il nesso con il liberalismo. La moltiplicazione delle associazioni è vista come stimolo, contributo all'allargamento della partecipazione politica, e in ciò sta il nesso con la democrazia.

Qui si misura la lontananza della prospettiva schmittiana rispetto all'articolazione delle organizzazioni giuridico-politiche odierne ed ai modelli normativi che le sostengono. Tali modelli assumono la pluralità dei soggetti che si pongono come attori della politica e prendono in considerazione la questione della comprensione e della gestione della complessità (anche della complessità pervasiva del potere), definendo le regole fondamentali che rendono possibile la convivenza civile.

ABSTRACT

The paper deals with Carl Schmitt's intent of ascertaining the "sphere of the political". The "political" is the essence of politics and it is determined by the antithesis between "friend" and "enemy". The point of the distinction between friend and enemy is to denote the highest possible intensity of a union or separation, of an association or dissociation. The "political" is mindful of the real possibility of combat, that is to be understood in its existential sense. Schmitt criticizes the liberal conception of politics as discussion and competition of opinions.

The existence of the state presupposes "the political". Schmitt speaks of "state unity". His leitmotiv is the homogeneous, indivisible unity of the people. Homogeneity is determined by a sovereign-creating decision. The moment of political decision is at one and the same time a moment in which the distinction between friend and enemy is made. The constitution is the expression of the concrete identity of the people. Unity is meant as the opposite of plurality. Pluralism contradicts the unity of the people as a whole which for Schmitt is the foundation of state and constitution.

⁽⁶⁶⁾ M. BARBERIS, *Pluralismi*, in "Teoria politica", XXIII, n. 3, 2007, pp. 5-7.

Schmitt denies that the function of the constitution is to set legal limits on the exercise of power. On the contrary, constitutionalism demands for constitutional guarantees which ensure that these legal limits are not transgressed.

L'articolo tratta dell'intento di Carl Schmitt volto a dar conto dell'"ambito del politico". Il "politico" è l'essenza della politica ed è individuato dall'antitesi tra "amico" e "nemico". La distinzione tra amico e nemico denota l'estremo grado di intensità di un'unione o di una separazione, di un'associazione o di una dissociazione. Il "politico" rinvia alla reale possibilità del conflitto inteso in senso esistenziale. Schmitt critica la concezione liberale della politica come discussione e competizione di opinioni.

L'esistenza dello Stato presuppone il "politico". Schmitt parla di "unità statale". Il punto di riferimento è l'omogenea, indivisibile unità del popolo. L'omogeneità è definita da una decisione istitutiva della sovranità, che distingue tra amico e nemico. La costituzione è l'espressione dell'identità concreta del popolo. L'unità è vista come opposta alla pluralità. Il pluralismo è in contrasto con l'unità del popolo considerato come un tutto che, secondo Schmitt, fonda lo Stato e la costituzione.

Schmitt nega che la funzione della costituzione sia quella di porre limiti giuridici all'esercizio del potere. Il costituzionalismo, invece, implica le garanzie costituzionali finalizzate ad assicurare la certezza che questi limiti non saranno oltrepassati.

LUCETTA DESANTI

SAPERE DI AGIRE CONTRO LA VOLONTÀ DEL PROPRIETARIO, CREDERE DI AVERNE IL PERMESSO

Riflessioni intorno al dolo nel furto d'uso

1. *Il contributo di Sabino: consapevolezza di agire invito domino e furto d'uso.* È opinione largamente condivisa che la nozione di *furtum* abbia subito, nel tempo, una progressiva evoluzione⁽¹⁾, sia per quel che concerne l'individuazione dell'elemento oggettivo, precisatosi nella *contractatio* di una cosa mobile altrui⁽²⁾, sia per quel che concerne l'elemento soggettivo, infine identificato nello scopo di lucro⁽³⁾. Si è trattato, evidentemente, di un

⁽¹⁾ Cfr., in particolare, B. ALBANESE, *La nozione del furtum fino a Nerazio*, in *AUPA*, XXIII, Palermo 1953, 5 ss.; *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, in *AUPA*, XXV, Palermo 1956, 5 ss.; *La nozione del "furtum" nell'elaborazione dei giuristi romani*, in *Jus*, 9 (1958), ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, I, Palermo 1991, 98 ss.; s. v. *Furto (storia)*, in *ED*, XVIII, Milano 1969, 313 ss.

⁽²⁾ In argomento, fra gli altri: A. WATSON, *Contractatio as an Essential of Furtum*, in *Law Quarterly Review*, 77 (1961), 526 ss., ora in *Id.*, *Studies in Roman Private Law*, London-Rio Grande 1991, 303 ss. e *Contractatio again*, in *SDHI*, 28 (1962), 331 ss.; J. A. C. THOMAS, *Contractatio, complicity and furtum*, in *Iura*, 13 (1962), 70 ss. e *Contractatio – my last word*, in *Iura*, 14 (1963), 180 ss.; D. PUGSLEY, *Contractatio*, in *Irish Jurist*, 15 (1980), 341 ss., ora in *Id.*, *Americans are aliens and other essays on Roman Law*, Tiverton 1989, 89 ss.

⁽³⁾ Le espressioni adoperate dai giuristi per indicare il dolo specifico del furto, tuttavia, sono varie. *Consilium furandi*: D. 47, 2, 57 (56), 3 (Iul. 22 dig.); *animus furandi*: D. 47, 2, 76 (75) (Pomp. 21 ad Q. Muc.); *animus furci faciendi*: D. 9, 2, 41, 1 (Ulp. 41 ad Sab.); *adfectus furandi*: Gai. 2, 50 e 3, 208; *agere intercipiendi causa*: Gai. 3, 195. Va ricordato che i riferimenti all'*animus lucri faciendi* o all'*animus furandi* sono stati in passato attribuiti alla mano dei compilatori giustinianeî. In particolare: P. HUVELIN, *L'animus lucri faciendi dans la théorie romaine du vol*, in *NRH*, 42 (1918), 73 ss.; E. ALBERTARIO, *Animus furandi*, in *Id.*, *Studi di diritto romano*, III, Milano 1936, 209 ss. e *La definizione del furto in D. 47, 2, 1*, in *SDHI*, 2 (1936), 160 ss., ora in *Id.*, *Studi di diritto romano*, VI, Milano 1953, 433 ss. La più recente tendenza è invece nel senso di riferire tali categorie al pensiero dei giuristi classici. Tra gli altri: G. LONGO, *L'elemento soggettivo nel delitto di furto*, in *AA. VV.*, *Studi in onore di Pietro De Francisci*, III, Milano 1956, 249 ss., ora in *Id.*, *Ricerche romanistiche*, Milano 1966,

percorso complesso e non necessariamente lineare, che sollecita tuttora importanti interrogativi.

Il presente saggio si soffermerà sul tema del dolo nel cosiddetto furto d'uso⁽⁴⁾, profilo che, secondo noi, presenta vari motivi di interesse.

Inizieremo la nostra indagine considerando una decisione di Sabino, riferita da Gellio, dal libro secondo *iuris civilis*⁽⁵⁾:

GELL. 11, 18, 20: Verba sunt Sabini ex libro iuris civilis secundo: Qui alienam rem adtrectavit, cum id se invito domino facere iudicare deberet, furti tenetur.

Chi si fosse macchiato dell'*adtrectatio* di una cosa altrui, a giudizio di Sabino, sarebbe stato responsabile di furto "quando dovesse giudicare di fare ciò contro il volere del proprietario": *cum id se invito domino facere iudicare deberet*.

La genericità dell'affermazione ha indotto a ritenere che il giurista prospettasse, se non una definizione vera e propria di *furtum*⁽⁶⁾, quanto

571 ss.; B. ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, cit., 281 ss.; J. A. C. THOMAS, *Animus furandi*, in *Iura*, 19 (1968), 1 ss.; D. PUGSLEY, "Animus furandi", in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, 5, Napoli 1984, 2419 ss., ora in *Id.*, *Americans are aliens*, cit., 104 ss.

⁽⁴⁾ Il *furtum usus*, come è noto, appare di regola identificato nel fatto di usare indebitamente una *res aliena*, ricevuta a titolo di deposito o di comodato. D. 47, 2, 55 *pr.* (Gai. 13 *ad ed. prov.*) parrebbe contemplare pure l'uso indebito del pegno ad opera del creditore pignoratizio: *Si pignore creditor utatur, furti tenetur*. Inoltre, anche l'uso delle vesti da parte del lavandaio e del sarto, incaricati di pulirle e rammendarle, sembrerebbe ricondotto in questo ambito in D. 47, 2, 83 (82) *pr.* (Paul. 2 *sent.*) = P. S. 2, 31, 29: *Fullo et sarcinator, qui polienda vel sarcienda vestimenta accepit, si forte his utatur, ex contractatione eorum furtum fecisse videtur, quia non in eam causam ab eo videntur accepta*. Queste ultime ipotesi, tuttavia, sembrerebbero rimaste marginali nella riflessione dei giuristi. Sul furto d'uso, in particolare: C. FERRINI, "Furtum usus possessionisve". *Contributo alla dottrina del furto in diritto romano*, in *Rivista Penale*, XXIII, 1886, ora in *Id.*, *Opere*, V, Milano 1930, 107 ss.; M. PAMPALONI, *Studi sopra il delitto di furto. Furto di possesso e furto di uso*, in *Studi Senesi*, 1894, ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, I, Pisa-Roma 1941, 671 ss.; V. POLAČEK, *Comodato e furto: spunti d'interpretazione dialettica*, in *Labeo*, 19 (1973), 161 ss.; M. J. GARCIA GARRIDO, *El "Furtum usus" del depositario y del comodatario*, in AA. VV., *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, IV, Perugia 1981, 843 ss.; L. PARICIO SERRANO, *La responsabilidad en el comodato romano a traves de la casuística jurisprudencial*, in *Estudios en homenaje al Profesor Juan Iglesias*, I, Madrid 1988, 460 ss.; F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Acerca de la posible extensión del concepto de "furtum usus"*, in AA. VV., *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, II, Napoli 2001, 391 ss.; P. APATHY, *Commodatum und furtum*, in AA. VV., *Festschrift für Herbert Hausmaninger zum 70. Geburtstag*, hrsg. R. GAMAUF, Wien 2006, 15 s.

⁽⁵⁾ F. P. BREMER, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, II, Lipsiae 1898, n. 113.

⁽⁶⁾ È infatti opinione diffusa che le parole in discorso non introducessero una definizione di *furtum*: F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford 1954, 579; B. ALBA-

meno una regola di ampia portata, volta a precisare la condotta delittuosa dell'illecito nel fatto di *alienam rem adtrectare* e l'elemento psicologico nella consapevolezza di agire contro il volere del proprietario⁽⁷⁾.

Alcuni indizi significativi legittimano tuttavia a supporre che Sabino, in realtà, pensasse ad ipotesi di cosiddetto *furtum improprium*, e segnatamente di furto d'uso⁽⁸⁾.

A parte la presenza della voce *adtrectare*, idonea ad esprimere una condotta diversa rispetto ad *amovere* o a *subripere*, e forse più specifica rispetto a *contrectare*⁽⁹⁾, non va trascurato che GELL. 11, 18, 20 si collocava in uno squarcio dedicato a ipotesi di furto senza sottrazione clandestina⁽¹⁰⁾.

NESE, *La nozione del furtum fino a Nerazio*, cit., 120; J. A. C. THOMAS, *Animus furandi*, cit., 2; P. STEIN, *School attitudes in the law of delicts*, in AA.VV., *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, II, Milano 1983, 286; M. A. FENOCCHIO, *Sulle tracce del delitto di furtum. Genesi sviluppi vicende*, Napoli 2008, 370 s. Cfr. anche R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano 1966, 154 s. e nt. 47. Scorgeva invece nelle parole di Sabino una *definitio*, sia pure incompleta, C. FERRINI, "Furtum usus possessionisve", cit., 107 s. e *Appunti sulla teoria del furto in diritto romano nei suoi rapporti con la teoria del possesso*, in AG, 47 (1891), ora in ID., *Opere*, V, cit., 131. Cfr., più di recente, A. WATSON, *The Definition of Furtum and the Trichotomy*, in T., 28 (1960), 197 e nt. 1. Gellio invero, al par. 19, sembrerebbe alludere ad una *definitio*: ... a prudentissimis viris, quid esset 'furtum', definitum sit, Tuttavia è plausibile che queste parole, del resto provenienti da un erudito, assumessero un significato atecnico ed esprimessero l'attività dei giuristi volta a "delimitare" la nozione di furto.

⁽⁷⁾ P. HUVELIN, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain. I. Les sources*, Lyon-Paris 1915 (rist. Roma 1968), 704 ss. Cfr. anche E. ALBERTARIO, *Animus furandi*, cit., 215, nonché B. ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, cit., 282 e nt. 445 e *La nozione del "furtum" nell'elaborazione dei giuristi romani*, cit., 322. Si è poi sostenuto che la regola risalente a Sabino, di cui in GELL. 11, 18, 20, la quale poneva l'accento sulla soggettiva convinzione del fur di operare *invito domino*, avrebbe lasciato il posto, nel tempo, ad una concezione di tipo "oggettivo", che legava la contrarietà del *dominus* all'elemento della *contrectatio*: P. HUVELIN, *Études sur le furtum*, cit., 782 ss.; O. MILELLA, *Il consenso del 'dominus' e l'elemento intenzionale del furto*, in BIDR, 91 (1988), 402 s.

⁽⁸⁾ In questo senso: F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, cit., 580; G. D. MACCORMACK, *Definitions: furtum and contrectatio*, in AA. VV., *Essays in honour of Ben Beinart*, II, Cape Town – Wetton – Johannesburg 1979, 131 e 141; M. A. FENOCCHIO, *Sulle tracce del delitto di furtum*, cit., 127 nt. 250 e 370 s. Cfr. anche R. ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis di Sabino*, Padova 2001², 254 nt. 62, che riferisce la regola al *furtum usus*.

⁽⁹⁾ Questa voce, per meglio dire, potrebbe essere stata adoperata per esprimere il fatto di limitarsi ad utilizzare una *res* già disponibile, senza sottrarla: M. A. FENOCCHIO, *Sulle tracce del delitto di furtum*, cit., 127 ss. nt. 250. Secondo l'A., altri indizi confermerebbero che *contrectatio* sarebbe termine di impiego successivo e più ampio, idoneo a ricomprendere sia l'*amotio* sia l'*adtrectatio*. Che Sabino adoperasse *adtrectare*, sempre con *invito domino*, risulta pure da GELL. 11, 18, 22, nonché da D. 47, 2, 46, 7 (Ulp. 42 *ad Sab.*), che vedremo in seguito. Per il significato di *adtrectare*, cfr. *Th. l. l.*, II, 1161 s., s. v. *Attrecto*.

⁽¹⁰⁾ Al precedente par. 19, per meglio dire, si poneva l'accento sulla possibilità

Soprattutto, la regola enunciata – secondo cui l'*adtrektor* si macchiava di furto *cum id se invito domino facere iudicare deberet* – non appariva adeguata alla *subreptio* di una *res aliena*, che di per sé lasciava presumere la contrarietà del *dominus* ⁽¹¹⁾. Viceversa, si è osservato, essa doveva concernere l'abuso di un bene già detenuto nelle proprie mani, a titolo di deposito, comodato, pegno, con possibilità di disporne entro limiti precisi ⁽¹²⁾. Proprio in tale ipotesi, infatti, poteva dirsi che l'*adtrektor* si comportasse dolosamente, macchiandosi di furto, quando dovesse giudicare di agire *invito domino*; vale

di qualificare come *fur* non soltanto colui che asportasse un bene in modo occulto o lo sottraesse in modo clandestino, ma anche, evidentemente, colui che agisse senza *occulte tollere* o *clam subripere*: *Quam caste autem ac religiose a prudentissimis viris, quid esset 'furtum', definitum sit, praetereundum non puto, ne quis eum solum esse furem putet, qui occulte tollit aut clam subripit*. Al successivo par. 21, si faceva il caso di chi raccogliesse una *res iacens*, a fine di lucro, senza pertanto "asportarla" dalla sfera del proprietario: *Item alio capite: Qui alienum iacens lucri faciendi causa sustulit, furti obstringitur, sive scit, cuius sit, sive nescit*. Pertanto, lo stesso par. 20, che risultava frapposto, doveva plausibilmente riferirsi ad una fattispecie dello stesso tipo.

⁽¹¹⁾ In Gai. 3, 198, invero, si fa proprio il caso in cui il *dominus* autorizzasse il proprio servo a sottrargli dei beni. Come vedremo, tuttavia, si trattava di una situazione assai particolare, nella quale il permesso del proprietario era stato accordato strumentalmente, per sorprendere l'ideatore del furto. Ed emerge anzi che quest'ultimo, essendo all'oscuro di questa particolare intenzione, presumeva che il *dominus* fosse senz'altro *invitus*.

⁽¹²⁾ F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, cit., 580, cui aderisce M. A. FENOCCHIO, *Sulle tracce del delitto di furtum*, cit., 250 nt. 127. D'altro canto, lo stesso P. HUVELIN, *Études sur le furtum*, cit., 705, sia pure ritenendo che la regola sabiniana in discussione si estendesse al generale ambito del furto, riconosceva che il criterio adottato risultava essenzialmente pertinente al cosiddetto *furtum improprium*: "Mais c'est pour le *furtum improprium* que la question a dû se poser. Dans le *furtum improprium*, le déplacement initial de détention se réalise *sciente et volente domino*, et le détenteur reçoit du *dominus* certains droits sur la chose, qui varient selon la convention intervenue. Vient-il par la suite à manier cette chose? L'élément subjectif du *furtum improprium* réside alors dans la conscience qu'il doit avoir d'outrepasser ses droits et de manquer aux accords exprès ou tacites par lui consentis".

Il problema dei limiti imposti dal comodato, riguardo all'uso della cosa, è stato oggetto di intenso dibattito. È tuttavia plausibile che il contratto importasse la determinazione di uno scopo preciso, cui il comodatario dovesse attenersi. Sul punto: F. PASTORI, *Il comodato nel diritto romano*, Milano 1954, 123 ss. Quanto al depositario, è noto che egli, di regola, non poteva usare la *res deposita*. In taluni casi, tuttavia, il deponente poteva accordare tale facoltà: sin dall'inizio – mediante clausole del tipo "se vorrai": D. 12, 1, 10 (Ulp. 2 *ad ed.*); D. 16, 3, 1, 34 (Ulp. 30 *ad ed.*) – oppure in seguito, dietro richiesta del deponente: D. 12, 1, 9, 9 (Ulp. 26 *ad ed.*). In questi casi, a seconda che il contratto avesse ad oggetto cose infungibili oppure somme di denaro, si trasformava in comodato (ovvero in *locatio rei*, quando fosse previsto un compenso) oppure in mutuo. Su questo fenomeno, in particolare: C. A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali. Corso di diritto romano*, Milano 1973, 302 ss. Al creditore pignoratizio, infine, l'uso del pegno era senz'altro precluso.

a dire, quando non potesse ignorare di utilizzare il bene al di fuori degli accordi intervenuti, senza avere – o potere ragionevolmente supporre – l'autorizzazione del proprietario⁽¹³⁾.

Certo è che il criterio della consapevolezza di agire *invito domino*, anche alla luce delle ulteriori testimonianze pervenute, risulta costantemente evocato riguardo a casi riconducibili al furto d'uso⁽¹⁴⁾; e ciò rafforza la convinzione che proprio questo dovesse essere, verosimilmente, il suo fondamentale ambito di applicazione.

Particolarmente significativo, in questo senso, appare il seguente squarcio di Ulpiano:

⁽¹³⁾ A proposito nella concezione di Sabino, rileva P. STEIN, *School attitudes*, cit., 286 s.: "If the defendant had committed an act which appears to be dishonest, that was both necessary and sufficient to establish his state of mind". Cfr. anche H. F. JOLOWICZ, *Digest XLVII.2 De furtis*, Cambridge 1940, lvi.

A giudizio di P. HUVELIN, *Études sur le furtum*, cit., 710 ss., alla cui opinione aderisce pure O. MILELLA, *Il consenso*, cit., 400, un esempio di come Sabino applicasse il criterio in discorso ad un'ulteriore ipotesi di *furtum improprium* emergerebbe in D. 16, 3, 11 (Ulp. 41 ad Sab.): *Quod servus deposuit, is apud quem depositum est servo rectissime reddet ex bona fide: nec enim convenit bonae fidei abnegare id quod quis accepit, sed debet reddere ei a quo accepit, sic tamen, si sine dolo omni reddat <, hoc est, ut nec culpa quidem suspicio sit>. denique Sabinus hoc explicuit addendo: 'nec ulla causa intervenit, quare putare possit dominum reddi nolle'. hoc ita est, si potuit suspicari, iusta scilicet ratione motus: ceterum sufficit bonam fidem adesse ...*. Era il caso del depositario che, ricevuta la *res* depositata da uno schiavo, la restituiva sempre a quest'ultimo anziché al *dominus*. Sabino avrebbe affermato che la buona fede giustificava la restituzione del bene a colui che lo aveva depositato, ancorché si trattasse di un servo: a meno che non fosse intervenuta una valida ragione, tale da lasciar supporre al depositario che il *dominus* sarebbe stato di contrario parere. Il rapporto con il criterio riferito in GELL. 11, 18, 20, sembrerebbe consistere, tuttavia, in una semplice assonanza. Anzitutto, va osservato che la questione, pur essendo affrontata, sia da Ulpiano sia da Sabino, in connessione con il tema del furto (per tutti, R. ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis di Sabino*, cit., 163 e 255), coinvolgeva tuttavia profili "privatistici": forse la responsabilità contrattuale del depositario o, meglio ancora, l'efficacia liberatoria o meno di una indebita restituzione: in particolare, con riepilogo delle principali opinioni in argomento, R. MARTINI, *Di un discusso riferimento alla "culpa" in tema di deposito*, in AA. VV., *Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*, Milano, 7-9 aprile 1987, I, Milano 1988, 205 ss. E la soluzione adottata da Sabino sembrerebbe piuttosto ricalcare un criterio enunciato già da Alfeno Varo in D. 46, 3, 35 (Alf. 2 dig. a Paul. epit.): *Quod servus ex peculio suo credidisset aut deposuisset, id ei, sive venisset sive manumissus esset, recte solvi potest, nisi aliqua causa interciderit, ex qua intellegi possit invito eo, cuius tum is servus fuisset, ei solvi. ...*. Sul passo, più di recente, L. MAGANZANI, *La "diligentia quam suis" del depositario dal diritto romano alle codificazioni nazionali. Casi e questioni di diritto civile nella prospettiva storico-comparatistica*, Milano 2006, 113 s.

⁽¹⁴⁾ Potremmo citare anche un passo di Paolo, a sua volta tratto dal commentario a Sabino, nel quale ricorre significativamente la locuzione *invito domino* (sia pure riferita alla condotta delittuosa), sempre a proposito del furto d'uso del comodatario. D. 47, 2, 40 (Paul. 9 ad Sab.): *Qui iumenta sibi commodata longius duxerit alienave re invito domino usus sit, furtum facit*.

D. 47, 2, 46, 7-8 (Ulp. 42 *ad Sab.*): Recte dictum est, qui putavit se domini voluntate rem attingere, non esse furem: quid enim dolo facit, qui putat dominum consensurum fuisse, sive falso id sive vere putet? is ergo solus fur est, qui adtrectavit, quod invito domino se facere scivit. 8. Per contrarium quaeritur, si ego me invito domino facere putarem, cum dominus vellet, an furti actio sit. et ait Pomponius furtum me facere: verum tamen est, ut, cum ego velim eum uti, licet ignoret, ne furti sit obligatus.

Soffermandoci sul par. 7, notiamo anzitutto che il passo, tratto dal libro 42 *ad Sabinum*, presenta importanti analogie con la decisione riferita in Gell. 11, 18, 20, su cui ci siamo appena intrattenuti. In primo luogo, la regola enunciata – *is ergo solus fur est, qui adtrectavit, quod invito domino se facere scivit* – riproduce sostanzialmente quella riferita da Gellio: *Qui alienam rem adtrectavit, cum id se invito domino facere iudicare deberet, furti tenetur*. A livello terminologico, poi, non può sfuggire la presenza, in ambedue le testimonianze, della voce *adtrectare* (D. 47, 2, 46, 7: *is ergo solus fur est, qui adtrectavit*; Gell. 11, 18, 20: *Qui alienam rem adtrectavit*). È dunque verosimile supporre che Ulpiano, in questo luogo, citasse addirittura Sabino o quanto meno ne seguisse fedelmente il pensiero⁽¹⁵⁾.

Ebbene, la stessa presenza di particolari voci verbali, quali (*rem*) *attingere*, o *adtrectare*, che sembrerebbero rimandare a ipotesi differenti dal *subripere*, dall'*amovere*⁽¹⁶⁾, potrebbe indurre a ritenere che il caso considerato fosse propriamente quello di chi si limitava a “toccare” una cosa altrui, verosimilmente usandola in modo indebito, senza sottrarla. Ma la certezza che la regola sabiniana venisse riferita propriamente al furto d’uso, si può desumere dal successivo par. 8, che esamineremo in seguito⁽¹⁷⁾. Qui, infatti, si fa il caso del proprietario che acconsente all’uso della *res*, mentre l'*adtrectator* lo ignora, reputandolo *invitus*: ... *verum tamen est, ut, cum ego velim eum uti, licet ignoret, ne furti sit obligatus*⁽¹⁸⁾. E ciò significa che la fattispecie

⁽¹⁵⁾ Cfr.: F. SCHULZ, *Sabinus-Fragmente in Ulpianus Sabinus-Commentar*, Halle 1906, 83, il quale ha ritenuto che le parole *Recte dictum est* sottintendessero <a Sabino>. Cfr. anche, in questo senso, P. HUVELIN, *Études sur le furtum*, cit., 709 e B. ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, cit., 264. Il paragrafo non viene utilizzato da R. ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis di Sabino*, cit. Potrebbero invece esprimere una considerazione di Ulpiano le parole che seguono il primo periodo: *quid enim dolo facit, qui putat dominum consensurum fuisse, sive falso id sive vere putet?*: P. HUVELIN, *Études sur le furtum*, cit., 709 nt. 2.

⁽¹⁶⁾ Per il significato di *attingere*, cfr. *Th. l. l.*, II, 1143 ss., s. v. *attingere*. Per il significato di *adtrectare*, in rapporto a *subripere* e *amovere*, v. *retro*, nt. 9.

⁽¹⁷⁾ V. *infra*, par. 3.

⁽¹⁸⁾ O. MILELLA, *Il consenso*, cit., 407 s.

considerata, per l'appunto, non era quella della *subreptio*, ma quella dell'uso indebito di una cosa altrui.

Ancora, viene in considerazione un ulteriore passo di Pomponio, dal commentario a Sabino, che riferisce l'opinione di Proculo⁽¹⁹⁾:

D. 12, 4, 15 (Pomp. 22 *ad Sab.*): Cum servus tuus in suspicionem furti Attio venisset, dedisti eum in quaestionem sub ea causa, ut, si id repertum in eo non esset, redderetur tibi: is eum tradidit praefecto vigilum quasi in facinore deprehensum: praefectus vigilum eum summo supplicio adfecit. ages cum Attio dare eum tibi oportere, quia et ante mortem dare tibi eum oportuerit. Labeo ait posse etiam ad exhibendum agi, quoniam fecerit quo minus exhiberet. sed Proculus dari oportere ita ait, si fecisses eius hominem, quo casu ad exhibendum agere te non posse: sed si tuus mansisset, etiam furti te acturum cum eo, quia re aliena ita sit usus, ut sciret se invito domino uti aut dominum si sciret prohibiturum esse.

Un certo Attio aveva ricevuto un servo altrui, sospettato di furto, perché fosse sottoposto a tortura, con l'intesa che venisse restituito se ritenuto incolpevole. Egli, invece, lo aveva consegnato al *praefectus vigilum* come ladro flagrante, e il prefetto lo aveva messo a morte. Secondo l'opinione riferita da Pomponio (forse risalente a Sabino) il servo doveva essere restituito. Labeone aggiungeva il rimedio dell'*actio ad exhibendum*. Secondo Proculo, invece, la possibilità di esigere la restituzione del servo sarebbe sussistita solo se la proprietà del medesimo fosse stata trasmessa, rimanendo tuttavia preclusa l'*actio ad exhibendum*⁽²⁰⁾. Se, viceversa, il padrone fosse rimasto proprietario, oltre a potere esercitare quest'ultimo rimedio, avrebbe potuto agire anche per furto. Attio, infatti, aveva fatto uso di una cosa altrui (il servo) sapendo di utilizzarla *invito domino*, ovvero che il *dominus*, se avesse saputo, avrebbe proibito.

Ebbene, queste parole documentano anzitutto che Proculo, nell'ultima ipotesi considerata, ravvisava il perfezionarsi di un furto a causa dell'uso indebito di una cosa altrui: *quia re aliena ita sit usus ...*⁽²¹⁾. In effetti, è plausibile che la concessione del servo in vista della *quaestio*, gratuita e per un fine determinato, senza trasmissione della proprietà, apparisse riconducibile

⁽¹⁹⁾ Sul passo: P. HUVELIN, *Études sur le furtum*, cit., 581 ss.; B. ALBANESE, *La nozione del furtum fino a Nerazio*, cit., 187 ss. e *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, cit., 141; J. A. C. THOMAS, *Animus furandi*, cit., 28 s.

⁽²⁰⁾ Cfr. M. A. FENOCCHIO, *Sulle tracce del delitto di furtum*, cit., 362.

⁽²¹⁾ Si veda, in particolare, B. ALBANESE, *La nozione del furtum fino a Nerazio*, cit., 188 s., che dal passo deduce il persistere della possibilità di un *furtum* senza appropriazione nel pensiero di Proculo. Cfr. anche M. A. FENOCCHIO, *Sulle tracce del delitto di furtum*, cit., 362.

alla sfera del comodato⁽²²⁾ e che l'abuso commesso riguardo al servo stesso assumesse gli estremi del furto d'uso.

Inoltre, si ricava che Attio sarebbe stato responsabile, a questo titolo, giacché ben sapeva di utilizzare il servo altrui *invito domino*, per uno scopo del tutto difforme da quello stabilito: *quia re aliena ita sit usus, ut sciret se invito domino uti aut dominum si sciret prohibiturum esse*.

Il giurista, dunque, riproponeva sostanzialmente la regola enunciata da Sabino⁽²³⁾ e la riferiva, ancora una volta, all'ambito del furto d'uso. Semmai, le ultime parole del frammento – *aut dominum si sciret prohibiturum esse* – introducono una precisazione ulteriore. Poiché l'uso indebito di una *res commodata* doveva avvenire, di regola, all'insaputa del proprietario, e ciò infatti si era verificato anche nel concreto caso discusso, conoscere la contrarietà del *dominus*, da parte del *fur*, non significava necessariamente constatarne l'effettiva opposizione, ma sapere che costui "avrebbe proibito" se fosse stato al corrente⁽²⁴⁾.

2. La regola "in positivo" di Sabino e una regola "in negativo" riferita da Pomponio. C'è poi da dire che la regola di matrice sabiniana su cui ci siamo soffermati, si è posta certamente in rapporto con un'enunciazione per così dire "speculare", sempre concernente il furto d'uso, attestata sia da un passo di Pomponio, sia dalle Istituzioni di Gaio, che non è chiaro se sia precedente o successiva.

Leggiamo, anzitutto:

D. 47, 2, 77 (76) *pr.* (Pomp. 38 *ad Q. M.*): Qui re sibi commodata [vel apud se deposita] usus est aliter atque accepit, si existimavit se non

⁽²²⁾ In questo senso, J. A. C. THOMAS, *Animus furandi*, cit., 29.

⁽²³⁾ Sabino invero, stando a GELL. 11, 18, 20, avrebbe affermato che l'*adtrektor* si macchiava di furto quando "dovesse giudicare" di agire contro la volontà del *dominus*: *cum id se invito domino facere iudicare deberet*. La differenza, tuttavia, è soltanto apparente: colui che "deve giudicare" di agire *invito domino*, perché non vi sono fondate ragioni per supporre il contrario, in fondo "sa" di agire *invito domino*. Infatti Ulpiano, D. 47, 2, 46, 7, ricalcando probabilmente le parole di Sabino, utilizza la locuzione *quod invito domino se facere scivit*.

⁽²⁴⁾ Va peraltro osservato che Proculo ha fatto specifico riferimento alla *prohibitio domini*, anziché ad un generico dissenso. Ciò sembrerebbe richiamare una concezione espressa da Labeone, che imponeva al *dominus*, *cum sciret quid sibi subripi*, di manifestare un'espressa proibizione, pena l'impossibilità di esperire l'azione di furto. Si veda infatti D. 47, 2, 92 (91) (Lab. 2 *pith. a Paul. epit.*): *Si quis, cum sciret quid sibi subripi, non prohibuit, non potest furti agere*. PAULUS. *Immo contra: nam si quis scit sibi rapi et, quia non potest prohibere, quievit, furti agere potest. at si potuit prohibere nec prohibuit, nihilo minus furti aget: et hoc modo patronus quoque liberto et is, cuius magna verecundia ei, quem in praesentia pudor ad resistendum impedit, furtum facere solet*.

invito domino id facere, furti non tenetur. [sed nec depositi ullo modo tenebitur:] commodati an teneatur, in culpa aestimatio erit, id est an non debuerit existimare id dominum permissurum.

Secondo l'attuale stesura, il passo riferisce che il comodatario o il depositario, il quale avesse fatto un uso non previsto della cosa ricevuta, non sarebbe tuttavia incorso nell'accusa di furto quando avesse ritenuto di fare ciò non *invito domino*, ovvero sia conformemente alla volontà del proprietario. Dal punto di vista della responsabilità contrattuale, il depositario non sarebbe stato neppure conveniente mediante l'*actio depositi* (che evidentemente presupponeva un comportamento doloso). Riguardo al comodatario, si sarebbe dovuto considerare se fosse caduto in un errore colpevole: giacché, soppesando adeguatamente gli elementi in suo possesso, non avrebbe dovuto considerare che il *dominus* avrebbe permesso; viceversa, una valutazione errata ma incolpevole lo avrebbe mandato, verosimilmente, assolto⁽²⁵⁾.

La testimonianza sollecita importanti interrogativi.

In primo luogo, è opinione pressoché unanime che i riferimenti al deposito non siano genuini⁽²⁶⁾. In effetti, è pur vero che il frammento di

⁽²⁵⁾ Sulla particolare responsabilità contrattuale del comodatario riguardo all'uso indebito della cosa, anche alla luce del passo in esame: F. PASTORI, *Il commodato*, cit., 275 ss.; R. ROBAYE, *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain*, Bruxelles 1987, 305 ss.; P. VOGLI, "Diligentia", "custodia", "culpa". I dati fondamentali, in *SDHI*, 56 (1990), ora in Id., *Ultimi studi di diritto romano*. A cura di R. ASTOLFI, Napoli 2007, 125; P. CERAMI, *Il commodato*, in AA. VV., *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener*, Madrid 1994, 321 ss., nonché Id., *Il comodato nella storia dell'esperienza giuridica: dal diritto classico ai diritti moderni*, in *AUPA*, 43 (1995), 308 ss. Del tutto diversa, ma a nostro avviso non condivisibile, è la lettura di F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Acerca de la posible extensión*, cit., 401 s.: l'A. riferisce infatti l'intero frammento alla responsabilità penale, ricavando da esso una tendenza a ritenere responsabile il comodatario, per furto d'uso, anche per semplice colpa, per non avere tenuto debitamente conto della contrarietà del proprietario.

⁽²⁶⁾ Tra gli altri: E. DE RUGGIERO, *Depositum vel commodatum. Contributo alla teoria delle interpolazioni*, in *BIDR*, 19 (1907), 73; P. HUVELIN, *Études sur le furtum*, cit., 786 nt. 7; F. HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, in *ZSS*, 40 (1919), 181 s.; F. BOSSOWSKI, *De conditione ex causa furtiva*, in *AUPA*, 13 (1927), 67; H. F. JOLOWICZ, *Digest XLVII. 2*, cit., 113; J. ROSENTHAL, *Custodia und Aktivlegitimation zur Actio furti*, in *ZSS*, 68 (1951), 259; F. PASTORI, *Il commodato*, cit., 279 s.; R. ROBAYE, *L'obligation de garde*, cit., 306 s. e nt. 29; P. ZANNINI, *Spunti critici per una storia del commodatum*, Milano 1983, 97 e nt. 41; W. LITEWSKI, *Depositary's liability in roman law*, in *AG*, 190 (1976), 13. Maggiormente sfumata appare la posizione di C. A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali*, cit., 299 ss., il quale sottolinea come l'accostamento tra deposito e comodato fosse già noto ai giuristi repubblicani e che semmai sia stato male utilizzato dai giustiniane. Suppone la genuinità dei riferimenti al deposito, a quel che sembra, M. J. GARCIA GARRIDO, *El "Furtum usus"*, cit., 845 s.

Pomponio è tratto dal commentario a Quinto Mucio e che quest'ultimo giurista, come si apprende da GELL. 6, 15, 2, nel delineare la nozione di furto d'uso considerava congiuntamente i due casi, del deposito e del comodato: *Itaque Q. Scaevola in librorum, quos de iure civili composuit, XVI. verba haec posuit: Quod cui servandum datum est, si id usus est, sive, quod utendum accepit, ad aliam rem, atque accepit, usus est, furti se obligavit.*

Tuttavia, soffermandoci in particolare sul periodo iniziale, *qui ... furti non tenetur*, non può sfuggire che la locuzione *usus est aliter atque accepit* ben si adatta al solo caso del comodatario (che può usare la cosa, e commette furto quando la usa in modo diverso dal previsto), mentre appare inadeguata al caso del depositario, che non può proprio usare quanto ricevuto in custodia. Non per nulla, le parole di Quinto Mucio riferite in GELL. 6, 15, 2, più correttamente, menzionano il depositario che semplicemente usa, quando non dovrebbe (*quod cui servandum datum est, si id usus est*) e il comodatario che usa "altrimenti" (*quod utendum accepit, ad aliam rem, atque accepit, usus est*). Dalla testimonianza, si ricava inoltre che il caso del depositario avrebbe preceduto quello del comodatario; viceversa, in D. 47, 2, 77 (76) *pr.* (Pomp. 38 *ad Q. M.*), esso risulta introdotto successivamente, grazie alle parole *vel apud se deposita*, che parrebbero "intruse" in una affermazione concernente il comodato.

Difatti, sembrerebbero restituire il principio in modo corretto le Istituzioni di Gaio, che al deposito non fanno cenno:

Gai. 3, 197⁽²⁷⁾: *Placuit tamen eos, qui rebus commodatis aliter uterentur, quam utendas accepissent, ita furtum committere, si intellegant id se invito domino facere, eumque, si intellexisset, non permisurum; at si permisurum credant, extra furti crimen videri; optima sane distinctione, quod furtum sine dolo malo non committitur.*

Del resto, una decisione di questo tipo, a ben guardare, si giustificava essenzialmente riguardo ai comodatari, perché proprio costoro risultavano più facilmente esposti a comportamenti erronei, ma non dolosi. Infatti, la difficoltà nel predeterminare rigidamente le modalità di uso, nonché il rapporto di amicizia di regola sottostante al contratto, potevano indurli ad utilizzare il bene "oltre i limiti previsti" equivocando circa il permesso del proprietario⁽²⁸⁾. Anche ai depositari invero, poteva essere eccezional-

⁽²⁷⁾ Cfr. Inst. 4, 1, 7.

⁽²⁸⁾ Posto che il comodato importava verosimilmente la determinazione di uno scopo preciso, cui il comodatario doveva attenersi, è però vero che le modalità di uso della *res* potevano risultare più o meno complesse, e non sempre determinabili con esattezza. Tenuto conto dei rapporti di amicizia e benevolenza che di norma risiedevano alla base del contratto, ciò poteva indurre il comodatario ad eccedere

mente accordato l'uso della cosa, ma in forza di espresse clausole che non lasciavano spazio all'incertezza⁽²⁹⁾: ragion per cui, o costoro "sapevano" di potere usare, andando in tal caso esenti da furto⁽³⁰⁾, o "sapevano" di non averne facoltà⁽³¹⁾.

Per quel che riguarda, poi, la paternità della decisione in discorso, va ribadito che il frammento in D. 47, 2, 77 (76) *pr.* (Pomp. 38 *ad Q. M.*) è tratto dai *Lectio-num libri ad Quintum Mucium*. Di certo, non è facile individuare quanto del più antico giureconsulto si rifletta nel commentario di Pomponio, e quanto invece sia dovuto al contributo del giurista antoniniano⁽³²⁾. Così, argomentando da GELL. 6, 15, 1-2⁽³³⁾, si è supposto che Quinto Mucio –

in buona fede, nell'erronea convinzione che il comodante lo permettesse. Cfr. F. PASTORI, *Il commodato*, cit., 281.

⁽²⁹⁾ V. nt. 12.

⁽³⁰⁾ Così, infatti, C. A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali*, cit., 297. Si veda, in particolare, D. 16, 3, 29 (Paul. 2 *sent.*)=P.S. 2, 12, 5; Coll. 10, 7, 5: *Si sacculum vel argentum signatum deposuero et is penes quem depositum fuit me invito contrectaverit, et depositi et furti actio mihi in eum competit. 1. Si ex permisso meo deposita pecunia is penes quem deposita est utatur, ut in ceteris bonae fidei iudiciis usuras eius nomine praestare mihi cogitur. Dal principium del passo emerge che il depositario, utilizzando il denaro depositato senza autorizzazione del deponente, avrebbe risposto sia in forza del contratto sia a titolo di furto. Dal tenore del par. 1 si ricava invece che l'uso autorizzato avrebbe semplicemente trasformato la natura del contratto, senza dare luogo ad alcuna responsabilità penale.*

⁽³¹⁾ A maggior ragione, il problema non doveva porsi nel caso di altri rapporti contrattuali che escludevano l'uso della cosa. Così, emerge che il creditore pignoratizio, utilizzando il pegno, rispondeva senz'altro di furto: D. 47, 2, 55 (54) *pr.* (Gai. 13 *ad ed. prov.*): *Si pignore creditor utatur, furti tenetur*. Ciò valeva, inoltre, per il lavandaio e il sarto, giacché la causa per la quale avevano ricevuto le vesti (contratto di *locatio operis*) escludeva di per sé il consenso del *dominus* al loro uso. Si veda D. 47, 2, 83 (82) *pr.* (Paul. 2 *sent.*) = P. S. 2, 31, 29: *Fullo et sarcinator, qui polienda vel sarcienda vestimenta accepit, si forte his utatur, ex contrectatione eorum furtum fecisse videtur, quia non in eam causam ab eo videntur accepta*.

⁽³²⁾ Sottolinea infatti C. A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali*, cit., 299: "Non sappiamo di preciso fin dove arrivasse Q. Mucio e quanto sia ulteriore elaborazione della materia attribuibile a Pomponio". Nello stesso senso, P. ZANNINI, *Spunti critici*, cit., 98, che tuttavia non esclude l'attribuzione al giurista tardo-repubblicano. Il passo di Pomponio in esame, del resto, non menziona espressamente Quinto Mucio, ragion per cui non viene preso in considerazione dai tentativi di ricostruzione palinogenetica dell'opera di questo giurista. Cfr.: O. LELNÉL, *Palinogenesia iuris civilis*, I, Leipzig 1889, 758; F. P. BREMER, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, I, Lipsiae 1896, 97 ss.

⁽³³⁾ GELL. 6, 15, 1-2: *Labeo in libro de duodecim tabulis secundo acria et severa iudicia de furtis habita esse apud veteres scripsit idque Brutum solitum dicere et furti damnandum esse, qui iumentum aliorum duxerat, quam quo utendum acceperat, item qui lomgius produxerat, quam in quem locum petierat. 2. Itaque Q. Scaevola in librorum, quos de iure civili composuit, XVI. verba haec posuit: Quod cui servandum datum est, si id usus est, sive, quod utendum accepit, ad aliam rem, atque accepit, usus*

attestandosi su di un criterio per così dire oggettivo, in consonanza con l'orientamento dei *veteres* – considerasse senz'altro responsabile di furto il depositario che usasse la *res*, o il comodatario che ne facesse un uso diverso da quello previsto; e che invece la riserva contenuta in D. 47, 2, 77 (76) *pr.* (Pomp. 38 *ad Q. M.*) – *si existimavit se non invito domino id facere, furti non tenetur* – corrispondesse ad una integrazione di Pomponio, proprio a partire dalla regola enunciata da Sabino⁽³⁴⁾. Sabino, per meglio dire, aveva affermato che l'*adtrektor* “commetteva furto” *cum id se invito domino facere iudicare deberet*. Di conseguenza Pomponio, o comunque un giurista successivo, ne avrebbe tratto una sorta di corollario riguardo al rapporto di comodato: il comodatario, per l'appunto, “non commetteva furto” *si existimavit se non invito domino id facere*. Il medesimo corollario si rifletterebbe anche in Gai. 3, 197, visto sopra⁽³⁵⁾.

Altri studiosi, invece, ponendo l'accento sulla natura verosimilmente lemmatica del commentario pomponiano⁽³⁶⁾, si sono mostrati inclini ad attribuire la paternità dell'enunciazione in discorso allo stesso Quinto Mucio⁽³⁷⁾, al quale anzi potrebbe sostanzialmente risalire anche il periodo

est, furti se obligavit. A nostro modo di vedere, tuttavia, il passo suggerisce semplicemente che Quinto Mucio, oltrepassando la prassi consolidatasi presso i *veteres*, aveva identificato le fondamentali condotte delittuose riconducibili alla nozione di furto d'uso. Il silenzio, in questo luogo, circa il profilo dell'elemento soggettivo, non consente tuttavia di concludere che il giurista configurasse una sorta di responsabilità “oggettiva” per depositari e comodatari infedeli.

⁽³⁴⁾ P. HUVELIN, *Études sur le furtum*, cit., 786 nt. 7; G. CIOGNA, *Ancora sull'uso nel comodato*, in *BIDR*, 19 (1907), 246; M. J. GARCIA GARRIDO, *El “Furtum usus”*, cit., 845 ss. e 857 ss., seguito da L. PARICIO SERRANO, *La responsabilidad*, cit., 462 ss.; O. MILELLA, *Il consenso*, cit., 410; M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, Bari 1987, 307.

⁽³⁵⁾ Secondo P. HUVELIN, *Études sur le furtum*, cit., 785 s., Gai. 3, 196 riprodurrebbe la dottrina dei *veteres*, condivisa da Quinto Mucio. Viceversa, in Gai. 3, 197 si darebbe conto della successiva regola di matrice sabiniana, volta a valorizzare l'elemento soggettivo. Va tuttavia osservato che lo stesso Autore, qualche pagina prima (*op. cit.*, 705), avanzava invece il dubbio che quest'ultimo paragrafo esprimesse un orientamento antecedente a Sabino: “Le développement doctrinal indiqué par Gaius (=placuit) a-t-il Sabinus par auteur, ou remonte-t-il plus haut que lui? Nous l'ignorons”. Circa l'influenza esercitata dalla regola sabiniana rispetto a Gai. 3, 197, cfr. anche B. ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, cit., 151.

⁽³⁶⁾ Per tutti: F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. ital., Firenze 1968, 364 s. In argomento, altresì: S. DI MARZO, *Saggi critici sui libri di Pomponio ad Quintum Mucium*, I-II, Palermo 1899-1900, ora in *Labeo*, 7 (1961), 218 ss. e 352 ss.

⁽³⁷⁾ In questo senso, già F. BALDUINUS, *Commentarius de jurisprudentia Muciana*, Editio nova, Halae 1729, 275 ss. Inoltre: A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, 2, Halle 1878, 286 s., seguito da C. FERRINI, “*Furtum usus possessionisve*”, cit., 108 nt. 1; E. DE RUGGIERO, *Depositum vel commodatum*, cit., 73, cui aderisce F. HAYMANN, *Textkritische Studien*, cit., 182. Più di recente: F. PASTORI, *Il comodato*, cit., 283 ss. (che tuttavia successi-

successivo, concernente il profilo della responsabilità contrattuale⁽³⁸⁾. Se così fosse, dovremmo immaginare un percorso inverso, ossia che già Quinto Mucio avesse formulato la cosiddetta regola “in negativo”⁽³⁹⁾, secondo cui il comodatario “non commetteva furto” quando pensasse di agire *non invito domino*, ossia con il permesso del proprietario: *si existimavit se non invito domino id facere, furti non tenetur*; e che Sabino, a partire da questa enunciazione, abbia estratto la propria regola, destinata ad oltrepassare il circoscritto caso del comodatario nonché a definire “in positivo” l’elemento psicologico del furto d’uso: *l’adtrektor* “commetteva furto” quando dovesse giudicare di agire contro la volontà del proprietario, *cum id se invito domino facere iudicare deberet*.

In effetti, a favore di una simile ipotesi ricostruttiva potrebbe deporre un ulteriore elemento, sin qui non adeguatamente evidenziato, offerto dal seguente passo ulpiano:

D. 47, 2, 46, 7 (Ulp. 42 *ad Sab.*): Recte dictum est, qui putavit se domini voluntate rem attingere, non esse furem: quid enim dolo facit, qui putat dominum consensurum fuisse, sive falso id sive vere putet? is ergo solus fur est, qui adtrectavit, quod invito domino se facere scivit.

vamente si mostra più incerto: ID., *Gaio e la responsabilità contrattuale*, cit., 294); D. NÖRR, *Pomponius oder “Zum Geschichtsverständnis der römischen Juristen”*, in ANRW, II.15, Berlin-New York 1976, 548 nt. 225, che menziona D. 47, 2, 77 *pr.* come esempio di “Mucius-Zitat”; P. CERAMI, *Il comodato*, cit., 324 e nt. 102, nonché ID., *Il comodato nella storia*, cit., 311 ss.

⁽³⁸⁾ A giudizio di F. PASTORI, *Il comodato*, cit., 284 s., Quinto Mucio si sarebbe limitato a porre il problema del furto d’uso del comodatario, mentre il criterio concernente la relativa responsabilità contrattuale sarebbe stato introdotto da Pomponio (nonché da Gaio, sia pure implicitamente, in Gai. 3, 197). Cfr. anche G. SCHERILLO, s. v. “*Comodato (dir. rom.)*”, in ED, VII, Milano 1970, 985 s. Alcune testimonianze, D. 13, 6, 5, 3 (Ulp. 28 *ad ed.*), D. 13, 6, 23 (Pomp. 21 *ad Q. M.*) e D. 13, 1, 16 (Pomp. 38 *ad Q. M.*), sembrerebbero però attestarne la riferibilità allo stesso Quinto Mucio. In questo senso: P. ZANNINI, *Spunti critici*, cit., 98 s.; P. CERAMI, *Il comodato*, cit., 323 s. e *Il comodato nella storia*, cit., 309 ss.

⁽³⁹⁾ In molti casi, del resto, nel porre l’accento sugli elementi costitutivi dell’illecito e in particolare sull’elemento soggettivo, i giuristi tendono a sottolineare non già a quali condizioni “si commette furto”, ma a quali condizioni “non lo si commette”. Per esempio, in D. 47, 2, 84 (83) *pr.* (Ner. 1 *resp.*) si dice che “non commette furto” chi si impossessa di una cosa credendo di esserne erede: *Si quis ex bonis eius, quem putabat mortuum, qui vivus erat, pro herede res adprehenderit, eum furtum non facere*; in D. 47, 2, 43, 6 (Ulp. 41 *ad Sab.*), riguardo a colui che raccoglie un’altrui *res iacens*, si legge che egli “non commette furto” se ritenga il bene abbandonato, quand’anche non lo fosse: *Sed si non fuit derelictum, putavit tamen derelictum, furti non tenetur*; in Gai 2, 50 si afferma che “non si macchia di furto” chi ha venduto o donato una cosa credendola sua, giacché il furto “non si commette” senza intenzione di rubare (*furtum enim sine adfectu furandi non committitur*).

Abbiamo già osservato che Ulpiano, in questo luogo, doveva citare addirittura Sabino, o quanto meno seguire fedelmente il suo pensiero, permettendo di comprenderne il percorso⁽⁴⁰⁾.

A questo punto possiamo rilevare che il frammento richiama anzitutto una decisione “in negativo”, sostanzialmente analoga a quella riferita in D. 47, 2, 77 (76) *pr.* (Pomp. 38 *ad Q. M.*), secondo cui non si macchiava di furto chi avesse creduto di *attingere rem* secondo la volontà del proprietario: *Recte dictum est, qui putavit se domini voluntate rem attingere, non esse furem*. A partire da questa (*ergo*), risulta quindi dedotta la regola “in positivo”, documentata pure in GELL. 11, 18, 20, secondo cui, per commettere furto, è necessario conoscere la contrarietà del *dominus*: *is ergo solus fur est, qui adtrectavit, quod invito domino se facere scivit*.

Posto che le parole di Ulpiano riproducano l'argomentare di Sabino, si potrebbe ricavare che quest'ultimo abbia preso l'avvio dalla decisione riferita da Pomponio, D. 47, 2, 77 (76) *pr.*, evidentemente antecedente e dunque attribuibile a Quinto Mucio Scevola. Il giurista repubblicano, per meglio dire, avrebbe ritenuto esente da furto il comodatario *si existimavit se non invito domino id facere*. Sabino, traendo spunto da tale affermazione ed approdando al più generale ambito del furto d'uso, ne avrebbe dedotto che l'*adtrector* sarebbe stato responsabile purché, al contrario, sapesse di avere agito contro la volontà del proprietario: *quod invito domino se facere scivit* (ovvero, come si legge in GELL. 11, 18, 20, *cum id se invito domino facere iudicare deberet*).

La medesima ispirazione muciana, in questa luce, si dovrebbe riconoscere al corrispondente luogo delle Istituzioni di Gaio⁽⁴¹⁾:

Gai. 3, 196-197⁽⁴²⁾: *Itaque si quis re quae apud eum deposita sit utatur, furtum committit. Et si quis utendam rem acceperit eamque in alium usum transtulerit, furti obligatur, veluti si quis argentum utendum acceperit, quasi amicos ad cenam invitaturus, et id peregre secum tulerit, aut si quis equum gestandi gratia commodatum longius aliquo duxerit, quod veteres scripserunt de eo qui in aciem perduxisset. 197.*

⁽⁴⁰⁾ V. *retro*, par. 1.

⁽⁴¹⁾ Va tenuto presente che Gaio, come Pomponio, sarebbe autore di *libri ex Quinto Mucio*, citati in Gai. 1, 188: *Ex his apparet quot sint species tutelarum. Si vero quaeramus, in quot genera hae species diducantur, longa erit disputatio; nam de ea re valde veteres dubitaverunt, nosque diligentius hunc tractatum executi sumus et in edicti interpretatione et in his libris quos ex Q. Mucio fecimus ...*. Va anzi ricordato che i rapporti fra i due giuristi antoniniani sono stati variamente considerati dalla dottrina romanistica e che, addirittura, si è supposta l'identificazione di Gaio con Pomponio: D. PUGSLEY, *Gaius or Sextus Pomponius*, in *RIDA*, 41 (1994), 353 ss. Contra O. STANOJEVIC, *Gaius and Pomponius*, in *RIDA*, 44 (1997), 333 ss.

⁽⁴²⁾ Cfr. Inst. 4, 1, 6-7.

Placuit tamen eos, qui rebus commodatis aliter uterentur, quam utendas acceperunt, ita furtum committere, si intellegant id se invito domino facere, eumque, si intellexisset, non permissurum; at si permissurum credant, extra furti crimen videri; optima sane distinctio, quod furtum sine dolo malo non committitur.

Notiamo anzitutto che il par. 196 ricalca perfettamente il pensiero di Quinto Mucio, così come riferito da Gellio (6, 15, 2): *Itaque Q. Scaevola in librorum, quos de iure civili composuit, XVI. verba haec posuit: Quod cui servandum datum est, si id usus est, sive, quod utendum accepit, ad aliam rem, atque accepit, usus est, furti se obligavit*. Ciò rende ulteriormente plausibile che l'opinione giurisprudenziale (*Placuit ...*) riportata al par. 197 si colleghi pur sempre alla riflessione dell'insigne giurista repubblicano⁽⁴³⁾.

Riguardo a quest'ultimo paragrafo, possiamo tuttavia osservare che Gaio – probabilmente sulla scorta di Sabino – ha premesso una enunciazione “in positivo”. Difatti, si afferma anzitutto che i comodatari “commettono furto” se comprendano di fare ciò contro la volontà del *dominus*, senza la sua presumibile autorizzazione⁽⁴⁴⁾. Successivamente, è invece riprodotta la regola verosimilmente originaria, corrispondente a quella riferita da Pomponio, D. 47, 2, 77 (76) *pr.*, secondo cui costoro risultano esenti dall'accusa di furto, ossia “non commettono furto”, qualora credano che il *dominus* avrebbe permesso: *at si permissurum credant, extra furti crimen videri*⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴³⁾ In questo senso: F. HAYMANN, *Textkritische Studien*, cit., 182; F. PASTORI, *Il comodato*, cit., 283 s.; G. SCHERILLO, s. v. *Comodato*, cit., 986 nt. 50.

⁽⁴⁴⁾ S. SOLAZZI, *Glosse a Gaio*, in AA. VV., *Per il XIV Centenario delle Pandette e del Codice di Giustiniano*, Pavia 1933, ora in Id., *Scritti di diritto romano*, VI, Napoli 1972, 304, nonché *La responsabilità del comodatario nelle Istituzioni di Gaio*, in *Iura*, 6 (1955), ora in Id., *Scritti di diritto romano*, V, Napoli 1972, 636 s., ha giudicato inutile il periodo *eumque ... non permissurum*, attribuendolo dunque ad una glossa, giacché Gaio aveva già affermato che i comodatari commettono furto *si intellegant id se invito domino facere*. Come rileva esattamente F. PASTORI, *Gaio e la responsabilità contrattuale*, cit., 296 s., in realtà le parole incriminate obbedivano all'opportunità di meglio determinare il criterio di valutazione del dolo nella fattispecie concreta, specificando che i comodatari sapevano di usare la cosa *invito domino*, e dunque agivano dolosamente, quando comprendessero di non avere il permesso del proprietario. Facciamo peraltro osservare che dalla seconda parte di D. 47, 2, 77, (76) *pr.* (Pomp. 38 *ad Q. M.*), forse sempre riconducibile al pensiero di Quinto Mucio, risulta analogamente che ritenere di agire *non invito domino*, per il comodatario, equivaleva ad *existimare id dominum permissurum*.

⁽⁴⁵⁾ Anche il periodo *at si permissurum credant, extra furti crimen videri* è stato attribuito ad una glossa da S. SOLAZZI, *lcc. ultt. citt.* Secondo l'A., tale affermazione risulterebbe superflua perché, se è vero che i comodatari si macchiavano di furto quando fossero consapevoli del dissenso del *dominus*, era chiaro che nell'ipotesi opposta il furto non esisteva. Sospetta sarebbe inoltre la presenza della parola *crimen*, riferita al furto, in luogo di *delictum*. Per la genuinità, invece, F. PASTORI, *Gaio e la*

Dovrebbe risalire al giurista antoniniano, infine, l'elogio della *distinctio* applicata nel caso di specie⁽⁴⁶⁾, nonché il richiamo alla regola generale per la quale non è possibile commettere furto in assenza di dolo⁽⁴⁷⁾: *optima sane distinctio, quod furtum sine dolo malo non committitur*.

3. *Sapere (e non semplicemente credere) di usare il bene contro il volere del proprietario*. Facciamo ora osservare che la cosiddetta regola "in positivo" di matrice sabiniana non appare semplicemente speculare, e conseguente, rispetto a quella "in negativo" verosimilmente risalente a Quinto Mucio. Infatti, alla luce delle fonti esaminate andava esente da dolo, e dunque da furto, chi semplicemente "credeva", anche erroneamente, di avere utilizzato il bene con il consenso del proprietario: D. 47, 2, 77 (76) *pr.*: *si existimavit*; Gai. 3, 197: *si permissurum credant*; D. 47, 2, 46, 7: *qui putavit*. Viceversa, risultava commettere furto non già chi semplicemente "credeva" di avere agito *invito domino*, ma chi effettivamente "sapeva" di avere fatto ciò. Le voci verbali utilizzate risultano univoche al riguardo: *iudicare debere*, in GELL. 11, 18, 20, ove è citata l'opinione di Sabino; *intelligere*, in Gai. 3, 197; *scire*, in D. 12, 4, 15 (Pomp. 22 *ad Sab.*) e in D. 47, 2, 46, 7 (Ulp. 42 *ad Sab.*).

È dunque evidente che la formulazione della regola in discorso ha tenuto presente il progressivo consolidarsi del principio per cui la *contractatio rei* doveva risultare oggettivamente compiuta *invito domino*⁽⁴⁸⁾, e soprattutto

responsabilità contrattuale, cit., 297 ss., il quale fa notare come le parole in questione – affermando che i comodatari rimanevano estranei al furto: *extra furti crimen videri* – non si limitassero a negare la sussistenza dell'illecito, ma alludessero alla possibile configurazione di una responsabilità contrattuale, analoga a quella prospettata in D. 47, 2, 77 (76) *pr.* (Pomp. 38 *ad Q. M.*). In ogni caso, a noi sembra che il periodo *at si permissurum credant, extra furti crimen videri* non solo non sia inessenziale, ma esprima anzi la regola originaria che ispira l'intero contesto: l'esenzione dei comodatari dall'accusa di furto, qualora "ritenessero di agire invito domino".

⁽⁴⁶⁾ A giudizio di S. SOLAZZI, *lcc. ultt. citt.*, la *distinctio* elogiata nel passo si riferirebbe alla contrapposizione delle frasi *si intelligant id se invito domino facere* e *at si permissurum credant*. Essa pertanto risulterebbe solo apparente (e verosimilmente estranea alla trattazione gaiana), perché il testo, in realtà, non enuncerebbe alcuna distinzione, ma si limiterebbe a definire l'elemento soggettivo del furto. Secondo la lettura di F. PASTORI, *Gaio e la responsabilità contrattuale*, cit., 292 ss., che ci sembra condivisibile, la *distinctio* in discorso rimanderebbe invece alla "contrapposizione del § 196, che con una valutazione obiettiva della responsabilità per furto, pone sullo stesso piano il depositario e il comodatario, col § 197 che, alla luce del concetto di dolo, discrimina la posizione del comodatario da quella del depositario".

⁽⁴⁷⁾ F. PASTORI, *Il comodato*, cit., 284.

⁽⁴⁸⁾ Gai. 3, 195: *Furtum autem fit non solum cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter cum quis rem alienam invito domino contractat*. Si vedano inoltre: D. 47, 2, 43, 1 (Ulp. 41 *ad Sab.*), ove è riferita l'opinione di Nerazio; Gai. 3, 209; D. 13, 1, 20 (Tryph. 15 *disp.*); D. 26, 7, 55, 1 (Tryph. 14 *disp.*); D. 50, 16, 225 (Tryph. 1 *disp.*); D. 47, 2, 48, 3-4 (Ulp. 41 *ad Sab.*). Anche nell'ambito del furto d'uso

gli esiti di un ulteriore dibattito del quale, infatti, sia Gaio sia Ulpiano hanno dato conto immediatamente dopo⁽⁴⁹⁾.

Si veda dunque:

Gai. 3, 198: Sed et si credat aliquis invito domino se rem contrectare, domino autem volente id fiat, dicitur furtum non fieri. Unde illud quaesitum [et probatum] est, cum Titius servum meum sollicitaverit, ut quasdam res mihi subriperet et ad eum perferret, <et servus> id ad me pertulerit, ego, dum volo Titium in ipso delicto deprehendere, permiserim servo quasdam res ad eum perferre, utrum furti an servi corrupti iudicio teneatur Titius mihi, an neutro. Responsum neutro eum teneri, furti ideo quod non invito me res contrectaverit, servi corrupti ideo quod deterior servus factus non est.

Al precedente par. 197, si escludeva il perfezionarsi del furto quando i comodatari ritenessero di avere usato la cosa secondo la volontà del proprietario. Il par. 198 – che sembrerebbe muoversi su di un piano più generale⁽⁵⁰⁾ – soggiunge che il delitto parimenti non si perfeziona se taluno ritenga di operare *invito domino*, mentre il *dominus* sia consenziente.

È proposto un esempio, probabilmente un caso di scuola⁽⁵¹⁾, concernente un'ipotesi di *subreptio*. Un certo Tizio aveva sollecitato un servo altrui a

alcune testimonianze pongono l'accento sulla necessità di tale requisito: D. 16, 3, 29 pr. (Paul 2 sent.) = Coll. 10, 7, 5 (Paul. 2 sent.): *Si sacculum vel argentum signatum deposuero et is penes quem depositum fuit me invito contrectaverit, et depositi et furti actio mihi in eum competit*; D. 47, 2, 40 (Paul. 9 ad Sab.): *Qui iumenta sibi commodata longius duxerit alienave re invito domino usus sit, furtum facit*. Si veda inoltre un provvedimento di Gordiano, ove si fa riferimento ad un uso compiuto (oggettivamente) *invito domino* e con la piena consapevolezza del *fur*. C. 4, 34, 3 (a. 239): *Si depositi experiris, non immerito etiam usuras tibi restitui flagitabis, cum tibi debeat gratulari, quod furti eum actione non facias obnoxium, si quidem qui rem depositam invito domino sciens prudensque in usus suos converterit, etiam furti delicto succedit*. Evidentemente, la circostanza che la *contrectatio* dovesse risultare oggettivamente compiuta *invito domino*, conduceva a concepire in termini di "consapevolezza", e non di mera *existimatio*, l'atteggiamento psicologico del *fur*.

⁽⁴⁹⁾ Su questi passi, e sul problema da essi prospettato: P. HUVELIN, *Études sur le furtum*, cit., 787 ss.; H. F. JOLOWICZ, *Digest XLVII.2*, cit., lvi s.; V. POLAČEK, *Comodato e furto*, cit., 180 s.; O. MILELLA, *Il consenso*, cit., 392 ss. e 404 ss.

⁽⁵⁰⁾ Il par. 198 non sembrerebbe più menzionare il comodato. Va però osservato che si fa riferimento alla *res commodata* nel corrispondente brano delle Istituzioni giustinianee (Inst. 4, 1, 8): *Sed et si credat aliquis invito domino se rem commodatam sibi contrectare, domino autem volente id fiat, dicitur furtum non fieri. ...*

⁽⁵¹⁾ C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, Roma 1976, 80, seguito da H. F. JOLOWICZ, *Digest XLVII.2*, cit., lvii.

sottrarre alcuni beni al padrone, per poi portarglieli. Tizio, evidentemente, presumeva il *dominus* dissenziente. In realtà costui, sia pure strumentalmente, proprio al fine di sorprenderlo in flagrante, aveva permesso al servo di compiere la sottrazione.

Ebbene, si discuteva se a carico di Tizio si profilasse un'accusa di furto, o di servo corrotto, ovvero né l'una e né l'altra accusa. Come si apprende dal corrispondente passo delle Istituzioni giustinianee, alcuni giuristi propendevano per quest'ultima soluzione, mentre altri, inclini ad attribuire rilevanza all'opinione soggettiva del *fur*, ritenevano esperibile l'*actio furti* ⁽⁵²⁾. Secondo il responso richiamato da Gaio, e presumibilmente da lui condiviso ⁽⁵³⁾, il furto non sussisteva, perché la *contractatio* non era oggettivamente avvenuta *invito domino* ⁽⁵⁴⁾; e, non sussistendo il furto, non si profilava neppure la corruzione di servo ⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵²⁾ Inst. 4, 1, 8: *Sed et si credat aliquis invito domino se rem commodatam sibi contractare, domino autem volente id fiat, dicitur furtum non fieri. unde illud quaesitum est, cum Titius servum Maevii sollicitaverit, ut quasdam res domino subriperet et ad eum perferret, et servus id ad Maevium pertulerit, Maevius, dum vult Titium in ipso delicto deprehendere, permisit servo quasdam res ad eum perferre, utrum furti an servi corrupti iudicio teneatur Titius, an neutro? et cum nobis super hac dubitatione suggestum est et antiquorum prudentium super hoc altercationes perspeximus, quibusdam neque furti neque servi corrupti actionem praestantibus, quibusdam furti tantummodo: nos huiusmodi calliditati obviam euntes per nostram decisionem sanximus non solum furti actionem, sed etiam servi corrupti contra eum dari: licet enim is servus deterior a sollicitatore minime factus est et ideo non concurrant regulae, quae servi corrupti actionem introducerent, tamen consilium corruptoris ad perniciem probitatis servi introductum est, ut sit ei poenalis actio imposita, tamquam re ipsa fuisset servus corruptus, ne ex huiusmodi impunitate et in alium servum, qui possit corrumpi, tale facinus a quibusdam perpetretur. In argomento: O. MILELLA, *Il consenso*, cit., 396 ss.; G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, Milano 1996, 479 ss.; B. BONFIGLIO, *Corruptio servi*, Milano 1998, 57 s.*

⁽⁵³⁾ Invero, talvolta si sono avanzati dubbi riguardo alla posizione di Gaio, il quale potrebbe essersi limitato a menzionare l'opinione prevalente, senza tuttavia aderirvi: per esempio, O. MILELLA, *Il consenso*, cit., 398 nt. 28. Il tenore del frammento, tuttavia, rende maggiormente plausibile che egli condividesse il medesimo orientamento. In questo senso, per esempio: G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale*, cit., 485 nt. 15; B. BONFIGLIO, *Corruptio servi*, cit., 55; U. SPERANDIO, *Dolus pro facto. Alle radici del problema giuridico del tentativo*, Napoli 1998, 24.

⁽⁵⁴⁾ Si è peraltro osservato che, nel caso di specie, non si sarebbe trattato di un consenso autentico, ma solo strumentale, finalizzato a cogliere il sollicitatore *in ipso delicto*: C. FERRINI, *Diritto penale romano*, cit., 80; V. POLAČEK, *Comodato e furto*, cit., 180.

⁽⁵⁵⁾ Difatti la possibilità di esperire l'*actio servi corrupti*, contro colui che avesse persuaso un servo altrui a delinquere, presupponeva che l'istigazione giungesse ad effetto e che dunque il furto fosse compiuto: cfr. B. BONFIGLIO, *Corruptio servi*, cit., 54 s.

Di analogo tenore risulta pure il frammento di Ulpiano:

D. 47, 2, 46, 8 (Ulp. 42 *ad Sab.*): Per contrarium quaeritur, si ego me invito domino facere putarem, cum dominus vellet, an furti actio sit. et ait Pomponius furtum me facere: verum tamen est, ut, cum ego velim eum uti, licet ignoret, ne furti sit obligatus.

Anche Ulpiano, dopo avere affermato che la convinzione di *rem attingere* secondo la volontà del *dominus* escludeva il dolo, e dunque il furto (sicché il reo, per rispondere a questo titolo, doveva sapere di operare *invito domino*), ha sentito il bisogno di precisare che, per contro, il fatto di reputare il *dominus invitus* non permetteva il perfezionarsi dell'illecito, quando costui fosse invece consenziente. Il giurista sottolineava che Pomponio, invero, riteneva sussistere ugualmente il delitto⁽⁵⁶⁾; a suo parere, invece, l'assenso del proprietario all'uso della *res*, sebbene soggettivamente ignorato da chi la adoperava, esonerava quest'ultimo da qualsivoglia responsabilità: *verum tamen est, ut, cum ego velim eum uti, licet ignoret, ne furti sit obligatus*.

In definitiva, ambedue le testimonianze ricollegano al tema in discussione un dibattito giurisprudenziale intorno alla rilevanza della cosiddetta *opinio furis*. Si trattava di definire se il furto potesse perfezionarsi sulla base della sola convinzione dell'agente, e dunque del solo elemento psicologico, sebbene l'illecito obiettivamente non potesse esistere: per esempio, perché lo impediva la condizione giuridica delle cose sottratte⁽⁵⁷⁾ o perché, come nel nostro caso, la *contractatio* non risultava oggettivamente compiuta *invito domino*. Come si è già accennato, non sono mancati giuristi inclini a ritenere che il furto si configurasse ugualmente, sulla base della mera *existimatio*. Ulpiano, infatti, menzionava espressamente Pomponio⁽⁵⁸⁾. L'opinione pre-

⁽⁵⁶⁾ Sulla base di diversi rilievi formali, avanzati in letteratura, si ritiene plausibile che il passo abbia subito dei rimaneggiamenti ad opera dei compilatori: P. HUVELIN, *Études sur le furtum*, cit., 709 nt. 5; O. MILELLA, *Il consenso*, cit., 412 s., ponendo l'accento sulla "sconcordanza fra l'interrogativo iniziale *an furti actio sit* e la soluzione attribuita a Pomponio: *furtum facere*" – ipotizza che Pomponio negasse al *dominus rei* l'*actio furti*, ma riconoscesse l'esistenza del furto stesso. Ulpiano avrebbe invece replicato che non vi era neppure il furto. In realtà, una simile incoerenza (forse addebitabile allo stesso Ulpiano: B. ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, cit., 136 ntt. 127 e 128) non sembra sufficiente a legittimare una posizione tanto complessa da parte di Pomponio.

⁽⁵⁷⁾ Per esempio, perché si trattava di *res hereditariae*, che non potevano costituire oggetto di furto in quanto *res sine domino*: D. 47, 19, 6 (Paul. 1 *ad Ner.*).

⁽⁵⁸⁾ Il rilievo conferito da Pomponio all'elemento soggettivo del furto è sottolineato da B. ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, cit., 134 ss. Il medesimo orientamento era condiviso anche da Nerazio, come si evince da D. 47, 19, 6 (Paul. 1 *ad Ner.*): *Si rem hereditariam, ignorans in ea causa esse, subripuisti, furtum te facere respondit. PAULUS: rei hereditariae furtum non fit sicut nec eius, quae sine domino*

valsa, che anche Gaio e lo stesso Ulpiano condividevano, andava tuttavia nella direzione opposta⁽⁵⁹⁾.

Riguardo al caso del furto d'uso, dunque, ciò significava che la mera convinzione di operare *invito domino* non appariva di per sé sufficiente; il *dominus*, infatti, doveva risultare *invitus* per davvero; e l'agente, dunque, doveva essere consapevole della sua contrarietà. Detto altrimenti, non bastava che egli "credesse", ma era necessario che "sapesse" di usare la cosa senza il permesso del proprietario.

4. *La persistente marginalità, ancora in epoca classica, dello scopo di lucro.* Le testimonianze passate in rassegna documentano che l'elemento psicologico del furto d'uso era di regola identificato nella consapevolezza, da parte dell'*adtrektor*, di avere usato indebitamente la cosa *invito domino*. Questo criterio, che parrebbe avere avuto origini piuttosto risalenti, risulta ancora presente nei brani di Pomponio, nelle Istituzioni di Gaio, nonché in Ulpiano.

In epoca classica avanzata, invece, persiste il disinteresse circa le intenzioni dell'agente, e in particolare riguardo al cosiddetto *animus lucri faciendi*, che – almeno a giudicare da D. 47, 2, 1, 3 (Paul. 39 *ad ed.*) – si sarebbe ormai identificato con il dolo specifico del furto.

A nostro modo di vedere, una simile propensione non sarebbe dipesa solamente dalla forza della tradizione sabiniana, incline a valorizzare l'elemento della contrarietà del *dominus*⁽⁶⁰⁾, ma anche e soprattutto dalle peculiari caratteristiche della fattispecie considerata.

In effetti, guardando all'ambito del furto d'uso, è lecito concludere che il profilo del vantaggio personale, in tale ipotesi, rimanesse alquanto in ombra. Poiché il deposito e il comodato, come è noto, apparivano improntati ai valori dell'*amicitia*, della gratuità, della *fides*, dell'*officium*⁽⁶¹⁾, il dolo di chi usasse indebitamente la *res*

est, et nihil mutat existimatio subripientis. Sull'opinione del giurista, combattuta da Paolo ma condivisa da Pomponio: V. SCARANO USSANI, *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso*, Napoli 1979, 15 ss., nonché *Empiria e dogmi. La scuola proculiana fra Nerva e Adriano*, Torino 1989, 55 ss.

⁽⁵⁹⁾ Oltre ai passi di Gaio e di Ulpiano citati nel testo: D. 47, 2, 43, 10 (Ulp. 41 *ad Sab.*), con l'opinione di Celso; D. 47, 2, 43, 5-6 (Ulp. 41 *ad Sab.*); D. 47, 19, 6 (Paul. 1 *ad Ner.*).

⁽⁶⁰⁾ Cfr. B. ALBANESE, *La nozione del "furtum" nell'elaborazione dei giuristi romani*, cit., 324, il quale osserva che i giuristi di epoca classica "specie per la forza della tradizione sabiniana ... non esitano, talvolta, per quel che attiene all'elemento subiettivo, a giovare ancora del meno moderno criterio dell'*agere invito domino*".

⁽⁶¹⁾ Per quanto concerne il comodato, è significativo osservare come la volontà di concedere la *res*, da parte del comodante, venisse intesa quale *beneficium* a favore del comodatario: D. 13, 6, 17, 3 (Paul. 29 *ad ed.*); D. 47, 2, 55, 1 (Gai. 13 *ad ed. prov.*). Sia rispetto al comodato e al pegno, sia rispetto al deposito, i giuristi hanno inoltre evidenziato la dimensione della *fides*: D. 12, 1, 1, 1 (Ulp. 26 *ad ed.*); D. 16, 3, 1 *pr.* (Ulp. 30 *ad ed.*). In argomento, in particolare: F. PASTORI, *Il commodato*, cit., 9 ss. e 31 ss.;

si sostanziava, anzitutto, nel disattendere scientemente la volontà del proprietario, ossia nel “tradire” il rapporto di fiducia sottostante al contratto.

Ciò risulta evidente considerando, per esempio, uno dei casi emblematici di uso indebito della *res commodata* – quello del cavallo condotto oltre la meta prevista – nella rappresentazione offerta da Valerio Massimo:

VAL. MAX. 8, 2, 4: Multus sermo etiam iudicio manavit, in quo quidam furti damnatus est, qui equo, cuius usus illi Ariciam commodatus fuerat, ulteriore eius municipii clivo vectus esset. Quid aliud hoc loci quam verecundiam illius saeculi laudemus, in quo tam minuti a pudore excessus puniebantur?

Nel ricordare la condanna per furto di colui che aveva sospinto l’animale oltre la città di *Aricia*, lo storico elogiava la verecondia di un tempo passato, nel quale anche minime deroghe al pudore venivano sanzionate. Dunque, sebbene il comodatario, utilizzando il cavallo per un più lungo tratto, finisse per trarre verosimilmente un vantaggio, un simile abuso, agli occhi di Valerio Massimo, configurava piuttosto una violazione del *pudor* (*a pudore excessus*), ossia del senso del dovere, dell’onore, che nasceva evidentemente dalla trasgressione degli accordi intercorsi con il comodante.

D’altra parte, se il depositario – per il fatto stesso di usare la *res deposita* – risultava trarre un personale vantaggio, riguardo al comodatario che oltrepassasse i limiti consentiti il profilo del lucro doveva apparire alquanto evanescente⁽⁶²⁾ e talvolta, oltretutto, poteva addirittura non sussistere. Si pensi, per esempio, al caso contemplato in D. 12, 4, 15 (Pomp. 22 *ad Sab.*) visto sopra, in cui Attio – ricevuto un servo altrui per sottoporlo alla *quaestio* – lo aveva invece consegnato al *praefectus vigilum* quale ladro flagrante, facendo sì che venisse giustiziato. Proculo, riconducendo verosimilmente il caso allo schema del comodato, aveva ritenuto configurabile la responsabilità per furto *quia re aliena ita sit usus, ut sciret se invito domino uti aut*

J. MICHEL, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles 1962, 56 ss. e 96 ss.; C. A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali*, cit., 100 ss.; G. GANDOLFI, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, Milano 1976, 169; P. ZANNINI, *Spunti critici*, cit., 115 ss.; G. NEGRI, *Deposito nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sezione civile*, Torino 1989, 227 s.; D. NÖRR, *Ethik und Recht im Widerstreit? Bemerkungen zu Paul. (29 ad ed.) D. 13, 6, 17, 3*, in AA. VV., *Ars boni et aequi. Festschrift für Wolfgang Waldstein zum 65. Geburtstag*, Stuttgart 1993, 267 ss.; P. CERAMI, *Il comodato nella storia*, cit., 286 ss.

⁽⁶²⁾ Per esempio, in Gai. 3, 196, si fa il caso di colui che avesse ricevuto in prestito dell’argenteria per imbandire un banchetto con amici, e invece l’avesse trasportata con sé in altro luogo. In una simile ipotesi sembra difficile scorgere un fine di lucro, se non inteso in senso assai generico; mentre è ben possibile cogliere la consapevole e dolosa violazione degli accordi intercorsi con il proprietario.

dominum si sciret prohibitorium esse. In questo caso, è evidente che Attio – nell’abusare del servo provocandone il decesso – non era mosso da un tornaconto personale. La dimensione dolosa del suo comportamento, sufficiente ad integrare gli estremi del furto, si riconosceva invece nella consapevole trasgressione alla volontà del *dominus*, nel “tradimento” della fiducia che costui gli aveva accordato.

Proprio riguardo ad una fattispecie concernente il comodato, tuttavia, un frammento di Gaio sembrerebbe porre l’accento sull’*agere lucri faciendi gratia*, ossia sull’intenzione di trarre profitto⁽⁶³⁾:

D. 47, 2, 55 (54), 1 (Gai. 13 *ad ed. prov.*): Eum, qui quod utendum accepit ipse alii commodaverit, furti obligari responsum est. ex quo satis apparet furtum fieri et si quis usum alienae rei in suum lucrum convertat. nec movere quem debet, quasi nihil lucri sui gratia faciat: species enim lucri est ex alieno largiri et beneficii debitorem sibi adquirere. unde et is furti tenetur, qui ideo rem amovet, ut eam alii donet.

Nell’esordio del passo è ricordato un responso, forse attribuibile ad un giurista alquanto risalente⁽⁶⁴⁾: il comodatario che, ricevuto un oggetto in

⁽⁶³⁾ Invero, si fa riferimento all’*animus furandi* in D. 47, 2, 52, 20 (Ulp. 37 *ad ed.*): *Si quis asinum meum coegisset et in equas suas τῆς γωνῆς dumtaxat χόριον admisisset, furti non tenetur, nisi furandi quoque animum habuit. quod et Herennio Modestino studioso meo de Dalmatia consulenti rescripsi circa equos, quibus eiusdem rei gratia subiecisse quis equas suas proponebatur, furti ita demum teneri, si furandi animo id fecisset, si minus, in factum agendum*. C’è però da dire che il caso considerato, da qualche autore ricondotto all’ambito del furto d’uso (A. WATSON, *The Jackass, the Mares and Furtum*, in AA. VV., *Studi in onore di Edoardo Volterra*, II, Milano 1971, 445 ss.; di recente, P. GRÖSCHLER, *Actiones in factum. Eine Untersuchung zur Klagen-Neuschöpfung im nichtvertraglichen Bereich*, Berlin 2002, 267), in realtà parrebbe consistere in un *furtum rei*. Difatti, colui che aveva adoperato l’asino altrui, o i cavalli altrui, per l’accoppiamento con le proprie cavalle, non disponeva affatto degli animali a titolo di deposito o di comodato, ma semmai risultava averli sottratti al proprietario (o, forse, risultava averne sottratto il seme): C. FERRINI, *Appunti sulla teoria del furto*, cit., 137 s.; G. G. ARCHI, *Asini e cavalle in un passo di Ulpiano*, in *Labeo*, 19 (1973), ora in Id., *Scritti di diritto romano*, I, Milano 1981, 713; P. BIRKS, *The case of the filched pedigree D. 47.2.52.20*, in AA. VV., *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, 2, Napoli 1984, 744. D’altra parte, i riferimenti all’*animus furandi*, nel passo, sono stati ritenuti fortemente sospetti: C. FERRINI, *Appunti sulla teoria del furto*, cit., 137; P. HUVELIN, *L’animus lucri faciendi*, cit., 97 s.; E. ALBERTARIO, *Animus furandi*, cit., 225; B. ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, cit., 250; A. GUARINO, *Tra asini e cavalle*, in *Inezie di giureconsulti* (1978), ora in Id., *Pagine di diritto romano*, VI, Napoli 1995, 175 ss.; G. G. ARCHI, *Asini e cavalle*, cit., 727 ss.; P. BIRKS, *The case of the filched*, cit., 735 s. Diversamente, P. GRÖSCHLER, *Actiones in factum*, cit., 268 ss.

⁽⁶⁴⁾ Questa è l’opinione di P. HUVELIN, *L’animus lucri faciendi*, cit., 76, fondata sulla presenza dell’antica espressione *utendum accipere*.

prestito, lo avesse concesso a sua volta ad altri, sempre a titolo di comodato, sarebbe stato responsabile di furto. In effetti, non vi è dubbio che costui – prestando ad altri la *res commodata*, che aveva ricevuto per un uso personale – sapesse di agire contro la volontà del proprietario. Ciò, alla luce del criterio di regola adottato, e ribadito dallo stesso Gaio nelle Istituzioni (3, 197), sarebbe stato sufficiente al configurarsi del furto d'uso.

Le proposizioni successive – *ex quo ... convertat* e *nec movere ... adquirere* – sono state giudicate contraddittorie e variamente sospettate. La prima infatti, a partire dal succitato responso (*ex quo satis apparet*), sembrerebbe ricavare una nozione di furto d'uso nettamente imperniata sul profilo del lucro⁽⁶⁵⁾. La seconda, al contrario, sembrerebbe rilevare l'inesistenza, nel caso di specie, di un *lucrum* in senso proprio, pur potendosi ravvisare un generico vantaggio. Di conseguenza, a seconda dei casi, si è proposto di espungere il periodo *ex quo ... convertat*⁽⁶⁶⁾, oppure il periodo *nec movere ... adquirere*⁽⁶⁷⁾, o addirittura l'intero brano, da *ex quo* a *donet*⁽⁶⁸⁾.

A nostro avviso, i maggiori dubbi potrebbero addensarsi sulla proposizione *ex quo ... convertat*, forse attribuibile ad una glossa⁽⁶⁹⁾. In ogni caso, la questione fondamentale affrontata dal frammento appare bene espressa dal periodo successivo, *nec movere quem debet*,

(65) Si deduce infatti la possibilità di configurare un furto “anche se taluno converta a proprio vantaggio l'uso di una cosa altrui”: *et si quis usum alienae rei in suum lucrum convertat*. Non appare dunque condivisibile l'opinione di P. HUVELIN, *L'animus lucri faciendi*, cit., 77, secondo cui il periodo *ex quo ... convertat* avrebbe invece esteso la portata del responso in questione, sottolineando che rispondeva di furto non solo chi abusasse di una cosa altrui senza scopo di lucro, ma anche, a fortiori, chi ne abusasse per trarne profitto. *Contra*, infatti, B. ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, cit., 161 nt. 185.

(66) G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, Tubingen 1910, 60; B. ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, cit., 160 s.

(67) P. HUVELIN, *L'animus lucri faciendi*, cit., 79 ss., il quale ha fondato il proprio giudizio sia sulla plausibilità della proposizione *ex quo satis ... convertat*, sia su taluni rilievi formali: l'assenza di soggetto del verbo *faciat*; il *quasi* in luogo di *quod*; l'uso di *species* nell'accezione proposta dal testo. In questo senso, inoltre: E. ALBERTARIO, *Animus furandi*, cit., 213 nt. 1; F. PRINGSHEIM, *Liberalitas*, in AA. VV., *Studi in memoria di Emilio Albertario*, I, Milano 1953, 671 nt. 2; J. A. C. THOMAS, *Animus furandi*, cit., 29 s.

(68) H. F. JOLOWICZ, *Digest XLVII. 2*, cit., 84 nt. 1.

(69) In primo luogo, essa pretenderebbe di trarre una definizione generale di furto d'uso a partire dal responso iniziale, mentre questo, concernendo un caso particolarissimo e niente affatto emblematico, poteva semmai costituirne un corollario: cfr. G. BESELER, *lc. ult. cit.* Inoltre, la locuzione *in lucrum suum convertere* sembrerebbe estranea alla terminologia dei giuristi classici, mentre compare nelle costituzioni giustiniane: C. 5, 12, 31, 3 (a. 530); C. 1, 27, 2, 8 (a. 534).

quasi nihil lucri sui gratia faciat: species enim lucri est ex alieno largiri et beneficii debitorem sibi acquirere ⁽⁷⁰⁾.

A giudizio di Gaio, dunque, non doveva costituire motivo di obiezione la circostanza che il comodatario infedele avesse agito senza un tornaconto personale, se non addirittura per un vantaggio altrui: *nec movere quem debet, quasi nihil lucri sui gratia faciat* ⁽⁷¹⁾. Evidentemente, poiché nel caso considerato l'uso indebito della *res commodata* era consistito nel prestarla gratuitamente ad altri, taluno poteva ritenere un simile comportamento intrinsecamente "altruistico", non doloso, e tale da escludere una condanna per furto.

Secondo il giurista, invece, l'argomentazione non appariva fondata. Anche il fatto di elargire beni altrui, procacciandosi la riconoscenza del beneficiario, poteva rappresentare una specie di vantaggio, sia pure in termini non strettamente pecuniari: *species enim lucri est ex alieno largiri et beneficii debitorem sibi acquirere*. Di conseguenza, non vi era ragione di esonerare dall'accusa di furto il comodatario, come del resto colui che sottraesse una cosa per poi donarla ad altri.

Ebbene, la testimonianza sulla quale ci siamo soffermati, da una parte, suggerisce che l'assenza di uno scopo di lucro poteva talvolta essere invocata, anche in ipotesi di furto d'uso, onde escludere la malvagità della condotta e l'opportunità della sanzione. Dall'altra, sembrerebbe denotare che in questo ambito l'apprezzamento di un *agere lucri faciendi causa*, ancora al tempo di Gaio, venisse comunque assunto quale criterio residuale, riguardo a particolarissime fattispecie concrete che sollecitavano una simile riflessione ⁽⁷²⁾. Negli ordinari casi di *furtum usus*, par di capire, la sussistenza di un comportamento doloso continuava ad essere commisurata secondo il parametro consueto: la consapevolezza, da parte dell'*adtrektor*, di usare la cosa *invito domino*.

⁽⁷⁰⁾ Rileva infatti B. ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, cit., 160: "Eliminato, infatti, il periodo *ex quo-convertat*, tutto il testo scorre egregiamente".

⁽⁷¹⁾ Per il significato della locuzione *nec movere quem debet*, cfr. A. BERGER, *Encyclopedic dictionary of Roman law*, Philadelphia 1953, s. v. *moveo*.

⁽⁷²⁾ Una decisione analoga, sempre riguardo ad una specifica fattispecie, è riferita in D. 25, 2, 21, 1 (Paul. 37 *ad ed.*): *Si servus mulieris iussu dominae divortii causa res amoverit, Pedius putat nec furtum eum facere, quoniam nihil lucri sui causa contrectet, nec videri furtum facienti opem ferre, cum mulier furtum non faciat, quamvis servus in facinoribus domino dicto audiens esse non debeat: sed rerum amotarum actio erit*. Un servo aveva portato via dei beni, dietro ordine della padrona, a causa del divorzio di quest'ultima. Secondo l'opinione di Pedio, costui non avrebbe commesso furto perché, per l'appunto, non aveva agito per un proprio vantaggio, per impadronirsi personalmente dei beni, bensì a favore della padrona: *quoniam nihil lucri sui causa contrectet*. Sul frammento, in particolare: B. ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, cit., 93 ss.

ABSTRACT

This essay deals with the psychological element in the *furtum usus* to the light of two fundamental rules: one which dates to Sabinus, the other which dates back to Quintus Mucius. According to these rules, the *adtreceptor* commits *furtum* when he knows that he uses the *res* against the owner's will. On the contrary, the *adtreceptor* is irresponsible when he believes he has the owner's permission. Vice versa, with regard to the *furtum usus*, the *agere lucri faciendi causa* acquires a marginal importance. Main sources: GELL. 11, 18, 20; D. 47, 2, 46, 7-8 (Ulp. 42 *ad Sab.*); D. 12, 4, 15 (Pomp. 22 *ad Sab.*); D. 47, 2, 77 (76) *pr.* (Pomp. 38 *ad Q. M.*); Gai. 3, 196-198; D. 47, 2, 55 (54), 1 (Gai. 13 *ad ed. prov.*).

Il presente saggio esamina l'elemento psicologico nel *furtum usus* alla luce di due regole fondamentali: l'una risalente a Sabino, l'altra verosimilmente a Quinto Mucio. Secondo tali regole l'*adtreceptor* commette furto quando "sa" di usare la *res* contro la volontà del proprietario, mentre risulta irresponsabile quando "crede" di averne il permesso. Viceversa, l'*agere lucri faciendi causa*, riguardo al *furtum usus*, assume un rilievo marginale. Fonti principali: GELL. 11, 18, 20; D. 47, 2, 46, 7-8 (Ulp. 42 *ad Sab.*); D. 12, 4, 15 (Pomp. 22 *ad Sab.*); D. 47, 2, 77 (76) *pr.* (Pomp. 38 *ad Q. M.*); Gai. 3, 196-198; D. 47, 2, 55 (54), 1 (Gai. 13 *ad ed. prov.*).

PAOLO FERRETTI

MULIER ARBITRATRIX (*)

Un divieto muliebre e diversi approcci ermeneutici

SOMMARIO: 1. Giustiniano, le donne e il divieto dell'ufficio arbitrale. – 2. L'interrogativo di Cuiacio: *videtur ante constitutionem Justiniani mulier integrae opinionis ex compromisso arbitrium recipere potuisse*. – 3. Cuiacio: *nec mulier arbitrium recipere potuit... nisi inter libertos vel familiares suos*. – 4. Noodt: *qui tantum masculos complectitur, non etiam foeminas, utique post Constitutionem Justiniani*. – 5. La Glosa: *mulier non potest esse arbiter*. – 6. Odofredo: *mulier non potest esse arbiter* (ma le fonti a sostegno sono diverse). – 7. Bartolo: *mulier potest esse arbiter* [una diversa lettura di D. 1, 5, 9 (Pap. 31 *quaest.*)]. – 8. Una brevissima ricapitolazione.

1. Giustiniano, le donne e il divieto dell'ufficio arbitrale.

Nel 531 Giustiniano emana una costituzione in tema di *receptum arbitrii* ⁽¹⁾:

C. 2, 55 (56), 6. Imp. Iustinianus A. Iohanni pp. Sancimus mulieres suae pudicitiae memores et operum, quae eis natura permisit et a quibus eas iussit abstinere, licet summae atque optimaе opinionis constitutae arbitrium in se susceperint vel, si fuerint patronae, inter libertos suam interposuerint audientiam, ab omni iudiciali agmine separari, ut ex earum electione nulla poena, nulla pacti exceptio adversus iustos eorum ⁽²⁾ conventores habeatur. D. k. Sept. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestae (a. 531).

(*) Il termine *arbitratrix*, che non figura nelle fonti giuridiche romane, si rinvia in diversi interpreti, tra cui ad esempio BARTOLUS A SAXOFERRATO, *In Primam Digesti Veteris Partem*, Venetiis 1590, 22, ad D. 1, 5, 9.

⁽¹⁾ La costituzione è inserita in C. 2, 55 (56): *de receptis*.

⁽²⁾ *Earum* secondo il Codice Pistoriensis. Cfr., per tutti, L. CHIAZZESE, *Vicende e interpretazione delle fonti romane in Occidente*, in *AUPA* 33 (1972), 7 ss.; G. PURPURA, *Per una storia dell'epigrafia giuridica: l'uso di titoli e manoscritti nel Medioevo e oltre*, in *AUPA* 46 (2000), 227 ss.

Il dettato della costituzione⁽³⁾ è netto: vietare alle donne⁽⁴⁾, *suae pudicitiae memores et operum quae eis natura*⁽⁵⁾ *permisit et a quibus eas iussit abstinere*, di ricoprire l'ufficio arbitrale, comprese quelle di ottima reputazione⁽⁶⁾ e le

(3) Sull'arbitrato e sulle novità introdotte da Giustiniano in materia di *compromissum*, si veda, tra gli altri, M. WŁASSAK, voce *Arbiter*, in *RE* II-1 (1895), 408 ss.; G. ROTONDI, *Un nuovo esempio di innovazioni pregiustiniane. L'exceptio veluti pacti ex compromisso*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia* 29 (1914), ora in *IDEM, Scritti giuridici*, I, Pavia 1922, 284 ss.; V. SCIALOJA, *Procedura civile romana. Esercizio e difesa dei diritti*, Roma 1936, 313 ss.; G. LA PIRA, 'Compromissum' e 'litis contestatio' formulare, in *Studi Riccobono*, II, Palermo 1936, 187 ss.; J. ROUSSIER, *Du compromis sine poena en droit romain classique*, in *RH*, IV^e série, 18 (1939), 167 ss.; G. CRIFÒ, voce *Arbitrato* (diritto romano), in *ED* II (1958), 893 ss.; M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di "compromissum"*, Milano 1958; F. BONIFACIO, voce *Arbitro e arbitratore* (diritto romano), in *NNDI* I.2 (1959, rist. 1979), 925 ss.; K.-H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht*, München 1971; P. VOGLI, *La responsabilità del debitore da 'stipulatio poenae'*, in *Studi Volterra*, III, Milano 1971, 333 ss.; R. KNÜTEL, *Stipulatio poenae*, Köln-Wien 1976, 135 ss.; J. PARICIO, *Notas sobre la sentencia del arbiter ex compromisso. Sanción contra el árbitro que no dió sentencia*, in *RIDA* 31 (1984), 283 ss.; J.L. LINARES PINEDA, «Compromissum» y «receptum». Aspectos negociales del arbitraje privado romano en relación con el moderno, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor Murga Gener*, Madrid 1994, 709 ss.; M. MARRONE, *Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana*, in *Riv. dell'arbitrato*, 1996, 1 ss.; M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996², 639 ss.

(4) In generale sulla condizione della donna nel diritto romano, ci limitiamo a richiamare, tra i moltissimi studiosi che hanno approfondito l'argomento, J. GAUDEMET, *Le statut de la femme dans l'Empire romain*, in *La femme. Recueils de la Société J. Bodin*, XI, Bruxelles 1959, ora in *IDEM, Études de droit romain*, III, Napoli 1979, 225 ss.; J.P.V.D. BALSDON, *Roman Women. Their History and Habits*, London 1962; E. BURK, *Die Frau in der griechisch-römischen Antike*, München 1969; J. BEAUCAMP, *Le vocabulaire de la faiblesse féminine dans les textes juridiques romains du III^e au VI^e siècle*, in *RH*, IV^e série, 54 (1976), 485 ss.; P. ZANNINI, *Studi sulla tutela mulierum*, I, Torino 1976, e II, Milano 1979; B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979, 347 ss.; E. CANTARELLA, *L'ambiguo malanno. Condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana*, Roma 1983²; L. PEPPE, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana*, Milano 1984; E. CANTARELLA, *Le donne e la città. Per una storia della condizione femminile*, Como 1985; J.F. GARDNER, *Women in Roman Law and Society*, London 1986; A. BISCARDI, *Spose, madri, nubili, vedove: echi patristici nella legislazione tardo-imperiale*, in *AAC* VIII (1990), 325 ss.; G. RIZZELLI, *Le donne nell'esperienza giuridica di Roma antica. Il controllo dei comportamenti sessuali*, Lecce 2000; AA. VV., *Storia delle donne in Occidente. L'Antichità*, a cura di P. Schmitt Pantel, Roma-Bari 2003⁵.

(5) Il riferimento alla natura riecheggia alcune espressioni impiegate dai giuristi classici. Si ricordi, per tutti, Gai. 1, 144 e 1, 190: *levitas animi*; D. 22, 6, 9 (Paul. *l.s. de iur. et fact. ign.*): *sexus infirmitas*; Ulp. 11, 1: *sexus infirmitas* e *forensium rerum ignorantia*; D. 16, 1, 2, 2 (Ulp. 29 *ad edict.*): *sexus imbecillitas*; D. 48, 16, 1, 10 (Marcian. *l.s. ad sen. cons. Turpill.*): *sexus infirmitas*. Si veda inoltre C. 5, 35, 1; C. 5, 4, 23 *pr.*; C. 9, 8, 5, 3.

(6) La *ratio* del divieto risiede secondo J. BRUNNEMANNUS, *Commentarius in Codicem justinianum*, Lipsiae 1699, 221, "in pudore sexus".

patrone nei confronti dei propri liberti. La violazione avrebbe privato l'eventuale *electio* di ogni efficacia, rendendo così nulla la pena o l'eccezione di patto per coloro che non avessero voluto adeguarvisi⁽⁷⁾. Seguendo l'estrema sintesi di Butrigarius⁽⁸⁾: "in mulierem compromitti non potest".

2. *L'interrogativo di Cuiacio: videtur ante constitutionem Justiniani mulier integrae opinionis ex compromisso arbitrium recipere potuisse.*

A fronte della costituzione appena vista, Cuiacio⁽⁹⁾ si chiede quale fosse la disciplina anteriore: avrebbero potuto le *mulieres*, la cui reputazione fosse rimasta intatta, *arbitrium recipere* in forza di un precedente compromesso? La legge avrebbe posto una decisa frattura con il passato, segnando il passaggio dal 'consentito' al 'proibito'? Oppure si sarebbe trattato soltanto di una legge che ribadiva, forse a seguito di ripetuti tentativi di aggiramento o di pratiche sorte in forza di un quadro normativo non del tutto chiaro, un divieto già esistente? Ed esistente da quale epoca?

Questo dunque l'itinerario di indagine, nel quale le opinioni avanzate dagli antichi studiosi⁽¹⁰⁾, costruite sulle fonti giurisprudenziali, mostrano una vivacità intellettuale oggi perduta⁽¹¹⁾. Esse, infatti, non solo non si

⁽⁷⁾ In Glossa *Contemptores*, ad l. *Sancimus*, de *receptis* [C. 2, 55 (56), 6], in luogo di *conventores*, si legge *contemptores*.

⁽⁸⁾ I. BUTRIGARIUS, *Lectura super Codice* (Parisiis 1516), rist. Bologna 1973, 83. Analogamente: BARTHOLOMAEUS DE SALICETO, *Ad I. II. III. et IIII. Lib. Codicis Commentarii*, Lugduni 1560, 151.

⁽⁹⁾ J. CUIACIUS, *Observationum et emendationum, Liber XIII, Cap. XXIII*, in IDEM, *Opera*, Par. Fabrot. edit., I, Prati 1836, 590.

⁽¹⁰⁾ Sulla funzione giurisdizionale della donna e, più in generale, sull'arbitrato nel periodo intermedio, ci limitiamo a segnalare V. RIVALTA, *I giudizi di arbitri. Saggio di legislazione e di giurisprudenza antica e moderna*, Bologna 1885; J. FOURGOU, *L'arbitrage dans le droit français aux XIII^e et XIV^e siècles*, Paris 1906; R. COGNETTI DE MARTIIS, *Il compromesso. Studio*, Torino 1908; G. SALVIOLI, *Storia della Procedura Civile e Criminale*, in *Storia del diritto*, pubblicata sotto la direzione di P. Del Giudice, III, p. II, Milano 1927, 180 ss.; V. PIANO MORTARI, voce *Arbitrato* (diritto intermedio), in *ED II* (1958), 895 ss.; L. GARETTO, voce *Arbitro e arbitratore* (diritto intermedio), in *NNDI I.2* (1958, rist. 1979), 928 ss.; G. MARANI, *Aspetti negoziali e aspetti processuali dell'arbitrato. Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Torino 1966; L. MARTONE, *Arbiter-arbitrator. Forme di giustizia privata nell'età del diritto comune*, Napoli 1984.

⁽¹¹⁾ Sintetici accenni ad esempio in P. DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR* 23 (1911), 188, che collega la costituzione all'influenza del pensiero cristiano; C. BERTOLINI, *Appunti didattici di Diritto romano. Serie seconda, Il processo civile*, III, Torino 1915, 258 n. 2, secondo cui "questa legge è di Giustiniano, ma l'incapacità delle donne rimonta senza dubbio all'antico diritto romano"; V. SCIALOJA, *Procedura civile roma-*

prestano ad essere ingabbiate in una mera contrapposizione di soluzioni⁽¹²⁾, ma fanno al contrario intravedere come le testimonianze classiche, affrontate secondo diversi approcci ermeneutici, siano suscettibili di multiformi interpretazioni, capaci di incidere in maniera profonda sul loro significato.

Di questo quadro, assai ricco e complesso, ci proponiamo di dare, senza pretese di esaustività, alcuni squarci, lasciando ad una successiva indagine personali ipotesi di lettura.

3. Cuiacio: *nec mulier arbitrium recipere potuit... nisi inter libertos vel familiares suos.*

Cuiacio, dopo aver citato il divieto giustiniano⁽¹³⁾ ed essersi interrogato sulla disciplina anteriore, ricorda alcuni episodi che, pur nella loro estraneità al diritto romano, sembrerebbero documentare il ruolo arbitrale rivestito dalle donne⁽¹⁴⁾.

In primo luogo i *mores Galliae*⁽¹⁵⁾, secondo cui “domina inter beneficiarios aut subditos suos etiam ordinariam jurisdictionem habet”. Quindi Omero e l’incontro tra Odisseo e Arete, moglie di Alcino:

na, cit., 315; K.-H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht*, cit., 119 s., il quale, pur citando D. 3, 1, 1, 5 (Ulp. 6 *ad edict.*), D. 5, 1, 12, 2 (Paul. 17 *ad edict.*), D. 50, 17, 2 pr. (Ulp. 1 *ad Sab.*), pensa che i giuristi non abbiano affrontato direttamente la questione e che pertanto non sia rinvenibile, nel diritto romano classico, una regola generale in argomento; G. BUIGUES OLIVER, *La solución amistosa de los conflictos en derecho romano: el arbitro ex compromiso*, Madrid 1990, 106, che collega il provvedimento giustiniano ai “mismos arcaicos principios que se pueden extraer de toda una serie de opiniones dadas por diferentes juristas, que, a su vez, recogen una tradición cuyo origen se puede fijar en las primeras épocas de la historia del Derecho Romano”; G.L. FALCHI, *Studi sulle relazioni tra la legislazione di Giustiniano (528-534) e la codificazione di leges e iura*, in *SDHI* 59 (1993), 65 e 94; P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1996⁵, 467 n. 8.

⁽¹²⁾ Cosa che sembrerebbe invece caratterizzare la moderna dottrina. Cfr., per tutti, K.-H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht*, cit., 119.

⁽¹³⁾ C. 2, 55 (56), 6.

⁽¹⁴⁾ J. CUJACIUS, *Observationum et emendationum*, cit., I, 590, cita anche CASSIOD., var. 4, 19.

⁽¹⁵⁾ Sul punto, J. CUJACIUS, *Observationum et emendationum*, cit., I, 590, richiama *c. dilecti, De arbitris*, in cui è riportata, benché con alcune differenze, parte di C. 2, 55 (56), 6: “... licet summae opinionis et optime constitutae existant, si arbitrium in se susceperint, vel si patronae inter libertos suos interposuerint audientiam, ab omni sint iudiciali examine separandae, ut ex earum prolatione nulla poena adversus iustos earum contemtores, nullaque pacti exceptio habeatur...”. Su questo testo e più in generale sul ruolo della donna in materia giurisdizionale, si veda FELINUS SANDEUS, *Commentaria in V. Lib. Decretalium utilissima*, I, Venetiis 1570, 1203 s.

HOMER., *Odyss.* 7,73-74: οὐ μὲν γάρ τι νόου γε καὶ αὐτὴ δεύεται ἐσθλοῦ· οἷσὶ τ' εὐφρονέησι καὶ ἀνδράσι νεῖκεα λύει.

Athena prima di affidare Ulisse ad Arete, ripercorre la genealogia di quest'ultima per poi descriverla come una donna onorata dal marito, dai figli e dall'intero popolo dei Feaci che è solito acclamarla come una dea⁽¹⁶⁾. E questo, commenta la glaucopide, non senza ragione: essa infatti si distingue, oltre che per un animo saggio, per saper comporre le liti sorte tra gli uomini.

Detto questo, Cuiacio torna al diritto romano e interpella due frammenti ulpiani, al fine di verificare la presenza, anche in età classica, dell'impedimento muliebre ad essere *arbitra*.

Innanzitutto:

D. 50, 17, 2 pr. (Ulp. 1 ad Sab.): *Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt et ideo nec iudices esse possunt nec magistratum gerere nec postulare nec pro alio intervenire nec procuratores existere*⁽¹⁷⁾.

Ulpiano⁽¹⁸⁾ esordisce con il celebre divieto⁽¹⁹⁾, per le donne, di ricoprire uffici civili e pubblici⁽²⁰⁾: così non possono rivestire la funzione di giudice, né gestire la magistratura, né *postulare*⁽²¹⁾ o chiedere personalmente all'autorità

⁽¹⁶⁾ HOMER., *Odyss.* 7,69-72: ὡς κείνη περὶ κῆρι τετίμηται τε καὶ ἔστιν ἕκ τε φίλων παίδων ἕκ τ' αὐτοῦ Ἀλκινόοιο καὶ λαῶν, οἳ μὴν ῥα θεὸν ὡς εἰσορόωντες δειδέχεται μῦθοισιν, ὄτε στείχησ' ἀνὰ ἄστρῳ.

⁽¹⁷⁾ D. 50, 17, 2, 1 (Ulp. 1 ad Sab.): *Item impubes omnibus officiis civilibus debet abstinere*.

⁽¹⁸⁾ Il testo è tratto dal commento al libro 1 *ad Sabinum*, e secondo O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, II, Leipzig 1889 (rist. Graz 1960), 1021, il giurista scriveva in materia testamentaria e precisamente *de testibus*.

⁽¹⁹⁾ È opinione comune che l'esclusione delle *feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis* sia principio antichissimo. Si veda, tra gli altri, F. SCHULZ, *I principii del diritto romano*, trad. it., Firenze 1949, 180 s.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, München 1971², 277; P. ZANNINI, *Studi sulla tutela*, cit., I, 47 n. 5; B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 353.

⁽²⁰⁾ *Vel publicis* è espunto ad esempio da S. SOLAZZI, *Studi sulla tutela*, in *Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Modena* 9 (1925) e 13 (1926), ora in IDEM, *Scritti di diritto romano*, III, Napoli 1960, 155. Contra, per tutti, F. CANCELLI, *Saggio sul concetto di officium in diritto romano*, in *RISG* 92 (1957-1958), 383; IDEM, *Nota preliminare sull' «officium civile»*, in *Studi Vassalli*, I, Torino 1960, 237 s.

⁽²¹⁾ Sul significato di *postulare*, si legga D. 3, 1, 1, 2 (Ulp. 6 ad edict.). La limitazione della capacità della donna non sembra stabilita per tutti i tipi di processo (cfr. Ulp. 11, 24; Ulp. 11, 27). Tuttavia, l'incapacità era pressoché assoluta per quanto concerne l'accusa in un processo criminale e il ruolo di attore nelle azioni popolari, tranne il caso di un personale interesse [cfr. D. 47, 23, 6 (Ulp. 25 ad edict.); D. 48, 2, 1 (Pomp. 1 ad Sab.); D. 48, 2, 2 pr. (Pap. 1 de adult.); D. 48, 2, 11 pr. (Macer 2 de publ. iud.); D. 48, 2, 13 (Marcian. 1 de publ. iud.); D. 48, 2, 18 (Mod. 17 resp.); D. 48, 4, 8 (Pap. 13 resp.); D. 48, 16, 1, 10 (Marcian. l.s. ad senat. cons. Turpill.)].

giurisdizionale provvedimenti nell'interesse di altri ⁽²²⁾, né infine assumere di questi ultimi la piena rappresentanza processuale ⁽²³⁾.

Tuttavia, fa notare Cuiacio, se è vero che Ulpiano si pronuncia sul fatto che le donne non possano essere giudici, è anche vero che lo stesso giurista non aggiunge "nec esse arbitras posse". E proprio questo silenzio potrebbe suggerire l'esistenza di una differente disciplina, vale a dire l'assenza di un espresso divieto e, in definitiva, la possibilità per le donne di rivestire l'ufficio arbitrale.

Lo stesso tipo di ragionamento guida l'autorevole studioso nell'interpretazione del secondo passo ⁽²⁴⁾:

D. 4, 8, 7 pr. (Ulp. 13 ad edict.): Pedius libro nono et Pomponius libro trigensimo tertio scribunt parvi referre, ingenuus quis an libertinus sit, integrae fama quis sit arbiter an ignominiosus. in servum Labeo compromitti non posse libro undecimo scribit: et est verum ⁽²⁵⁾.

Ulpiano scrive che Pedio e Pomponio non ritenevano rilevante la posizione sociale dell'arbitro: poco sarebbe importato che questo fosse un ingenuo oppure liberto, un uomo di salda reputazione oppure un infame. E qui, commenta Cuiacio, il giurista scrive dell'arbitro di sesso maschile, mentre "de foemina non adjecit". E, continua, non avrebbe aggiunto nulla in merito alla donna, perché non gli sarebbe stato possibile aggiungere nulla. Ai fini dell'assunzione della funzione arbitrale, infatti, la condizione femminile sarebbe stata rilevante, dal momento che una liberta o una donna di pessima fama non sarebbe stata idonea ad "arbitrium recipere".

Il tacere sullo *status* femminile, pertanto, potrebbe permettere di interpretare anche questo secondo testo nel senso che sino a Giustiniano e alla costituzione del 531 ⁽²⁶⁾ non esistesse un esplicito divieto, per la *mulier*, di ricoprire l'ufficio arbitrale.

Premesso questo, Cuiacio perviene ad una conclusione. In età classica, le donne avrebbero potuto essere arbitre: ma non tutte le donne, bensì le ingenuae e, tra le ingenuae, soltanto quelle d'irrepreensibile condotta; le donne

⁽²²⁾ Si veda anche D. 3, 1, 1, 5 (Ulp. 6 ad edict.), in cui si legge il noto riferimento a *Carfania improbissima femina*. Cfr. pure VAL. MAX. 7, 3, 2.

⁽²³⁾ D. MEDICUS, *Zur Geschichte des Senatus Consultum Velleianum*, Köln-Graz 1957, 25 n. 45, ritiene che la frase *nec postulare nec pro alio intervenire nec procuratores existere* sia corrotta. Concorda L. PEPPE, *Posizione giuridica*, cit., 98 n. 44.

⁽²⁴⁾ O. LENEL, *Palingenesia*, cit., II, 485, colloca il passo in tema di *qui arbitrium receperint*.

⁽²⁵⁾ D. 4, 8, 7, 1 (Ulp. 13 ad edict.): *Unde Iulianus ait, si in Titium et servum compromissum sit, nec Titium cogendum sententiam dicere, quia cum alio receperit: quamvis servi, inquit, arbitrium nullum sit. quid tamen si dixerit sententiam Titius? poena non committitur, quia non, ut receperit, dixit sententiam.*

⁽²⁶⁾ C. 2, 55 (56), 6.

avrebbero potuto essere arbitre: ma non di tutti, bensì soltanto dei loro famigliari o dei loro liberti o di altre persone che in qualche modo fossero ad esse soggette. Infatti, aggiunge l'autorevole studioso, a questi individui, pur liberi, non è "indignum mulierem vetare vel jubere" ⁽²⁷⁾.

4. Noodt: *qui tantum masculos complectitur, non etiam foeminas, utique post Constitutionem Justiniani*.

La lettura proposta da Cuiacio è richiamata, tra gli altri ⁽²⁸⁾, anche da Noodt ⁽²⁹⁾ il quale affronta la questione commentando un noto passo ulpiano:

D. 4, 8, 3, 2 (Ulp. 13 ad edict.): Ait praetor: 'Qui arbitrium pecunia compromissa receperit'.

Nella clausola edittale ⁽³⁰⁾, che prevede la possibilità di costringere l'arbitro a risolvere la controversia accettata ⁽³¹⁾, figura il pronome *qui*.

Su questo termine Noodt costruisce la propria argomentazione e riporta subito:

D. 50, 16, 195 pr. (Ulp. 46 ad edict.): Pronuntiatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum plerumque porrigitur.

Dai due frammenti si potrebbe desumere che il termine *qui* ⁽³²⁾, indicante colui il quale avesse assunto l'obbligo di decidere la questione a lui sottoposta, potesse designare tanto l'arbitro di sesso maschile, quanto l'arbitro di sesso femminile ⁽³³⁾.

Se così fosse, in età classica la donna avrebbe potuto ricoprire l'ufficio arbitrale. Tuttavia, l'illustre giurista si limita soltanto ad adombrare questa eventualità. Scrive, infatti, che il pronome *qui* avrebbe compreso soltanto

⁽²⁷⁾ J. CUJACIUS, *Observationum et emendationum*, cit., I, 591.

⁽²⁸⁾ Cfr., tra gli altri, anche D. GOTHOFREDUS, *Corpus Juris Civilis, Pandectis ad Florentinum archetypum expressis, Institutionibus, Codice et Novellis*, Lugd. Batavorum 1663, 82, ad C. 2, 55 (56), 6.

⁽²⁹⁾ G. NOODT, *Commentarium in D. Justiniani, serenissimi Principis, Libros XXVII. Digestorum sive Pandectarum*, in IDEM, *Operum omnium*, II, Coloniae Agrippinae 1763, 110.

⁽³⁰⁾ O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, Leipzig 1927³, 131, il quale ricostruisce il testo dell'editto nel seguente modo: "Qui arbitrium pecunia compromissa receperit eum sententiam dicere cogam".

⁽³¹⁾ D. 4, 8, 32, 12 (Paul. 13 ad edict.): il pretore poteva infliggere una multa all'arbitro che, dopo aver accettato, avesse rifiutato.

⁽³²⁾ D. 4, 8, 3, 2 (Ulp. 13 ad edict.).

⁽³³⁾ D. 50, 16, 195 pr. (Ulp. 46 ad edict.).

“masculos, non etiam feminas”, ‘perlomeno’ dopo la costituzione di Giustiniano: “utique post Constitutionem Justiniani”⁽³⁴⁾.

5. La Glossa: *mulier non potest esse arbiter*.

Le letture avanzate da Cuiacio e da Noodt, per quanto abbiamo potuto vedere, sono senza dubbio originali. Procedendo infatti a ritroso, fino alla Glossa, ci si imbatte in esegesi diverse. Siamo certo consapevoli che il metodo seguito nell’interpretazione del *Corpus Iuris Civilis* da glossatori e commentatori sia molto distante da quello appena visto e che la prospettiva storica non trovi spazio nelle loro elaborazioni⁽³⁵⁾. Ciononostante, il fatto che la costituzione di Giustiniano⁽³⁶⁾ sia letta insieme alle fonti giurisprudenziali contenute nel Digesto consente, almeno così ci sembra, di verificare connessioni, tracce, legami del divieto per le donne di svolgere l’ufficio arbitrale anche in testimonianze di età classica, pur all’interno, lo ribadiamo ancora una volta, di un modello ermeneutico di tipo sistematico.

Innanzitutto il provvedimento del 531⁽³⁷⁾. A proposito del termine *agmen*⁽³⁸⁾, collocato nella parte finale del testo – *sancimus mulieres... ab omni iudiciali agmine separari... –*, nella Glossa si legge che le donne non avrebbero potuto essere “arbitri, neque iudices”, né assumere “aliud officium in iudicio”. E al riguardo si richiamano alcuni passi i quali, nelle loro generali espressioni⁽³⁹⁾, non escludono, all’interno di una lettura unitaria dell’opera giustiniana, anche il caso dell’arbitrato, pur senza mai nominarlo direttamente. Sembrerebbe dunque di individuare una sorta di identificazione, rintracciabile tanto nel Codice quanto nel Digesto⁽⁴⁰⁾, tra

⁽³⁴⁾ G. NOODT, *Commentarium in D. Justiniani*, cit., 110.

⁽³⁵⁾ Cfr., per tutti, con ricca bibliografia, G. WESENER, G. WESENER, *Storia del diritto privato in Europa*, trad. it. a cura di P. Cappellini e M.C. Dalbosco, Padova 1999, 30 ss.

⁽³⁶⁾ C. 2, 55 (56), 6.

⁽³⁷⁾ C. 2, 55 (56), 6.

⁽³⁸⁾ Glossa *Agmine*, ad l. *Sancimus*, de *receptis* [C. 2, 55 (56), 6].

⁽³⁹⁾ Cfr., nella dottrina attuale e per tutti, G. BUIGUES OLIVER, *La solución amistosa*, cit., 106. Inoltre, non è mancato chi, ad esempio con riguardo all’elencazione ulpiana riportata in D. 50, 17, 2 *pr.* (Ulp. 1 *ad Sab.*), parla di carattere esemplificativo: così F. CANCELLI, *Nota preliminare*, cit., 238; in parte diversamente, G. CRIFÒ, *Sul problema della donna tutrice in diritto romano classico*, in *BIDR* 67 (1964), 137 ss., suppone, con riferimento alla tutela, che le fattispecie contemplate siano frutto di un’attenta riflessione.

⁽⁴⁰⁾ Cfr., ad esempio, D. 4, 8, 7 (Ulp. 13 *ad edict.*); D. 4, 8, 9, 1 (Ulp. 13 *ad edict.*); D. 4, 8, 41 (Call. 1 *edict. monit.*); D. 4, 8, 51 (Marcian. 2 *reg.*).

la capacità di essere giudice e la capacità di essere arbitro; altrimenti detto: 'chi non avrebbe potuto essere giudice (e tra questi le appartenenti al sesso femminile), non avrebbe potuto essere nemmeno arbitro' ⁽⁴¹⁾.

Vediamo i passi, tra cui figura anche un frammento di Ulpiano sopra visto ⁽⁴²⁾:

D. 5, 1, 12, 2 (Paul. 17 ad edict.): Non autem omnes iudices dari possunt ab his qui iudicis dandi ius habent: quidam enim lege impediuntur ne iudices sint, quidam natura, quidam moribus. natura, ut surdus mutus: et perpetuo furiosus et impubes, quia iudicio carent. lege impeditur, qui senatu motus est. moribus feminae et servi, non quia non habent iudicium, sed quia receptum est, ut civilibus officiis non fungantur.

D. 50, 17, 2 pr. (Ulp. 1 ad Sab.): Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt et ideo nec iudices esse possunt nec magistratum gerere nec postulare nec pro alio intervenire nec procuratores existere.

D. 3, 3, 54 pr. (Paul. 50 ad edict.): Neque femina neque miles neque qui rei publicae causa afuturus est aut morbo perpetuo tenetur aut magistratum initurus est aut invitus iudicium pati non potest, idoneus defensor intellegitur ⁽⁴³⁾.

Paolo ⁽⁴⁴⁾, dopo aver individuato tre ragioni ⁽⁴⁵⁾ alla base dell'impedimento ad assumere il ruolo di giudice, indica nei *mores* ⁽⁴⁶⁾, e non nell'assenza di *iudicium*, la causa applicabile alle femmine ⁽⁴⁷⁾. *Moribus*, infatti, sono state escluse dai *civilia officia*.

⁽⁴¹⁾ Questo sostanzialmente si legge ad esempio in J. BRUNNEMANNUS, *Commentarius in Codicem*, cit., 221: "... eum, qui Iudex esse nequit, nec posse esse Arbitrum"; e in H. DONELLUS, *Opera omnia*, VI, Maceratae 1831, 475: "Non omnes, ut dixi idonei arbitri habentur. Primum quicumque iudices esse non possunt, idem arbitri officio fungi non possunt".

⁽⁴²⁾ Cfr. par. 3.

⁽⁴³⁾ D. 3, 3, 54, 1 (50 ad edict.): *Tutores, qui in aliquo loco administraverunt, eodem loco et defendi debent.*

⁽⁴⁴⁾ D. 5, 1, 12, 2 (Paul. 17 ad edict.).

⁽⁴⁵⁾ *Lex, natura, mores.*

⁽⁴⁶⁾ Cfr., sul significato che il termine *mores* assumerebbe nel passo, M. KASER, *Mores maiorum und Gewohnheitsrecht*, in ZSS 59 (1939), 86 s.; F. CANCELLI, *Nota preliminar*, cit., 238; G. CRIFÒ, *Sul problema della donna tutrice*, cit., 165.

⁽⁴⁷⁾ L. PEPPE, *Posizione giuridica*, cit., 100 n. 51, scrive, in maniera del tutto condivisibile, che da alcune fonti (egli cita D. 50, 17, 2; D. 3, 1, 1, 5; D. 5, 1, 12, 2) "emerge una gradualità e forse una pluralità e/o sovrapposizione di criteri di esclusione". In argomento, si veda anche T. MASIELLO, *La donna tutrice. Modelli culturali e prassi giuridica fra gli Antonini e i Severi*, Napoli 1979, 25 n. 48 e 29 s.

E sempre a questa generale ed indeterminata espressione – *officia civilia* – rinvia, con l'aggiunta dell'aggettivo *publica* ⁽⁴⁸⁾, anche Ulpiano ⁽⁴⁹⁾ il quale, oltre al ruolo di giudice, richiama il fatto che le donne non possano gerire le magistrature, né *postulare* o chiedere provvedimenti nell'interesse di altri o assumerne la rappresentanza processuale. E nemmeno farsi carico della difesa del convenuto senza alcuna investitura da parte di quest'ultimo ⁽⁵⁰⁾, aggiunge ancora Paolo ⁽⁵¹⁾.

Sembrirebbe dunque che nella Glossa, secondo una interpretazione sistematica dei testi del Codice e di quelli del Digesto, si possa quantomeno intravedere la possibilità di rintracciare il divieto muliebre di svolgere l'ufficio arbitrale anche in alcune generali espressioni dei giuristi classici ^(51 bis).

E sempre in questa prospettiva ci pare significativo il rinvio ad un passo inserito in D. 7, 1 ⁽⁵²⁾, nel quale Ulpiano precisa la necessità che l'usufruttuario non abusi della cosa ricevuta, ma si serva della medesima rispettandone scrupolosamente la condizione. Pertanto, sembra ragionare la Glossa, come non si può ad esempio far lavorare nei campi e costringere il servo impiegato come scriba a portare cesto e calce o trasformare un attore in un *balneator* o ancora un musicista in un maggiordomo, allo stesso modo la natura della donna ⁽⁵³⁾ impedisce che ad essa si conferisca la funzione arbitrale ⁽⁵⁴⁾.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. nota 20.

⁽⁴⁹⁾ D. 50, 17, 2 *pr.* (Ulp. 1 *ad Sab.*).

⁽⁵⁰⁾ Sul termine *idoneus defensor*, si veda, per tutti, G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II, tomo I, Milano 1963, 318.

⁽⁵¹⁾ D. 3, 3, 54 *pr.* (Paul. 50 *ad edict.*). Si veda pure D. 3, 3, 41 (Paul. 9 *ad edict.*); D. 16, 1, 2, 5 (Ulp. 29 *ad edict.*); D. 49, 5, 1, 1 (Ulp. 29 *ad edict.*).

^(51 bis) Non sono tuttavia escluse altre letture. Si potrebbe pensare, infatti, che le citazioni dei passi giurisprudenziali riguardino soltanto il divieto per le donne di assumere il ruolo di *iudex* o *aliud officium in iudicio*.

⁽⁵²⁾ D. 7, 1, 15, 1 (Ulp. 18 *ad Sab.*): *Mancipiorum quoque usus fructus legato non debet abuti, sed secundum condicionem eorum uti: nam si librarium rus mittat et qualum et calcem portare cogat, histrionem balniatorem faciat, vel de symphonia atriensem, vel de palaestra stercorandis latrinis praeponat, abuti videbitur proprietate.*

⁽⁵³⁾ *Natura* richiamata anche in C. 2, 55 (56), 6.

⁽⁵⁴⁾ Unica eccezione, secondo Glossa *Contemptores, ad l. Sancimus, de receptis* [C. 2, 55 (56), 6], il caso della "iurisdictio" conferita ad alcune donne ("Quid in comitissa Campaniae, & Matildae, quae arbitrantur?") in via consuetudinaria. Una conferma della Glossa si legge, tra gli altri, in Azo, *Lectura super Codicem*, in *Corpus Glossatorum Juris Civilis*, III, Augustae Taurinorum 1966, 159, che scrive di *consuetudo longissima vel longaeva*; BALDUS, *In Primum, Secundum et Tertium Cod. Lib. Commentaria*, Venetiis 1577, 177, ad C. 2, 55 (56), 6; BLANCUS, *Tractatus de compromissis faciendis inter coniunctos: et exceptionibus impediendis litis ingressum*, Venetiis 1585, 56 ss., con altre eccezioni.

6. Odofredo: *mulier non potest esse arbiter* (ma le fonti a sostegno sono diverse).

Un riferimento alla *natura mulieris* e, insieme a questo, una sostanziale condivisione del fatto che alcuni passi giurisprudenziali si prestino ad essere letti insieme alla costituzione giustiniana, contenente il divieto di svolgere l'ufficio arbitrale per le appartenenti al sesso femminile, si possono trovare anche in Odofredo⁽⁵⁵⁾.

Infatti, dopo una affermazione di carattere generale – *mulieres debent se intromittere de his quae natura permisit eis: non autem virilibus officiis debent se intromittere*⁽⁵⁶⁾ –, l'illustre giurista entra nello specifico cercando di esemplificare. A differenza di quanto visto nella Glossa, egli distingue in maniera netta tra l'attività di giudice e quella di arbitro, individuando per ognuna di queste due funzioni una determinata fonte.

Innanzitutto, *mulier non potest esse iudex*, come dimostra il passo ulpiano già visto nel richiamo di Cuiacio⁽⁵⁷⁾ e della Glossa⁽⁵⁸⁾:

D. 5, 1, 12, 2 (Paul. 17 ad edict.): Non autem omnes iudices dari possunt ab his qui iudicis dandi ius habent: quidam enim lege impediuntur ne iudices sint, quidam natura, quidam moribus. natura, ut surdus mutus: et perpetuo furiosus et impubes, quia iudicio carent. lege impeditur, qui senatu motus est. moribus feminae et servi, non quia non habent iudicium, sed quia receptum est, ut civilibus officiis non fungantur.

Item mulier non potest esse arbiter, come prova un noto testo di Papiniano il quale, ponendo a confronto la condizione della femmina rispetto a quella del maschio, definisce la prima *in multis iuris nostri articulis deterior*:

D. 1, 5, 9 (Pap. 31 quaest.): In multis iuris nostri articulis deterior est condicio feminarum quam masculorum.

Orbene, in questa complessiva e indeterminata posizione di inferiorità della *femina*, Odofredo sembra scorgere, sempre all'interno di un'interpretazione di tipo sistematico, anche il divieto della donna di assumere la funzione arbitrale.

⁽⁵⁵⁾ ODOFREDUS, *In primam Codicis partem, Praelectiones*, Lugduni 1552, 125, ad C. 2, 55 (56), 6.

⁽⁵⁶⁾ Al riguardo Odofredo richiama un passo di Ulpiano, già sopra esaminato, D. 50, 17, 2 *pr.* (Ulp. 1 ad Sab.): *Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt et ideo nec iudices esse possunt nec magistratum gerere nec postulare nec pro alio intervenire nec procuratores existere.*

⁽⁵⁷⁾ Cfr. par. 3.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. par. 4.

7. *Bartolo: mulier potest esse arbiter* [una diversa lettura di D. 1, 5, 9 (Pap. 31 *quaest.*)].

Anche Bartolo, dopo aver preso atto del divieto sancito dalla costituzione giustiniana – *mulieres non possunt arbitrium assumere*⁽⁵⁹⁾ –, si chiede, a proposito del testo del Digesto⁽⁶⁰⁾ appena visto secondo cui in molti luoghi la condizione femminile è peggiore rispetto a quella maschile, “numquid mulier possit esse arbitratrix”⁽⁶¹⁾.

Tuttavia, a differenza di Odofredo⁽⁶²⁾, il quale pare leggere nelle parole di Papiniano un tacito rinvio al fatto che la donna non potesse rivestire l'ufficio arbitrale⁽⁶³⁾, Bartolo legge il passo in maniera totalmente opposta. Egli infatti risponde al quesito se la donna possa essere arbitro nel seguente modo: “et videtur dicendum, quod sic, cum non sit prohibitum”⁽⁶⁴⁾.

E a sostegno del fatto che vuole ‘essere permesso’ tutto ciò che ‘non è proibito’, l’insigne maestro cita un passo ulpiano relativo ad una clausola edittale⁽⁶⁵⁾ in tema di *in integrum restitutio* per i maggiori di venticinque anni⁽⁶⁶⁾:

⁽⁵⁹⁾ BARTOLUS A SAXOFERRATO, *In Primam Codicis Partem*, Venetiis 1590, 89, ad C. 2, 55 (56), 6.

⁽⁶⁰⁾ D. 1, 5, 9 (Pap. 31 *quaest.*).

⁽⁶¹⁾ BARTOLUS A SAXOFERRATO, *In Primam Digesti Veteris Partem*, Venetiis 1590, 22, ad D. 1, 5, 9.

⁽⁶²⁾ Sulla lettura di Odofredo, si veda il par. precedente.

⁽⁶³⁾ Così come espressamente documentato nella costituzione di Giustiniano riportata in C. 2, 55 (56), 6.

⁽⁶⁴⁾ BARTOLUS A SAXOFERRATO, *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., 22, ad D. 1, 5, 9, il quale richiama CYNUS PISTORIENSIS, di cui abbiamo visto *In Codicem et aliquot Titulos primi Pandectorum tomi, id est, Digesti Veteris doctissima Commentaria*, Francoforti ad Moenum, 1578, 121, ad C. 2, 55 (56), 6.

⁽⁶⁵⁾ D. 4, 6, 1, 1 (Ulp. 12 *ad edict.*): *Verba autem edicti talia sunt: ‘Si cuius quid de bonis, cum is metus aut sine dolo malo rei publicae causa abesset, in vinculis servitute hostiumque potestate esset: sive cuius actionis eorum cui dies exisse dicitur: item si quis quid usu suum fecisset, aut quod non utendo amisit, consecutus, actione qua solutus ob id, quod dies eius exierit, cum absens non defenderetur, in vinculis esset, secumve agendi potestatem non faceret, aut cum eum invitum in ius vocari non liceret neque defenderetur, cumve magistratus de ea re appellatus esset: sive cui per magistratus sine dolo ipsius actio exempta esse dicitur: earum rerum actionem intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit, item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restituam, quod eius per leges plebis scita senatus consulta edicta decreta principum licebit’.* Cfr. O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, cit., 120 ss.

⁽⁶⁶⁾ O. LENEL, *Palingenesia*, cit., II, 482, colloca il passo nel seguente luogo: *ex quibus causis maiores XXV annis in integrum restituuntur.*

D. 4, 6, 28, 2 (Ulp. 12 ad edict.): ‘Quod eius’ inquit praetor ‘per leges plebis scita senatus consulta edicta decreta principum licebit.’ quae clausula non illud pollicetur restitutum, si leges permittant, sed si leges non prohibeant.

Ma ritorniamo alla *deterior condicio feminarum* di D. 1, 5, 9 (Pap. 31 *quaest.*) e alla considerazione, relativa alla donna arbitro, di Bartolo: “et videtur dicendum, quod sic, cum non sit prohibitum”. Non è facile ricostruire il significato di queste parole. Difficile, almeno così ci sembra, che l’illustre giurista pensasse al divieto giustiniano⁽⁶⁷⁾ e alla vigenza, prima di questo, di una regola opposta.

Tuttavia, certo è che Bartolo, a differenza di quanto riscontrato in Odofredo⁽⁶⁸⁾, non trova in D. 1, 5, 9 (Pap. 31 *quaest.*) compatibilità con il divieto giustiniano in questione. In quest’ottica, ci pare pertanto più probabile che egli si avvallesse del testo di Papiniano⁽⁶⁹⁾ per dimostrare che talune situazioni non sarebbero state soggette alla proibizione del 531⁽⁷⁰⁾. Situazioni che, proprio perché non contemplate dalla legge in maniera esplicita, sarebbero state ‘permesse’.

Sul punto è utile richiamare Paolo di Castro⁽⁷¹⁾ il quale, a proposito di C. 2, 55 (56), 6, si serve, al fine di giustificare alcuni casi in cui “arbitramentum vero bene possunt sumere mulieres”, di espressioni simili a quelle che abbiamo visto impiegate da Bartolo in merito al testo papiniano di D. 1, 5, 9: “quia nec hic, nec alibi hoc prohibetur”.

Dunque, un divieto, quello di Giustiniano, che avrebbe convissuto con eccezioni non espressamente previste dal diritto⁽⁷²⁾. Paolo di Castro pensa alle donne che hanno “regimen idest iurisdictionem, vel imperium”, Bartolo non sappiamo⁽⁷³⁾.

8. Una brevissima ricapitolazione.

Il divieto per le donne di ricoprire l’ufficio arbitrale. Questo il chiaro dettato di una costituzione giustiniana del 531⁽⁷⁴⁾. E nel Digesto, con il suo

⁽⁶⁷⁾ C. 2, 55 (56), 6.

⁽⁶⁸⁾ Par. 5.

⁽⁶⁹⁾ D. 1, 5, 9 (Pap. 31 *quaest.*).

⁽⁷⁰⁾ C. 2, 55 (56), 6.

⁽⁷¹⁾ P. CASTRENSIS, *In Primam Codicis partem Commentaria*, Venetiis 1582, 106, ad C. 2, 55 (56), 6.

⁽⁷²⁾ C. 2, 55 (56), 6.

⁽⁷³⁾ Forse anche Bartolo pensava alla situazione richiamata in Glossa *Contempores*, ad l. *Sancimus, de receptis* [C. 2, 55 (56), 6]. Cfr. nota 54.

⁽⁷⁴⁾ C. 2, 55 (56), 6.

immenso tesoro di frammenti giurisprudenziali, cosa troviamo? Innanzitutto una certezza: in merito alla proibizione nessuna regola viene formulata in maniera esplicita.

Ed è proprio questo 'silenzio' che permette agli antichi interpreti⁽⁷⁵⁾ di avanzare, secondo modelli ermeneutici molto distanti tra loro, diverse e per certi versi opposte esegesi: la donna non può rivestire gli *officia civilia*⁽⁷⁶⁾ e pertanto nemmeno quello di arbitro⁽⁷⁷⁾. La condizione muliebre è peggiore di quella maschile per molti aspetti⁽⁷⁸⁾, tra cui l'impossibilità di ricoprire il ruolo in questione⁽⁷⁹⁾. Le femmine non possono essere giudici, né gerire la magistratura, né chiedere all'autorità giurisdizionale provvedimenti nell'interesse di altri, né infine assumere di questi ultimi la piena rappresentanza processuale⁽⁸⁰⁾, ma possono essere arbitri, pur con alcuni distinguo: solo le ingenue d'irrepreensibile condotta e solo nei confronti dei loro famigliari, dei loro liberti e di altre persone ad esse soggette⁽⁸¹⁾. Dopo il provvedimento del 531⁽⁸²⁾, soltanto gli appartenenti al sesso maschile possono divenire arbitri; prima di Giustiniano, forse, anche le donne⁽⁸³⁾. Le fonti giurisprudenziali classiche non lasciano trasparire alcuna proibizione⁽⁸⁴⁾ e, poiché tutto 'ciò che non è proibito è permesso', esse si prestano a giustificare, secondo una prospettiva 'attualizzante', alcune eccezioni al celebre divieto⁽⁸⁵⁾.

⁽⁷⁵⁾ Sulle opinioni avanzate dalla moderna dottrina, si veda nota 11.

⁽⁷⁶⁾ D. 5, 1, 12, 2 (Paul. 17 *ad edict.*); D. 50, 17, 2 *pr.* (Ulp. 1 *ad Sab.*).

⁽⁷⁷⁾ Sul punto la Glossa richiama anche D. 3, 3, 54 *pr.* (Paul. 50 *ad edict.*) e D. 7, 1, 15, 1 (Ulp. 18 *ad Sab.*).

⁽⁷⁸⁾ D. 1, 5, 9 (Pap. 31 *quaest.*).

⁽⁷⁹⁾ Così ODOFREDUS, *In primam Codicis partem*, cit., 125, *ad C.* 2, 55 (56), 6.

⁽⁸⁰⁾ D. 50, 17, 2 *pr.* (Ulp. 1 *ad Sab.*). J. CUJACIUS, *Observationum et emendationum*, cit., I, 591, cita anche D. 4, 8, 7 *pr.* (Ulp. 13 *ad edict.*).

⁽⁸¹⁾ J. CUJACIUS, *Observationum et emendationum*, cit., I, 591.

⁽⁸²⁾ C. 2, 55 (56), 6.

⁽⁸³⁾ G. NOODT, *Commentarium in D. Justiniani*, cit., 110, che richiama D. 4, 8, 3, 2 (Ulp. 13 *ad edict.*) e D. 50, 16, 195 *pr.* (Ulp. 46 *ad edict.*).

⁽⁸⁴⁾ BARTOLUS A SAXOFERRATO, *In Primam Codicis Partem*, cit., 89, *ad C.* 2, 55 (56), 6. Cfr. anche P. CASTRENSIS, *In Primam Codicis partem*, cit., 106, *ad C.* 2, 55 (56), 6.

⁽⁸⁵⁾ C. 2, 55 (56), 6.

ABSTRACT

The author examines a law of Justinian concerning the prohibition for women to *arbitrium recipere* and some ancient interpreters' thought about earlier rules. Principal texts: C. 2, 55 (56), 6; D. 50, 17, 2 pr. (Ulp. 1 ad Sab.); D. 4, 8, 7 pr. (Ulp. 13 ad edict.); D. 5, 1, 12, 2 (Paul. 17 ad edict.); D. 50, 17, 2 pr. (Ulp. 1 ad Sab.); D. 3, 3, 54 pr. (Paul. 50 ad edict.); D. 1, 5, 9 (Pap. 31 quaest.).

L'autore esamina un provvedimento di Giustiniano riguardante il divieto, per le donne, di *arbitrium recipere* e indaga il pensiero di alcuni antichi interpreti intorno alla disciplina anteriore. Testi principali: C. 2, 55 (56), 6; D. 50, 17, 2 pr. (Ulp. 1 ad Sab.); D. 4, 8, 7 pr. (Ulp. 13 ad edict.); D. 5, 1, 12, 2 (Paul. 17 ad edict.); D. 50, 17, 2 pr. (Ulp. 1 ad Sab.); D. 3, 3, 54 pr. (Paul. 50 ad edict.); D. 1, 5, 9 (Pap. 31 quaest.).

SILVIA SCHIAVO

CAUTIO IUDICATUM SOLVI E PROCURATOR
DEL CONVENUTO IN INST. 4,11

1. Nel corso di una più ampia ricerca dedicata agli editti dei prefetti del pretorio noti attraverso la collezione del *Cod. Bodl. Roe 18*⁽¹⁾ ci siamo imbattuti in un provvedimento attribuito al prefetto Zotico, in tema di garanzie richieste al convenuto, che potrebbe secondo noi guidare nella migliore comprensione di un brano delle *Institutiones Iustiniani* dedicato alle *satisfactiones* processuali. La connessione tra l'editto del prefetto e il testo giustiniano – con particolare riferimento al paragrafo quarto di quest'ultimo – è già stata rilevata da K.E. Zachariae von Lingenthal⁽²⁾, ma non ci sembra essere stata successivamente approfondita.

Nelle pagine che seguono cercheremo di mostrare come l'editto in discorso possa offrire alcuni spunti per l'interpretazione del passo giustiniano, al quale sono state attribuite in letteratura sfumature differenti. A tal fine dovremo esaminare alcuni testi di età classica e postclassica, per ricostruire, seppure senza pretese di completezza, la disciplina relativa alle garanzie processuali richieste nel caso della nomina di un *procurator ad litem*⁽³⁾.

⁽¹⁾ Collezione che com'è noto è stata edita nel 1843: cfr. K.E. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Anecdota*, III, Lipsiae, 1843, p. 265 ss. Per alcuni cenni sulla collezione, cfr. *infra*, par. 3.

⁽²⁾ Cfr. K.E. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Anecdota*, III, cit., p. 271, nota 113.

⁽³⁾ Sul *procurator ad litem* si vedano, fra tutti G. DONATUTI, *Studi sul procurator*, I, *Dell'obbligo di dare la "cautio rem ratam dominum habiturum"*, in *Archivio Giuridico*, LXXXIX, 1923, p. 190 ss.; F. SERRAO, *Il procurator*, Milano, 1947; E. BETTI, *D. 42,1,63. Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, Macerata, 1922, p. 347 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II, *Il processo formulare*, 1, Milano, 1963, p. 329 ss.; B. MECKE, *Die Entwicklung des 'procurator ad litem'*, in *SDHI*, 28, 1962, p. 100 ss.; P. ANGELINI, *Il procurator*, Milano, 1972, p. 175 ss.; G. PROVERA, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, I-II, Torino, 1989, p. 342 ss.; M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², München, 1996, p. 561 s.; M. MICELI, *Studi sulla rappresentanza nel diritto romano*, I, Milano, 2008, p. 219 ss.; da ultimo, v. M.

Ma conviene prendere direttamente le mosse da *Inst.* 4,11⁽⁴⁾, vedendone prima di tutto il *principium* e il primo paragrafo:

Inst. 4,11, *pr.*-1. Satisfationum modus alius antiquitati placuit, alium novitas per usum amplexa est. Olim enim si in rem agebatur, satisfacere possessor compellebatur, ut, si victus nec rem ipsam restitueret nec litis aestimationem, potestas esset petitori aut cum eo agendi aut cum fideiussoribus eius. quae satisfatio appellatur iudicatum solvi: unde autem sic appellatur, facile est intellegere: namque stipulator quis, ut solveretur sibi quod fuerit iudicatum. multo magis is, qui in rem actione conveniebatur, satisfacere cogebatur, si alieno nomine iudicium accipiebat. ipse autem qui in rem agebat, si suo nomine petebat, satisfacere non cogebatur. procurator vero si in rem agebat, satisfacere iubebatur ratam rem dominum habiturum: periculum enim erat, ne iterum dominus de eadem re experiatur. tutores et curatores eodem modo quo et procuratores satisfacere debere verba edicti faciebant. sed aliquando his agentibus satisfatio remittebatur. 1. Haec ita erant, si in rem agebatur. sin vero in personam, ab actoris quidem parte eadem optinebant, quae diximus in actione qua in rem agitur. ab eius vero parte cum quo agitur si quidem alieno nomine aliquis intervenerit, omnimodo satisfaceret, quia nemo defensor in aliena re sine satisfatione idoneus esse creditur. quod si proprio nomine aliquis iudicium accipiebat in personam, iudicatum solvi satisfacere non cogebatur.

Con la frase di apertura, *satisfationum modus alius antiquitati placuit, alium novitas per usum amplexa est*, l'imperatore sottolinea la distanza fra la disciplina più risalente delle *satisfationes* processuali e quella in vigore in età giustiniana, introdotta, dice l'imperatore, *per usum*.

Nel diritto classico⁽⁵⁾ si distingueva tra *actiones in rem* e *actiones in*

MARRONE, *Alieno nomine agere e terzi nel processo romano*, in *Agire per altri. La rappresentanza negoziale processuale amministrativa nella prospettiva storica*, Napoli, 2010, p. 340 ss.

⁽⁴⁾ Sul passo delle Istituzioni imperiali cfr. particolarmente P. COLLINET, *La procédure par libelle*, Paris, 1932, p. 185 ss; p. 189 ss; G. PROVERA, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, cit., p. 348 ss.; F. SITZIA, *De actionibus*, Milano, 1973, p. 78 s.; G. LUCHETTI, *L'usus iudiciorum presso i tribunali costantinopolitani: "legalizzazione" di una prassi (I. 4,11,6-7)*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo*, I, Napoli, 1997, p. 523 ss.

⁽⁵⁾ Per il regime classico, punto di riferimento è Gai 4,89-102. Cfr. G. PROVERA, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, cit., p. 343 ss., il quale sottolinea la sua maggiore complessità rispetto alla descrizione che ne viene fatta nel brano delle *Institutiones* imperiali. Come vedremo nel corso della trattazione, nell'ambito dell'età classica si verificherà comunque una evoluzione che porterà ad importanti modifiche rispetto alla disciplina ricavabile dal manuale gaiano. Sulla struttura del discorso gaiano relativo alla descrizione delle garanzie processuali v. D. MANTOVANI, *Un*

personam. Nel primo caso, era necessario che il convenuto prestasse la *satisfatio iudicatum solvi* in forza della quale, se non restituiva la cosa o non pagava il valore della lite, l'attore poteva agire contro di lui o contro i fideiussori. E ciò valeva, sottolinea Giustiniano, a maggior ragione quando il convenuto accettava il giudizio in nome altrui (*multo magis is, qui in rem actione conveniebatur, satisfacere cogebatur, si alieno nomine iudicium accipiebat*). Per quanto riguarda l'attore, se agiva in nome proprio non era tenuto a prestare alcuna *satisfatio*. Se invece agiva un procuratore, questi avrebbe dovuto dare garanzia del fatto che l'interessato avrebbe approvato la cosa (*satisfatio ratam rem dominum habiturum*): e ciò per evitare il pericolo che il titolare agisse nuovamente per la medesima situazione⁽⁶⁾. C'erano poi i tutori e i curatori, i quali dovevano prestare la medesima cauzione, a parte alcuni casi in cui vi era la *remissio*⁽⁷⁾.

Se in gioco c'erano azioni *in personam*, per l'attore valevano le medesime disposizioni previste per le azioni reali; con riferimento al convenuto, si sarebbe dovuto dare la *cautio iudicatum solvi* solo se si agiva per altri.

La narrazione del regime classico presentata da Giustiniano risulta molto più sintetica rispetto al quadro che ne offre Gaio⁽⁸⁾. In particolare, il più totale silenzio cala, nel racconto giustiniano, sulla figura del *cognitor* e sulle garanzie richieste in caso di nomina di questo rappresentante processuale. Com'è noto, la differenza fra *procurator* e *cognitor* poggiava essenzialmente sulle modalità di costituzione e sugli effetti di essa. Mentre il *cognitor* era nominato dal *dominus litis* con parole solenni rivolte alla controparte presente⁽⁹⁾, la nomina del *procurator* aveva invece luogo, in origine, infor-

esempio dell'efficienza della comunicazione gaiana, in *SDHI*, 51, 1985, p. 349 ss., ora in *Atti del III seminario romanistico gardesano promosso dall'Istituto milanese di diritto romano e storia dei diritti antichi, 22-25 ottobre 1985*, Milano, 1988, p. 391 ss.

⁽⁶⁾ Su questa *satisfatio* cfr. particolarmente G. DONATUTI, *Studi sul procurator*, I, *Dell'obbligo a dare la "cautio rem ratam dominum habiturum"*, in *Archivio Giuridico*, 89, 1923, ora in *Studi di diritto romano*, Milano, 1976, p. 103 ss.

⁽⁷⁾ Relativamente a tale aspetto della disciplina delle garanzie processuali v. R. BONINI, *Note sulla remissione della cautio de rato ai tutori e ai curatori*, in *BIDR*, 71, 1968, p. 175 ss.

⁽⁸⁾ Cfr. G. PROVERA, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, cit., p. 351 s. L'A. nota che manca l'indicazione di quei casi in cui chi era convenuto sulla base di un'azione personale avrebbe dovuto prestare la *cautio iudicatum solvi*: cfr. Gai 4,102. Sul passo gaiano, si veda anche F. LA ROSA, *La struttura della "cautio iudicatum solvi"*, in *Labeo*, II, 1956, p. 161 s. Per un confronto tra il contenuto del passo delle Istituzioni gaiane e di quelle giustinianee, cfr. D. MANTOVANI, *Sull'efficienza della comunicazione gaiana*, cit., p. 406, nota 31.

⁽⁹⁾ Gai 4,83: *Cognitor autem certis verbis in litem coram adversario substituitur. Nam actor ita cognito rem dat: "Quod ego a te-verbi gratia- fundum peto, in eam rem L. titium tibi cognito rem do"; adversarius ita "quod tu a me fundum petis, in eam rem tibi P. Maevium cognito rem do", adversarius ita "quia tu mecum agere vis, in eam rem cognito rem do".*

malmente ed anche in assenza dell'avversario. Ancora, alcuni effetti dell'azione promossa da o contro il *cognitor* si producevano immediatamente nella sfera giuridica del *dominus litis*: così, avvenuta la *litis contestatio*, la lite non avrebbe potuto essere ripetuta né dal *dominus litis* né dal *cognitor* stesso; inoltre, in seguito alla sentenza di condanna l'*actio iudicati* spettava direttamente al *dominus litis* o contro di lui⁽¹⁰⁾. Con riferimento al *procurator*, al contrario, l'effetto preclusivo della *litis contestatio* non impediva al *dominus litis* di ripetere la lite⁽¹¹⁾; per quanto riguarda l'*actio iudicati*, sarebbe spettata, dal lato attivo o passivo, al *procurator*. Conseguentemente, l'avversario avrebbe preteso che il *procurator* attoreo prestasse la *cautio ratam rem dominum habiturum*, con cui prometteva che avrebbe risarcito la controparte nel caso in cui il *dominus litis* avesse riproposto l'azione, o che il *procurator* del convenuto si impegnasse, attraverso la *cautio iudicatum solvi*, a che la sentenza di condanna venisse adempiuta.

È nel corso dell'età classica che le due figure si avvicinano. Il *cognitor* sparisce invece con l'età giustiniana, venendo meno così la menzione di questa figura nei testi della compilazione: è dunque questa la ragione per cui non ce n'è traccia nel brano delle Istituzioni imperiali. Così, fonti che originariamente riguardavano la disciplina del *cognitor* sono dai compilatori riferite al *procurator*⁽¹²⁾. Ciò peraltro non significa, come oramai la dottrina

⁽¹⁰⁾ Anche se questa non doveva essere la disciplina più antica: cfr. particolarmente G. PUGLIESE, *Il processo formulare*, I, cit., p. 346 s.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*², Palermo, 1994, p. 189, nota 122, e Id. *Alieno nomine agere*, cit., p. 335 ss. (con richiamo di ulteriore bibliografia sul problema) in cui si evidenzia che in origine ad essere attivamente e passivamente legittimato all'*actio iudicati* doveva essere il *cognitor* stesso, con la conseguenza che, afferma l'A., "... non deve apparire azzardato supporre che in origine, nelle azioni *in personam*, a dover prestare la *satisfactio iudicatum solvi* fosse, nel ruolo di convenuto, lo stesso *cognitor*". Evidenzia inoltre l'autore (riprendendo dottrina precedente, tra cui F. BONIFACIO, *Studi sul processo formulare romano*, I, *Translatio iudicium*, Napoli, 1956, p. 87 s.; F. LA ROSA, *L'actio iudicati nel diritto romano classico*, Milano, 1963, p. 135 ss.) lo stretto collegamento tra l'obbligo di prestare la *satisfactio* e la legittimazione passiva all'*actio iudicati*. Su questo problema si veda anche G. PUGLIESE, *Il processo formulare*, I, cit., p. 347.

⁽¹¹⁾ Sottolinea M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*², cit., p. 189, nota 124, che nel caso in cui il *procurator* avesse avuto il ruolo di convenuto all'altra parte sarebbe stata preclusa la possibilità di agire nuovamente *de eadem re*. Sulla figura del *cognitor* rinviamo, fra tutti, a C. WIRBEL, *Le cognitor*, Paris, 1911; L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana* (trad. it. di R. Orestano), Milano, 1938, p. 83 s.; A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953, p. 394; G. PROVERA, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, cit., p. 341 s.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*², cit., p. 187 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo formulare*, cit., p. 318 ss.; M. ZABLOCKA, *La costituzione del "cognitor" nel processo romano classico*, in *Index*, 12, 1983-1984, p. 140 ss. Per un confronto fra *cognitor* e *procurator* si veda da ultimo anche M. MARRONE, *Alieno nomine agere*, cit., p. 322 ss.

⁽¹²⁾ Cfr. da ultimo M. MARRONE, *Alieno nomine agere*, cit., p. 321 s.

ha messo pienamente in luce, che la figura del *procurator ad litem* non sia classica⁽¹³⁾.

Ma proseguiamo nella lettura del manuale imperiale, per capire in che cosa consiste la *novitas per usum amplexa*:

Inst. 4,11,2-5. Sed haec hodie aliter observantur. Sive enim quis in rem actione convenitur sive personali suo nomine, nullam satisfactionem propter litis aestimationem dare compellitur, sed pro sua tantum persona, quod iudicio permaneat usque ad terminum litis, vel committitur suae promissioni cum iureiurando, quam iuratoriariam cautionem vocant, vel nudam promissionem vel satisfactionem pro qualitate personae suae dare compellitur. 3. Sin autem per procuratorem lis vel infertur vel suscipitur, in actoris quidem persona, si non mandatum actis insinuatum est vel praesens dominus litis in iudicio procuratoris sui personam confirmaverit, ratam rem dominum habiturum satisfactionem procurator dare compellitur: eodem observando et si tutor vel curator vel aliae tales personae, quae alienarum rerum gubernationem receperunt, litem quibusdam per alium inferunt. 4. Sin vero aliquis convenitur, si quidem praesens procuratorem dare paratus est, potest vel ipse in iudicium venire et sui procuratoris personam per iudicatum solvi satisfactionis sollemnes stipulationes firmare vel extra iudicium satisfactionem exponere, per quam ipse sui procuratoris fideiussor existit pro omnibus iudicatum solvi satisfactionis clausolis. ubi et de hypotheca suarum rerum convenire compellitur, sive in iudicio promiserit sive extra iudicium caverit, ut tam ipse quam heredes eius obligentur: alia insuper cautela vel satisfactione propter personam ipsius exponenda, quod tempore sententiae recitandae in iudicio invenietur, vel si non venerit, omnia dabit fideiussor, quae condemnationi conti-

(13) Il problema della classicità o meno del *procurator ad litem* è stato notevolmente dibattuto in dottrina, in stretta connessione con quello della classicità del *procurator unius rei*. Mentre in passato si tendeva decisamente a negarla, oggi tale posizione è superata, e si è dimostrato ciò che dicevamo nel testo, ossia che gli interventi compilatori sulle fonti non implicano per nulla che quello del *procurator ad litem* sia un istituto giustiniano (cfr. per esempio S. SOLAZZI, *Il procurator ad litem e la guerra al mandato*, in *Atti Napoli*, 58, 1937, ora in *Scritti di diritto romano*, 3, Napoli, 1960, p. 601 ss.; ID., *Il procurator ad litem*, in *Atti Napoli*, 62, 1941, p. 162 ss., seguito da V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Napoli, 1947, p. 12 ss.; A. WATSON, *Contract of mandate in Roman law*, Oxford, 1961, p. 78 ss.; M. KASER-K. HACKL, *Das römisches Zivilprozessrecht*, cit., p. 152 ss; p. 450 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo formulare*, I, cit., p. 318 ss.; S. GIGLIO, *La relatio 19 di Q. Aurelio Simmaco e CTh. 2,1,2,1: una rilettura*, in *RIDA*, 41, 1994, p. 218). Per l'inquadramento della questione, e il richiamo di ulteriore letteratura si veda ora anche M. MICELI, *Studi sulla "rappresentanza" in diritto romano*, I, cit., p. 219 ss.

nentur, nisi fuerit provocatum. 5. Si vero reus praesto ex quacumque causa non fuerit et alius velit defensionem subire, nulla differentia inter actiones in rem vel personales introducenda potest hoc facere, ita tamen ut satisfationem iudicatum solvi pro litis praestet aestimatione. nemo enim secundum veterem regulam, ut iam dictum est, alienae rei sine satisfatione defensor idoneus intellegitur.

La narrazione giustiniana rivela il nuovo sistema delle *satisfationes* processuali, imperniato, per quanto riguarda il convenuto, sulla *cautio iudicio sistendi causa*, a parte i casi che si vedranno: attraverso di essa, il reus garantisce la sua presenza in giudizio sino alla fine del processo⁽¹⁴⁾. La nuova disciplina prevede, in alternativa alla *satisfatio*, una promessa giurata (la *cautio iuratoria*) oppure la *nuda promissio*⁽¹⁵⁾. Con questi strumenti chi era convenuto tanto sulla base di un'azione *in rem* quanto sulla base di un'azione *in personam* garantiva per la propria presenza fino alla conclusione del processo.

⁽¹⁴⁾ Sul punto si vedano anche le osservazioni di G.I. LUZZATTO, *Il problema di origine del processo extra ordinem*, I, Bologna 2004 (rist. ed. 1965), p. 289 ss., il quale sottolinea come nella prospettiva giustiniana sia mutata la funzione delle garanzie processuali: a partire dall'età postclassica è oramai dominante il concetto di 'obbligo di comparizione del convenuto', inquadrato "nella concezione del processo non più come un rapporto privatistico tra le parti, ma come una funzione statutale di carattere pubblicistico"; in questo quadro, si sottolinea che la *cautio iudicio sisti* viene prestata non alla controparte ma al funzionario giudicante o ad un suo subordinato. Cfr. anche A. PALERMO, *Il procedimento cauzionale nel diritto romano*, Milano, 1942, p. 119 ss.

⁽¹⁵⁾ Sulla struttura di questo sistema cfr. fra tutti A. PALERMO, *Il procedimento cauzionale*, cit., p. 119 ss. (con indicazione di letteratura più risalente); M. LEMOSSE, *Cautio iudicio sisti*, in *RHDFE*, 73, 1995, p. 59 ss.; da ultimo, e con altri ragguagli bibliografici, A. TRISCIUOGGIO, *Fideiussio iudicio sistendi causa e idoneità del fideiussore nel diritto giustiniano e nella tradizione romanistica*, Torino, 2009, p. 23 ss. La *cautio iuratoria*, ossia la promessa giurata, veniva prestata quando il convenuto era dotato di un certo patrimonio immobiliare (sui beni immobili presumibilmente attraverso la *cautio iuratoria* si creava un vincolo ipotecario: v. G. BERTOLINI, *Il giuramento nel diritto privato romano*, Roma, 1967 (rist. ed. Torino, 1886), p. 78). In generale, sulla *cautio iuratoria* si vedano A. STEINWENTER, *Studien zum römischen Versäumnisverfahren*, München, 1914, p. 167 ss.; P. COLLINET, *La procédure par libelle*, cit., p. 151 ss.; L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, cit., p. 278; G.G. ARCHI, *Indirizzi e problemi del sistema contrattuale nella legislazione da Costantino a Giustiniano*, in *Scritti di diritto romano in onore di C. Ferrini*, Milano, 1956, ora in *Scritti di diritto romano*, III, Milano, 1981, p. 1822 ss. La *nuda promissio*, non accompagnata da alcun giuramento, era ammessa in talune ipotesi particolari, per esempio, quando erano chiamati in giudizio i membri del clero ai quali era stata interdotta ogni forma di giuramento nelle attività civili (cfr. sul punto A. TRISCIUOGGIO, *Fideiussio iudicio sistendi causa*, cit., p. 24).

Per quanto riguarda l'attore, si precisa nel terzo paragrafo che, qualora la lite venga promossa tramite un *procurator*, allora sarà necessario, se manca l'insinuazione del mandato *apud acta* o la conferma in giudizio da parte del *dominus* presente, che il *procurator* garantisca che l'interessato approverà, attraverso la *satisfatio ratam rem dominum habiturum*. Da ciò si può trarre anche la regola opposta: se il *dominus litis* abbia provveduto ad insinuare *apud acta* il mandato o sia presente, allora non c'è bisogno della prestazione della suddetta *cautio*, non essendoci dubbi sul mandato.

C'è poi la previsione del paragrafo quarto: è preso in considerazione il caso in cui è il convenuto che intende dare un *procurator*. Qui la disciplina, come meglio vedremo proseguendo nel nostro discorso, si distacca notevolmente da quella classica. Nel brano delle Istituzioni imperiali viene infatti evidenziato che, se il convenuto è presente, potrà o *in iudicium venire* e confermare *sui procuratoris personam* attraverso la *cautio iudicatum solvi*, o, in alternativa, potrà, *extra iudicium*, garantire di fungere da fideiussore del suo procuratore *pro omnibus iudicatum solvi satisfationis clausulis*. Due di conseguenza le strade: *in iudicio*, il convenuto in prima persona presterà la *cautio iudicatum solvi* nella forma della *satisfatio*; altrimenti, in caso di nomina *extra iudicium*, sarà il *procurator* a prestarla e il *dominus litis* fungerà da fideiussore per le obbligazioni da essa derivanti. Inoltre, in entrambe le ipotesi il *reus* potrà essere tenuto a fornire garanzia reale⁽¹⁶⁾.

È importante segnalare che la regola relativa alla nomina del *procurator* in giudizio ricalca quella che in età classica si applicava in occasione della nomina del *cognitor*: sappiamo infatti da Gaio che, quando il *reus* si faceva sostituire in giudizio da questo rappresentante processuale, avrebbe dovuto

⁽¹⁶⁾ In *Theoph. Par.* 4,11,4 sono elencate le clausole della *cautio iudicatum solvi* prestata in caso di nomina *extra iudicium* del *procurator*: ... τούτέστιν ὅτι ὁ procurátor αὐτοῦ παραμενεῖ τῷ δικαστηρίῳ καὶ δικάσεται μέχρι τέλους καὶ καταβαλεῖ τὰ κριθήσόμενα... (Trad. lat. ...h.e.: *procuratorem suum in iudicio permansurum et litem usque ad finem perducturum et quod fuerit iudicatum soluturum*). Su questo punto della Parafrasi, v. particolarmente P. COLLINET, *La procédure par libelle*, cit., p. 185 ss., anche in una prospettiva di confronto con *P. Lips.* 38. Per l'interpretazione di Inst. 4,11,4 si vedano soprattutto F. BONIFACIO, s.v. *Cautio iudicatum solvi*, in *NNDI*, III, Torino, 1959, p. 55; G. PROVERA, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, cit., p. 357; M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 452; G. LUCHETTI, *L'usus iudiciorum presso i tribunali costantinopolitani*, cit., p. 527.

Da segnalare è che nella letteratura antica il paragrafo in questione è interpretato in modo diverso. Per esempio, secondo A. VINNIUS, *In quatuor libros institutionum imperialium commentarius*, II, Venetiis, 1747, p. 947, e J.G. HEINECCIUS, *Elementa juris civilis secundum ordinem Institutionum*, Venetiis, 1794, p. 647, la *cautio* avrebbe dovuto essere data dal convenuto in prima persona in entrambe le situazioni; per I. PACIUS, *Analysis Institutionum Imperialium*, Patavii, 1652, p. 664, al contrario sarebbe invece stato il *procurator* in ambo i casi a dover prestare la *satisfatio iudicatum solvi*, dando come fideiussore il *dominus litis*.

prestare la *cautio iudicatum solvi* in prima persona: e ciò perché, come si è detto, l'*actio iudicati* sarebbe stata esperita contro di lui⁽¹⁷⁾.

Seguono poi ulteriori disposizioni legate alla conferma del *procurator* da parte del convenuto: quest'ultimo dovrà infatti garantire la propria presenza in giudizio al momento della lettura della sentenza, e che, se non si presenterà, sarà il fideiussore a dare quanto è stato oggetto della condanna, a meno che non sia proposto appello⁽¹⁸⁾.

Nel quinto paragrafo si prospetta l'ipotesi dell'assenza del mandato: qui nulla sembra cambiato rispetto al diritto classico⁽¹⁹⁾, poiché è disposto che sia lo stesso *procurator* che assume la difesa del convenuto assente a prestare la *cautio iudicatum solvi*. La differenza rispetto al vecchio regime sta nel fatto che non c'è più distinzione fra azioni reali e azioni personali⁽²⁰⁾.

Leggiamo, infine, gli ultimi due paragrafi del brano:

Inst. 4,11, 6-7. Quae omnia apertius et perfectissime a cottidiano iudiciorum usu in ipsis rerum documentis apparent. 7. Quam formam non solum in hac regia urbe, sed et in omnibus nostris provinciis, etsi propter imperitiam aliter forte celebrantur, optinere censemus, cum necesse est omnes provincias caput omnium nostrarum civitatum, id est hanc regiam urbem, eiusque observantiam sequi.

⁽¹⁷⁾ Ciò si ricava da Gai 4,101: *Ab eius vero parte cum quo agitur, siquidem alieno nomine aliquis interveniat, omni modo satisfdari debet, quia nomine alienae rei sine satisfactione defensor idoneus intellegitur. Sed siquidem cum cognitore agatur, dominus satisfacere iubetur; si vero cum procuratore, ipse procurator. Idem et de tutore et de curatore iuris est.* Sul brano gaiano, fra tutti, J. DUQUESNE, *Contribution à l'étude de la cautio iudicatum solvi*, in *Mélanges Gérardin*, Paris, 1907, p. 202; cfr. F. SERRAO, *Il procurator*, cit., p. 84; G. PROVERA, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, cit., p. 347. La differenza, dal punto di vista della prestazione delle garanzie processuali, fra costituzione del *cognitor* e del *procurator* è testimoniata anche da un passo dei *Vaticana Fragmenta*, di incerta paternità: Vat. Frag. 317... *Ad defendendum cognitore constituto dominus, non cognitor actori satisfacere cogendus est; cum vero procurator defensurus intervenit, non dominus, sed procurator iudicatum solvi satisfacere compellitur* (sul quale cfr. *infra*, p. 77).

⁽¹⁸⁾ Sulla disposizione si veda ancora G. LUCHETTI, *L'usus iudiciorum presso i tribunali costantinopolitani*, cit., p. 527.

⁽¹⁹⁾ Che in età classica fosse ammessa l'esistenza di un *procurator* senza mandato si può trarre da Gai 4,84, su cui rimandiamo ora alle osservazioni di M. MICELI, *Studi sulla "rappresentanza" nel diritto romano*, I, cit., soprattutto p. 222 ss.

⁽²⁰⁾ Cfr. sul paragrafo quinto P. COLLINET, *La procédure par libelle*, cit., p. 191 s.; G. PROVERA, *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*, Torino, 1970, p. 116 s. e p. 219; ID., *Lezioni sul processo civile giustiniano*, I, cit. p. 349. Sul problema del rapporto tra mandato e procura, sul quale non è possibile in questa sede soffermarsi, si rimanda alle considerazioni di M. MICELI, *Studi sulla "rappresentanza" nel diritto romano*, I, cit., p. 222 ss.; p. 256 ss.

Secondo una recente interpretazione dei paragrafi sesto e settimo, qui verrebbe anzitutto ribadito quanto era già stato sottolineato nel primo paragrafo, ossia che le nuove regole avrebbero una origine ricollegata all'*usus iudiciorum*: si tratterebbe di norme elaborate nella prassi quotidiana dei tribunali di Costantinopoli⁽²¹⁾, di cui l'imperatore richiamerebbe l'applicazione anche in ambito provinciale.

Questo, a grandi linee, il contenuto del brano delle Istituzioni imperiali, da cui emerge con chiarezza che il regime classico delle garanzie processuali risulta oramai superato da una differente disciplina, nella quale la centralità è attribuita alla *cautio iudicio sistendi causa* con la conseguente riduzione dello spazio riservato alla *cautio iudicatum solvi*, necessaria solo, e con modalità eterogenee, come si è visto, nel caso in cui la difesa del convenuto sia assunta da un *procurator*⁽²²⁾.

Il passo giustiniano ha suscitato riflessioni non concordi presso gli studiosi: oltre che sul generale assetto delle *satisfactiones* processuali, l'attenzione della dottrina è stata dedicata agli aspetti pertinenti alla creazione di nuove regole attraverso l'*usus iudiciorum*, di cui il brano in questione costituirebbe testimonianza.

In particolare, secondo una recente lettura del testo, l'operazione qui compiuta da Giustiniano sarebbe di "legalizzazione" di norme consuetudinarie, che verrebbero recepite attraverso le *Institutiones*, dotate di valore di legge⁽²³⁾. Come si è già accennato, attraverso i paragrafi sesto e settimo, cioè, Giustiniano darebbe vita ad un riconoscimento legislativo di regole affermatesi per altra via, quella dell'*usus iudiciorum*⁽²⁴⁾. Si tratterebbe dunque di

⁽²¹⁾ Cfr. sul punto particolarmente G. LUCHETTI, *L'usus iudiciorum presso i tribunali costantinopolitani*, cit., p. 529, nota 11, il quale, con riferimento all'*usus* delle Istituzioni giustiniane, richiama il tribunale imperiale e i "grandi tribunali centrali della prefettura del pretorio per *Orientem*, che, com'è noto, giudicava *vice sacra* in grado di appello...".

⁽²²⁾ Sulla centralità, nel nuovo sistema, della *cautio iudicio sistendi causa* vedi, da ultimo, A. TRISCIUOGGIO, *Fideiussio iudicio sistendi causa*, cit., p. 19 ss.

⁽²³⁾ Cfr. ancora G. LUCHETTI, *L'usus iudiciorum presso i tribunali costantinopolitani*, cit., p. 528.

⁽²⁴⁾ Sul ruolo della consuetudine in età giustiniana, e sul problema della necessità del suo 'riconoscimento' da parte del diritto ufficiale, v. fra tutti G. LOMBARDI, *Sul titolo "quae sit longa consuetudo" (8,5,52(53)) nel Codice giustiniano*, in *SDHI*, 1952, p. 23 ss.; F. GALLO, *La codificazione giustiniana*, in *Index*, 1986, p. 39 ss. Id., *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto* 2, Torino, 1993, p. 207, nota 1. Parte della dottrina ritiene invece ammissibile, nel diritto giustiniano, la possibilità della *consuetudo praeter legem*: cfr., in particolare, G. SCHERILLO, *Sul valore della consuetudine nella lex Romana Wisigothorum*, in *Riv. Stor. Dir. It*, 1932, p. 463 ss.; ora in *Scritti giuridici*, I, *Studi sulle fonti*, Milano, 1992, p. 178 ss. Si veda inoltre ulteriore letteratura indicata in G. LUCHETTI, *L'usus iudiciorum presso i tribunali costantinopolitani*, cit., p. 533.

una vera e propria riforma operata dall'imperatore, per il tramite delle *Institutiones* ⁽²⁵⁾.

Recentemente, però, è stata espressa una idea differente a proposito del significato del brano delle Istituzioni imperiali. Si è infatti sostenuto, con riferimento in particolare modo al sistema della *fideiussio iudicio sistendi causa*, che Giustiniano avrebbe inteso non tanto dare vita ad una operazione di legalizzazione di una disciplina entrata attraverso l'*usus iudiciorum*, ma, piuttosto, ad una mera conferma della medesima, già legalizzata precedentemente ⁽²⁶⁾.

E in effetti vi sono diverse costituzioni imperiali di età postclassica nelle quali appare già compiuto il cammino che ha portato alla perdita di centralità della *cautio iudicatum solvi* e all'affermazione della *fideiussio iudicio sistendi causa*. Si registrano interventi relativi alla idoneità del *fideiussor* nel quadro della *fideiussio iudicio sistendi causa*, o relativi alle situazioni in cui era possibile ricorrere semplicemente alla *cautio iuratoria* piuttosto che alla *satisdatio*, o addirittura dare solo la *nuda promissio* ⁽²⁷⁾. Lo stesso Giustiniano è autore di alcune costituzioni, cronologicamente più risalenti rispetto al manuale, nelle quali disciplina aspetti di questo sistema cauzionale ⁽²⁸⁾.

⁽²⁵⁾ Così G. LUCHETTI, *L'usus iudiciorum presso i tribunali costantinopolitani*, cit., p. 525: "È in questo contesto che si compie appunto una sorta di "legalizzazione" del nuovo regime, che, come del resto già risulta dal *principium*, si era affermato, in contrapposizione a quello accolto dall'*antiquitas*, "per usum", vale a dire appunto nella prassi giudiziale...". Spunti in tal senso già in R. BONINI, *Introduzione allo studio dell'età giustiniana*², Bologna, 1978, in particolare a p. 53 sul nostro brano e, con una prospettiva più ampia, a p. 86.

Sempre G. LUCHETTI, *op. cit.*, p. 529 s., afferma come il caso di Inst. 4,11,6-7 sarebbe paragonabile ad altre situazioni nelle quali i giustinianeî, senza il riferimento a precedenti interventi normativi, introdurrebbero riforme direttamente attraverso il manuale di istituzioni. Si tratterebbe però di un caso connotato da una certa peculiarità, poiché con esso si attribuisce "pieno riconoscimento legislativo ad un prassi, certo non in linea con il regime classico, ma che appunto era pur sempre già in uso nei tribunali della *regia urbs*, estendendola tuttavia, ed è sotto questo profilo che i passi in esame assumono un interesse particolarmente rilevante, in *omnibus provinciis*".

⁽²⁶⁾ Questa è la prospettiva da cui muove A. TRISCIUOGGIO, *Fideiussio iudicio sistendi causa*, cit., p. 78 s.

⁽²⁷⁾ Per il quadro offerto da queste costituzioni imperiali, a partire da Nov. Val. 35(34),15 cfr. A. TRISCIUOGGIO, *Fideiussio iudicio sistendi causa*, cit., p. 24 ss.

⁽²⁸⁾ In una di queste, risalente al 530, l'imperatore tratta della possibilità per i convenuti che siano dotati di un certo patrimonio immobiliare di garantire la propria presenza in giudizio non tramite la presentazione di *fideiussores* ma attraverso la semplice *cautio iuratoria*, e della disciplina da applicare nel caso di controversie relative alla adeguatezza della garanzia prestata. La costituzione in discorso è C. 1,4,26,11-13, indirizzata al prefetto del pretorio Giuliano. Per un'analisi completa del testo giustiniano rinviamo a A. TRISCIUOGGIO, *Fideiussio iudicio sistendi causa*, cit., p.

Oltre alla legislazione imperiale, testimonianza di una avvenuta evoluzione nel sistema delle garanzie processuali vi è anche in alcuni editti di prefetti del pretorio in tema di *cautio iuratoria* ⁽²⁹⁾, i quali proverebbero, ad un livello normativo diverso, la già avvenuta legalizzazione del 'nuovo' sistema di garanzie processuali ⁽³⁰⁾.

Insomma, le fonti consentono di sostenere che l'assetto delle garanzie del sistema *iudicio sistendi causa*, sommariamente descritto nel brano delle istituzioni imperiali, fosse in realtà già stato oggetto dell'attenzione di imperatori e di prefetti. Con riferimento a questo profilo, parrebbe dunque più corretto aderire all'idea che l'operazione compiuta da Giustiniano in Inst. 4,11 abbia piuttosto valore ricognitivo di regole, nate forse nel contesto dell'*usus iudiciorum* ma già oggetto di precedenti interventi legislativi e dunque di approvazione imperiale ⁽³¹⁾.

Che lo scopo perseguito dall'imperatore sia più che altro quello di confermare norme già vigenti sembra emergere dalle parole impiegate nel paragrafo settimo: *quam formam non solum in hac regia urbe, sed et in*

42 ss., che dà conto anche delle vicende relative alla sua trasmissione. Da ricordare, inoltre, che esso è parte di un più ampio provvedimento giustiniano dedicato alla repressione degli abusi che sovente gli *exsecutores* commettevano a danno dei convenuti. Sul provvedimento nel suo complesso si vedano, fra tutti, U. ZILLETI, *Studi sul processo civile giustiniano*, Milano, 1963, p. 250; sul problema generale cfr. anche L. MIGLIARDI ZINGALE, *L'ekbabistes in età giustiniana tra normazione e prassi: riflessioni in margine a un papiro ossirinchita di recente pubblicazione*, in *Legislazione, cultura giuridica, prassi dell'impero d'Oriente in età giustiniana tra passato e futuro (Atti del Convegno, Modena 21-22 maggio 1998)*, Milano, 2000, p. 241, p. 247 ss. In C. 8,40(41),26, anch'essa indirizza al prefetto del pretorio Giuliano, l'imperatore disciplina le conseguenze che si producono in capo al *fideiussor iudicio sistendi causa* nel caso della mancata comparizione in giudizio del *reus*, e nella quale vengono descritti i possibili contenuti della *fideiussio* in questione: essa poteva venire costruita tramite una stipulazione penale, nell'ambito della quale si prometteva di *tradere reum* oppure il pagamento di una pena pecuniaria. Inoltre, nel 531 viene emanata una ulteriore costituzione, in cui sono anche richiamati *generalia edicta* della prefettura del pretorio, che tratta delle varie formalità relative alla conclusione della fideiussione in discorso (su questi testi, cfr. ancora A. TRISCIUOGGIO, *Fideiussio iudicio sistendi causa*, cit., p. 51 ss.).

⁽²⁹⁾ Cfr. Ed. 28, e 31,1 del prefetto Archealo; e Ed. 33,6 di Basilio o Basilide). Cenni a questi editti in A. TRISCIUOGGIO, *Fideiussio iudicio sistendi causa*, cit., p. 46, nota 86; p. 80, nota 199; p. 85, nota 217.

⁽³⁰⁾ Cfr. particolarmente A. TRISCIUOGGIO, *Fideiussio iudicio sistendi causa*, cit., p. 77 ss.

⁽³¹⁾ Cfr. A. TRISCIUOGGIO, *Fideiussio iudicio sistendi causa*, cit., p. 79: "Insomma, non pochi motivi lasciano credere che, per le *cautiones* qui rilevanti, ci troviamo di fronte ad una di quelle ipotesi in cui le Istituzioni si limitano a fornire un sintetico quadro dogmatico risultante da precedenti (pur non citate) *leges* imperiali, le quali, nell'ambito di una rivisitazione dello sviluppo storico dell'istituto, costituiscono, per riprendere la terminologia impiegata dai compilatori all'inizio di I. 4,11- la *novitas*."

omnibus nostris provinciis, etsi propter imperitiam aliter forte celebrantur... Qui Giustiniano stigmatizza la discontinua applicazione nelle province delle regole in tema di *satisfactiones*, ricollegata all'*imperitia* degli operatori; ciò potrebbe indicare secondo noi che non si tratta di una estensione *ex novo* della suddetta disciplina ma di un tentativo di riportarla all'effettività.

Ma il brano giustiniano è connotato da una certa complessità: se è chiaro, alla luce di quanto abbiamo appena detto, che le garanzie per la presenza in giudizio del convenuto erano state disciplinate nella legislazione imperiale, lo stesso non può dirsi per altre forme di garanzia trattate da Giustiniano, quelle richiamate in relazione alla nomina del *procurator* del convenuto descritte nel paragrafo quarto.

Per questa situazione il discorso che deve essere condotto è diverso. Noi crediamo infatti che le modalità relative alla prestazione della *cautio iudicatum solvi* nel caso di nomina del procuratore da parte del convenuto presente (modalità che, come si è visto poco sopra⁽³²⁾ distinguono tra nomina *in iudicio* e *extra iudicium*) possano essere ricondotte a quell'*usus* di cui lo stesso Giustiniano fa menzione all'inizio del brano delle *Institutiones* (*satisfactionum modus alius antiquitati placuit, alium novitas per usum amplexa est*), piuttosto che al diritto imperiale o giurisprudenziale.

Le regole in forza delle quali il convenuto presente nominava il suo procuratore (*in iudicio* prestando in prima persona la *cautio iudicatum solvi*; *extra iudicium* fungendo da fideiussore per il *procurator*, che in tale caso dava personalmente la *cautio*) non sono in effetti testimoniate, a quanto ne sappiamo, in costituzioni imperiali o brani giurisprudenziali, con l'eccezione di passi sui quali però, come si vedrà, vi sono forti sospetti di interpolazione. Al contrario, vi sono alcuni indizi che possono supportare l'idea che tali applicazioni della *cautio iudicatum solvi* siano ricollegabili proprio all'*usus*, alla consuetudine.

2. Prima di analizzare quali sono gli indizi che ci permettono di sostenere ciò, è opportuno esaminare alcuni testi, brani giurisprudenziali e costituzioni imperiali, connessi al problema delle garanzie da prestare in caso di nomina del procuratore, dai quali nulla sembra emergere circa la fattispecie di cui ci stiamo occupando. Preliminarmente, bisogna però evidenziare un problema che sorge nel condurre un'analisi di tal genere. Come si è detto, nel regime giustiniano della rappresentanza processuale è del tutto scomparsa la figura del *cognitor*, che non viene nemmeno citata nella descrizione della disciplina classica delle *satisfactiones* processuali⁽³³⁾. Questa circostanza ha fatto sì che nella compilazione le costituzioni imperiali e i passi giurisprudenziali relativi

⁽³²⁾ Cfr. *supra*, p. 65.

⁽³³⁾ Cfr. *supra*, p. 61 s.

al *cognitor* siano stati interpolati, e che norme originariamente previste per questa figura siano state così indirizzate al *procurator*⁽³⁴⁾. Ed anche la circostanza che Giustiniano abbia accolto la disciplina delle *cautiones* descritta nel brano delle *Institutiones* imperiali, diversa da quella raccontata nel manuale gaiano, può legittimamente far pensare ad interventi compilatori sui relativi testi.

Con questi avvertimenti, iniziamo dunque la nostra analisi.

a) Il primo passo da prendere in considerazione proviene dal commento ad *edictum provinciale* di Gaio, ed è stato collocato dai compilatori in D. 3,3 *De procuratoribus et defensoribus*:

D. 3,3,46 *pr.*-2 (Gaius libro tertio ad edictum provinciale) Qui proprio nomine iudicium accepisset, si vellet procuratorem dare, in quem actor transferat iudicium, audiri debet sollemniterque pro iudicatum solvi satisfactionem cavere. 1. Ei qui defendit eum, cuius nomine ipse non agat, liberum est vel in unam rem defendere. 2. Qui alium defendit, satisfacere cogitur: nemo enim alienae litis idoneus defensor sine satisfactione intelligitur.

Nel *principium* sembrerebbe proprio essere rispecchiata la norma descritta da Giustiniano nel paragrafo quarto delle sue *Institutiones*, secondo la quale se la nomina del *procurator* veniva fatta da parte del convenuto presente *in iudicio* sarebbe stato quest'ultimo, e non il *procurator*, a prestare la *satisfactio iudicatum solvi*.

Dice infatti il giurista che nel caso in cui un convenuto abbia già accettato il giudizio *proprio nomine* e voglia poi nominare un procuratore, lo potrà fare prestando *sollemniter* la *cautio iudicatum solvi*. Si tratta evidentemente di una situazione in cui il *reus* è presente nel luogo il cui si svolge il processo. Ma l'ipotesi prospettata da Gaio è più complessa di quella del paragrafo quarto delle Istituzioni. Nel brano del Digesto, infatti, siamo in presenza di un caso di *translatio iudicii*⁽³⁵⁾: Gaio tratta della situazione in cui il convenuto, dopo avere accettato il giudizio *proprio nomine*, dà incarico ad un *procurator*⁽³⁶⁾.

⁽³⁴⁾ Cfr. ancora, da ultimo, M. MARRONE, *Alieno nomine agere*, cit., p. 321 s. Rimandiamo inoltre a quanto si è già detto a p. 3 e nota 13.

⁽³⁵⁾ Sulla *translatio iudicii* trattata nel passo di Gaio cfr. particolarmente C. WIRBEL, *Le cognitor*, cit., p. 160; E. BETTI, *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata*, cit., p. 334.

⁽³⁶⁾ L'espressione *translatio iudicii* indica com'è noto l'attività di trasferimento del processo ad altro soggetto dopo la contestazione della lite. In dottrina si individuano tre categorie distinte: la *translatio hereditaria*, la *translatio a filio in patrem* e la *translatio cognitoria* (estesa successivamente anche al *procurator*) che è

Orbene, in tal caso il *dominus litis* è sicuramente *praesens*: si prevede dunque che sia lui personalmente, e non il rappresentante processuale, a prestare la *cautio iudicatum solvi* ⁽³⁷⁾. E ciò risulterebbe appunto in linea con la disciplina delle *Institutiones*.

Ma è assai probabile che il brano sia interpolato dai giustinianeî: la disposizione è in effetti molto diversa rispetto a quella che si legge invece nelle Istituzioni gaiane, sulla base delle quali, come si ricorderà, Giustiniano ricostruisce il regime classico. Per il Gaio del manuale, infatti, sarebbe stato il *procurator* a dover prestare direttamente la *cautio iudicatum solvi*, e non il convenuto stesso. Il caso del *reus* presente nel luogo in cui si celebra il processo che presta direttamente la *cautio iudicatum solvi* farebbe parte invece della disciplina “nuova”, quella che secondo il racconto giustiniano è applicata *hodie*. Numerosi studiosi accostatisi all’analisi del brano gaiano ne hanno sospettato l’autenticità, evidenziando che probabilmente in tale passo Gaio si occupava della figura del *cognitor* ⁽³⁸⁾. Si è visto infatti che in caso di

quella che interessa in questa sede e che poteva avvenire o *a cognitore in dominum* oppure (ed è il caso cui si riferisce il passo di Gaio) *a domino in cognitorem*. Sull’istituto della *translatio iudicii* rimandiamo, fra tutti, a M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozess*, II, Bonn, 1865, p. 451 ss.; E. CUO, *Les institutions juridiques des romains*, II, Paris, 1905, p. 755 ss.; F.L. VON KELLER, *Der römischen Civilprozess und Actionen*, 6, 1883, p. 350 ss.; P. KOSCHAKER, *Translatio iudicii: eine Studie zum römischen Zivilprozess*, Graz, 1905; J. DUQUESNE, *La translatio iudicii dans la procédure civile romaine*, Paris, 1910; L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, cit., p. 17 s.; F. BONIFACIO, *Studi sul processo formulare romano*, cit.

⁽³⁷⁾ Interessante il fatto che i Basilici (B. 8, 2, 46), con riferimento a questo punto del passo gaiano, sottolineano che la *cautio iudicatum solvi* viene presentata *post litem contestatam* (evidentemente ponendo l’accento sul fatto che, di norma, essa deve essere invece presta prima della contestazione della lite). Su questo aspetto si veda *infra*, nota 60.

⁽³⁸⁾ Ancora, l’interpolazione potrebbe emergere anche da un altro aspetto. In questo punto del passo il contesto di riferimento è quello di una *translatio iudicii*: il convenuto già costituitosi personalmente nomina un procuratore nei confronti del quale l’attore dovrà *transferre iudicium*. Orbene, in dottrina è stato da tempo dimostrato che in età classica era possibile solamente la cosiddetta *translatio cognitorea*, che riguardava cioè il *cognitor* — e permetteva o la revoca del *cognitor* da parte del *dominus* dopo la contestazione della lite (*translatio a cognitore in dominum*) oppure la costituzione di un *cognitor* da parte del *dominus* nel corso di un processo (*translatio a domino in cognitorem*) — non il *procurator*. La tarda estensione anche al *procurator* della *translatio cognitorea* avverrebbe in via generale attraverso una costituzione dell’imperatore Costantino, C. 2,12,22: cfr. sul punto P. KOSCHAKER, *Translatio iudicii*, cit., p. 115 s.; C. WIRBEL, *Le cognitor*, cit., p. 155 s.; M. MARRONE, *Dominus litis*, in *Dominus litis*, in *Annali del Seminario giuridico dell’Università di Palermo*, 2009, 53, ora in *Munuscula. Scritti in ricordo di Luigi Amirante*, Napoli, 2010, p. 210 s. Da ricordare che secondo parte della dottrina (v. in particolare G. BROGGINI, *A propos de mutatio iudicii et de translatio iudicii*, in *T.*, 27, 1959, p. 334, nota 82, ora in *Coniectanea. Studi di diritto romano*, Milano, 1966, p. 252, nota 82) anche in età del principato vi sarebbe stata la possibilità della *translatio*

nomina di questo rappresentante processuale il convenuto avrebbe prestato in prima persona la *cautio iudicatum solvi*, almeno nella disciplina più avanzata di cui dà conto Gaio⁽³⁹⁾.

Nel secondo paragrafo del brano gaiano è invece presa in considerazione la circostanza in cui l'assunzione della difesa avvenga in assenza del convenuto: allora sarà il procuratore a dover prestare la *satisfatio iudicatum solvi* (*qui alium defendit, satisfacere cogitur: nemo enim alienae litis idoneus defensor sine satisfactione intelligitur*). L'ipotesi di questa parte del brano sembrerebbe in linea tanto con i principi classici, quanto con quelli giustiniani espressi nel paragrafo quinto del brano delle Istituzioni, quello in cui è trattata l'ipotesi del *procurator* che spontaneamente assume la difesa del convenuto assente (*si vero reus praesto ex quacumque causa non fuerit et alius velit defensionem subire, nulla differentia inter actiones in rem vel personales introducenda potest hoc facere, ita tamen ut satisfationem iudicatum solvi pro litis praestet aestimatione. nemo enim secundum veterem regulam, ut iam dictum est, alienae rei sine satisfactione idoneus intelligitur*)⁽⁴⁰⁾.

b) Si veda ora un brano di Modestino proveniente da D. 46,7 *Iudicatum*

procuratoria, d'accordo con il procuratore e con l'altra parte del giudizio. Sul problema v. anche M. MARRONE, *Alieno nomine agere*, cit., p. 342. Inoltre, F. BONIFACIO, *Studi sul processo formulare*, cit., p. 98 ss. con riferimento particolare a CTh. 2,12,1 dell'imperatore Giuliano (a. 363) e CTh. 2,12,7 degli imperatori Teodosio e Valentiniano (a. 424). L'A. ritiene probabile ma 'caso limite' l'ipotesi prospettata da J. DUQUESNE, *Translatio iudicii*, cit., p. 161 ss. che in età classica fosse possibile l'estensione al *procurator praesentis* della *translatio cognitio* (sulla base del fatto che, come emerge da Vat. Fr. 331 il *procurator praesentis* era parificato al *cognitor* quanto all'*actio iudicati*). Se si accetta questa idea, allora non è sostenibile il profilo della interpolazione in relazione alla *translatio iudicii*.

⁽³⁹⁾ Così, per esempio, si legge in C. WIRBEL, *Le cognitio*, cit., p. 160, nota 5; E. BETTI, *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata*, cit., p. 334; F. SERRAO, *Il procurator*, cit., p. 52, il quale sottolinea che Gaio in questo brano parlava del *cognitor*: "solo così il testo è in accordo con i principi classici: Gai 4,101; Vat. Fr. 317". Si pronuncia invece a favore della genuinità del brano A. WATSON, *The contract of mandate*, cit., p. 58 ss., sostenendo che mentre in Gai 4,101 e Vat. Frag. 317 si esporrebbe un principio generale, nel passo gaiano *ad edictum provinciale* verrebbe trattata una ipotesi particolare, che giustificerebbe la prestazione della *cautio iudicatum solvi* da parte dello stesso *dominus litis*. Osservazioni generali sulla interpolazione da parte dei compilatori dei passi relativi al *cognitor* in M. MICELI, *Studi sulla "rappresentanza" nel diritto romano*, I, cit., p. 222 ss.

⁽⁴⁰⁾ Significativa è, relativamente a questa parte del brano di Gaio, la Glossa, in cui si inserisce qui la parola "*absentem*". Questa parte del passo gaiano si riferirebbe quindi proprio al caso del convenuto assente, caso nel quale la prestazione della *cautio iudicatum solvi* è a carico del *procurator*. Il brano sarebbe così, nella prospettiva giustiniana, allineato anche con il contenuto di Inst. 4,11,5.

solvi, anch'esso fortemente sospettato, sempre in tema di *procurator* del convenuto:

D. 46,7,10 (Modestinus libro quarto pandectarum) Si ad defendendum procurator datus fuerit, satisfacere iubetur iudicatum solvi stipulatione, quae non ab ipso procuratore sed a domino litis interponitur. quod si procurator aliquem defendat, ipse cogitur satisfacere iudicatum solvi stipulatione.

Si afferma all'inizio del passo che in caso di nomina di *procurator ad defendendum* è necessaria la prestazione della *satisfactio iudicatum solvi* da parte del *dominus litis*, e dunque, da parte del convenuto; mentre nella seconda parte si dice che è il *procurator* che *aliquem defendat* a dover prestare la *satisfactio*. L'andamento del passo è enigmatico: la seconda parte parrebbe in contrapposizione con la prima. Alla luce di questo, il brano ha suggerito sospetti di interpolazione⁽⁴¹⁾: nella prima frase Modestino avrebbe espresso una regola relativa alla figura classica del *cognitor*, mentre nella seconda frase il giurista si sarebbe riferito proprio al *procurator*⁽⁴²⁾. Noi aggiungiamo che, anche accettando l'idea dell'alterazione del brano da parte dei giustinianeî, risulta comunque necessario leggere nella seconda parte, almeno nella prospettiva compilatoria, il riferimento al *procurator* del convenuto assente. Con la frase *quod si procurator aliquem defendat, ipse cogitur satisfacere iudicatum solvi stipulatione* si richiamerebbe cioè il caso del procuratore del *reus* assente: solo in tal modo il passo di Modestino diventa "compatibile" con il paragrafo quinto del brano delle Istituzioni imperiali e dunque con la prospettiva giustiniana⁽⁴³⁾.

Ma il brano di Modestino potrebbe anche essere spiegato diversamente, senza il bisogno di ricorrere all'idea della interpolazione, tenendo conto del

⁽⁴¹⁾ Si veda ancora una volta C. WIRBEL, *Le cognitor*, cit., p. 129, nota 4; F. SERRAO, *Il procurator*, cit., p. 63, con richiamo anche di letteratura precedente, e A. WATSON, *The contract of mandate*, cit., p. 59.

⁽⁴²⁾ Cfr., da ultimo, anche M. MARRONE, *Dominus litis*, cit., p. 189, che evidenzia che la prima parte del passo si sarebbe riferita al *cognitor*, la seconda al *procurator*.

⁽⁴³⁾ D'altra parte, si può notare la contrapposizione tra la fattispecie della prima parte del passo, in cui si esplicita che *procurator datus fuerit*, e la seconda parte, in cui parrebbe invece più plausibile l'idea di un'assunzione di una difesa da parte dello stesso *procurator* in assenza del convenuto. Facciamo notare inoltre la simmetria fra il passo di Modestino, quello di Gaio appena esaminato e la costituzione di Diocleziano che leggeremo fra breve. Il superamento della contraddizione attraverso il riferimento, in prospettiva giustiniana, della prima parte del passo al *procurator praesentis* e della seconda al *procurator absentis* si legge già nella Glossa, *ad h.l.* Cfr. sul punto M. MARRONE, *Dominus litis*, cit., p. 189, nota 12.

fatto che durante l'età classica si è verificata una evoluzione nella disciplina relativa al *procurator*, che, in presenza di determinate circostanze, è stato parificato al *cognitor*. In particolare, da un passo attribuito a Papiniano, proveniente dai *Vaticana Fragmenta*, siamo a conoscenza del fatto che all'epoca di questo giurista era avvenuto l'avvicinamento tra *cognitor* e *procurator* dato dal *dominus* presente:

Vat. Frag. 331 (Papinianus libro secundo responsorum) Quoniam praesentis procuratorem pro cognitore placuit haberi, domino causa cognita dabitur et in eum iudicati actio.

Il brano, tratto dai *Responsa* del giurista, testimonierebbe l'oramai avvenuta assimilazione del *praesentis procurator* al *cognitor* (si noti l'uso dell'espressione *placuit haberi*, che denota un già compiuto avvicinamento quando il giurista scrive⁽⁴⁴⁾) con la conseguente attribuzione della possibilità di esercizio dell'*actio iudicati* a favore e contro il *dominus* così come era previsto nel caso del *cognitor*⁽⁴⁵⁾.

Tale equiparazione avrebbe avuto come 'conseguenza implicita' il fatto che la *cautio iudicatum solvi*, in caso di *procurator rei*, doveva essere prestata direttamente dal *dominus litis*, che sarebbe stato poi legittimato passivo all'*actio iudicati*⁽⁴⁶⁾. Nel passo non è detto ma si tratterebbe appunto di un logico effetto derivante dalla suddetta parificazione, avvenuta in epoca classica tra l'età di Gaio (che testimonia come si è visto nelle sue *Institutiones* una situazione differente) e appunto quella di Papiniano.

In questa luce, si potrebbe dunque sostenere che il passo di Modestino, lungi dall'essere interpolato, rispecchia in realtà una evoluzione già avvenuta

⁽⁴⁴⁾ Secondo E. BETTI, *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata*, cit., p. 208, nota 1 e p. 356 s., l'avvicinamento del *procurator praesentis* al *cognitor* potrebbe addirittura essere frutto della riflessione giuliana. Cfr. sul punto anche R. BONINI, *Note sulla remissione della cautio de rato*, cit., p. 160.

⁽⁴⁵⁾ Sul brano si veda particolarmente R. MARTINI, *Il problema della causae cognitio pretoria*, Milano, 1960, p. 109 s. Lo studioso sostiene che la previsione della valutazione discrezionale per la concessione dell'*actio iudicati* al *dominus* avrebbe la funzione di "evitare una equiparazione *sic et simpliciter* di questi al *cognitor*, lasciando al pretore di valutarne di volta in volta l'opportunità". Sul problema, cfr. anche F. BONIFACIO, *Studi sul processo formulare*, cit., p. 82.

⁽⁴⁶⁾ Parla appunto di conseguenza implicita con riferimento alla *cautio iudicatum solvi* prestata dal *dominus litis* G. PROVERA, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, cit., p. 348. Analoghe considerazioni sono svolte da G. PUGLIESE, *Il processo formulare*, I, cit., p. 349, secondo cui è possibile congetturare che "il *procurator praesentis*, in quanto *pro cognitore placuit haberi*, non prestava la *satisdatio*, ma per lui la prestava il *dominus litis* ...".

ed è stato accolto dai giustinianeî in quanto testo in linea con il sistema accolto nelle Istituzioni imperiali⁽⁴⁷⁾.

Di questo però non possiamo essere certi: non si può escludere completamente che nel frammento di Modestino ci si riferisse originariamente al *cognitor*, figura che continua comunque ad esistere nell'età tardoclassica, e che siano stati invece proprio i commissari giustinianeî ad intervenire in tal modo.

c) Un altro testo interessante ai nostri fini è l'unica costituzione del titolo C. 2, 56 (57) *De satisdando*:

C. 2,56 (57),1. Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Non est iuris incerti eum, qui apud acta factus est agentis procurator, non compelli ratam rem dominum habiturum satisdare : hoc enim casu veluti praesentis procuratorem intervenire intelligendum est. 1. Itaque etsi postea mutata voluntate procuratorem esse noluerit, tamen iudicium, quo quasi procurator expertus est, iudex ratum habere debet. 2. Sin autem ei ab adversario opposita fuerit in ipso litis exordio defensionis adlegatio, etiam ipse quasi absentis in hac parte procurator satisdationem super excipienda lite praestare cogitur, qua non praecedente lis quae ei mandata est ulterius procedere non conceditur. 3. Rei autem procurator vel defensor, etiam sub gestorum testificatione factus, in ipso litis limine iudicatum solvi in omnibus causis praestare cogitur. D. VIII K. Nov. CC. cons. (a. 224).

Diocleziano tratta della situazione dell'attore che ha nominato un *procurator* con mandato depositato *apud acta*, affermando che il sostituto processuale, in tal caso, non può venire costretto a dare la *satisdatio ratam rem dominum habiturum*; la ragione che giustifica ciò è che tale *procurator* è

⁽⁴⁷⁾ Problemi simili sono prospettabili per un passo ulpiano: D. 3,3,15 *pr.* (Ulpianus libro octavo ad edictum) *Si defunctus sit dominus ante litem contestatam, iudicatum solvi stipulatione pro suo procuratore data, procurator compellendus est ad iudicium accipiendum: ita tamen si hoc dominus sciente procuratore et non contradicente fecit...* Nel passo è trattato proprio il caso del rappresentato che presta la *cautio iudicatum solvi* in luogo del procuratore: orbene, anche questo brano è considerato per lo più interpolato in dottrina, e sarebbe stato originariamente riferito al *cognitor*: cfr. fra molti O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, Graz, 1960, p. 449, nota 1 e 3; ID. *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, u.A., Aalen, 1956, p. 94 s., nota 3; P. KOSCHAKER, *Translatio iudicii*, cit., p. 42 ss.; p. 84 ss; p. 147, nota 3; F. SERRAO, *Il procurator*, cit., p. 59 s.; F. BONIFACIO, *Studi sul processo formulare*, I, cit., p. 90. Propenso a ritenere genuino il passo è invece S. GIGLIO, *La relatio 19 di Q. Aurelio Simmaco e CTh. 2,1,2,1: una rilettura*, cit., p. 212.

posto sullo stesso piano del sostituto *praesentis*, per il quale come si è visto non sussisteva tale obbligo⁽⁴⁸⁾. Balza immediatamente agli occhi l'affinità della suddetta disciplina con quella di *Inst. 4,11,3*: ...*Sin autem per procuratorem lis vel infertur vel suscipitur in actoris quidem persona, si non mandatum actis insinuatum est vel praesens dominus litis in iudicio procuratoris sui quidem persona confirmaverit...*: parimenti, afferma Diocleziano che in caso di nomina del *procurator* da parte di un attore presente o che ha provveduto all'*insinuatio apud acta* del mandato non è necessaria la prestazione da parte del *procurator* della *satisfatio ratam rem dominum habiturum*.

Colpisce, inoltre, il fatto che Diocleziano definisca questa regola *non iuris incerti*, sottolineandone l'applicazione sicura evidentemente già da tempo. Ed in effetti è risaputo che in età classica anche il *procurator* la cui nomina avveniva attraverso l'insinuazione del mandato *apud acta* è stato parificato al *cognitor*, ed è stato di conseguenza esentato dalla prestazione delle consuete garanzie processuali. Ancora una volta sono i *Vaticana Fragmenta* ad informarci dell'avvenuta evoluzione:

Vat. Frag. 317. *Apud acta facto procuratori haec satisfatio remitti solet; nam cum apud acta non nisi a praesente domino constituatur, cognitore loco intellegendus est. Ad defendendum cognitore constituto dominus, non cognitore actori satisfacere cogendus est; cum vero procurator defensurus intervenit, non dominus, sed procurator iudicatum solvi satisfacere compellitur. Quae satisfatio adeo necessaria est, ut eam remitti non posse, etiamsi apud acta procurator constituatur, divus Severus constituerit....*

Anzitutto il brano, di incerta paternità, ribadisce la regola classica, per cui in caso di nomina del *cognitor* da parte del convenuto è il *dominus litis* a dover prestare la *cautio iudicatum solvi*, mentre se è nominato un *procurator* sarà quest'ultimo a offrirla. Ma la parte che qui più interessa è quella relativa alla nomina del *procurator* dell'attore (nelle righe immediatamente successive si parla invece del *procurator rei*) attraverso l'insinuazione del mandato *apud acta*: viene detto infatti che la *satisfatio rem ratam habiturum solet remitti*. Facciamo notare che nel caso in cui una siffatta nomina riguardi il *procurator* del convenuto non ci può al contrario essere l'esenzione dalla prestazione della corrispondente garanzia, la *cautio iudicatum solvi*: il *divus Severus* avrebbe infatti stabilito che essa doveva essere data in ogni caso, *etiamsi apud acta procurator constituerat*⁽⁴⁹⁾. Orbene, il *principium* della costituzione di

⁽⁴⁸⁾ Sulla costituzione di Diocleziano, con particolare riguardo alla remissione, in questo caso, della *cautio de rato*, cfr. le considerazioni di B. MECKE, *Die Entwicklung des 'procurator ad litem'*, cit., p. 152.

⁽⁴⁹⁾ Su questo profilo, v. G. PUGLIESE, *Il processo formulare*, I, cit., p. 348 s.

Diocleziano è in linea con quanto si legge in questo passo dei *Vaticana Fragmenta* ⁽⁵⁰⁾.

Proseguendo nella lettura del testo di Diocleziano, ci si imbatte in una disposizione che riguarda quanto poteva avvenire durante il giudizio. In primo luogo, si fa l'ipotesi che il *dominus* revochi il mandato al *procurator*: il giudice dovrà comunque dare per buono quanto fatto sino a quel momento, proprio in forza del fatto che, pur non essendo stata prestata la *satisfatio rem ratam habiturum*, l'*insinuatio apud acta* garantiva all'avversario la certezza del mandato ⁽⁵¹⁾. In secondo luogo, Diocleziano affronta il caso della ricon-

⁽⁵⁰⁾ Da ricordare anche che secondo quanto si ricava da un passo di Modestino erano sufficienti delle *epistulae* indirizzate dal *dominus* al proprio avversario per legittimare pienamente il *procurator*, senza bisogno di insinuazione *apud acta* del documento di nomina: D. 3,3,65 (Modestinus libro singulari de heurematicis) *Si procuratorem absentem satisfatione relevare velit, litteras suas ad adversarium derigere debet, quibus significet, quem adversus eum procuratorem et in qua causa fecerit, ratumque se habiturum quod cum eo actum sit: hoc enim casu litteris eius adprobatis velut praesentis procuratorem intervenire intellegendum est. itaque etsi postea mutata voluntate procuratorem esse noluerit, tamen iudicium, quo quasi procurator expertus est, ratum esse debet.* Nel passo (in cui, secondo noi a ragione dato il tenore generale, qualcuno ha proposto la sostituzione di *absentem* in *absens*: v. per esempio B. MACKE, *Die Entwicklung des 'procurator ad litem'*, cit., p. 152) il giurista sottolinea che anche la nomina del *procurator* attraverso lettere che l'attore invia all'avversario permette di considerare il rappresentante processuale sullo stesso piano del *procurator praesentis*, con la conseguenza che questi è sollevato dalla prestazione della *satisfatio*. È sufficiente una dichiarazione del *dominus*, contenuta nella lettera stessa, che ratificherà l'operato del procuratore. Nella parte finale del passo (identica nelle parole al secondo paragrafo di C. 2,56,1) si dice conseguentemente che nel caso in cui, *mutata voluntate*, il *dominus litis* non voglia più quel procuratore, quanto da esso fatto sino a quel momento dovrà essere considerato valido dal giudice. Osservazioni sul passo in F. SERRAO, *Studi sul procurator*, cit., p. 83; G. PROVERA, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, cit., p. 347. Un'ulteriore situazione che esonerava il rappresentante processuale dalla prestazione della *cautio rem ratam habiturum* era quella del procuratore la cui nomina avveniva *libello principi dato*, testimoniata questa volta da un passo di Ulpiano proveniente da D. 46, 8 *Ratam rem haberi et de ratihabitione*: D. 46,8,21 (Ulpianus libro primo opinionum) *Ne satisfatio ratam rem dominum habiturum exigatur in his quae nomine eius ageret, qui eum se fecisse procuratorem libello principi dato professus est, prodest. quod si iudicatum solvi satis ab eo procuratore postuletur, necesse est, ut iuri manifesto pareatur.* Su tutti questi casi, cfr. B. MACKE, *Die Entwicklung des 'procurator ad litem'*, cit., p. 152; G. PROVERA, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, cit., p. 344 ss; R. BONINI, *Note sulla remissione della cautio de rato*, cit., p. 198; G. COPPOLA BISAZZA, *Dallo iussum domini alla contemplatio domini. Contributo allo studio della storia della rappresentanza*, Milano, 2008, p. 201, nota 230.

⁽⁵¹⁾ Queste fonti testimonierebbero cioè che nei casi in cui il mandato al *procurator* non poteva essere messo in discussione, perché connotato da 'certezza', veniva meno l'onere della prestazione delle *satisfationes* processuali. Cfr. sul punto E. BETTI, *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata*, cit., p. 356 ss.; G. PROVERA, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, cit., p. 344 ss. Da segnalare che secondo altri

venzione presentata dal convenuto: *sin autem ei ab adversario opposita fuerit in ipso litis exordio defensionis adlegatio*. Siamo nella situazione in cui le parti sono ribaltate, ed una nuova domanda è presentata dal *reus* che in tal caso riveste il ruolo di attore, rendendo ‘convenuto’ la controparte. In questa situazione sarà richiesta al *procurator* una *satisfatio super excipienda lite*, in mancanza della quale non sarà possibile procedere con il processo per cui originariamente era stato incaricato⁽⁵²⁾. Evidente è la *ratio* della norma: si impone al *procurator* di dare questa garanzia poiché la domanda riconvenzionale allarga i confini della *lis* per la quale vi era stata la sua nomina.

Veniamo ora all’ultima parte della costituzione, che riguarda invece il profilo del *procurator* del convenuto: *rei autem procurator vel defensor, etiam sub gestorum testificatione factus, in ipso litis limine iudicatum solvi in omnibus causis praestare cogitur*. Diocleziano afferma qui che il *procurator rei* (*defensor*) è tenuto, in ogni tipo di causa, a prestare la *cautio iudicatum solvi*, e questo anche nel caso in cui sia *sub gestorum testificatione factus*. Balza subito agli occhi la continuità con il provvedimento del *divus Severus* richiamato nel brano dei *Vaticana Fragmenta*.

La costituzione di Diocleziano è inoltre allineata, anche in relazione a questo profilo, con la disciplina emergente dalle Istituzioni imperiali, secondo cui al *procurator* del convenuto è sempre imposta la *cautio iudicatum solvi*, ad esclusione del caso in cui è nominato *in iudicio* dal convenuto presente⁽⁵³⁾.

d) È ora opportuno esaminare una ulteriore testimonianza della tarda età classica. Anch’essa proviene dai *Vaticana Fragmenta*, ed è una costituzione attribuita all’imperatore Diocleziano. A noi interessa, in questa sede, un punto in particolare, nel quale è ripreso il discorso relativo al *procurator* del *dominus litis* presente:

autori la giustificazione per l’esenzione dalla prestazione della *cautio de rato* non starebbe nella incertezza del mandato, bensì nella analogia fra *cognitor* e tali casi di *procurator*: si vedano, per esempio, G. DONATUTI, *Studi sul procurator*, I, cit., p. 207 ss.; F. SERRAO, *Il procurator*, cit., p. 83 s., coerentemente con l’idea da loro sostenuta secondo cui in età classica il *procurator* non era un mandatario.

⁽⁵²⁾ Su questo aspetto della costituzione diocleziana, trascurato in dottrina, cfr. particolarmente D. GOTHOFREDUS, *Corpus Iuris Civilis*, II, Lugd. Batavorum, 1663, p. 82, e J. BRUNNEMANNUS, *Commentarius in Codicem Justiniani*, II, cit., p. 174.

⁽⁵³⁾ Il brano dei *Vaticana Fragmenta* e la costituzione di Diocleziano prevedono, par di capire, che il *procurator* del convenuto dia la *cautio iudicatum solvi* sia in caso di suo intervento spontaneo, sia nel caso abbia ricevuto mandato (*sub testificatione gestorum factus*) dal *reus*, presumibilmente assente al momento della costituzione in giudizio del procuratore. Ed in effetti, nella letteratura antica, questa ipotesi trattata da Diocleziano viene ricollegata al Inst. 4,11,5, in cui è disciplinato proprio il caso del *reus* che *ex quacumque causa praesto non fuerit*: cfr., per esempio, A. VINNIUS, *In quatuor libros institutionum commentarius*, II, cit., p. 947.

Vat. Frag. 326. Divi Diocletianus et Constantius Aureliae Agemachae ...
 Dominae praesentia si procurator agat vel defendat, satisfatio recte
 non postulatur.

Il frammento appare ai nostri fini interessante perché aggiunge qualcosa al passo di Papiniano visto poco sopra, nel quale si diceva della parificazione tra *procurator praesentis* e *cognitor*⁽⁵⁴⁾. Si afferma infatti che, quando il rappresentato è presente allora non è possibile richiedere la *satisfatio*: con ogni probabilità, ci si riferisce alla *satisfatio rem ratam habiturum* nel caso di procuratore dell'attore, e alla *satisfatio iudicatum solvi* nel caso invece di procuratore del convenuto⁽⁵⁵⁾. Rispetto all'enunciazione di Papiniano, dunque, qui viene fatto un passo in avanti perché vi è un cenno alle conseguenze in tema di garanzie⁽⁵⁶⁾. Non è però esplicitato, nemmeno in questa sede, il fatto che la *cautio iudicatum solvi* avrebbe dovuto qui essere offerta direttamente dal *dominus litis*.

e) Si consideri infine una costituzione di Valentiniano e Valente in materia di *satisfationes*. Essa proviene da CTh. 2,12 *De cognitoribus et procuratoribus*⁽⁵⁷⁾ ed è stata successivamente riportata dai giustinianeî in C. 3,40 *De consortibus eiusdem litis*:

CTh. 2,12,2. Impm. Valentinianus et Valens AA. Commune negotium et quibusdam absentibus agi potest, si praesentes rem ratam dominum habiturum cavere parati sunt vel, si quid ab his petitur, iudicatum solvi satisfatione firmaverint. P(RO)P(OSITA) VI ID. DECEMB. DIVO IOVIANO ET VARRONIANO CONSS. (a. 364)

Nella costituzione è analizzata una ipotesi particolare: quella di un *negotium commune*, che coinvolge più soggetti. Il provvedimento tratta del caso in cui solo alcuni di questi siano presenti nel momento in cui si svolge il processo. Si può ricavare dal testo l'idea che i presenti possono stare in giudizio anche per i *consortes* assenti⁽⁵⁸⁾, prestando la *cautio rem ratam*

⁽⁵⁴⁾ Cfr. *supra*, p. 75.

⁽⁵⁵⁾ Il passo è riferito al solo procuratore attoreo da F. SERRAO, *Il procurator*, cit., p. 83 e p. 145, in cui lo studioso analizza le situazioni nelle quali al procuratore dell'attore non era richiesta la *satisfatio rem ratam habiturum*.

⁽⁵⁶⁾ Sui rapporti tra Vat. Frag. 326 e Vat. Frag. 331, e Vat. Frag. 333 nel quale si tratta il caso opposto, quello del *procurator absentis*, cfr. le considerazioni di F. SERRAO, *Il procurator*, cit., p. 145 s.

⁽⁵⁷⁾ Considerazioni su questo titolo del Codice Teodosiano in S. GIGLIO, *La relatio 19 di Q. Aurelio Simmaco*, cit., p. 227 s.

⁽⁵⁸⁾ Sulla costituzione, cfr. J. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis*, I, Lipsiae, 1736, p. 167 s.

dominum habiturum se agiscono o la *cautio iudicatum solvi* se sono convenuti.

Questo provvedimento riveste un certo interesse ai nostri fini: pur trattando di una fattispecie particolare (quella di un *negotium commune*), ci pare contemplare il principio per cui il *procurator* del convenuto assente (il *consors* nell'ambito del *comune negotium*) è tenuto alla presentazione della *cautio iudicatum solvi*, così come d'altra parte il procuratore dell'attore assente è tenuto a prestare la *cautio rem ratam dominum habiturum*. Saremmo dunque in presenza della regola classica ripresa anche da Giustiniano nel suo manuale a proposito del *procurator* del *reus* assente che decide di assumerne le difese senza mandato (*si vero reus praesto ex quacumque causa non fuerit et alius velit defensionem subire, nulla differentia inter actiones in rem vel personales introducenda potest hoc facere, ita tamen ut satisfationem iudicatum solvi pro litis praestet aestimatione*)⁽⁵⁹⁾.

A tal proposito bisogna sottolineare che, tra le modifiche apportate dai compilatori giustinianeî alla costituzione, vi è la puntualizzazione che la disciplina qui dettata ha come presupposto l'assenza di mandato:

C. 3,40,2. Impp. Valentinianus et Valens AA. Sallustio pp. Commune negotium post litem legitime ordinatam et quibusdam absentibus in solidum agi sine mandato potest, si praesentes rem ratam dominum habiturum cavere parati sunt, vel si, quod ab his petitur, iudicatum solvi satisfationem firmaverint. PP. VI id. Dec. divo Ioviano et Varroniano cons. (a. 364).

Gli interventi giustinianeî sul testo consistono, oltre che nella precisazione in *solidum*, nell'inserimento delle parole *post litem legitime ordinatam*, con le quali viene meglio delimitata temporalmente la fase processuale della costituzione in giudizio delle parti⁽⁶⁰⁾ e nell'aggiunta dell'espressione *sine*

⁽⁵⁹⁾ E che parrebbe ricavarsi anche dal brano di Modestino, poco sopra visto, e dalla costituzione di Diocleziano. Sul paragrafo quinto delle *Institutiones* imperiali cfr. nuovamente G. PROVERA, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, cit., p. 357.

⁽⁶⁰⁾ Si veda, su questo punto, già la letteratura antica, ed in particolare modo J. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, I, cit., p. 168; J. CUJACIUS, *Opera*, VIII, Prati, 1839, c. 728, e in *Opera*, IX, c. 2459, che evidenzia la differenza tra tale momento e quello della *litis contestatio*: si tratta di un momento processuale antecedente la *litis contestatio*, ed è il segmento temporale entro cui vi è l'obbligo delle *satisfationes*. Dopo la contestazione della lite, sottolinea l'Umanista, l'obbligo non sussiste più, con l'eccezione rappresentata dal caso in cui avvenga il trasferimento della lite ad un *procurator*.

L'osservazione fornisce lo spunto per richiamare il passo di Gaio ad *edictum provinciale* esaminato precedentemente, nel quale, come si è detto, è contemplato un caso di trasferimento della lite ad un procuratore: D. 3,3,46 *pr.* (Gaius libro tertio ad *edictum provinciale*). *Qui proprio nomine iudicium accepisset, si vellet procuratorem*

mandato. Per quanto riguarda quest'ultimo aspetto, già J. Gotofredo precisa nel suo commento alla versione teodosiana della costituzione che il mutamento operato dai commissari giustiniani sarebbe stato "additum ad clariorem intellectum" ⁽⁶¹⁾, mostrando quindi di considerare, sostanzialmente, l'originaria previsione di Valentiniano e Valente come già connotata da questo significato.

In definitiva, si può affermare che la costituzione proveniente dal *Codex Theodosianus* tratta di un caso particolare, quello del *consors* nell'ambito di un *negotium commune* che partecipa ad un processo anche per le altre parti, e che è tenuto dunque a presentare le adeguate garanzie ⁽⁶²⁾.

Il testo però si sofferma solo sul problema dell'assunzione della rappresentanza processuale di soggetti assenti. Rimane quindi ancora una volta in ombra il profilo della nomina del *procurator* del convenuto presente in giudizio, e delle conseguenze in tema di *satisfationes*.

Cerchiamo ora di tirare le fila del discorso sin qui condotto.

L'esame di alcune testimonianze di età classica permette di sostenere che

dare, in quem actor transferat iudicium, audiri debet sollemniterque pro iudicatum solvi satisfationem cavere. Nel brano è testimoniata la *translatio iudicii*, con la nomina del *procurator* dopo l'accettazione del giudizio effettuata personalmente dal convenuto. Di conseguenza, qui la *cautio iudicatum solvi* viene prestata (direttamente dal *reus*, fatto questo che ci fa propendere per l'ipotesi della interpolazione del brano) dopo il momento della *litis contestatio*. Questa circostanza è particolarmente evidenziata nel corrispondente passo dei Basilici, nel quale si dice come qui vi sia un caso di prestazione della *cautio iudicatum solvi* dopo la *litis contestatio*: B. 8,2,46.

⁽⁶¹⁾ J. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, I, cit., p. 168

⁽⁶²⁾ La costituzione in questione è riportata anche nella *Consultatio*: Cons. 3,12. Il testo è richiamato – insieme ad un'altra costituzione e ad alcuni passi delle *Pauli Sententiae* – nell'ambito della trattazione di un caso relativo alla rappresentanza processuale di un marito su mandato della moglie (Cons. 3). In particolare, data la soccombenza del marito, il quesito sottoposto al giureconsulto verte sulla possibilità di contestare la predetta sentenza, adducendo il fatto che non vi è stata la *insinuatio* del mandato da parte del *procurator*, né la prestazione, da parte di quest'ultimo, della *cautio rem ratam dominum habiturum*. La risposta del *vetus iurisconsultus* è nel senso della sicura nullità della sentenza pronunciata in un contesto del genere. Dalle parole della *Consultatio* emerge chiaramente la necessità delle garanzie processuali per il *procurator* (si sta qui parlando del procuratore attoreo), che possono essere evitate solo nel caso in cui vi sia stata la *insinuatio apud acta* del mandato (caso che, come si ricorderà, viene posto sullo stesso piano del *procurator praesentis*). Secondo G. ZANON, *Indicazioni di metodo giuridico dalla Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti*, Napoli, 2009, la costituzione di Valentiniano e Valente sarebbe in parziale contraddizione con il ragionamento del *vetus iurisconsultus*, poiché da essa emergerebbe, per la studiosa, un obbligo generale di presentazione della *cautio rem ratam dominum habiturum* o della *satisfatio iudicatum solvi*, a meno che non si consideri il fatto che, trattandosi di una gestione di affari altrui, e dunque di un procuratore che agisce senza mandato, l'obbligo della *cautio* non dovette mai venire meno.

parte del regime relativo alle *satisfactiones* richieste in caso di nomina del *procurator* descritto nelle *Institutiones* giustinianee era già stato oggetto, oltre che di riflessione giurisprudenziale, anche di interventi imperiali. Ciò è particolarmente evidente nel caso delle garanzie che debbono essere prestate in relazione alla nomina del *procurator* attoreo: la *cautio rem ratam dominum habiturum*, che può mancare in determinati casi (nomina del rappresentante processuale da parte del *dominus* presente, mandato che è stato insinuato *apud acta* o che è stato reso noto attraverso lettere inviate all'avversario⁽⁶³⁾).

Diverso è il discorso circa il *procurator* del convenuto, con riguardo alla regola per cui se la nomina viene fatta dal convenuto presente in giudizio allora la *cautio iudicatum solvi* viene prestata da quest'ultimo. Pur trasparando spunti in tal senso dai *Vaticana Fragmenta*, qui la regola non è esplicitamente enunciata⁽⁶⁴⁾. Al contrario, si è visto che il passo di Gaio *ad edictum provinciale* è con ogni probabilità interpolato⁽⁶⁵⁾ mentre quello di Modestino non permette di esprimersi con certezza⁽⁶⁶⁾. Anche la costituzione di Valentiniano e Valente del *Codex Theodosianus*, dedicata come si è visto al problema del *procurator* dell'assente, non getta luce sulla fattispecie di cui ci stiamo occupando.

I testi esaminati potrebbero dunque costituire indizi, seppure "in negativo", del fatto che la regola descritta da Giustiniano nel paragrafo quarto delle *Istituzioni* a proposito della nomina del *procurator* da parte del convenuto presente non fosse stata oggetto, in effetti, di riflessione giurisprudenziale e di legislazione imperiale. Dal quadro emergente dalle testimonianze esaminate risulterebbe plausibile sostenere che non solo l'origine ma anche la successiva elaborazione di questa regola parrebbero essere collegate, più che altro, all'*usus*.

3. Tutto ciò secondo noi potrebbe anche essere provato "in positivo". Vediamo come.

a) Anzitutto, bisogna ricordare che Giustiniano, nel *principium* del passo dedicato alle *satisfactiones*, afferma essere la disciplina nuova, applicata *hodie, amplexa per usum*⁽⁶⁷⁾. Ora, noi crediamo che questa affermazione

⁽⁶³⁾ Si rivedano i testi analizzati *supra*, p. 76 ss.

⁽⁶⁴⁾ Vat. Frag. 331; Vat. Frag. 326.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. le considerazioni svolte *supra*, p. 71 ss.

⁽⁶⁶⁾ V. ancora quanto detto a proposito di D. 46,7,10.

⁽⁶⁷⁾ Questa la prima frase del brano delle *Istituzioni* imperiali: *Satisfactionum modus alius antiquitati placuit, alium novitas per usum amplexa est*. Significativamente, così viene tradotta da E. NARDI, *Istituzioni di diritto romano*, B, *Testi*, 2, Milano, 1982, p. 187: "Un modo di garanzia piacque agli antichi: un altro hanno in pratica adottato i moderni".

dell'imperatore debba essere in qualche modo valorizzata. Anche se si è detto che la *cautio iudicio sistendi causa* cui è dedicata parte del brano in questione risulta essere stata disciplinata nella legislazione imperiale, non si può escludere completamente che il richiamo all'*usus* operato da Giustiniano abbia una portata effettiva. E questa potrebbe scorgersi in relazione alle *satisfationes* per il caso di nomina del procuratore del convenuto presente, descritta nel paragrafo quarto.

Anche nella Parafrasi di Teofilo parrebbe espresso il profilo consuetudinario delle regole descritte nel passo delle Istituzioni:

Theoph. Par. 4,11, 1. Τέως δὲ ἐν προοιμίοις ὀφείλεις εἰδέναι, ὅτι πάλαι μὲν ἕτερος τρόπος ἦν τῶν τοιούτων ἐγγυῶν, ἕτερος δὲ νῦν πολιτεύεται (68).

Teofilo utilizza il verbo *πολιτεύομαι*, che può rimandare all'uso, al fatto che una regola sia di natura consuetudinaria (69).

Si potrebbe immaginare, insomma, che il complesso insieme delle *satisfationes* processuali trattato da Giustiniano in Inst. 4,11 abbia una struttura non del tutto omogenea: da un lato, il sistema della *cautio iudicio sistendi causa* per il convenuto che prendeva parte in prima persona al processo (e che comprendeva anche, in situazioni particolari, la *cautio iuratoria* e la *nuda promissio*); le garanzie richieste in caso di nomina di un procuratore da parte dell'attore che non sia presente o che non abbia provveduto all'*insinuatio*

(68) Trad. lat. *Admonendus es autem ante omnia alium modum eiusmodi satisfationum olim fuisse, alium vero hodie in usu versari.*

(69) Cfr. H.G. LIDDELL- R. SCOTT, *A Greek –English Lexicon*, Oxford, 1968, p. 1434: “to be customary”. Si vedano, per esempio, Nov. 52 *praef.*; Nov. 73,8,2. Diversa è la prospettiva di A. TRISCIUOGGIO, *Fideiussio iudicio sistendi causa*, cit., p. 79, nota 193, secondo il quale invece nel brano di Teofilo sarebbe trascurato il riferimento all'*usus* presente nelle *Institutiones*.

Si può inoltre evidenziare il fatto che proprio nel paragrafo quarto, Giustiniano utilizza l'aggettivo *sollemnes* per connotare le stipulazioni che venivano concluse nell'ambito della *cautio iudicatum solvi*: *sollemnis* ha, tra l'altro, il significato di consuetudinario, entrato nell'uso (cfr. A. ERNOUT-A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire du mots*, Paris, 1959, s.v. *sollemnis*, p. 633). Anche nella parafrasi si può cogliere una sfumatura di tal genere: *Theoph. Par. 4,11,4: Εἰ δὲ τις ἐνάγεται, εἰ μὲν παρῶν ἐτοιμός ἐστι προβάλλεσθαι procurátora, δύναται ἢ αὐτὸς εἰς τὸ δικαστήριον παραγενέσθαι καὶ τοῦ οἰκείου procurátorος τὸ πρόσωπον βεβαιῶσαι τὰς ἐξ ἔθους ἐπερωτήσεις ἐπερωτώμενους τῆς iudicatum solvi, ἃς οἱ τούτην παρέχοντες εἰώθασιν ὁμολογεῖν...* (Trad. lat.: *Sin autem quis convenitur, si quidem praesens procuratorem constituere paratus est, potest ipse in iudicium venire et sui procuratoris personam confirmare, sollemnibus interpositis stipulationibus 'iudicatum solvi', quibus ii, qui ita satisfant, obligari solent...*). Teofilo descrive le stipulazioni connesse con la *cautio iudicatum solvi* richiesta nel caso di nomina del convenuto presente come provenienti ἐξ ἔθους, caratterizzate dunque da un legame con la consuetudine. Sull'espressione ἐξ ἔθους, v. H.G. LIDDELL- R. SCOTT, *A Greek –English Lexicon*, cit., p. 480.

apud acta del mandato; la *cautio iudicatum solvi* che deve essere prestata dal procuratore del convenuto assente. Queste situazioni risultano ampiamente testimoniate nelle fonti, e alla loro disciplina hanno senza dubbio contribuito la riflessione giurisprudenziale e la legislazione imperiale.

Dall'altro lato, il brano giustiniano tratta anche delle modalità con cui deve essere prestata la *cautio iudicatum solvi* nel caso di nomina del *procurator* ad opera del convenuto presente. E tali regole avrebbero una origine ma anche una elaborazione successiva collegate più che altro all'*usus* richiamato dallo stesso imperatore.

b) In questo quadro assume un certo valore una testimonianza che non ci risulta essere stata sin qui attentamente valutata da chi si è occupato del brano delle Istituzioni imperiali relativo alle garanzie processuali.

Si tratta di un editto del prefetto Zotico, l'Ed. XV della collezione bodleiana di cui si è fatta già menzione. La sua utilità risiede nel fatto che esso si occupa proprio del caso, rimasto in ombra nelle fonti sinora richiamate, della *cautio iudicatum solvi* nell'ipotesi della nomina del *procurator* da parte del convenuto presente. Il provvedimento del prefetto appare dunque in diretto collegamento proprio con il paragrafo quarto di Inst. 4,11⁽⁷⁰⁾.

Come si diceva in apertura di questo lavoro, il testo di Zotico proviene dalla raccolta di editti trasmessa attraverso un codice manoscritto della Bodleian Library di Oxford, il *Cod. Bodl. Roe 18*. La raccolta è stata pubblicata da Zachariae von Lingenthal nel terzo volume degli *Anecdota* nel 1843.

Composta da trentatré epitomi di editti di prefetti orientali attivi nel V-VI sec. d.C., essa costituisce un prezioso strumento per l'approfondimento dei problemi connessi al potere normativo del prefetto del pretorio, e dei rapporti intercorrenti con la legislazione imperiale.

Presumibilmente, la collezione è stata confezionata dopo il regno di Tiberio II⁽⁷¹⁾. Ognuna delle epitomi è accompagnata da una rubrica, che ne riassume il contenuto. La collezione è anticipata da un indice che raccoglie tutte le rubriche.

Va ricordato che Zachariae von Lingenthal ha nel medesimo contesto pubblicato l'indice (già edito precedentemente⁽⁷²⁾) di una collezione di editti

⁽⁷⁰⁾ Il collegamento fra questo editto e il contenuto di Inst. 4,11,4 è evidenziato da K.E. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Anecdota*, III, cit., p. 271, nota 113, ma non è stato sottolineato ulteriormente, ci pare, dagli studiosi che si sono occupati dell'argomento.

⁽⁷¹⁾ Questa è l'ipotesi sostenuta da K.E. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Anecdota*, III, cit., p. 263.

⁽⁷²⁾ Dallo stesso K.E. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Delineatio historiae iuris greco-romani*, Heidelberg, 1839, p. 105 ss., che non abbiamo consultato direttamente.

prefettizi, integrali, che doveva essere contenuta nel *Codex Marcianus* 179. I *folia* di questo codice contenenti gli editti sono andati perduti, e ci è stato di conseguenza tramandato solamente l'indice⁽⁷³⁾. Esso presenta una notevole utilità, in certi casi, per la migliore comprensione delle epitomi del *Codex Bodl. Roe* 18.

Le tematiche affrontate nell'ambito della collezione in discorso sono molteplici, e tra di loro spicca senza dubbio quella processualistica, alla quale sono dedicate numerose epitomi⁽⁷⁴⁾. L'editto di Zotico rientra in questo gruppo.

A proposito di Zotico. La collezione bodleiana contiene otto editti di questo prefetto, attivo negli anni 511-512, durante il regno dell'imperatore Anastasio⁽⁷⁵⁾. Si tratta di un numero significativo di testi: Zotico è, insieme ad Archelao, del quale si contano sei editti⁽⁷⁶⁾, il prefetto più rappresentato nell'ambito della raccolta, considerato che i rimanenti diciannove editti sono attribuiti invece a più di dieci diversi prefetti.

Di Zotico ricordiamo che fu mentore e protettore di Giovanni Lido: fu l'artefice della sua rapida carriera e anche del suo matrimonio⁽⁷⁷⁾.

⁽⁷³⁾ Su tutto ciò, rimandiamo essenzialmente a K.E. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Anecdota*, III, cit., p. 257 ss., il quale sottolinea che, al di là di alcune differenze, vi è corrispondenza fra gli editti che erano contenuti nel *Marcianus* 179 e le epitomi pervenute attraverso il *Codex Bodl. Roe* 18 e da lui edite per la prima volta. Sulla collezione del *Codex Marcianus* 179 ed il relativo indice si vedano inoltre F.A. BIENER, *Geschichte der Novellen Justinians*, Berlin, 1824 (rist. an. Aalen, 1970), p. 619; J.-A.-B. MORTREUIL, *Historie du droit byzantin ou du droit romain dans l'empire d'Orient, depuis la mort du Justinien jusqu'à la prise de Constantinople en 1453*, I, Osnabrück, 1966 (rist. an. ed. 1843-1846), p. 46 ss.; P. NOAILLES, *Les collections de Nouvelles de l'empereur Justinien*, I, *La collection greque des 168 Nouvelles*, Paris, 1914, p. 21.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. per esempio Ed. 15 (Zotico); Ed. 17 (Costantino); Ed. 20 (Parnasio); Ed. 21 (Basilio); Ed. 22 (Leonzio); Ed. 27,1 (Archelao); Ed. 28 Archelao; Ed. 30 (Arche-lao); Ed. 31 (Archelao); Ed. 32, cap. 2-4 (Archelao); Ed. 33 cap. 2, 3, 4, 5, 6, 8 (Basilio o Basilde).

⁽⁷⁵⁾ Cfr. J.R. MARTINDALE, *The Prosopography of the Later Roman Empire*, II, cit., p. 1216

⁽⁷⁶⁾ Sul prefetto del pretorio Archelao, v. K.E. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Anecdota*, III, cit. p. 261, nota 30, e J. R. MARTINDALE, *The Prosopography of Later Roman Empire*, II, Cambridge, 1980, p. 133. Bisogna ricordare che alcuni degli editti ricondotti a questo prefetto nella nostra collezione risultano anonimi. È attraverso l'indice del *Codex Marcianus* 179 che è stata resa possibile l'identificazione dell'autore dei provvedimenti.

⁽⁷⁷⁾ Sui rapporti fra Zotico e Giovanni Lido si rinvia, fra tutti, a J.R. MARTINDALE, *The Prosopography of the Later Roman Empire*, II, cit., p. 1216; A.H.M. JONES, *Il tardo impero romano*, II, Milano, 1974, pp. 816 ss.; E. STEIN, *Histoire du bas-empire*, II, Amsterdam, 1968, p. 729 ss.; R. MOROSI, *L'officium del prefetto del pretorio nel VI secolo*, in *Romanobarbarica*, 1977, p. 133; J. CAIMI, *Burocrazia e diritto nel De magistratibus di Giovanni Lido*, Milano, 1984, p. 46 ss.; R.A. KASTER, *Guardians of Language: the grammarian and society in late antiquity*, Berkeley, 1988, p. 306; M.

Per quanto riguarda il contenuto dei provvedimenti attribuiti a questo prefetto presenti nella collezione del *Cod. Bodl. Roe 18*, essi spaziano dal problema degli *agri deserti* e dell'ἐπιβολή⁽⁷⁸⁾, agli editti relativi alla redazione dei documenti⁽⁷⁹⁾ a quelli processuali⁽⁸⁰⁾.

E fra questi ultimi vi è Ed. 15, in materia di *cautiones* processuali. Come è già stato detto precedentemente, la tematica delle *cautiones* è presente in diversi editti della collezione bodleiana: si occupano di esse infatti, oltre a Zotico, anche Archelao (in Ed. 28, 30 e 31) e Basilio, o Basilide (in Ed. 33,4-6). Si trattava evidentemente di problema pratico di una certa importanza, al quale i prefetti avevano rivolto il loro interesse.

Leggiamo dunque l'editto di Zotico, che riportiamo nell'edizione di Zachariae von Lingenthal:

ιέ'. Περὶ ἐξωμοσίας διδομένης ὑπὸ τοῦ αἰτιαθέντος, ζωτικῷ.

Ὁ ἐξωμοσία καταπιστευόμενος ἐντολέα πᾶσι τρόποις προβαλλέσθω κατὰ τὸν νενομισμένον τῆς *IUDICATUM SOLVI* τρόπον γινόμενον καὶ ἐγγυητοῦ διδομένου τῶν δαπανημάτων μέχρι ν' νομισμάτων, εἰ τὴν τῶν ρ' νομισμάτων ποσότητα ἢ αἰτίας ὑπερβαίνου· εἰ δὲ μέχρι τούτων ἐστίν, εἰς ἰβ' νομίματα καὶ μόνον ἐπὶ τοῖς δαπανήμασι διδότην τὸν ἐγγυητήν⁽⁸¹⁾.

Nell'editto si dice che il convenuto che ha prestato l'ἐξωμοσία, ossia la *cautio iuratoria*⁽⁸²⁾, può nominare un procuratore, secondo le modalità della *cautio iudicatum solvi*; è precisato inoltre che deve essere dato un fideiussore per le spese, sulla base del valore della causa⁽⁸³⁾.

MAAS, *John Lydus and the Roman Past: Antiquarianism and Politics in the Age of Justinian*, London, 1992, p. 31; CH. KELLY, *John Lydus and the Eastern Praetorian Praefecture in the sixth century AD*, in *Byzantinische Zeitschrift*, 98/2, 2005, p. 432.

⁽⁷⁸⁾ Quello in materia di ἐπιβολή è Ed. 24, che costituisce l'epitome di Nov. 168. Cfr per tutti K.E. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Anecdota*, III, cit., p. 256 ss.

⁽⁷⁹⁾ Ed. 16; Ed. 26.

⁽⁸⁰⁾ Ed. 10; Ed. 11; Ed. 14; Ed. 15.

⁽⁸¹⁾ Questa la traduzione latina editoriale: *XV. De iuratoria cautione praestita a reo. Zotici. Qui iuratoriam cautionem praestitit, omnino procuratorem facere potest, secundum legitimum modum cautionis iudicatum solvi, et fideiussore dato pro expensis usque ad L aureos, si causa C aureorum quantitatem excedat; sin minor sit, usque ad XII tantum aureos pro expensis fideiussorem praestet* (K.E. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Anecdota*, III, cit., p. 271).

⁽⁸²⁾ Sulla corrispondenza fra il termine ἐξωμοσία e l'espressione *cautio iuratoria* v. anzitutto *Theoph. Par.* 4,11,2. Osservazioni in A. TRISCIUOGGIO, *Fideiussio iudicio sistendi causa*, cit., p. 23, nota 10.

⁽⁸³⁾ Su questo aspetto dell'editto, v. L. DI SEGNI- J. PATRICH- K.G. HOLM, A

Osserviamo subito che la rubrica dell'epitome (Περὶ ἐξωμοσίας διδομένης ὑπὸ τοῦ αἰτιαθέντος) appare fuorviante rispetto al suo contenuto, non del tutto aderente. Dalla sua lettura il provvedimento parrebbe infatti incentrato sulla disciplina della ἐξωμοσία, ossia della *cautio iuratoria* che, come si è visto⁽⁸⁴⁾, è uno degli strumenti integranti il sistema delle garanzie *iudicio sistendi causa*, con cui il convenuto assicurava la propria presenza durante il giudizio attraverso una promessa giurata.

In realtà, a noi sembra che l'editto di Zotico si soffermi su un aspetto differente, cioè sul problema della nomina di un *procurator* da parte del convenuto che ha già prestato la *cautio iuratoria*. Più pertinente appare la rubrica che accompagnava l'editto di Zotico nel *Codex Marcianus* 179⁽⁸⁵⁾: ὅτι ἐξωμοσια καταπιστευόμενος ἀναγκάζεται προβάλλεσθαι ἐντολέα, παρασχεῖν δέ, καὶ ἀμφοτέρων κεφαλαίων⁽⁸⁶⁾, dove si sottolinea proprio tale circostanza.

In effetti, nel provvedimento in questione si mette a fuoco la situazione in cui il convenuto, intenzionato a presenziare personalmente al processo, ha prestato la *cautio iuratoria*, ma si vede poi costretto a nominare un procuratore. Si trattava evidentemente di un convenuto in una situazione privilegiata: per esempio, perché proprietario di beni immobili, circostanza che, come si è visto, rendeva superflua la presentazione di *fideiussores*⁽⁸⁷⁾. Orbene, successivamente il convenuto è costretto a nominare un procuratore, che prenda parte al processo al suo posto: l'editto di Zotico descrive con quali modalità può avvenire la nomina di questo *procurator*, ed in particolare specifica che essa avviene con la prestazione della *cautio iudicatum solvi*⁽⁸⁸⁾.

Schedule of Fees (sportulae) for Official Services from Caesarea Maritima, Israel, in *ZPE*, 145, 2003, p. 287.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. *supra*, p. 64.

⁽⁸⁵⁾ Qui l'editto aveva il numero XII. Cfr. K.E. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Anecdota*, III, cit., p. 259.

⁽⁸⁶⁾ Trad. lat. (Zachariae von Lingenthal, p. 259): *Quod, qui iuratoriam cautionem praestitit, cogitur constituere procuratorem, dare autem, et duorum capitum.*

⁽⁸⁷⁾ Cfr. *supra*, nota 16. Come si è visto, infatti, i proprietari di idonei beni immobili erano esentati dall'obbligo della *satisdatio* e quindi dalla necessità di cercare fideiussori e potevano limitarsi a presentare una promessa giurata. Cfr. particolarmente il quadro di sintesi offerto da A. TRISCIUOGGIO, *Fideiussio iudicio sistendi causa*, cit., p. 76 ss.

⁽⁸⁸⁾ Con ogni probabilità, il problema pratico di cui Zotico tratta nel suo editto è quello delle conseguenze che potevano discendere in capo a chi, prestata la *cautio iuratoria* con l'intenzione di presentarsi personalmente in giudizio, non poteva poi farlo. In età giustiniana si registrano alcuni interventi volti a sanzionare il *reus* che, pur avendo prestato la promessa giurata, non compariva in giudizio. Si tratta precipuamente di Nov. 53, 4, sui cui si veda ora A. TRISCIUOGGIO, *Fideiussio iudicio sistendi causa*, cit., p. 72 s.

La rubrica del *Codex Marcianus* 179, in definitiva, sintetizza con maggiore efficacia il contenuto dell'editto, soprattutto laddove precisa che il convenuto, che presta la *cautio iuratoria*, ἀναγκάζεται προβάλλεσθαι ἐντολέα, παρασχῆν δέ..., è costretto poi a nominare un procuratore.

Risulta dunque particolarmente chiara l'affinità fra il contenuto dell'editto del prefetto Zotico e il paragrafo quarto di Inst. 4,11:

Inst. 4,11,4. Sin vero aliquis convenitur, si quidem praesens procuratorem dare paratus est, potest vel ipse in iudicium venire et sui procuratoris personam per iudicatum solvi satisfactionis sollemnes stipulationes firmare vel extra iudicium satisfactionem exponere, per quam ipse sui procuratoris fideiussor existit pro omnibus iudicatum solvi satisfactionis clausolis. ubi et de hypotheca suarum rerum convenire compellitur, sive in iudicio promiserit sive extra iudicium caverit, ut tam ipse quam heredes eius obligentur: alia insuper cautela vel satisfactione propter personam ipsius exponenda, quod tempore sententiae recitandae in iudicio invenietur, vel si non venerit, omnia dabit fideiussor, quae condemnationi continentur, nisi fuerit provocatum.

Si era evidenziato che nel paragrafo in oggetto, nel quadro della sintetica esposizione giustiniana del nuovo sistema delle *satisfactiones* processuali, è preso in considerazione il caso in cui il convenuto presente si predispone alla nomina di un procuratore. Come si è già visto, tale nomina può avvenire con modalità diverse: o il convenuto si reca in giudizio dove presterà personalmente la *cautio iudicatum solvi*; oppure avverrà *extra iudicium*, ed in tal caso la *cautio iudicatum solvi* sarà data direttamente dal procuratore, mentre il *dominus litis* fungerà da fideiussore *pro omnibus iudicatum solvi satisfactionis clausolis*. Seguono poi ulteriori disposizioni, per le quali rinviamo all'analisi già fatta⁽⁸⁹⁾.

L'ipotesi del convenuto *praesens* è molto vicina a quella di cui tratta Zotico nell'epitome in discorso. Molto vicina anche se non identica: nell'editto, infatti, se la nostra lettura è plausibile, il *reus* si è già predisposto a presenziare in prima persona, e ha dunque già prestato la *cautio iuratoria*: nel brano del manuale giustiniano, invece, è trattata subito la situazione in cui il convenuto sceglie di non presenziare personalmente.

Diverse le osservazioni che scaturiscono dal confronto fra i due testi.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. *supra*, par. 1. Per la discussione circa questo punto del brano del manuale istituzionale, si vedano particolarmente P. COLLINET, *La procédure par libelle*, cit., p. 189 ss.; G. PROVERA, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, cit., p. 357; M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 452; G. LUCHETTI, *L'usus iudiciorum presso i tribunali costantinopolitani*, cit., p. 527

In primo luogo, l'editto di Zotico può essere affiancato agli altri editti (quelli di Archelao⁽⁹⁰⁾, oltre che al paragrafo sesto dell'editto di Basilio o Basilide⁽⁹¹⁾) che provano, ad un livello normativo diverso rispetto a quello della legislazione imperiale, la diffusione del sistema di garanzie *iudicio sistendi causa*. La *cautio iuratoria* menzionata nell'editto appare infatti come il normale mezzo di garanzia imposto al convenuto che evidentemente poteva accedere ad essa perché dotato di un adeguato patrimonio immobiliare: e ciò potrebbe essere letto nel senso di una ulteriore prova della già avvenuta legalizzazione di questi strumenti di garanzia processuale, che Giustiniano si limiterebbe dunque a confermare nel suo manuale⁽⁹²⁾.

Ma, come si è già detto, il contenuto della nostra epitome è più complesso, proprio perché si prende qui in considerazione anche il problema delle garanzie che debbono essere fornite in caso di nomina del procuratore da parte del convenuto presente.

E con riferimento a questo aspetto si incontra nell'editto l'espressione *κατὰ τὸν νενομισμένον τῆς IUDICATUM SOLVI τρόπον γινόμενον*, che Zachariae von Lingenthal traduce così in latino: ... *secundum legitimum modum cautionis iudicatum solvi*⁽⁹³⁾.

Tali parole potrebbero fornire un ulteriore indizio del fatto che la pretesa "legalizzazione" operata da Giustiniano nell'ambito del manuale istituzionale fosse già avvenuta e anche considerata scontata da parte dell'autore dell'editto. La prestazione della *cautio iudicatum solvi* nel caso di specie costituiva un *νενομισμένον τρόπον γινόμενον* ai fini della nomina del rappresentante processuale: il modo legittimo della *cautio iudicatum solvi*.

Ma l'espressione può anche condurre a conclusioni ulteriori. Questa modalità potrebbe essere divenuta legittima, infatti, perché entrata nell'uso. L'espressione potrebbe infatti anche tradursi "secondo il

⁽⁹⁰⁾ Ed. 28,1; 31.

⁽⁹¹⁾ Ed. 33,6.

⁽⁹²⁾ Rimandiamo alle osservazioni espresse *supra*, p. 67 s., nonché alle conclusioni di A. TRISCIUOGGIO, *Fideiussio iudicio sistendi causa*, cit., p. 78 s. Come osserva l'autore, questo è significativo anche per il fatto che gli editti dei prefetti del pretorio, fonti normative di livello inferiore rispetto alle costituzioni imperiali, ne rappresentano "regolamenti attuativi oppure interpretativi": si vedano, fra tutti, D. FEISSEL, *L'ordonnance du préfet Dionysios inscrite à Mylasa en Carie (1^{er} août 480)*, in *Travaux et Mémoires*, XII, Paris, 1994, p. 263 ss.; F. ARCARIA, *Sul potere normativo del prefetto del pretorio*, in *SDHI*, 63, 1997, p. 339; L. DI SEGNI- J. PATRICH- K.G. HOLUM, *A Schedule of Fees*, cit., p. 279.

⁽⁹³⁾ Cfr. K.E. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Anecdota*, III, cit., p. 271.

modo in uso della *cautio iudicatum solvi*”, giusta il significato che sovente può essere ricondotto al verbo νομίζω⁽⁹⁴⁾. Se così fosse, Zotico affermerebbe che il meccanismo attraverso cui il convenuto poteva dare un procuratore era applicato per via consuetudinaria, connotandolo come νενομισμένον τρόπον.

Verosimile sarebbe dunque l’idea che quella regola, considerata implicita per alcuni studiosi dopo l’avvicinamento del *procurator praesentis* al *cognitor* di cui vi è traccia nelle fonti tardoclassiche⁽⁹⁵⁾, si era formata per via consuetudinaria e che negli anni in cui opera il prefetto Zotico⁽⁹⁶⁾ era ancora percepita con tale connotazione.

In definitiva, il brano giustiniano di Inst. 4,11 richiamerebbe, descrivendo il regime *hodie* vigente delle *satisfactiones* processuali, norme per così dire miste. Alcune di loro – quelle relative al sistema delle garanzie *iudicio sistendi causa*- forse entrate nell’*usus iudiciorum* ma già oggetto di numerosi interventi imperiali che ne hanno progressivamente plasmato la disciplina; altre di fattura puramente consuetudinaria, come quella per cui il convenuto presente in giudizio è tenuto a prestare la *cautio iudicatum solvi* quando nomina il suo *procurator*⁽⁹⁷⁾.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. H. STEPHANUS, *Thesaurus Graecae Linguae*, VI, Graz, 1954, s.v. νομίζω, c. 1543: “... dicitur enim aliquid νομίζεσθαι pro moris esse, in more positum esse, solemne esse”; “...quoque τὸν νομίζόμενον dicitur quod in more est positum, usu est receptum..” Si veda, inoltre, l’utilizzo del termine nell’ambito delle Novelle giustiniane: per es., Nov. 25,2: κατὰ τὸ νενομισμένον (trad. lat. Schoell-Kroll: *...more solito...*); Nov. 30,5: νενομισμένον ὄν... (trad. lat. Schoell-Kroll: *...more solito...*); Nov. 60 *epil.* e Nov. 61 *epil.*: κατὰ τὸν νενομισμένον τρόπον (trad. lat. Schoell-Kroll: *...more solito...*); Nov. 163,2: κατὰ τὸ εἰωθὸς τε νενομισμένον (trad. lat. Schoell-Kroll: *consueto et solito more*).

⁽⁹⁵⁾ Si veda particolarmente Vat. Frag. 331.

⁽⁹⁶⁾ Cioè gli anni 511-512. (cfr. p. 86).

⁽⁹⁷⁾ Come abbiamo già accennato, c’è un ultimo aspetto affrontato dall’editto di Zotico a cui vale la pena dedicare qualche riflessione, anche se non è questa la sede opportuna per un approfondimento del problema. Il prefetto, oltre all’obbligo della *cautio iudicatum solvi*, ricorda che deve essere dato un fideiussore per le spese, proporzionalmente al valore della lite: ... καὶ ἐγγυητοῦ διδομένου τῶν δαπανημάτων μέχρι ν’ νομισμάτων, εἰ τὴν τῶν ρ’ νομισμάτων ποσότητα ἢ αἰτίαςις ὑπερβαῖνοι: εἰ δὲ μέχρι τούτων ἔστιν, εἰς ἰβ’ νομίσματα καὶ μόνον ἐπὶ τοῖς δαπανήμασι δίδωτω τὸν ἐγγυητήν (per alcuni cenni a questo aspetto dell’editto di Zotico, cfr. L. DI SEGNI- J. PATRICH- K.G. HOLM, *A Schedule of Fees*, cit., p. 287, nota 45). Data la costruzione del testo, ci parrebbe di poter sostenere che l’obbligo di dare un fideiussore per le spese grava sul convenuto. Non essendoci elementi nell’epitome che possano far pensare ad una condanna al rimborso delle spese legata alla temerarietà delle parti processuali, si potrebbe forse ipotizzare che l’epitome di Zotico rispecchi l’avvenuta evoluzione della condanna alle spese processuali frutto di una legge dell’imperatore Zenone restituita ad opera di Cuiacio dai Basilici: C. 7,51,5

ABSTRACT

The essay deals with Inst. 4,11,4, concerning *cautio iudicatum solvi* for appointing *procurator rei*. The author thinks the regulation Justinian describes in the text has a customary character. Evidence for this idea could be found in Ed. 15 by Zoticus.

Principal texts: Inst. 4,11; D. 3,3,46 pr.-2; D. 46,7,10; Vat. Frag. 331; C. 2,56,1; Vat. Frag. 317; Vat. Frag. 326; CTh. 2,12,2; Theoph. Par. 4,11; Ed. praef. praet. 15.

Nell'articolo si tratta di Inst. 4,11,4, testo relativo alla *cautio iudicatum solvi* in caso di nomina del *procurator rei*. Si ipotizza la natura ricollegata all'*usus* di questa disciplina, portando a prova di ciò Ed. 15 del prefetto del pretorio Zotico.

Testi principali: Inst. 4,11; D. 3,3,46 pr.-2; D. 46,7,10; Vat. Frag. 331; C. 2,56,1; Vat. Frag. 317; Vat. Frag. 326; CTh. 2,12,2; Theoph. Par. 4,11; Ed. praef. praet. 15.

del 487. Tale legge, secondo l'autorevole opinione di Chioyenda, conterrebbe il principio assoluto nella condanna alle spese della parte processuale soccombente, attore o convenuto che fosse, superando i limiti della precedente disciplina, secondo cui la condanna al rimborso delle spese sarebbe stata legata alla temerarietà, prima del solo attore e poi anche del convenuto. Il provvedimento di Zenone avrebbe inoltre imposto ai giudici di pronunciarsi condannando al pagamento delle spese direttamente nella sentenza, a differenza di quanto accadeva nel regime più risalente (su tutto ciò, v. G. CHIOYENDA, *La condanna nelle spese giudiziali*, Roma, 1935, p. 48 ss.; si veda inoltre F. NEGRO, *La cauzione per le spese. Sviluppo storico*, Padova, 1954, p. 78 ss. Bisogna osservare che si registrano in letteratura anche voci contrarie all'idea che il diritto romano abbia conosciuto la condanna al rimborso delle spese di lite legata al dato oggettivo della mera soccombenza; in particolare questa idea è espressa recentemente da F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo I. Presupposti storici*, Padova, 2000, p. 157 ss. Ancora, ultimamente è stato osservato che il diritto romano avrebbe invece applicato l'idea della condanna alle spese condizionata alla mera soccombenza, ma non a partire dalla suddetta legge di Zenone, bensì solo dall'età giustiniana: così R. FERCIA, *La compensazione delle spese di lite nella procedura per libellos*, in *Studi in onore di R. Martini*, I, Milano, 2008, p. 1101 s. e nota 15).

Se così fosse, l'editto di Zotico rivestirebbe un certo interesse, dato che nelle costituzioni postclassiche e giustinianee non ci sono tracce di *cautiones* imposte al convenuto per garantire all'attore il pagamento delle spese processuali. Al contrario, si registrano diversi interventi relativi alle garanzie che l'attore doveva dare al convenuto in relazione a questo problema. Si pensi per esempio a Nov. 53,1 nella quale è disposto che se l'attore, dopo avere fissato un termine di comparizione per il convenuto non si fosse presentato in giudizio, il *reus*, quantificate le spese sostenute con giuramento, avrebbe potuto ottenere una sentenza di condanna dell'attore per le spese (su questo capitolo di Nov. 53 si veda da ultimo A. TRISCIUOGGIO, *Fideiussio iudicio sistendi causa*, cit., p. 43 ss.; Id., "...perché gli attori imparino a non giocare con la vita altrui...". A proposito di Nov. Iust. 53. 1-4, in *Principi generali e tecniche operative del processo civile romano nei secoli IV-VI*, a cura di S. Puliatti e U. Agnati, Parma, 2010), o a Nov. 96, 1, in cui si impone all'attore di dare apposita cauzione al convenuto di contestare la lite entro due mesi o altrimenti di rimborsargli il doppio delle spese sopportate; e Nov. 112,2, in cui si disciplina in maniera più sistematica tale garanzia per il convenuto (su queste Novelle cfr. per tutti G. CHIOYENDA, *La condanna alle spese giudiziali*, cit., p. 69 ss. e recentemente R. FERCIA, *Intentiones exercere. Problemi e prospettive in Nov. 112*, in *SDHI*, 2008, 74, p. 170 ss., ove altra bibliografia).

ENRICO MAESTRI

LIBERAZIONE ANIMALE E FATTORIE UMANE.
ARGOMENTI CONTRO L'ANTI-SPECISMO DI PETER SINGER

1. *Premessa* – Lo scopo di questa riflessione è quello di dimostrare che le strategie filosofiche per trascendere il significato morale della vita umana fisica finiscono per giustificare forme di discriminazione di tipo *intraspecifico* cioè fra gli stessi esseri umani e di tipo *interspecifico* cioè di assoluto e scellerato dominio dell'uomo nei confronti delle altre specie viventi e dell'ecosistema, in cui egli vive prima di tutto come organismo biologico e non come persona. La tesi radicale, secondo la quale è moralmente irrilevante ritenere l'essere umano una entità biologica, comporta il pericolo, denunciato da Hans Jonas, che l'uomo non sia più in grado di garantire le condizioni di sopravvivenza del pianeta e, quindi, delle generazioni future⁽¹⁾.

Dopo aver brevemente messo in evidenza le due strategie filosofiche – la prima religiosa e la seconda secolare – elaborate per *decondizionare* la persona umana rispetto al corpo che la incarna, fisserò la mia attenzione su una terza strategia di *trascendimento* della vita umana elaborata dal filosofo animalista Peter Singer nei suoi scritti.

2. *Umanesimo trascendentale* – Una prima strategia per decondizionare l'uomo da un punto di vista biologico è quello di affermarne la sua discendenza divina. Nella riflessione teologica la dignità umana deriva da Dio.

Il disconoscimento, infatti, della distinzione essenziale tra uomo e animale implica la negazione del “carattere della persona umana come creatura ad immagine di Dio, e perciò il fondamento metafisico e religioso della dignità umana”⁽²⁾. Il carattere assoluto, non negoziabile, della dignità umana deriva dalla vocazione personale a realizzare il principio di trascendenza: “la

⁽¹⁾ H. JONAS, *Il principio responsabilità*, Einaudi, Torino, 2002.

⁽²⁾ J. SEIFERT, *Il diritto alla vita e la quadrupla radice della dignità umana*, testo disponibile on-line sul sito della Pontificia Accademia Pro Vita.

vita dell'uomo è vita personale e mentale, è governata in ogni suo aspetto, in senso vocazionale, da un principio di trascendenza" (3). Dal fondamento religioso della dignità personale deriva "un tipo completamente diverso di dignità rispetto alla dignità che semplicemente procede in modo immanente dalla natura della persona: è di questo tipo di dignità personale nell'ordine della grazia, la presenza e l'amore di Dio attraverso la grazia nell'anima" (4). Per la concezione teologica cristiana, la vita umana, a differenza delle altre forme di vita, "s'elewa con lo spirito sulle forme pre-umane di vita. *Dire spirito è dire libertà*, mediante cui il vivente umano è in grado di assumere la propria vita (e la realtà animata e inanimata che lo circonda), di indirizzarla e progettarla" (5).

Un secondo modo di trascendere la vita umana è quello adottato dalla filosofia razionalista: l'uomo è caratterizzato da uno "spazio logico delle ragioni" che lo eleva ad "essere libero", non necessitato e non condizionato biologicamente, in grado di determinare semanticamente la relazione che egli ha con il mondo circostante. È il *logos* ciò che lo rende degno di considerazione morale. La discontinuità con il "mondo vivente altro da sé" deriva dalla struttura razionale, che è la condizione su cui si fondano la moralità e la dignità umana. In questo secondo tipo di trascendenza, a differenza del primo in cui la concezione monista degli esseri umani si fonda sulla tesi, invero debole, dell'uomo come *imago Dei*, la concezione della dignità umana sottende l'accettazione della dicotomia corpo e mente (anima razionale) tratta dall'antropologia cartesiana.

L'interpretazione meccanicista del corpo umano, attraverso la metafora cartesiana del corpo-macchina, non riteneva che l'esperienza corporale e quella dei sensi potessero essere fonte di comprensione profonda del bene. Si afferma, così, che la nostra costituzione biologica non attiene alla definizione della razionalità sulla quale si fonda la ragion pratica.

Alla versione kantiana del trascendentalismo umanista si deve riconoscere un contributo imprescindibile all'affermazione morale della tesi in forza della quale la persona non può, in nessun caso, essere scissa dal proprio corpo. Questo implica che l'uomo non può disporre del proprio corpo liberamente: la persona possiede un valore assoluto (una dignità) e necessita di un rispetto assoluto: "nel mondo ogni cosa ha soltanto valore come mezzo, ma l'uomo è una persona e non una cosa, dunque egli non è un mezzo" (6).

(3) Ibidem.

(4) Ibidem.

(5) M. COZZOLI, *La legge naturale a difesa della vita. Le ragioni e i limiti della difesa della vita fisica*, testo disponibile on-line sul sito della Pontificia Accademia Pro Vita.

(6) I. KANT, *Lezioni di etica*, Laterza, Roma-Bari, 2004, p. 139.

Sulla scia di Locke: l'uomo è persona perché compie azioni imputabili e, come persona, è libero perché l'imputabilità comporta il riferimento ad una dimensione ulteriore rispetto a quella della causalità naturale⁽⁷⁾.

L'imputabilità dell'azione rinvia al criterio del *dovere interiore* all'uomo, che non è riducibile semplicemente ad una *habilitas* funzionale, ma ad una capacità ontologica – la ragione pura – che rende gli esseri umani degli agenti pienamente morali, razionalmente in grado di prendere le proprie decisioni e di scegliere i propri fini d'azione.

La celebre enunciazione dell'imperativo categorico – “agisci in modo da trattare l'umanità, nella tua persona come in quella di qualsiasi altri, sempre e contemporaneamente come fine e non come mezzo”⁽⁸⁾ – fa riferimento ad un concetto di “umanità”, sul quale si fonda l'impianto non solo di una teoria etica antropocentrica, ma soprattutto di una teoria *logocentrica*, basata sull'idea secondo la quale è la natura razionale, ed essa sola, ad avere un assoluto e incondizionato valore⁽⁹⁾.

La persona, in quanto fine e non mezzo, non ha un prezzo, ma ha una dignità cioè un valore intrinseco. Ma per Kant *la persona non è tutto l'uomo*: la relazione persona-essere umano non è biunivoca, poiché tutte le persone sono esseri umani, ma non tutti gli esseri umani sono persone.

Kant fu uno dei filosofi che, più di ogni altro, con insistenza sottolineò l'esistenza di una duplicità della natura umana (*homo duplex*); alla stregua dell'uomo di Rousseau che si distingueva in “natural man” e in “civil man”⁽¹⁰⁾, l'*homo duplex* kantiano si divideva in *homo phaenomenon* e *homo noumenon*, e solo di quest'ultimo si poteva predicare la qualità ontologica di persona in quanto unico soggetto di azioni imputabili.

La tensione tra *homo noumenon* e *homo phaenomenon* veniva risolta da Kant con l'esplicita collocazione della persona nella dimensione *noumenica*.

In questo senso, l'espressione, ricorrente negli scritti kantiani, di “umanità nella persona” va intesa in un senso tecnico, cioè come la capacità di agire secondo fini derivati dalla natura razionale, in aperta opposizione a quel lato oscuro che l'uomo condivide con gli animali non umani: vale a dire la nostra parziale e la loro totale animalità⁽¹¹⁾. La persona in senso kantiano è un

⁽⁷⁾ F. SCIACCA, *Il concetto di persona in Kant*, Giuffrè, Milano, 2000, in particolare il primo capitolo.

⁽⁸⁾ I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, in ID., *Scritti morali*, Utet, Torino, 1970, p. 88.

⁽⁹⁾ A. W. WOOD, *Kant on duties Regarding Nonrational Nature*, in «Proceedings of the Aristotelian Society», 1998, p. 1.

⁽¹⁰⁾ Cfr. J.J. ROUSSEAU, *Discorsi sull'origine della disuguaglianza fra gli uomini*, BUR, Milano, 1997.

⁽¹¹⁾ Questo punto cruciale viene approfondito da T. E. HILL, *Humanity as an End in Itself*, in «Ethics», 1980, pp. 84-99.

essere razionale, appartenente alla specie *Homo sapiens*, che abita nel Regno dei Fini. Essa è in grado di essere moralmente autonoma, non nel senso soggettivista del termine, ma nel senso di rispettare la legge morale nell'agire pratico, senza cedere alle inclinazioni e ai fini naturali umani.

L'enfasi kantiana sul concetto di "rational man" ⁽¹²⁾ ha chiare conseguenze rispetto allo *status* morale che il filosofo tedesco accorda agli animali non umani: essi sono mezzi nei confronti dei quali l'uomo non ha alcun dovere diretto di rispetto, ma ha il dovere di non trattarli con crudeltà ⁽¹³⁾ per rispetto all'umanità stessa ⁽¹⁴⁾.

Questo punto viene colto da Derrida, il quale osserva che nell'etica kantiana "l'animale non è un essere razionale, perché è privo dell'*io penso*, condizione della comprensione e della ragione. In quanto tale, privato per questo di libertà e di autonomia, non potrebbe diventare soggetto di diritti e di doveri, secondo questa correlazione del diritto del dovere che è proprio del soggetto come persona libera" ⁽¹⁵⁾.

Ma nel caso di quegli esseri umani che sono privi di *logos*, cioè di quelle persone che vengono chiamati in letteratura *casì marginali umani*, come si colloca la teoria *logocentrica* di Kant? Se essa non riconosce alcun valore a ciò che non dipende dalla dignità della natura razionale, quale trattamento morale spetta ai marginali umani?

Il problema diventa, allora, quello di capire se il dualismo ontologico kantiano persona-cosa sia in grado oppure no di assorbire all'interno del primo termine la distinzione tra uomo naturale e uomo razionale, rendendo così la propria posizione ontologica di tipo inclusivo ⁽¹⁶⁾, diversamente dalle posizioni di stampo utilitaristico, che, esplicitamente, basandosi sulla pre-

⁽¹²⁾ Osserva David Heyd: "Reason is completely independent of nature and operates spontaneously on a priori principles and laws"; cfr. D. HEYD, *Human Nature: An Oxymoron?*, in «Journal of Medicine and Philosophy», 2003, p. 154.

⁽¹³⁾ È la "tesi della crudeltà", secondo la quale "esseri crudeli nei confronti degli animali comporta assumere e rafforzare in linea generale inclinazioni crudeli che possono venire risolte anche nei confronti di altri uomini"; cfr. S. CASTIGNONE, *Introduzione al problema dei diritti degli animali*, in ID., *Nuovi diritti e nuovi soggetti. Appunti di bioetica e biodiritto*, ECIG, Genova, 1996, p. 129.

⁽¹⁴⁾ Scrive Kant: "Per quel che riguarda gli animali, essendo dei semplici mezzi, privi di una coscienza di sé, [...] non vi sono verso di essi doveri diretti, ma solo doveri indiretti verso l'umanità. [...] L'uomo deve mostrare bontà di cuore verso gli animali, perché chi usa essere crudele verso di essi è altrettanto insensibile verso gli animali"; cfr. I. KANT, *Lezioni di etica*, Laterza, Roma-Bari, 2004, pp. 273-274.

⁽¹⁵⁾ J. DERRIDA, *L'animale che dunque sono*, Jaca Book, Milano, 2006, pp. 149-150.

⁽¹⁶⁾ Questa tesi viene difesa da C. KACZOR, *The Edge of Life. Human Dignity and Contemporary Bioethics*, Springer, Dordrecht, 2005, pp. 42-43. Cfr. anche D. BEYLEVELD, R. BROWNSWORD, *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, OUP, New York, 2001.

senza funzionalistica di determinate qualità cognitive e sensitive, escludono che determinate categorie di persone umane possano avere un qualche *status* morale.

Ora, se per Kant la fonte della dignità deriva dall'autonomia razionale, si può inferire che virtualmente, cioè ontologicamente, tutti gli esseri umani sono integralmente persone razionali e autonome in senso morale. A *chi*, secondo la teoria etica kantiana, spetta quella che Häyry chiama "The Dignity of Reason"?⁽¹⁷⁾ Di sicuro, per Kant questa non spetta agli animali non umani essendo essi "things with price"; si può allora presumere, visto il silenzio di Kant sul punto, che essa possa essere riconosciuta anche agli infanti, perché potenzialmente sono esseri aventi una natura razionale. Ma, chi non ha natura razionale, fa parte ugualmente del Regno dei Fini? È anch'egli un "being with dignity"?

Nonostante una cospicua e raffinata letteratura filosofica abbia cercato di argomentare sia a favore di un approccio metafisico, non attualistico, della dignità kantiana nei confronti dell'umanità intera sia a favore, addirittura, di una interpretazione inclusiva degli animali non umani come fini e non come mezzi⁽¹⁸⁾, il mio personale accordo va a coloro che hanno visto nell'etica kantiana una implicazione morale discriminatoria nei confronti di quelle persone, che prive "di evolute capacità di comprensione e scelta necessarie all'azione morale non possono possedere dignità"⁽¹⁹⁾.

Se la condizione logica, affinché sia possibile l'agire morale, deriva dalla circostanza metafisica secondo la quale la ragione non può essere naturalizzata, se il concetto di dignità umana si fonda su un modello di razionalità pura, ricavato da una operazione di distanziamento dalla propria datità biologica – un programma epistemico di *denaturalizzazione* che ancor oggi si rivela centrale nella retorica della giustizia e dei diritti umani⁽²⁰⁾ – allora, a mio giudizio, il concetto di dignità è incapace di tutelare, nelle questioni bioetiche, tutti gli esseri umani.

⁽¹⁷⁾ M. HÄYRY, *Another Look at Dignity*, in «Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics», 2004, pp. 7-14.

⁽¹⁸⁾ A titolo esemplificativo, si vedano i contributi di: C. M. KORSGAARD, *Creating the Kingdom of Ends*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996; B. HERMAN, *The Practice of Moral Judgment*, Cambridge University Press, Mass., 1993.

⁽¹⁹⁾ L. GORMALLY, *La dignità umana: il punto di vista cristiano e quello laicista*, testo disponibile on-line sul sito della Pontificia Accademia Pro Vita.

⁽²⁰⁾ Per una ricognizione critica su questo tema rinvio a B. CELANO, *La denaturalizzazione della giustizia*, in «Ragion pratica», 14, 2000, pp. 81-113. È interessante notare che Celano, almeno in una specifica versione, aderisce al "progetto di denaturalizzazione della giustizia", ma, a conclusione dell'articolo, egli osserva: "Ma ci si può chiedere che cosa sono gli esseri umani se non sono entità naturali? In fondo, non è sorprendente che, quando si cerca di denaturalizzare qualcosa, si finisca, prima o poi, per fare della metafisica" (p. 113).

C'è, infine, un'ulteriore ragione che mi induce a pensare che il trascendentalismo kantiano "appenda" il concetto di "umanità nella persona razionale" ad un "gancio appeso al cielo": questa ragione è l'obliterazione del concetto di natura umana.

Per Kant, la ragione non esiste affinché gli esseri umani si adattino ai mutamenti delle circostanze, in cui sono immersi durante tutta la loro esistenza: la ragione non è di ausilio alcuno agli esseri umani affinché essi possano soddisfare i loro bisogni vitali, le loro preferenze basilari⁽²¹⁾, ma serve per regolare la vita secondo la legge morale universale. La dissociazione tra anima e corpo, tra ragione e natura non potrebbe essere più radicale rispetto a questa impostazione teorica. Il concetto di natura umana diventa d'un colpo vacuo e ridondante: semanticamente e contenutisticamente un vero e proprio ossimoro⁽²²⁾.

Questo non significa negare che esista una natura biologica umana, ma significa che i limiti di essa non hanno alcun peso morale: "the real (noumenal) self is exactly that which consists of non natural properties"⁽²³⁾.

La conclusione porta ad esiti paradossali rispetto alla premessa concettuale secondo la quale l'uomo è un fine in sé. Per Kant, la vera ed essenziale natura umana si ricava trascendendo razionalmente i confini biologici della natura umana stessa. Il valore intrinseco della dignità deriva proprio dal fatto che la persona non fa parte della natura⁽²⁴⁾. Ne consegue che la vita non è sempre un valore in sé. Nella prospettiva razionalista-kantiana, asserire che la vita umana è un fine in sé sarebbe una affermazione senza senso, poiché la vita è un valore solo per coloro che sono capaci di comprendere e di agire sulla base degli imperativi categorici. E solo gli esseri pienamente razionali lo

⁽²¹⁾ Traggo l'espressione "preferenze basilari" da G. PONTARA, *Diritto alla vita e diritto alla sopravvivenza*, in ID., *Filosofia Pratica*, Il Saggiatore, Milano, 1988, pp. 181-212.

⁽²²⁾ La lezione di Kant sarà radicalizzata in bioetica dal libertarismo di Engelhardt, che scrive: "Le specie vengono e vanno: presumibilmente, questo accadrà anche per l'*homo sapiens* e per il fenomeno della moralità. Anzi, i sistemi stellari, le galassie e l'intero cosmo, dall'interno della sfera dell'immanenza, non possono che essere un puro stato di cose contingente. Questo stato di cose rende la natura umana, almeno la natura biologica umana in quanto particolare natura biologica, priva di ogni riferimento normativo"; cfr. H. T. ENGELHARDT, JR., *La responsabilità come principio guida per le biotecnologie: riflessioni sulla fondazione dell'etica normativa di Hans Jonas*, in «Ragion Pratica», 27, 2006, p. 484.

⁽²³⁾ D. HEYD, *Human Nature: An Oxymoron?*, op. cit., p. 155.

⁽²⁴⁾ Denninger ritiene che si debba prendere atto che la dignità della vita è un valore superiore alla vita stessa; cfr. E. DENNINGER, *La tutela dell'embrione e la dignità dell'uomo. O: dei limiti della forza normativa di una costituzione*, in V. BALDINI (a cura di), *Diritti della persona e problematiche fondamentali. Dalla bioetica al diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 21-32.

possono fare. È di nuovo Derrida a esplicitare questo punto del pensiero kantiano: "l'idealismo autentico consiste nell'insultare l'animale nell'uomo [...]. *L'animale che dunque sono*' può anche essere inteso come una sorta di autoaccusa. Un momento di denigrazione di sé, un insulto di sé a sé" (25).

Oggi, secondo un consolidato approccio culturalista, trasversale alle varie correnti filosofiche contemporanee, mantenere denaturalizzata la ragione significa evitare che gli uomini possano, a causa delle loro differenze naturali, essere considerati dei possibili mezzi di sfruttamento. Denaturalizzare l'uomo significa fare in modo che le differenze naturali presenti tra gli esseri umani siano moralmente indifferenti.

Mi chiedo, però, se, nel tempo della rivoluzione bio-tecnologica, questo progetto di denaturalizzazione garantisca l'uguaglianza morale tra gli uomini. Mi chiedo se è questa la via che evita la reificazione dell'essere umano.

Io ne dubito perché se le caratteristiche biologiche umane, che pure potrebbero essere evidenziate attraverso una relazione di congruità tra fenomenologia biologica e scienza biologica, non fondano la natura umana, allora significa ammettere che qualsiasi intervento manipolativo biogenetico sull'uomo è lecito qualora sia stato convenzionalmente negoziato (26). Non a caso l'emergere di una prassi sperimentale di eugenetica liberale si rifà all'idea di una umanità astrattamente *noumenica*, come tale separata dalla dimensione corporeo-biologica, per poter legittimare qualsiasi tipo di intervento di manipolazione biotecnologica (27).

Dubito, dunque, che l'argomento prudenziale di denaturalizzare i nostri limiti biologici garantisca il consorzio umano dal cadere sotto la legge del più forte. Al contrario, quando si tratta di questioni che concernono il *bios* umano, evitare questo programma di denaturalizzazione implica l'accettazione degli esseri umani secondo quel che sono e del loro scopo primario che

(25) J. DERRIDA, *L'animale che dunque sono*, op. cit., p. 154.

(26) Cfr. J. HARRIS, *Wonderwoman and Superman*, Baldini e Castoldi, Milano, 1997.

(27) Questo punto viene opportunamente sottolineato da U. GALEAZZI, *La vita: un dono da rispettare*, in S. BIOLO (a cura di), *Nascita e morte dell'uomo. Problemi filosofici e scientifici della bioetica*, Marietti, Genova, 1993, pp. 189-196. Secondo la prospettiva di Habermas non è ammissibile una strumentalizzazione degli esseri umani neppure prima della nascita e dopo la morte perché un tale trattamento finirebbe per alterare la nostra stessa natura di esseri mortali. Habermas ritiene che si debba riconoscere alla vita umana prenatale la natura di un bene indisponibile diverso da quello di tutti gli altri beni, per il fatto che "il nostro modo di trattare la vita umana prima della nascita (oppure gli uomini dopo la morte) coinvolge la nostra autocomprensione in quanto esseri-di-genere. E a questa autocomprensione etica del genere sono strettamente intrecciate le idee con cui ci concepiamo quali persone morali"; cfr. J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Einaudi, Torino, 2002, p. 68.

è quello di vivere. Tenendo conto di taluni fatti biologici ovvii che ineriscono alla natura umana, si possono inferire alcune minime regole etiche di comportamento per vivere, con-vivere e sopravvivere nella comune famiglia umana.

3. *Animalismo trascendentale* – La terza strategia di trascendimento della vita biologica umana è stata sviluppata dalla filosofia animalista, in particolare nella versione utilitarista di Peter Singer⁽²⁸⁾.

Paradossalmente, speculare alle prime due strategie, si trova quella dell'*animalismo trascendentale*, rappresentato soprattutto dalla teoria etica proposta da Peter Singer, che ritiene la *differenza di specie* una costruzione sociale, discriminatoria, inventata dall'uomo contro gli animali non umani, al pari del sessismo o del razzismo. In questo caso, pur partendo da premesse non antropocentriche, l'esito di questo tipo di trascendentalismo è, però, quello di antropomorfizzare le altre specie viventi a misura di quella umana, presumendo che dalla comune qualità di esseri senzienti, si possa ricavare un'etica basata sull'eguale considerazione degli interessi, la cui applicazione – univocamente umana! – oltre ad essere bio-logicamente ripugnante per gli stessi esseri umani, appare paradossale e per certi versi assurda nei confronti degli animali non-umani, poiché considera antropomorficamente gli animali "più evoluti" ed ignora completamente la vasta maggioranza delle creature che rendono questo pianeta ciò che è.

Come ho già avuto modo di evidenziare, appare a prima vista paradossale l'affermazione secondo la quale l'utilitarismo animalista trascenda il significato biologico della vita umana a favore di "qualcosa d'altro", di speculare alla *Ragione* o all'*Anima Infusa*, quando, invero, l'obiettivo principale di questa teoria etica è stato quello di allargare il cerchio della considerazione morale oltre la specie umana, a dimostrazione di una particolare sensibilità verso i problemi relativi al trattamento morale delle diverse forme di vita presenti sulla terra.

L'utilitarismo, nonostante errori e confusioni, è stato in grado di diffondere una maggiore attenzione verso la sofferenza in generale e verso la sofferenza degli animali in particolare. Nella riflessione utilitaristica, il valore della "dignità" (parola peraltro rifiutata dai fautori dell'utilitarismo classico e contemporaneo) umana ed animale si fonda sulla capacità di sentire piacere e dolore. Già, più di due secoli fa, Jeremy Bentham, discutendo quale fosse la facoltà discriminante per demarcare l'umano dal non-umano, concludeva il

(28) Non mi occuperò in questa sede né della teoria dei diritti animali di Tom Regan né del contrattualismo animalista di Donald VanDe Veer. Entrambe queste versioni si oppongono all'etica animalista singeriana ma condividono con quest'ultima lo stesso esito trascendentale verso la specie umana e antropomorfo verso le specie animali diverse da quella umana.

suo ragionamento con la celebre domanda: “Il problema non è: *Possono ragionare? Né: Possono parlare? Ma: Possono soffrire?*”⁽²⁹⁾

Non discuterò, in questa sede, le implicazioni bioetiche del concetto di *benessere* (non di *bene*) degli esseri senzienti, derivato dalle tesi dell'utilitarismo classico nelle versioni di Jeremy Bentham e di John Stuart Mill⁽³⁰⁾. Mi limiterò a chiarire, invece, le ragioni in forza delle quali “l'utilitarismo delle preferenze” di Peter Singer, pur basandosi su un programma esplicitamente evolucionista, giunge a conclusioni analoghe al moderno dualismo trascendentale.

4. «*All animals are equal*»: *l'argomento di Singer* – Sulla base della teoria darwiniana deriva la tesi scientifica, a mio parere indiscutibile, secondo la quale gli esseri umani sono semplicemente un tipo di animale fra gli altri.

Fin qui tutti sono d'accordo, a parte ovviamente i sostenitori del creazionismo. I problemi, però, sorgono quando questa tesi viene applicata sotto il profilo morale. Che cosa implica l'affermazione secondo la quale gli esseri umani sono anch'essi animali da un punto di vista etico?

L'argomento di Singer risponde a questa domanda nei seguenti termini:

premessato che ciò che accomuna l'uomo agli altri esseri viventi è la capacità di provare piacere o sofferenza, allora è possibile applicare il principio morale di uguaglianza anche agli animali non umani.

Scrivendo Singer: “tutti gli animali sono uguali. [...] Indipendentemente dalla natura di un essere, il principio di uguaglianza richiede che la sua sofferenza sia valutata allo stesso modo della consimile sofferenza – fino a che una tale approssimazione può essere lecita – di ogni altro essere”⁽³¹⁾.

Il principio morale fondamentale dell'uguaglianza non dice che tutti gli esseri viventi sono di fatto uguali, ma dice che “gli interessi di ogni essere coinvolto nelle conseguenze di un certo atto debbono essere presi in considerazione e tenuti nello stesso conto in cui si tengono gli interessi di qualsiasi altro essere”⁽³²⁾.

La tesi di Singer si discosta sia dall'assunto di Bentham in base al quale ciò che conta moralmente è la quantità massimizzante possibile di piacere (*pleasure*) sia dall'assunto di Mill in base al quale esistono piaceri assiologicamente (*happiness*) superiori agli altri. La tesi di Singer prevede, invece, che ciascun soggetto riesca a

⁽²⁹⁾ J. BENTHAM, *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*. Un contributo su questo punto si trova in L. BATTAGLIA, *Umanità e animalità*, in R. MARCHESINI (a cura di), *Zoantropologia. Animali e umani: analisi di un rapporto*, Red Edizioni, Como, 1999, pp. 13-27.

⁽³⁰⁾ M. HÄYRY, *Another Look at Dignity*, op. cit. pp. 9-10.

⁽³¹⁾ P. SINGER, *Liberazione animale*, Net, Milano, 2003, p. 9.

⁽³²⁾ P. SINGER, *Etica pratica*, Liguori, Napoli, 1989, p. 12.

soddisfare i propri specifici interessi sotto un profilo oggettivo, secondo cioè un calcolo utilitaristico della soddisfazione delle preferenze, indipendentemente da chi ne sia il soggetto.

Ciò implica che al principio di utilità (massimizzazione del piacere) venga accostato, quale suo corollario, il principio di *eguale considerazione degli interessi*, in forza del quale ad interessi uguali deve essere dato uguale peso, indipendentemente da chi sia il soggetto – uomo o animale non umano – possessore di quel determinato interesse⁽³³⁾.

Se, dunque, come chiarisce Singer “la capacità di sofferenza o di piacere è un prerequisito dell’aver interessi”⁽³⁴⁾, allora si deve chiedere *chi* sono i soggetti che hanno interessi e *che cosa* s’intende per “avere interessi”?

È esattamente su questo nodo cruciale che Singer costruisce una teoria etica che è stata definita, in modo calzante, da Vittorio Possenti una forma di *animalismo trascendentale*⁽³⁵⁾, perché, ancora una volta, viene tracciato un solco tra vita biologica e vita personale, tra individualità e razionalità, tra ragione e sentimento: l’esito non sarà affatto il via ad una rivoluzione copernicana in etica, ma sarà un mesto ritorno a categorie filosofiche dicotomiche tradizionali, peraltro sostenute da presunti argomenti scientifici la cui applicazione risulterà inappropriata e fuori luogo.

Discuterò, pertanto, tre argomenti addotti da Singer a difesa della liberazione animale, scolpita nella sua frase “Tutti gli animali sono uguali”.

4.1. *Argomento dell’interesse rilevante* – Il primo argomento è quello dell’interesse rilevante, il secondo è quello dello specismo ed il terzo è quello degli uomini marginali.

Il concetto di interesse assume un ruolo chiave nell’etica animalista singeriana. L’uguaglianza morale di tutta la comunità degli esseri senzienti si basa sulla capacità empirica e biologica di provare piacere e dolore. Tutti gli animali, compreso l’uomo, condividono l’esperienza del dolore e, pertanto, i loro interessi devono essere considerati in modo uguale. L’interesse primario è, dunque, quello di non soffrire: esso connota in maniera indistinta sia l’uomo sia l’animale. Questa argomentazione permette all’etica animalista di ampliare i confini della considerazione morale oltre la soglia della moralità kantiana fissata sul concetto di *logos*. L’abbandono della prospettiva *logocentrica* kantiana, a favore di una prospettiva più ampia, che può essere chiamata

⁽³³⁾ Sul punto rinvio alle considerazioni svolte da Castignone esplicitamente a difesa delle argomentazioni di Singer; cfr. S. CASTIGNONE, *I diritti degli animali: la prospettiva utilitaristica*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2, 1983, pp. 397-421.

⁽³⁴⁾ P. SINGER, *Liberazione animale*, op. cit., p. 8.

⁽³⁵⁾ V. POSSENTI, *Bioetica e persona in prospettiva filosofica*, in AA. VV., *La bioetica alla ricerca della persona negli stati di confine*, Gregoriana, Padova, 1994, p. 84.

patocentrica, deriva dalla necessità di un superamento della razionalità umana come unico parametro indispensabile per l'attribuzione della considerazione morale agli esseri viventi.

L'approccio di Singer dimostra così un fatto empirico elementare, rilevante da un punto di vista morale; cioè, dimostra che "il diritto di vivere" – come osserva Vittorio Frosini – "è certamente il più naturale di tutti i diritti: nessun essere vivente vuole morire, neppure il più misero verme, che si contorce sotto il tacco" ⁽³⁶⁾.

A questa prima riflessione, di chiare origini benthamiane, Singer è costretto ad apporre dei correttivi che risulteranno fatali per la coerenza interna della sua teoria etica. Egli, infatti, si rende conto che, limitandosi ad accettare il criterio edonistico di Bentham, incorrerebbe in alcuni inconvenienti inaccettabili sotto il profilo morale. Se il criterio basato sul semplice desiderio di non soffrire fosse applicato al dilemma di non uccidere, anziché al problema di non infliggere sofferenza, si giungerebbe ad una paradossale conclusione: un omicidio, che cagiona una morte istantanea, sarebbe un atto moralmente lecito, qualora si verificasse senza dolore e senza provocare indirettamente a terzi una sofferenza per la perdita dell'ucciso.

Singer riconfigura il concetto di interesse spostando la sua attenzione sul soggetto che può *avere interessi*, cioè sul soggetto, a cui, pur rimanendo l'interesse primario quello di non soffrire, deve essere riconosciuto il possesso di altre caratteristiche rilevanti, quali l'autocoscienza e la consapevolezza di sé nel tempo e nello spazio, in funzione delle quali egli esprime la preferenza di continuare a vivere.

L'interesse *semplice*, sotto forma di desiderio rispetto ad uno stato di cose, viene da Singer oscurato a favore di un concetto *qualificato*, ovvero di un interesse *trascendente* definito con il termine di "preferenza" per indicare qualità o capacità cognitive, che Hare chiama *preferenze razionali* ⁽³⁷⁾, in presenza delle quali è possibile accordare uno *status* morale e, quindi, garantire al soggetto titolare il diritto alla conservazione della vita.

Scriva Singer: "Il fatto che un essere sia un essere umano [...] non è rilevante all'immoralità dell'ucciderlo, sono piuttosto caratteristiche quali la razionalità, l'autonomia e l'autocoscienza che fanno la differenza. Neonati con malformazioni mancano di tali caratteristiche. Pertanto ucciderli non può essere posto sullo stesso piano dell'uccidere esseri umani normali, o qualsiasi altro essere autocosciente" ⁽³⁸⁾.

⁽³⁶⁾ V. FROSINI, *L'uomo artificiale. Etica e diritto nell'era planetaria*, Spirali, Milano, 1986, p. 210.

⁽³⁷⁾ Singer mutua dalla teoria etica di Hare la distinzione tra interesse egoistico o intuitivo ed interesse razionale o trascendente. Questa seconda classe di interesse viene chiamata da Hare preferenza razionale o prudente; cfr. R. M. HARE, *Il pensiero morale*, Il Mulino, Bologna, 1989, p. 83.

⁽³⁸⁾ P. SINGER, *Etica pratica*, op. cit., p. 134.

D'un colpo solo, quella che doveva essere una rivoluzione in etica si trasforma in una controriforma in piena regola.

La prima cosa che balza agli occhi è il progressivo restringimento del cerchio etico rispetto ai soggetti che ne possono fare parte.

L'animalismo singeriano pone come premessa ineludibile quella di estendere la considerazione morale oltre la soglia della razionalità; se possono essere considerati soggetti morali solo quelli che hanno la capacità di pensare (in forza del kantiano *io penso*), allora ciò equivale a dire che nessun animale non-umano sarebbe incluso nel principio morale di uguaglianza. Ma che fine fa l'*estensionismo morale* di Singer, se egli spesso sente l'esigenza di restringere le maglie del suo setaccio morale, tanto da potervi includere solo i soggetti che hanno capacità volitionali di second'ordine, capacità di progettare un piano di vita, consapevolezza di sé, ecc.?

Rispetto alla premessa antirazionalista, da cui muove l'etica animalista, si è di fronte, nel caso di Singer ad una contraddizione⁽³⁹⁾ che inficia anche gli altri argomenti che lo stesso Singer adduce per difendere il suo programma di liberazione animale.

La posizione di Singer si radicalizza ulteriormente, perché il programma di trascendentalizzare gli esseri viventi viene confermato dalla sua adesione alla distinzione idealista tra persone ed esseri viventi. Per Singer, persona è quella entità (umana e non umana) che possiede certe qualità come l'autocoscienza e la razionalità in un determinato grado di sviluppo. L'essere vivente, invece, è soltanto una mera entità biologica. Come ho avuto modo di approfondire nei capitoli precedenti, a questa divisione corrisponde la distinzione spiritualista di Rachels tra "avere una vita" ed "essere vivi" a cui Singer aderisce. Se, dunque, persona è l'essere senziente a cui si possono attribuire delle preferenze più articolate e complesse, e a cui si può, conseguentemente, attribuire un maggior peso quando si trova di fronte alla decisione di dover scegliere quale vita sacrificare, allora il destino morale degli esseri non senzienti e di quelli meramente senzienti è implicitamente e definitivamente segnato in peggio.

Se la caratteristica più rilevante non è più la capacità di soffrire, allora, come scrive Viola, "Singer ha tradito l'intento originario della totale equiparazione degli esseri senzienti. Ora ci sono senza dubbio senzienti di serie A e senzienti di serie B, senzienti che sono meri ricettacoli di piaceri e di dolori e senzienti che hanno valore per la loro autocoscienza"⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁹⁾ Becchi scrive: "Il punto è che Singer era partito dalla necessità di abbandonare questa visione dell'etica, mentre le sue conclusioni, a ben vedere, non fanno che confermarla"; P. BECCHI, *Questioni vitali. Per una critica dell'«etica pratica» di Peter Singer*, in «Il Mulino», settembre-ottobre, 1990, p. 710.

⁽⁴⁰⁾ F. VIOLA, *Dalla natura ai diritti. I luoghi dell'etica contemporanea*, Laterza, Roma-Bari, 1997, p. 171.

L'etica animalista di Singer si umanizza, si antropomorfizza, attua una scissione da quel mondo fisico e sostanziale da cui dichiara di avere avuto origine. Essa, in realtà, rappresenta una filosofia fallace perché tenta di estendere le strutture etiche tradizionali, aventi una costruzione formalistica, alla natura non umana. L'esito è stato quello sia di fraintendere cosa c'è di distintivo negli esseri umani – la *nostra* relazione con il mondo naturale e la *nostra* azione etica – sia di considerare antropomorficamente gli animali più evoluti, ignorando completamente tutte quelle creature che, come si supponeva, non avevano preferenze, benessere o valore in se stesse (come se non esistesse uno stato di benessere anche per le piante).

Se si dà priorità morale al criterio della preferenza (e, dunque, in grado massimo alla autocoscienza), fondandolo sulla presenza di una serie di comportamenti selettivi nei confronti dell'ambiente in cui si vive, si determina non solo una discriminazione tra esseri senzienti e esseri non senzienti, ma anche una generale inadeguatezza nell'assicurare il benessere ad una comunità ecologica complessa qual è il nostro pianeta. Distinguere tra bisogni e desideri consapevoli per differenziare, in meglio o in peggio, il grado di tutela morale spettante a ciascuna entità vivente (per Singer la pianta ha bisogno di acqua ma non ha preferenze allo stesso modo di un comatoso umano permanente), significa ignorare gli interessi in conflitto in una prospettiva ecologista. Concentrarsi sugli interessi dei singoli animali (quel che conta eticamente sono gli individui, non le singole specie, che nella realtà empirica non esistono) e sostenere il dovere morale di non nuocere a questi interessi implicano la costruzione di una società completamente vegetariana popolata solamente da coltivatori organici di sussistenza, poiché qualsiasi altro genere di coltivazione comporta la privazione sistematica di *habitat* e di fonti di approvvigionamento per gli altri animali. Non avere la benché minima consapevolezza di tutto questo significa non aver compreso che tutti gli esseri viventi non sono degli intelletti astratti, ma organismi biologici concreti, le cui azioni di sopravvivenza ricadono sull'intero ecosistema. La disarticolazione dell'animalismo da una completa sensibilità ecologista dimostra la correttezza del giudizio secondo il quale l'etica singeriana è una teoria animalista trascendentale. Per non parlare poi della scelta di non consumare carne, che è giustificabile nell'ambito ristretto di una certa sensibilità culturale o di una questione di gusti o di una scelta nutrizionale personale, ma che è certamente retorico ed ingiusto elevare a virtù universale a spese, ad esempio, di quelle popolazioni rurali o comunità urbane deprivate, che necessitano, oggettivamente, di una dieta che contenga fonti proteiche di origine animale. A quanta parte dell'umanità si può dire onestamente di non mangiare carne perché è solo una questione di gusti, perché è più sana una dieta a base di fagioli e perché non si tratta di una questione di sopravvivenza?

Anche fissando l'attenzione sul concetto di interesse semplice come capacità di provare dolore e piacere, qual è il criterio che permette di

comparare questi stati patologici in individui diversi? Provocatoriamente, Singer afferma che mangiare tonno è più grave di un atto abortivo umano⁽⁴¹⁾. Ma come è possibile rendere il criterio della percezione del dolore un elemento discriminante della soggettività morale, data la radicalità soggettiva dell'esperienza sensitiva che può variare da individuo ad individuo in base alle sue caratteristiche personali? In realtà, sotto il profilo del valore epistemico e, quindi, scientifico, la presupposizione, secondo la quale il criterio dell'interesse sia discriminante moralmente, non ha alcuna rilevanza, essendo il grado di sofferenza connaturale a tutte le specie viventi in rapporto al loro diverso grado di adattamento all'ambiente. Il criterio dell'interesse rilevante non è oggettivamente rilevabile, ma è sussunto stipulativamente perché deriva dalla convenzione secondo la quale esseri diversi sono moralmente uguali perché essi rappresentano forme di vita che soffrono. Ma, nel caso degli animali, sono gli agenti morali – le singeriane o kantiane persone umane – che devono determinare in qualche modo quali siano gli interessi dell'animale. Questo limitato valore epistemico dell'interesse animale non deve implicare una disattenzione verso i bisogni e il benessere degli animali non umani, purché si sia onesti nell'affermare che questa attenzione morale deriva da un'etica di responsabilità di cui si fa carico l'uomo, piuttosto che da un processo di deliberazione morale che sarebbe impossibile da attuarsi.

In questo senso, tale forma stipulativa di *estensionismo morale*, osserva opportunamente Tallacchini, "è attuata attraverso un'analogia con il mondo umano [...] l'estensionismo ripropone indirettamente l'antropocentrismo, inteso come difficoltà di ragionare in termini morali al di fuori di schemi antropomorfici"⁽⁴²⁾.

4.2. *L'argomento specista* – Il secondo argomento di Singer è un corollario del principio di uguale considerazione degli interessi ("Tutti gli animali sono uguali"). L'espansione del cerchio etico implica, infatti, il superamento del concetto di specie⁽⁴³⁾.

L'argomento di Singer afferma che effettuare una distinzione eticamente rilevante tra esseri umani e animali non umani significa operare una discriminazione in base alla specie di appartenenza. Lo specismo è, infatti, la credenza a favore di quel pregiudizio volto a favorire i membri della propria specie a scapito dei membri di altre specie.

Ovviamente questo argomento viene giustificato alla luce della tesi principale di Singer in base alla quale avere interessi rilevanti significa

⁽⁴¹⁾ P. SINGER, *Ripensare la vita*, Il Saggiatore, Milano, 1996, pp. 210-211.

⁽⁴²⁾ M. TALLACCHINI, *Introduzione. Una scienza per la natura, una filosofia per la terra*, in ID. (a cura di), *Etiche della terra*, Vita e Pensiero, Milano, 1998, p. 53.

⁽⁴³⁾ P. SINGER, *The Expanding Circle. Ethics and Sociobiology*, OUP, Oxford, 1983.

possedere una complessità fisiologica e psicologica che appartiene non agli esseri umani, ma generalmente ai vertebrati comuni.

Ciò che conta, moralmente, è, ad un livello minimo, la capacità di essere soggetti senzienti. La capacità di soffrire, scrive Singer, “rappresenta l’unico confine plausibile per delineare l’area del nostro dovere di preoccuparci degli interessi altrui. Tracciare questo confine mediante altre caratteristiche come l’intelligenza o la razionalità significherebbe agire in modo arbitrario”⁽⁴⁴⁾. Ma, come ho già avuto modo di far notare, questa affermazione generale, in forza della quale ciò che conta è la presenza di una base minimale comune a tutti gli esseri viventi, è stata continuamente smentita da Singer; è avvenuto il contrario per altre teorie animaliste basate invece su un principio di generico egualitarismo tra l’uomo e l’animale.

La prospettiva darwiniana, secondo la quale non c’è alcun salto qualitativo tra animali e umani ma solo una differenza quantitativa che ha dato origine a forme specifiche di biodiversità (cioè ad una differenziazione specifica), viene stravolta da Singer attraverso un’arbitraria enfasi del processo qualificativo degli stadi sensitivi che sottovaluta l’insieme delle peculiarità biologiche che l’essere vivente assomma in sé. Per Singer la vita biologica (umana e animale) non dice nulla circa le nostre capacità morali: queste non derivano da una base biologica che via via si è evoluta e differenziata. La tesi singeriana, coerente con il dualismo della qualità della vita, contraddice, però, l’assunto naturalistico della non discontinuità biologica tra una specie e l’altra. Se la considerazione del peso morale che spetta a ciascun individuo deriva da un processo di graduazione della capacità di avere interessi, allora si avrà non solo una distinzione qualitativa tra esseri senzienti di serie A ed esseri senzienti di serie B, ma si avranno anche ulteriori distinzioni, in rapporto agli stati mentali che Singer riterrà di individuare nell’arco biologico di tutti quegli individui che posseggono un sistema nervoso centrale⁽⁴⁵⁾. In questo modo nulla impedisce di distinguere ulteriormente, in base allo stato mentale posseduto in esseri senzienti di serie C,

⁽⁴⁴⁾ P. SINGER, *Tutti gli animali sono uguali*, in T. REGAN, P. SINGER (a cura di), *Diritti animali, obblighi umani*, Edizioni Gruppo Abele, Torino, 1987, pp. 156-157.

⁽⁴⁵⁾ Dire che esiste una certa struttura cerebrale non significa ancora predire quali saranno gli stati di coscienza di un individuo. Le cose si complicano infinitamente se la comparazione avviene tra un essere umano e un animale non umano. Se si riconosce una graduazione delle capacità cognitive umane, allora in che modo si può degradare paritariamente tutte le altre specie non umane? Scrive Midgley: “Un gibbono che venga valutato a un decimo della capacità emotiva dell’uomo, dovrebbe scendere di un altro decimo per il fatto di essere non-umano, e assestarsi a un centesimo del valore dell’uomo? O a un ventesimo?”. È del tutto evidente che il ragionamento tende ad assumere toni farneticanti, se la tesi di Singer viene presa fino in fondo sul serio. Cfr. M. MIDGLEY, *Perché gli animali. Una visione più umana dei nostri rapporti con le altre specie*, Feltrinelli, Milano, 1985, p. 110.

di serie D... ed esseri viventi, non ancora senzienti o ex-senzienti, che non giocheranno in nessuna serie: i feti, gli infanti entro il mese di vita, i cerebrolesi ed i comatosi sono fuori dalla fattoria degli animali di Singer. L'assunto "tutti gli animali sono uguali" incomincia a scricchiolare, ad apparire in effetti un po' troppo roboante: qualcuno, in realtà, è più uguale degli altri.

L'attribuzione della soggettività morale attraverso il riconoscimento di certi stati mentali o di determinate capacità cognitive si rivela un modo fallace di porre il problema del rapporto tra uomini e animali. Si ripete il medesimo errore in cui si incorre quando si tenta di attribuire lo *status* morale attraverso l'individuazione di caratteristiche che un soggetto, non necessariamente umano od animale non umano, deve avere. Come si può usare una percezione soggettiva (ad esempio, l'autocoscienza o la razionalità) per fondare una oggettiva gerarchia di valori di cui valersi per assegnare ad un individuo lo *status* di agente morale o di paziente morale? Come è possibile oggettivamente attribuire o negare una sensazione che solo noi stessi possiamo provare? ⁽⁴⁶⁾

Il rischio ancora una volta è quello di assimilare l'animale all'uomo. Come ha osservato Viola, il presupposto di questi ragionamenti, sui quali si vorrebbe stabilire moralmente il rapporto tra uomini ed animali, si "basa sulla convinzione antropomorfa per cui, se si riconosce agli animali una qualche forma di coscienza o di pensiero, allora questa sarà la *nostra* forma di coscienza e di pensiero, per quanto affievolita" ⁽⁴⁷⁾. Questa teoria rischia di generare un processo di assimilazione dell'animale all'uomo provocando una forma di *specismo a rovescio* o, peggio, promuovendo una forma di anti-umanesimo misantropo. Osserva Viola: "Si riconosce dignità agli animali perché hanno le stesse qualità degli uomini" o si riconosce "dignità agli uomini perché hanno le stesse qualità degli animali, come a volte sembra pensare Singer" ⁽⁴⁸⁾.

Anche il porre sullo stesso piano lo specismo e le due forme storiche di discriminazione intraspecifica, quali il razzismo e il sessismo, come ho già avuto modo di evidenziare, appare una evidente forzatura concettuale.

Mentre il concetto di specie è un legame biologico innato, la nozione di razza ha un'origine culturale che scaturisce dalla credenza presente in ideologie storico-sociali fondate sul falso presupposto della superiorità di certi popoli su altri. Si potrebbe obiettare al rilievo di questa differenza che anche un concetto fondato su un dato biologico non è una condizione sufficiente per giustificare un determinato trattamento morale. Come un

⁽⁴⁶⁾ Cfr. R. WEISS, *The Perils of Personhood*, in «Ethics», 1978, pp. 66-75.

⁽⁴⁷⁾ F. VIOLA, *Dalla natura ai diritti*, op. cit., pp. 175-176.

⁽⁴⁸⁾ Ivi, p. 176.

elemento qualificativo culturale non è un dato rilevante eticamente, se non supera da un punto di vista logico quello che Moore chiamava *the open question argument* ⁽⁴⁹⁾, così allo stesso modo si può replicare a chi fa riferimento ad un dato biologico. Anche in questo caso si deve dimostrare *perché* un fatto biologico o una tendenza naturale rilevino sotto il profilo pratico. Dunque, si deve chiedere se davvero il confine della specie è un concetto insignificante da un punto di vista etico. Si può veramente farne a meno?

Esiste una differenza tra razzismo e specismo che potrebbe aiutarci a capire fino a che punto il concetto di specie serve per attuare un ragionamento morale. Questa differenza può essere desunta dalla constatazione in forza della quale “le razze umane non sono raggruppamenti significativi, le specie animali lo sono. Non è mai vero che per sapere come trattare un essere umano si debba sapere a quale razza appartiene. Ma nel caso degli animali, la conoscenza della specie è assolutamente indispensabile” ⁽⁵⁰⁾. Questa affermazione può essere discussa sotto molti profili, ma contiene un nucleo di verità. Da un punto di vista scientifico il concetto di specie è un concetto relativo; l’idea platonica della fissità della specie è stata completamente smentita dalla teoria di Darwin. Rimane, però, un modello scientifico e tassonomico di riferimento, di cui non si può fare a meno, non foss’altro perché il principio darwiniano di continuità interspecifica rimane comunque compatibile “con la differenziazione specifica, altrimenti su basi evoluzionistiche si dovrebbe affermare che in realtà esiste un’unica categoria comprendente tutti i viventi” ⁽⁵¹⁾.

Certamente Darwin respingeva l’esistenza eterna e la stabilità eterna delle specie, ma in un senso diverso rispetto a coloro i quali oggi affermano che la classificazione delle specie sia una convenzione sociale puramente arbitraria. Darwin negava piuttosto la consistenza storica immutabile delle specie, ma la biologia darwiniana non ha mai disconosciuto la realtà delle specie come generi naturali. Ovviamente, la specie umana, come tutte le altre specie, non è eterna, ma è il risultato contingente della storia evolutiva.

La nozione di specie può essere considerata una forma di distinzione, viceversa la nozione di razza è una forma di discriminazione. Non solo, ma l’equiparazione tra razza e specie ha costituito la base del razzismo ed è proprio attraverso il concetto di specie che sul piano teorico si è combattuto il razzismo: “*tutti gli uomini appartengono alla medesima specie*. È questo un chiaro esempio di uso morale del concetto di specie” ⁽⁵²⁾.

⁽⁴⁹⁾ G. E. MOORE, *Principia Ethica*, Bompiani, Milano, 1972.

⁽⁵⁰⁾ M. MIDGLEY, *Perché gli animali*. op. cit., p. 106.

⁽⁵¹⁾ F. VIOLA, *Dalla natura ai diritti*, op. cit., p. 200.

⁽⁵²⁾ Ivi, p. 199.

Se ritorniamo a riflettere sul valore epistemico del concetto di specie possiamo inoltre comprendere il motivo per cui questo concetto è rilevante moralmente: non è un concetto etico in se stesso, ma esprime una indicazione epistemica fattuale, necessaria per la formulazione di un giudizio di valore circa la qualità della vita di un individuo.

Scrivono Spaemann: “Le specie biologiche sono in se stesse modi della normalità, forme normali del vivente. Esse sono risultati del disporsi in *nicchie ecologiche*, che garantiscono la soddisfazione di determinate aspettative e in tal modo la conservazione di una specie. L’aspirazione particolare di ciascuna specie è connessa a un determinato atteggiamento di attesa, che considera il sopraggiungere di ciò che è atteso come caso normale, e il non sopraggiungere di esso come deviazione, come anomalia. Non esiste nessuna vita, e nemmeno la vita umana, senza una tale normalità che prestrutturi un’aspettativa”⁽⁵³⁾.

Senza il concetto di specie sarebbe impossibile giustificare l’idea morale dell’uguaglianza interspecifica, poiché se esistessero solo individui acosmici non potremmo affermare né la loro uguaglianza né la loro disuguaglianza. La specie funge da normalità biologica in base alla quale poter strutturare il giudizio morale, poiché “si è uguali all’interno di una categoria”⁽⁵⁴⁾. Questo, però, non deve far pensare che la distinzione normale-normativo, che il concetto di specie permette di compiere, implichi “l’eventuale superiorità ontologica ed etica dell’uomo”⁽⁵⁵⁾, anzi essa permette di rivendicare il valore della diversità, di evitare l’alternativa tra un animale umanizzato e uno reificato, di valorizzare tutti gli esseri viventi, animali umani e animali non umani⁽⁵⁶⁾.

4.3. *L’argomento dei casi marginali* – Anche il terzo argomento, quello dei *casi marginali umani*, assume un ruolo centrale per coloro che accordano tutela al diritto alla vita sulla base del livello di sensibilità al dolore.

I *casi marginali* sono “quegli esseri umani che per difetto di nascita o per malattia sono carenti di quelle capacità che di solito caratterizzano la specie cui appartengono”⁽⁵⁷⁾.

Il caso degli uomini marginali dovrebbe rinforzare la tesi singeriana in base alla quale non esiste una aprioristica superiorità della specie umana rispetto alle altre specie. Se il criterio discriminante è “essere in grado di avere

⁽⁵³⁾ R. SPAEMANN, *Persone. Sulla differenza tra qualcosa e qualcuno*, Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 45.

⁽⁵⁴⁾ F. VIOLA, *Dalla natura ai diritti*, op. cit., p. 198.

⁽⁵⁵⁾ Ivi, p. 202.

⁽⁵⁶⁾ L. BATTAGLIA, *Etica e diritti degli animali*, Laterza, Roma-Bari, 1997, pp. 55-57.

⁽⁵⁷⁾ S. CASTIGNONE, *Nuovi diritti e nuovi soggetti*, ECIG, Genova, 1996, p. 126.

interessi attuali, non potenziali”, allora ne consegue che non è lecito effettuare sperimentazioni su animali non umani o produrre allevamenti intensivi a scopo alimentare di animali non umani che hanno un grado di intelligenza e di autocoscienza maggiore dell’umano menomato.

Se ciò che conta moralmente è il possesso delle qualità cognitive, allora è moralmente sbagliato usare nella sperimentazione un topo adulto anziché un neonato cerebroleso⁽⁵⁸⁾. Singer propone esplicitamente di utilizzare embrioni umani come cavie al posto di animali⁽⁵⁹⁾. Viceversa Silvana Castignone si affretta a dire che “sia chiaro che i suoi sostenitori [dell’argomento dei casi marginali] non intendono affatto usare gli idioti per la sperimentazione o simili: vogliono invece estendere lo schermo protettivo anche agli animali”⁽⁶⁰⁾.

Io dubito che questo obiettivo sia stato raggiunto.

Se l’argomento degli uomini marginali assume un ruolo centrale per fondare il diritto alla vita o per essere lasciati stare in base alla comparazione del livello di consapevolezza, intelligenza e sensibilità, allora esso si rivela un micidiale boomerang per chi lo sostiene. Esso, infatti, anziché permettere di allargare lo schermo protettivo, lo restringe lasciando fuori i soggetti che non soddisfano le caratteristiche forti della loro specie⁽⁶¹⁾. Tutt’al più il caso degli uomini marginali si doveva addurre quale argomento *ad hominem*, cioè contro coloro i quali fondavano il diritto alla vita sulla presenza di determinate caratteristiche psichiche. Ma questo è esattamente il contrario di quanto propugnato dall’utilitarismo animalista, che ha sostenuto la differenza tra persone e non-persone producendo l’effetto inverso a quello voluto.

Se la distinzione di specie non rileva moralmente, in che modo si dovrà tenere conto delle differenze tra esseri di specie diversa, affrontando il problema dell’uguaglianza interspecifica? Osserva Midgley: “Essere cannibali è lo stesso che essere carnivori o c’è una significativa differenza? [...] Come va risolto il problema della priorità?”⁽⁶²⁾.

Su questa stessa linea argomentativa, anche Cora Diamond nel suo saggio *Eating Meat and Eating People* si chiede che cosa implichi il fatto che non si mangino le persone. Se si adottasse la strategia animalista, si dovrebbe rispondere che non si mangiano le persone perché si riconoscono loro gli stessi diritti

⁽⁵⁸⁾ Scrive Singer: “Perché mai dovremmo trattare come sacra la vita di un bambino anencefalico e sentirci liberi di uccidere dei babbuini sani per prelevarne gli organi?”; cfr. P. SINGER, *Etica pratica*, op. cit., p. 186.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. P. SINGER, D. WELLS, *The Reproductive Revolution. New Ways of Making Babies*, OUP, Oxford, 1984.

⁽⁶⁰⁾ S. CASTIGNONE, *Nuovi diritti e nuovi soggetti*, op. cit., p. 128.

⁽⁶¹⁾ Il punto è sottolineato da P. BECCHI, *Questioni vitali. Per una critica dell’«etica pratica» di Peter Singer*, op. cit., p. 708.

⁽⁶²⁾ M. MIDGLEY, *Perché gli animali*. op. cit., p. 110.

degli esseri capaci di provare piacere e dolore. Ma questo tipo di argomentazione non è a difesa degli animali, ma è di attacco alla vita umana: “To argue otherwise, to argue as Singer and Reagan do, is not to give a defense of animals; it is to attack significance in human life”⁽⁶³⁾. L’argomento dei casi marginali intende dimostrare che, se si vuole eseguire un esperimento su esseri non umani, si deve essere disposti a farlo anche su esseri umani aventi le stesse capacità; allo stesso modo se si vogliono mangiare animali, si devono mangiare esseri umani di capacità e di interessi simili agli animali stessi. Questo modo di ragionare, al di là delle conclusioni ripugnanti implicate⁽⁶⁴⁾, oscura completamente la nozione di soggettività, cioè il modo di essere di una persona.

Significa dimostrare di non possedere il concetto di essere umano, al quale si collega una varietà di atteggiamenti, di sensi di ciò che gli è proprio, di un atteggiamento complessivo di considerazione degli altri esseri umani.

L’essere senziente non è uno stato di coscienza: avere attitudini o avere una sensibilità non coincide con l’“avere interessi”.

Scrivono Spaemann: “l’incondizionatezza del non ucciderai proviene da un volto umano di volta in volta determinato”⁽⁶⁵⁾. Solo l’appartenenza biologica alla specie umana, e non un criterio determinato da altri uomini, costituisce titolo per il riconoscimento dello status morale: “se qualcuno esiste, egli è esistito da quando esiste questo organismo umano individuale, ed egli esisterà fino a che questo organismo vive”⁽⁶⁶⁾.

5. *Conclusion: «All animals are equal but some animals are more equal than others (George Orwell)»*

“Tutti gli animali sono uguali” afferma Singer. Ma in un’intervista, rilasciata nel 1999, alla domanda dell’intervistatore che gli chiedeva se non ci fosse contraddizione tra la sua affermazione (i malati gravi di Alzheimer non sono da considerare persone meritevoli di ricevere cure e risorse sanitarie) e il suo comportamento personale (continuava a curare, insieme con la sorella, la madre affetta dal morbo di Alzheimer), Singer rispondeva testualmente: “I think this has made me see how the issues of someone with these kinds of problems are really very difficult. Perhaps it is more difficult than I thought before, because it is different when it’s your mother”⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶³⁾ C. DIAMOND, *Eating Meat and Eating People*, in Id., *The Realistic Spirit*, Cambridge University Press, Mass, 1991, p. 325.

⁽⁶⁴⁾ R. STREIFFER, *In Defense of The Moral Relevance of Species Boundaries*, in «American Journal of Bioethics», 3, 2003, pp. 37-38.

⁽⁶⁵⁾ R. SPAEMANN, *Personne*, op. cit., p. 241.

⁽⁶⁶⁾ Ibidem.

⁽⁶⁷⁾ The New Yorker, September, 6, 1999.

Dunque, Singer, contrariamente agli argomenti avanzati a difesa della tesi dell'*animalismo trascendentale*, risponde che sua madre, pur affetta dal morbo di Alzheimer, continuava, nonostante tutto, ad essere sua madre, e questo fatto gli impediva di considerarla una mera «carcassa biologica».

Ebbene, nel romanzo *La fattoria degli animali* di George Orwell vigeva la regola secondo la quale tutti gli animali erano uguali. Ci si accorse, ben presto, che quella regola valeva solo per gli animali che vivevano *dentro* la fattoria, non valeva per quelli che stavano *fuori*. Evidentemente, anche la fattoria umana di Singer segue la stessa regola.

ABSTRACT

The aim of this essay is to demonstrate that the *Singer's Theory*, according to which speciesism is a discrimination like sexism and racism, is fundamentally mistaken. According to Singer, speciesism describes the discrimination that members of the human species perpetrated against non-human animals, in the same way that there was discrimination against women and *blacks people*. In disagreement with Singer, there is a difference between speciesism and racism, and between speciesism and sexism. In fact, while sexism and racism are kinds of discrimination, on the contrary the speciesism is a significant kind of difference: the concept of species is not a moral concept in itself, but it is an needed epistemic modality for moral decision-making.

Lo scopo di questo saggio è quello di dimostrare che la teoria di Singer, secondo la quale lo specismo è una discriminazione al pari del sessismo e del razzismo, è fondamentalmente sbagliata. Secondo Singer, il termine specismo descrive la discriminazione che gli appartenenti alla specie umana perpetrano contro gli esseri viventi non-umani, allo stesso modo in cui c'è stata discriminazione contro le donne e le persone di colore.

Contrariamente alla tesi di Singer, esiste una differenza tra specismo e razzismo, e tra specismo e sessismo: infatti mentre il sessismo e il razzismo sono forme di discriminazione, viceversa lo specismo è una forma di distinzione moralmente necessaria: il concetto di specie non è un concetto morale in se stesso, ma esprime una indicazione epistemica necessaria per formulare un giudizio morale.

CESARE BELLUZZI

«REICHSSTEUERREFORM»
PRESUPPOSTI, CARATTERISTICHE
ED EFFETTI DI UNA RIFORMA TRIBUTARIA

Germania 1919-1933

SOMMARIO: I 1) Weimar tra moderatismo politico e progettualità riformatrice – I 2) L'inidoneità dell'armatura amministrativa bismarckiana innanzi alle esigenze belliche – I 3) L'avvento del «Volksstaat» è condizionato dall'esito inaspettato del conflitto – II 1) La Costituzione di Weimar: l'assetto istituzionale fra i singoli «Staaten» e il «Reich» – II 2) Il rapporto tra intervento pubblico ed economia privata – III 1) Gli ambiziosi obiettivi della «Reichssteuerreform» – III 2) Gli effetti della «Große Inflation» sulla finanza privata e quella pubblica – III 3) Un regime fiscale oltremodo severo: l'imposizione diretta – III 4) segue: l'imposizione indiretta – IV) La logica compromissoria del «Finanzausgleich» – V 1) La RAO e le sue fondamenta dogmatiche – V 2) segue: le sue principali caratteristiche – VI) Epilogo – VII) Bibliografia.

I 1) *Weimar tra moderatismo politico e progettualità riformatrice*

L'esperienza della c. d. «Repubblica di Weimar»⁽¹⁾, è piuttosto breve: poco meno di quattordici anni allo scadere dei quali subentra, a seguito di un plebiscito⁽²⁾ un regime totalitario tra i più spietati.

Le ragioni di quest'esito sono molteplici, tuttavia, in seno alla sterminata bibliografia⁽³⁾ riguardante questa pagina di storia, si possono cogliere due indirizzi storiografici precipui: da un lato, lo si addebita alla mancanza di un

⁽¹⁾ Nella «Grundgesetz» del 1919 l'espressione «Repubblica» non compare: per il giurista tedesco del tempo è il concetto di «Reich» o «Impero» che assicura la continuità delle antecedenti Costituzioni con quella di Weimar.

⁽²⁾ W. SHIRER, *The Rise and Fall of the Third Reich*, 1959, trad. it., *Storia del Terzo Reich*, Torino, 1962, pp. 305 seg.

⁽³⁾ Un'eccellente bibliografia ragionata inglese, elenca, a tal riguardo, più di 4500 titoli (P. D. STACHURA, *The Weimar Era and Hitler 1918-1933. A Critical Bibliography*, Oxford, 1977).

assetto politico-istituzionale originario sufficientemente *alternativo* a quello antecedente.

Le successive crisi economico-finanziarie (che pure non vengono mai sottaciute) avrebbero semplicemente evidenziato un'endemica carenza d'efficienza e di autorità dell'apparato istituzionale, centrale e periferico⁽⁴⁾.

Dall'altro, si tende a giustificare il crollo della Repubblica chiamando in causa elementi non direttamente riconducibili alle scelte strategiche compiute dai Costituenti, come, ad es., la sciagurata miopia rivendicativa degli Alleati, il subentro della grande Depressione e, ultimo ma non ultimo, il sorgere del Nazismo⁽⁵⁾.

Unanime è il riconoscimento che col *Diktat* di Versailles, i vincitori sarebbero venuti meno al principio dominante nelle Cancellerie europee fin dai tempi della pace di Utrecht, secondo il quale al vinto poteva essere tolto tutto ma non la possibilità di sopravvivere come autonoma compagine politico-istituzionale autonoma⁽⁶⁾.

Alla Germania sarebbero state imposte condizioni capestro, sia in riferimento al suo assetto territoriale⁽⁷⁾, sia alle riparazioni di guerra⁽⁸⁾.

Invero il "moderatismo" di Weimar non può essere spiegato, in termini di opportunismo politico spicciolo e contingente⁽⁹⁾: semmai è il frutto culturale

⁽⁴⁾ A. ROSEMBERG, *Entstehung der Deutschen Republik, 1871-1918*, Berlin 1928, trad. it., *Le origini della Repubblica di Weimar*, Firenze 1972; ID., *Geschichte der deutschen Republik*, Karlsbad 1935, trad. it., *Storia della Repubblica di Weimar*, Firenze 1972; E. VERMEIL, *L'Allemagne contemporaine, sociale, politique, culturelle*, Paris 1953, trad. it., *La Germania contemporanea*, Bari 1956; G. E. RUSCONI, *La crisi di Weimar. Crisi di sistema e sconfitta operaia*, Torino 1977; H. SCHULZE, *Weimar: Deutschland 1917-1933*, Berlin 1982, trad. it., *La Repubblica di Weimar. La Germania dal 1918 al 1933*, Bologna 1993; ID., *Die keinesweg Goldenen Zwanziger Jahre. Steuerpolitik zwischen Inflation und Wirtschaftskrise 1919-1932*, in *Mit dem Zehnten fing es an*, München 1992, a cura di U. SCHULTZ.

⁽⁵⁾ E. EYCK, *Geschichte der Weimarer Republik*, Zürich 1954, trad. it., *Storia della Repubblica di Weimar*, Torino 1966; F. K. MANN, *Steuerpolitische Ideale*, s. l. 1937, rist. anast., 1978.

⁽⁶⁾ H. SCHULZE, *La Repubblica di Weimar*, cit., p. 228.

⁽⁷⁾ Nel novembre 1934, il novello *Führer* fa tenere un plebiscito riguardante la sua decisione di uscire, in polemica contro il *Diktat* imposto a Versailles, dalla Società delle Nazioni; orbene, 2154 internati su 2242 del nuovissimo *Arbeitslagern* di Dachau, approvano incondizionatamente il suo operato (W. SHIRER, *Storia del Terzo Reich*, cit., pp. 326 seg.).

⁽⁸⁾ In conformità all'Art. 233 del trattato di Versailles, la Germania è tenuta ad anticipare ai vincitori, entro il primo maggio 1921, a titolo di riparazioni di guerra, la somma di 20 miliardi di marchi-oro (da qui in poi: *Rmk.*) su un debito complessivo di 132.

⁽⁹⁾ Forse è opportuno rimarcare che per aver dato attuazione ai loro propositi, molti di questi "moderati" saranno assassinati da *ultrà* di destra (A. ROSEMBERG, *Storia della Repubblica*, cit., pp. 121 seg.)

di una plurisecolare esperienza storica caratterizzata dal rifiuto, anzi dalla demonizzazione di qualsiasi frattura rivoluzionaria⁽¹⁰⁾.

A differenza del Regno Unito e della Francia, la Germania non ha mai avuto un ceto borghese capace di modellare lo Stato a propria immagine e somiglianza⁽¹¹⁾ e, per l'effetto, la vicenda tedesca ha finito per assumere connotazioni peculiari, affidando soprattutto ad un efficiente corpo di funzionari⁽¹²⁾, il compito storico di mettere il Paese al passo dei nuovi compiti sociali ed economici⁽¹³⁾.

Invero, l'*establishment* tedesco riesce a darsi una «Grundgesetz» per la quale non vale assolutamente il giudizio espresso per la *Charta* redatta dai logorroici e moderati borghesi del 1849⁽¹⁴⁾, reputata progressista solo per stigmatizzare la successiva ondata restauratrice⁽¹⁵⁾, ma questo approdo è condizionato dall'esito inaspettato del conflitto che sgretola così repentinamente gli antecedenti equilibri politici in seno al «Reich», da «spiazzare» tutto il fronte progressista e costringerlo a costruire nel minor tempo possibile, un'armatura istituzionale capace di arginare, sia gli effetti più crudi della

⁽¹⁰⁾ H. PREUSS, *Entwicklung des Deutschen Städtewesens. Entwicklungsgeschichte der Deutschen Städteverfassung*, Leipzig, 1906, rist. an., 1965, pp. 116 seg., pp. 195 seg.; H. LUTZ, *Zwischen Habsburg und Preußen. Deutschland 1815-1866*, Berlin 1985, trad. it., *Tra Asburgo e Prussia. La Germania dal 1815 al 1866*, Bologna 1992, pp. 399 seg.; H. MÖLLER, *Fürstestaats oder Bürgernation: Deutschland 1763-1815*, München 1989, trad. it., *La Germania dal 1763 al 1815*, Bologna 2000, pp. 62 seg., pp. 722 segg.

⁽¹¹⁾ Si consideri che nelle diverse Costituzioni concesse in Germania all'indomani del ventennio napoleonico (Baviera, Baden, Württemberg, Assia-Darstadt) non si parla mai, né di «Urrechte», né di «Menschenrechte», bensì di «bürgerliche und politische Rechte» o «staatsbürgerliche Rechte» (G. GOZZI, *Stato di Diritto e diritti soggettivi nella storia costituzionale tedesca*, in *Lo Stato di Diritto. Storia, teoria, critica*, a cura di P. COSTA e D. ZOLO, Milano 2003, pp. 263 seg.).

⁽¹²⁾ «Nel complesso, il diritto d'impiego è di gran lunga il migliore d'Europa, cioè del mondo. La Germania è il paese classico della burocrazia nel mondo europeo, come la Cina in Asia e l'Egitto nell'antichità» (O. HINZE, *Der Beamtenstand*, in «Vorträge der Gehe-Stiftung zu Dresden», 3, 1911, ora in *Gesammelte Abhandlungen*, II: *Soziologie und Geschichte*, a cura di G. Oestreich, Göttingen, 1964, II ed., trad. it., *Il ceto dei funzionari*, Bologna, 1980, p. 179); v. inoltre, H. SCHULZE, *La Repubblica di Weimar*, cit., pp. 124 seg.

⁽¹³⁾ L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, pp. 174 seg.

⁽¹⁴⁾ Il giovane Otto von Bismarck, definisce quanto prospettato dalla Dieta di Francoforte un «contenuto di chiacchiere». La convinzione che durante le sedute nella *Paulskirche* si sia perso tempo in sterili discussioni è condivisa da diversi costituenti di Weimar; Max Weber considera «Tinenfasspolitik», l'ingenua progettualità politica dei liberali tedeschi di allora, ossia «politica da calamaio» (E. EYCK, *Storia della Repubblica di Weimar*, cit., p. 80).

⁽¹⁵⁾ A. ROSEMBERG, *Storia della Repubblica*, cit., pp. 83 seg.; H. LUTZ, *Tra Asburgo e Prussia*, cit., pp. 356 seg. e pp. 385 seg.

sconfitta militare⁽¹⁶⁾, sia il radicalismo politico insito nel pieno recepimento del modello di «Rätedemokratie» caldeggiato dal movimento «spartachista»⁽¹⁷⁾.

Ma a questo palese sforzo di evitare una frattura di tipo giacobino, non conseguono scelte schiettamente conservatrici o addirittura forcaiole, anzi, i “moderati” di Weimar si apprestano a varare una Costituzione che contempla quei «diritti sociali» esplicitati in precedenza solo nel progetto di costituzione elaborato dalla Convenzione del 1793⁽¹⁸⁾.

Sulla medesima «Legge fondamentale» poggiano, inoltre, due progetti riformatori di enorme importanza, l'uno riguardante la struttura e la funzione della nuova armatura amministrativa, di cui alla «Gesetz über die Reichsfinanzverwaltung» o «Legge sull'amministrazione finanziaria del Reich» del 10 settembre 1919; l'altro riguardante una «Reichssteuerreform» destinata ad innovare tutto l'ordinamento tributario, recepiti entrambi nella «Reichabgabenordnung vom 13 dezember 1919», pubblicata sulla G.U. del 22 dello stesso mese ed entrata in vigore l'antivigilia di Natale.

Quest'ultima non solo ha un'importanza decisiva per la genesi e la nascita di una nuova disciplina giuridica – il «giustributarismo», prima in Germania, poi in tutta Europa – ma perché è finalizzata al sostegno di una «Sozialpolitik» assai ambiziosa e tuttavia ammirata ed imitata in ogni paese restituito alla democrazia, alla fine del secondo conflitto mondiale.

Weimar è infatti il prototipo di una «Democrazia Contrattata»⁽¹⁹⁾ ove, per la prima volta al mondo, all'intervento pubblico viene riservato il compito strategico di *contenere* gli effetti negativi causati dall'accumulazione capitalistica, intervento tuttavia largamente dominato – grazie al sistema propor-

⁽¹⁶⁾ Nell'autunno del 1918 la Germania è alla fame e al gelo: mancano circa 4000 carri ferroviari al giorno senza i quali è impossibile rifornire a sufficienza le grandi città industriali; con la fine della guerra la smobilitazione dell'esercito va ad ingrossare l'eccedenza di manodopera prodotta dal venir meno delle commesse militari (E. EYCK, *Storia della Repubblica di Weimar*, cit., p. 36; R. B. ASPREY, *L'alto comando*, cit., pp. 308 ss. e p. 453).

⁽¹⁷⁾ P. FRÖLICH, *Rosa Luxemburg. Gedanke und Tat*, Frankfurt a. M. 1967, trad. it., *Rosa Luxemburg*, Firenze 1969; G. BADIA, *Le Spartakisme. Le dernières années de Rosa Luxemburg et de Karl Liebknecht, 1914-1919*, trad. it., *Il movimento spartachista. Gli ultimi anni di Rosa Luxemburg e di Karl Liebknecht*, Roma 1970, pp. 131 segg.

⁽¹⁸⁾ Come è noto una «Costituzione giacobina» non è mai entrata in vigore; si parla infatti di Atto costituzionale del 24 giugno 1793 e «Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino» (del termine «devoirs» non si fa menzione per volere di Robespierre) mentre tutto è rimasto allo stadio di semplice progetto; la nuova *Charta* sarà quella del 6 Fruttidoro dell'anno III (22 agosto 1795) introdotta seguito alle vicende di Termidoro (A. SAITTA, *Costituenti e costituzioni, della Francia rivoluzionaria e liberale (1789-1875)*, Milano 1975).

⁽¹⁹⁾ G. E. RUSCONI, *La crisi di Weimar*, cit., pp. 14 seg.

zionale puro operante ad ogni livello e in seno ad ogni Ente territoriale – da una logica compromissoria che comporta non tanto il superamento dei problemi strutturali che affliggono lo Stato e la società civile, quanto il rinvio *sine die* della loro soluzione.

Di qui la scelta, ben poco innovativa, di invocare il futuro in soccorso del presente, di indebitarsi massicciamente verso l'estero⁽²⁰⁾ che, subentrata una crisi finanziaria di portata mondiale, comporterà l'azzeramento di ogni capacità dell'Esecutivo *pro tempore* di varare misure anti-congiunturali analoghe a quelle promosse negli U.S.A. e negli altri paesi Europei⁽²¹⁾.

I 2) *L'inidoneità dell'armatura amministrativa bismarckiana innanzi alle esigenze belliche*

Gli spazi d'autonomia amministrativa di cui gode ciascuno dei venticinque «Staaten»⁽²²⁾, che compongono la «Confederazione germanica», ai sensi della *Charta* del 4 aprile 1871, sono immensi: il «Il Reich tedesco» come troviamo scritto in uno dei più autorevoli commentari di Diritto Costituzionale del tempo «non è una persona giuridica di 40 milioni di membri, bensì di 25 membri»⁽²³⁾.

La «Grundgesetz» bismarckiana pone, da un lato, un nesso inscindibile tra il rinvenimento delle risorse finanziarie a favore degli Esecutivi («Regierungen») dei singoli «Staaten» della Confederazione germanica, rispetto al «Reich» e, dall'altro, tra gli assetti politico istituzionali presenti all'interno di ciascun «Staat» e quello operante all'interno del Parlamento nazionale («Reichstag»).

La sovranità tributaria («Steuerhoheit») a livello legislativo, amministrativo e giurisdizionale sulle imposte dirette spetta ai singoli «Staaten» e ai relativi comuni («Gemeinden»).

⁽²⁰⁾ Onde Berlino si lamenterà della condotta degli «Städtkammerer» locali e questi risponderanno di conformarsi a quella del «Finanzminister» (H. SCHULZE, *Die keinesweg Goldenen*, cit., p. 215).

⁽²¹⁾ Da cui l'impossibilità di proporre al cittadino-contribuente tedesco alcunché di alternativo ad una feroce stretta deflattiva ed impositiva, in attesa dei primi sintomi di ripresa, con il solo conforto della retorica dell'assennatezza, peraltro ancor oggi presa molto sul serio e dunque da esplicitarsi: «combattere la fuga dei capitali», «controllare i monopoli e le Banche», «abbassare i dazi sui prodotti di largo consumo», «creare nuovi posti di lavoro», etc. (G. E. RUSCONI, *La crisi di Weimar*, cit., p. 304 seg.).

⁽²²⁾ G. RITTER, *Staatskunst und Kriegshandwerk. Das Problem des Militarismus in Deutschland*, 3 voll., München 1964-1968, trad. it., *I militari e la politica nella Germania moderna*, vol. II, cit., p. 454 segg.

⁽²³⁾ P. LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reichs*, vol. I, Tübingen 1876, pp. 87 seg.

Al «Reich» viene attribuita esclusivamente la «Steuerhoheit» sulle imposte indirette ma delle tre funzioni attinenti a quest'ultima gli spetta solo quella legislativa («Steuerrechtssetzung»).

In buona sostanza, al singolo «Staat» viene lasciata non solo la più ampia discrezionalità in tema di imposte dirette, a discapito dell'uniformità di trattamento del singolo contribuente tra Stato e Stato, ma pure la giurisdizione sulle imposte indirette e l'amministrazione delle medesime.

Allo stesso tempo, la «Regierung» di ciascun «Staat» è espressione di un sistema elettorale censitario: ogni Parlamento locale viene eletto col sistema indiretto, secondo il sistema «delle tre classi» («Dreiklassenwahlrecht») con gli elettori ripartiti in 3 sezioni a seconda dell'ammontare dell'imposta pagata⁽²⁴⁾.

Ogni sezione elegge lo stesso numero di elettori destinati a loro volta a nominare i deputati al «Landtag»; inoltre, poichè l'esercizio dell'elettorato passivo non è concesso a tutti gli elettori ma solo ha chi possiede un certo censo e grado di istruzione, coloro che pagano la «Klassensteuer» più esigua, in quanto appartenenti alla classe meno abbiente, pur essendo più numerosi dei «possidenti», hanno ben poche probabilità di veder prevalere i propri rappresentanti alla «Camera bassa» o «Bundesrat», vero e proprio «sovano collettivo del Reich»⁽²⁵⁾.

Ogni «Landtag» designa con mandato imperativo i propri rappresentanti al «Bundesrat», assemblea elettiva verso la quale il Kaiser non può esercitare alcun diritto di veto, mentre il *placet* della medesima è indispensabile per procedere allo scioglimento del «Reichstag».

Le decisioni del «Bundesrat» sono prese a maggioranza e a ciascun «Staat» spetta un certo numero di seggi: la Prussia, cuore storico della conservazione tedesca ha 17 voti su 43, e poichè per ogni modifica del meccanismo elettorale la *Charta* del 1871 richiede i 2/3 dei voti, il «Landtag» più conservatore è in grado di bloccare ogni eventuale ipotesi riformatrice prospettata in seno al «Bundesrat», a cominciare ovviamente da quelle concernenti l'organizzazione amministrativa del «Reich», dato che le maggioranze presenti nella maggior parte dei «Landtag» sono composte da «moderati» che non hanno alcun interesse a far sì che, venendo meno, l'assoluta «Finanzhoheit» della propria «Regierung», s'apra un varco all'av-

(24) Nonostante l'abolizione della «Klassensteuer» a seguito dell'introduzione della «Miquelsche Preussische Steuerreform», imposta personale e progressiva mediante dichiarazione (v. o. nel testo), il sistema a doppia votazione viene preservato favorendo in tal guisa lo schieramento conservatore: nel 1913 al *Landtag* prussiano vanno 315 seggi alla Destra; 103 al *Zentrum*; 15 alle minoranze linguistiche e 10 ai socialdemocratici. (A. ROSEMBERG, *Le origini della Repubblica*, cit., p. 260, n. 11).

(25) P. LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reichs*, cit.

vento di una Amministrazione centralizzata stabile, dotata di sistemi di gestioni uniformi e, per ciò stesso, molto più invasiva ed occhiuta⁽²⁶⁾.

Subentrando un tipo di guerra che richiede a ciascun contendente la mobilitazione integrale di ogni risorsa nazionale, l'assenza di un unico apparato amministrativo centralizzato viene stigmatizzata dai reggitori dello Stato Maggiore Imperiale, i quali, in virtù dei poteri pressoché dittatoriali che si sono attribuiti iniziano *di fatto* a comprimere duramente gli antecedenti spazi d'autonomia amministrativa degli «Staaten»⁽²⁷⁾.

Paradossalmente è la necessità di rastrellare ulteriori risorse finanziarie per condurre innanzi un conflitto che, a differenza delle previsioni, appare sempre più logorante, a comportare una prima riforma in senso centralizzato dell'Amministrazione del «Deutsches Reich», già miraggio dei liberali tedeschi⁽²⁸⁾.

Si tratta di introdurre un tributo destinato ad avere un'immensa fortuna in tutta Europa, l'«Umsatzsteuer» o «Imposta sugli scambi», sulla quale verrà modellata, a seguito delle Direttive Comunitarie, l'odierna I.V.A.⁽²⁹⁾.

Questa imposta nata, come molti tributi destinati a divenire ordinari, in occasione di un evento straordinario è, fin dal suo primo apparire, l'espressione dialettica e contraddittoria dei rapporti istituzionali vigenti *pro-tempore* nel «Deutsches Reich».

La sua «veste» originaria infatti non ha assolutamente nulla di irrituale poiché è quella collaudatissima della «Stempelsteuer» o «Imposta di bollo».

Essa va a colpire (per il momento) con un'aliquota del 0,1%, le sole forniture di beni («Warenumsatz») riguardanti l'apparato bellico, ma poiché

⁽²⁶⁾ Timore assolutamente fondato; ricorda a tal proposito Enno Becker, redattore della «Steuerreform» (v. o. nel testo): «Quando a suo tempo ... dovevo progettare la R A O, mi fece grande impressione vedere affisso in una pubblica Cassa di Risparmio questo avviso: assoluta segretezza di fronte alle autorità fiscali; io mi dissi: *ciò deve mutare radicalmente* e ho fatto di tutto per operare questo cambiamento» [il corsivo è mio] (E. BECKER, *Accentramento e sviluppo del Diritto tributario tedesco*, in «Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze», 1937- I, pp. 161 seg.).

⁽²⁷⁾ G. RITTER, *I militari e la politica nella Germania moderna*, vol. II, cit., p. 454 segg.

⁽²⁸⁾ H. LEIDER, *Die Begründung der Reichfinanzverwaltung*, Bonn 1964, p. 54.

⁽²⁹⁾ Invero il termine «imposta sul valore aggiunto» è reso in tedesco dall'espressione «Mehrwertsteuer», tuttavia la discrepanza è apparente: come si legge nell'«Introduzione» all'*UmsatzsteuergesetzKommentar*, BUNJENS-GEIST, Beck'sche Verlags Buchhandlung, München 1993, p. 2, «Il diritto odierno considera il fatturato netto secondo il «sistema del valore aggiunto con detrazione», mentre prima dell'entrata in vigore della riforma del 1968, il sistema non ammetteva detrazione alcuna, essendo un «kumulativen Brutto-Umsatzsteuersystem», un sistema cumulativo o, come si suol dire, «a cascata». Il giurista tedesco, quando intende fare riferimento al testo di legge che disciplina l'I.V.A., fa riferimento «Umsatzsteuergesetz» (UstG).

la guerra assorbe la massima parte di quanto produce il paese, l'amministrazione di una simile imposta finisce per richiedere il controllo su una mole sempre più copiosa di fatture, ognuna delle quali deve riportare – con chiarezza – gli estremi per identificare quell'operazione commerciale che si pretende tassare.

Di qui il problema di creare *dal nulla* un apparato amministrativo con propria competenza esclusiva capace di amministrare tutte le fatture emesse in ogni circoscrizione amministrativa del Reich, a prescindere dalle antecedenti prerogative godute da ciascun *Staat* in materia finanziaria, problema alla cui soluzione collaborano senza riserve coloro che comprendono come il portato funzionale e strutturale della istituenda «Warenumsatzstempelsteuer» costituisca un'occasione imperdibile per addivenire ad una riforma in senso centralizzato dell'amministrazione finanziaria del «Deutsches Reich».

Per il momento, tuttavia sfugge ai più la comprensione di *tutte* le implicazioni insite nell'entrata in vigore di questo nuovo tributo e con giusta ragione: dopo tutto l'«Umsatzsteuer», appare come provvedimento finanziario promosso esclusivamente per necessità belliche esattamente come lo è stata l'«Income Tax» britannica e i tedeschi del 1916, come gli inglesi di 120 anni addietro, sono legittimati a reputarla come un gravame temporaneo, destinato ad essere soppresso dopo l'anelata vittoria⁽³⁰⁾.

1 3) *L'avvento del «Volksstaat»⁽³¹⁾ è condizionato dall'esito inaspettato del conflitto*

Nell'autunno del 1918, la prospettiva di un nuovo assetto politico-istituzionale, continua ad essere perseguita da milioni di individui alle prese con elementari problemi di sopravvivenza, molti dei quali, dopo 4 anni di guerra, hanno preso una sconcertante dimestichezza per ogni genere di violenza⁽³²⁾.

⁽³⁰⁾ F. NEUMARK, *Der Aufstieg der Einkommensteuer. Entstehung und Entwicklung der Direkten Besteuerung*, in *Mit dem Zehnten fing es an*, München 1992, a cura di U. SCHULTZ, p. 232.

⁽³¹⁾ O «Stato del popolo», espressione che compare nello scritto *Das deutsche Volk und die Politik* di Hugo Preuss del 1914; nominato «Innenstaatsekretär» nel novembre del 1918 per redigere, con la collaborazione di R. Thoma, F. Naumann e H. Sinzheimer, la bozza della *Charta* di Weimar.

⁽³²⁾ P. FRÖLICH, *Rosa Luxemburg*, cit., pp. 359 seg; E. EYCK, *Storia della Repubblica di Weimar*, cit., p. 55; G. RITTER, *I militari e la politica nella Germania moderna*, vol. III, cit., p. 498; H. SCHULZE, *La Repubblica di Weimar*, cit., pp. 211 seg.; 292 seg.; 464 seg.

Nella società civile⁽³³⁾, come nell'*establishment* tedeschi coloro che hanno preso per tempo le debite distanze nei riguardi della sciagurata avventura bellica sono una piccola minoranza⁽³⁴⁾: nessuna meraviglia quindi che, anche il blocco progressista, ospiti coloro hanno appoggiato la guerra sottomarina ad oltranza⁽³⁵⁾, la deportazione dei lavoratori belgi⁽³⁶⁾ i bombardamenti aerei indiscriminati sui civili inglesi⁽³⁷⁾.

Forse è difficile riscontrare tra costoro una unanimità di vedute e di intenti sulle caratteristiche da darsi alla novella compagine; ciò che viceversa appare palese è che il loro disegno comincia ad attuarsi solo *dopo* che hanno raggiunto l'assoluta convinzione che la guerra è perduta⁽³⁸⁾.

Paradigmatica appare a tal proposito la fortuna del termine «Volkstaat», con il quale verrà indicata la novella compagine repubblicana, che compare nello scritto *Das deutsche Volk und die Politik* di Hugo Preuss⁽³⁹⁾ già durante primo anno di guerra.

Preuss interrogandosi sulle ragioni della palese estraneità della morfologia statale tedesca, rispetto alla cultura politica dell'Europa occidentale ne individua (finalmente) il motivo nell'assenza, al vertice del «Reich», di un istituto che sia la *diretta* espressione della volontà popolare ma questo assunto⁽⁴⁰⁾ inizia ad essere condiviso senza riserve quando tra i politici

⁽³³⁾ La «missione civilizzatrice del popolo tedesco», la necessità di assicurare alla Germania «un posto al sole, fino all'ultimo anno di guerra, sono repute veritate assiomatiche (H. SCHULZE, *Die keineswegs Goldenen*, cit., p. 209).

⁽³⁴⁾ Si è fatto notare che nonostante questo irresistibile afflato patriottico non ha impedito che di 393 membri del *Reichstag*, sul fronte della gloria ne siano caduti solo due (H. SCHULZE, *La Repubblica di Weimar*, cit., p. 389) ma si è sorvolato sul fatto che nessuno dentro e fuori *Reichstag*, ha avuto la più pallida percezione del cataclisma che contribuiva a mettere in moto. E questo è valso per ogni Parlamento e Cancelleria d'Europa.

⁽³⁵⁾ G. RITTER, *I militari e la politica nella Germania moderna*, cit., p. 349.

⁽³⁶⁾ Nobile impresa caldeggiata da un gigante politico di Weimar, Walther Rathenau; si trattava di 700.000 uomini, un piccolo anticipo di quello che sarebbe venuto un quarto di secolo dopo, su larga scala (G. RITTER, *I militari e la politica nella Germania moderna*, cit., p. 461).

⁽³⁷⁾ F. FISCHER, *Griff nach am Weltmacht*, Düsseldorf 1961, trad. it., *Assalto al potere mondiale*, Torino 1964, p. 65.

⁽³⁸⁾ I socialisti tedeschi fanno propria la formula adottata dai loro omologhi russi «nè annessioni, né riparazioni» *dopo* lo scoppio della Rivoluzione russa (F. FISCHER, *Assalto al potere*, cit., p. 207).

⁽³⁹⁾ Hugo Preuss, (1860-1925) già allievo del von Gierke, abilitatosi giovanissimo all'insegnamento, rimasto per lungo tempo «Privatdozent» in quanto d'origine ebraica e, soprattutto, politicamente "troppo radicale", verrà nominato «Innenstaatssekretär» nel novembre del 1918 per redigere, con la collaborazione di R. Thoma, F. Naumann e H. Sinzheimer, la bozza della «Weimarerreichsverfassung».

⁽⁴⁰⁾ Da cui la parola d'ordine «Volkstaat gegen Obrikeitstaat», «Stato popolare contro Stato autoritario».

tedeschi sorge la consapevolezza che il collasso della compagine bismarckiana non solo è prossimo ma è pure ineluttabile.

Tra i primi, troviamo lo svevo Matthias Erzberger, giovanissimo deputato del «Zentrum» cattolico (nato nel 1875, eletto al «Reichstag» nel 1904) che ha saputo mettere a frutto il suo diploma di maestro di scuola⁽⁴¹⁾.

Ciò che più ha colpito il grande pubblico è stata la sua “conversione” alla pace senza annessioni, reputata altrettanto clamorosa quanto quella paolina, anche se a propizziarla sono state proprio le “confidenze” sull’effettivo stato di efficienza dell’apparato bellico tedesco che il dinamico deputato ha colto in taluni circoli militari⁽⁴²⁾.

Quale sia stato il peso effettivo di queste “confidenze”⁽⁴³⁾, se si debba ricondurre la “svolta” in questione all’indole di Erzberger⁽⁴⁴⁾ o sulle contraddizioni e le ingenuità che hanno contraddistinto la sua condotta politica⁽⁴⁵⁾, sono questioni importanti ma, in definitiva, accessorie rispetto alla seguente: l’autore di questa “clamorosa svolta antipatriottica” che, nell’immaginario collettivo di milioni di tedeschi, porterà fatalmente all’odioso *Diktat* di Versailles, s’appresta a diventare il principale patrocinatore di un nuovo ordinamento tributario dichiaratamente molto più occhiuto e severo di quello precedente.

Dietro al proposito di costruire una struttura finanziaria più efficiente, gli avversari della novella Repubblica vedono soprattutto uno strumento fiscale

⁽⁴¹⁾ Uomo di fiducia del potentissimo gruppo bancario «Disconto Gesellschaft» (già appartenente al gruppo Rothschild), nonché del *Konzern* siderurgico Thyssen, egli è pure membro del consiglio di amministrazione del gruppo «Gewerkschaft Deutscher Kaiser». Non v’è dubbio che voglia prendere molto sul serio la sua parte: poiché la fabbricazione dell’acciaio necessita di manganese e questo si trova nel Caucaso, la Germania dovrà tagliare fuori la Russia dal Mar Nero; quanto ai copiosi giacimenti di ferro e carbone che si trovano nella Lorena francese e in Belgio, il *Reich* dovrà fatalmente incorporarli; poi, per proteggerli adeguatamente, tutta la fascia costiera che va da Dunkerque a Boulogne dovrà diventare tedesca ... e via discorrendo (F. FISCHER, *Assalto al potere*, cit., p.118 e 151; R. B. ASPREY, *L’alto comando tedesco*, cit., pp. 120 seg.).

⁽⁴²⁾ F. FISCHER, *Assalto al potere*, cit., p. 118 e 151; E. EYCK, *Storia della Repubblica di Weimar*, cit., p. 16; A. ROSEMBERG, *Le origini della Repubblica*, cit., p. 226; G. RITTER, *I militari e la politica nella Germania moderna*, cit., p. 605 segg.

⁽⁴³⁾ In tutta Europa la presenza di una ferrea censura militare fa sì che la tempestiva e veritiera conoscenza delle vicende belliche possa essere mutuata *solo* dalla stessa casta militare notoriamente portata a confidarsi per squallidi motivi personali (G. RITTER, *I militari e la politica nella Germania moderna*, cit., p. 609) o ad apparire irresponsabilmente reticente nei confronti di chi non vi appartiene (G. RITTER, *I militari e la politica nella Germania moderna*, cit. vol. II, p. 157).

⁽⁴⁴⁾ R. B. ASPREY, *L’alto comando*, cit., p. 231 e 319.

⁽⁴⁵⁾ Queste, negli anni di cui si narra, erano ben presenti nell’azione di ciascun gruppo politico presente nel «Deutsches Reich» (F. FISCHER, *Assalto al potere*, cit., pp. 521 seg.; E. EYCK, *Storia della Repubblica di Weimar*, cit. p. 16).

più invasivo in mano a chi, sottoscrivendo l'infamante trattato di pace, condanna il contribuente tedesco a dissanguarsi per pagare le riparazioni di guerra agli alleati⁽⁴⁶⁾.

Ed in effetti, questi ultimi, pur con notevoli divergenze nel loro seno⁽⁴⁷⁾, non rinunciano alle rispettive «Kriegsreparationen».

Nel frattempo, i circoli politici conservatori cercano di far uscire il paese dalla guerra mantenendo una sostanziale continuità istituzionale⁽⁴⁸⁾ ma il tentativo fallisce perché viene meno la disciplina dei militari prima a bordo delle navi della «Kriegsmarine», poi nei depositi militari lontani dalla linea del fronte e, successivamente, si diffonde velocemente la rivolta sociale nei grandi insediamenti industriali dove la fame è ormai insostenibile.

Solo a questo punto, nel timore di non potere più circoscrivere l'insurrezione, viene dato mandato allo «Staatsekretär» Erzberger di concludere ad ogni costo l'armistizio e, contemporaneamente, il Kaiser viene costretto ad abdicare⁽⁴⁹⁾.

Per sottrarre l'Assemblea Costituente («Deutsche National Sammlung»), eletta 21 giorni prima per redigere e deliberare la nuova «Grundgesetz», dall'influsso nefasto del «proletariato più radicale» questa viene fatta insediare il 6 febbraio 1919 in una piccola città di poco più di 60.000 abitanti posta tra le boschive colline della Turingia: Weimar, l'«Atene tedesca»⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁶⁾ E. EYCK, *Storia della Repubblica di Weimar*, cit., p. 140; H. SCHULZE, *La Repubblica di Weimar*, cit., p. 252; A. ROSEMBERG, *Storia della Repubblica*, cit., p. 168.

⁽⁴⁷⁾ La Francia è convinta che solo un «Reich» smembrato in tanti piccoli Stati possa assicurare all'Europa una pace durevole; l'Inghilterra e gli U.S.A. ritengono viceversa che un solo Stato tedesco possa, da un lato, ergersi come diga continentale contro la Russia sovietica e, dall'altro, offrire sufficienti garanzie per il pagamento delle riparazioni di guerra; gli U.S.A., in particolare, hanno bisogno dell'apparato produttivo e commerciale tedesco per investire i loro capitali eccedenti: essi, da paese debitore, sono diventati creditori nei confronti di ogni potenza europea; (quattro) anni di guerra hanno modificato radicalmente gli assetti finanziari del pianeta (A. ROSEMBERG, *Storia della Repubblica*, cit., p. 166; M. NIVEAU, *Storia dei fatti economici contemporanei*, Milano, 1970, pp. segg.).

⁽⁴⁸⁾ Questo compito viene affidato al Principe Max di Baden un militare dalla testa ai piedi che non può essere trattato dall'alto in basso dalla casta militare e, al tempo stesso, gode fama di «sincero progressista», presso l'ala riformatrice; i Baden hanno fama di nutrire idee liberali fin dal 1818, quando hanno concesso una *Charta* assai simile a quella francese del 14 giugno 1814 (H. SCHULZE, *La Repubblica di Weimar*, cit., p. 178; H. LUTZ, *Tra Asburgo e Prussia*, cit., p. 392; A. ROSEMBERG, *Le origini della Repubblica*, cit., p. 226; E. EYCK, *Storia della Repubblica di Weimar*, cit., p. 36).

⁽⁴⁹⁾ J. TOLAND, *No mans's Land. 1918, the last year of the great War*, New York 1980, trad. it., 1918, Milano 1982, p. 486 e pp. 503 seg.

⁽⁵⁰⁾ A. ROSEMBERG, *Storia della Repubblica*, cit., pp. 77 seg.; E. EYCK, *Storia della*

Successivamente, l'ex «commissario del popolo» Friedrich Ebert, viene nominato, «Reichspräsident»⁽⁵¹⁾: segno dei tempi, il timone del «Deutsches Reich» passa dalle mani di un aristocratico, appartenente da secoli alla più blasonata nobiltà europea, a quelle di un ex sellaio.

II 1) *La Costituzione di Weimar: l'assetto istituzionale fra i singoli «Staaten» e il «Reich»*

Già nell'ordinanza del 30 dicembre 1918 che disciplina l'elezione della Costituente si possono notare gli influssi dello schieramento riformatore: l'età minima per votare viene portata a vent'anni, malgrado il § 2 del B.G.B. del 18 agosto 1896 richieda il compimento del ventunesimo anno per il riconoscimento della maggiore età⁽⁵²⁾.

I lavori iniziano il 24 febbraio; tre giorni dopo viene costituita una commissione Parlamentare composta di 28 membri che discute il progetto della *Charta*, punto per punto, in due successive letture nel corso di 42 sedute.

La disamina dei 181 articoli che compongono il documento viene esaurita in tempi piuttosto brevi: dichiarata decaduta il 9 aprile 1919 l'antecedente Costituzione bismarckiana, la novella «Grundgesetz» entra in vigore l'11 agosto 1919⁽⁵³⁾.

Importanti novità riguardano l'assetto istituzionale dedicato ai rapporti fra i singoli «Staaten» e il «Reich»: la W.R.V. non trasforma quest'ultimo in

Repubblica di Weimar, cit., p. 68; assai crudo ma eloquente, il parere dello SCHULZE: «Weimar fu preferita perchè più dotata di locali adatti e perchè ospitava ... un *Freikorps* particolarmente fidato» (*La Repubblica di Weimar*, cit., p. 220).

⁽⁵¹⁾ La nomina di Ebert rispecchia in pieno i rapporti di forza vigenti all'interno della Costituente: il blocco delle sinistre nelle elezioni per la Costituente ottiene il 45% dei voti, il *Zentrum* e i Liberal-democratici rispettivamente il 20 e il 18% (A. ROSEMBERG, *Storia della Repubblica*, cit., p. 77).

⁽⁵²⁾ Questa ordinanza proviene da un organo di democrazia diretta: «il Consiglio dei commissari del popolo» o «Der Rat der Volksbeauftragten» composto, per la stragrande maggioranza, da militanti del partito Socialdemocratico, il cui programma politico è, a sua volta, preso, pari pari, dal «Programma di Erfurt» del 1891, ove, oltre al suffragio femminile, si richiede di anticipare al compimento del ventesimo anno l'esercizio del diritto di voto (F. K. MANN, *Steuerpolitische Ideale*, 1978, cit., p. 303 seg.).

⁽⁵³⁾ Formalmente questa *Charta* non viene abrogata con l'avvento del regime nazista ma considerata «superata» a seguito dell'entrata in vigore della c. d. «Ermächtigungsgesetz», o «Legge per l'autorizzazione» del 24 marzo 1933 con cui il «Reichstag» concede i pieni poteri all'Esecutivo per «rimediare alle necessità del popolo e del Reich»; allo stesso modo, il disposto normativo riguardante la disciplina dei tributi non subisce alcuna formale modifica: molto più semplicemente, l'anno successivo tramite una apposita «Steueranpassungsgesetz» o «Legge dell'adeguamento» si sancisce l'obbligo di adeguare la legislazione fiscale ai principi del Nazional-socialismo.

uno Stato unitario, tuttavia introduce elementi di unitarietà assolutamente sconosciuti nell'ordinamento precedente.

In particolare, tutto ciò che attiene al modo di rinvenire ed amministrare le risorse finanziarie segna inequivocabilmente la distanza fra questa *Charta* e quella precedente.

La W.R.V., non menziona più i termini «Staat» e «Bundesstaat»: esiste un solo «Reich», articolato in «Stati regionali», o «Länder», per un totale di 17.

Sette degli «Staaten» appartenenti all'antecedente Confederazione del 1871, piccoli, microscopici, principati, scompaiono dalla storia e al loro posto sorge il «Land» della Turingia.

La Costituente s'è guardata bene dallo smembrare il grande «Staat» della Prussia a favore degli altri «Länder», secondo quanto raccomandato da Preuss: l'art. 18, da un lato consente al «Reich» di procedere alla modifica territoriale dei singoli «Länder», ma dall'altro impone tante e tali clausole e condizioni per esercitare questo diritto che, di fatto, questa facoltà, da ipotesi politica, scade a mero caso di scuola⁽⁵⁴⁾.

In effetti, questo articolo è frutto di un compromesso: i socialdemocratici lo votano sperando di avere un'arma in più contro il particolarismi degli altri «Länder», Baviera in testa, il cui esecutivo ancora nel 1924, invoca pubblicamente il «zurück zu Bismarck»; i moderati renani o bavaresi lo votano per il motivo opposto, ossia per poterlo usare contro l'egemonismo prussiano e non si può dire che i loro timori siano infondati: è ben vero che il «Lantag» prussiano, ha accettato, con una apposita «Einheitsstaatsresolution» il principio dell'assorbimento della Prussia *nel* «Reich» ma sta di fatto che Berlino è la sede dei vertici direttivi («Spitzenorganisationen») dei sindacati padronali ed operai ed è proprio qui che il potere dei partiti che fanno capo al blocco di centro-sinistra («Volksblok») è esteso e radicatissimo in ogni ganglio della Pubblica Amministrazione: 8 «Oberpräsidenten» su 12, 31 «Regierungspräsidenten» su 33, sono militanti di quest'ultimo; 20 su 22 dei precedenti «Polizeipräsidenten» vengono messi da parte e degli antecedenti 426 membri di «Landräten» non se ne salva neppure uno.

Non può sorprendere la profonda diffidenza con cui, dal fronte moderato, si accoglie l'appello dei socialdemocratici «für die Demokratisierung der Verwaltung zum Schutz der Republik»⁽⁵⁵⁾.

L'art. 17 prescrive che ogni «Land» debba avere non solo una propria Costituzione ispirata a principi repubblicani ma che ogni Dieta regionale e

⁽⁵⁴⁾ E. EYCK, *Storia della Repubblica di Weimar*, cit., p. 73; E. VERMEIL, *La Germania contemporanea*, cit., p. 325.

⁽⁵⁵⁾ K. DÜWELL, *Fra federalismo, unitarismo e centralismo. La riforma del Reich e la ristrutturazione dei Länder nella repubblica di Weimar. 1918-1933*, in *Centralismo e Federalismo tra Otto e Novecento. Italia e Germania a confronto*, a cura di O. JANZ, P. SULLIERA, H. SIEGRIST, Bologna, 1997, p. 297).

perfino ogni amministrazione comunale debba essere eletta con un sistema conforme al sistema vigente per le elezioni al «Reichstag», ossia rigorosamente proporzionale, come verrà disciplinato dalla legge elettorale 27 aprile 1920.

Le ragioni di questa discussa disciplina elettorale sono evidenti: poiché sotto la vigenza dell'«Obrikeitstaat» bismarckiano l'uguaglianza di tutti i voti, a prescindere dal luogo in cui veniva esercitato il diritto elettorale, non era mai esistita, si opta per un sistema basato sul principio di un seggio per ogni 60.000 voti raccolti, a tutela dei partiti minori che, diversamente, in talune circoscrizioni, come quelle delle grandi città a netta prevalenza socialista o cattolica, non avrebbero ottenuto alcun seggio.

Il sistema proporzionale non conosce deroghe neppure nell'elezione⁽⁵⁶⁾ diretta del Capo dello Stato o «Reichspräsident» cui, invero, la W.R.V. concede larghi poteri: egli infatti rappresenta il «Reich» innanzi alle altre nazioni, nomina il «Reichskanzler», può sciogliere il «Reichstag» ed appellarsi al popolo contro di esso; ai sensi dell'art.73, IV comma, il Capo dello Stato può decidere se sottoporre a *referendum* il bilancio dello Stato e le leggi tributarie; infine, ai sensi dell'art.48, in casi di emergenza, in forza del potere di «Notverordnungsgesetzgebung» che gli viene attribuito, può esercitare poteri dittatoriali attraverso l'emanazione di proprie ordinanze.

In uno Stato *non* unitario, ma federale, i «Länder» debbono partecipare alla direzione dello Stato nel suo complesso, ma come e in quale misura?

Nella Costituente prevale un disegno ricalcato sull'antecedente ordito costituzionale: come avveniva con il «Bundesrat», si costituisce un «Reichsrat» costituito dai rappresentanti dei diversi «Länder» (artt. 60 e 63).

In presenza di un «Land» mastodontico come la Prussia, sorge tuttavia la necessità di procedere ad una congrua assegnazione dei voti: come si è accennato, l'antecedente *Charta* non aveva certo peccato di coerenza assegnando al più grande «Staat» tedesco ben 17 voti su 43, ma seguirla su questo terreno significherebbe vanificare una importantissima prerogativa degli altri «Länder» membri del «Reichsrat», prevista dall'art.74: quella di potersi opporre alle leggi deliberate dal «Reichstag», con una maggioranza qualificata di due terzi.

Di qui la scelta del Costituente di prescrivere il principio in base al quale nessun «Land» possa disporre più dei 2/5 dei propri voti, salvo quello prussiano ove il rapporto viene portato a 1/2: una metà dei voti al governo prussiano, l'altra metà alle relative amministrazioni provinciali.

In materia finanziaria spiccano per importanza gli artt. 109 e 134: il primo afferma che «tutti i tedeschi sono uguali innanzi alle legge»; il secondo che

⁽⁵⁶⁾ Ai sensi degli artt.43 e 76 W.R.V., la carica di «Presidente del Reich» dura sette anni. È ammessa la rielezione, sempre con la maggioranza dei 2/3.

«tutti i cittadini, senza differenza alcuna, sono chiamati, secondo le leggi, a contribuire a tutti gli oneri pubblici in proporzione ai propri mezzi»⁽⁵⁷⁾.

Seguono poi gli artt. 8, 13 e 83.

L'art. 8, ferma restando la necessità di usare «riguardo alla conservazione della capacità di sopravvivenza dei Länder», sancisce il principio della esclusiva competenza legislativa del *Reich* in materia tributaria, ossia dell'Amministrazione finanziaria centrale del *Reich*, rispetto a quella dei singoli «Länder»⁽⁵⁸⁾; l'art. 13 pone il principio della prevalenza del diritto del *Reich* rispetto a quello dei «Länder»⁽⁵⁹⁾.

Infine l'art. 83 sancisce la competenza del «Reich» sulle «Verwaltung der Zölle und Verbrauchsteuern», ossia sull'amministrazione dei dazi doganali e delle imposte di consumo⁽⁶⁰⁾.

II 2) *Il rapporto tra intervento pubblico ed economia privata*

La necessità di edificare rapidamente una nuova armatura costituzionale ed amministrativa spinge il Legislatore tedesco a dotare la nazione, di un impianto normativo capace di rinvenire ed amministrare in modo migliore le proprie risorse finanziarie⁽⁶¹⁾.

(57) Osserva Vanoni che nella «Grundgesetz» l'uguaglianza tributaria è considerata «come un'applicazione al caso particolare del più generale principio dell'uguaglianza di fronte alla legge» (E. VANONI, *Natura ed interpretazione delle leggi tributarie*, Padova, 1932, in *Opere Giuridiche*, vol. I, Milano 1962, p. 95, in nota). Il principio, ovviamente, richiede la sua brava eccezione: ai sensi del § 131, I comma, «Il Ministro delle Finanze può in singoli casi (od in una pluralità di singoli casi, come per danni provocati dal maltempo o in altre situazioni d'emergenza) rimettere in tutto o in parte le imposte del *Reich*, la cui riscossione, per la situazione di fatto, sarebbe iniqua; oppure disporre il rimborso o la messa in conto delle imposte già riscosse»; questa deroga generale giustifica a sua volta le diverse deroghe introdotte nelle diverse leggi d'imposta (ad es., sul reddito o sul patrimonio) che autorizzano a modificare le fattispecie disciplinate legislativamente «almeno per quanto riguarda l'elemento più importante, la valutazione, con lo scopo di tassare ... il contribuente, in modo rispondente alla volontà economica della legge». Ancora più lontano si spingono le autorizzazioni che accordano a taluni enti locali «la facoltà di concordare con i singoli contribuenti, per uno o più anni, una somma d'imposta da determinarsi preventivamente» (A. HENSEL, *Steuerrecht*, cit., pp. 61 seg.).

(58) Recita infatti l'art. 8 W.R.V.: «É di competenza del Reich la legislazione riguardante i tributi e le ulteriori entrate nella misura in cui, a seconda dei loro scopi, in tutto o in parte, ne viene fatta richiesta».

(59) «Das Reichsrecht bricht das Landsrecht»

(60) I Costituenti sanno che gli introiti di questi tributi prima della anteguerra hanno coperto il 70% dei fabbisogni di bilancio e, di certo, non possono supporre che, l'anno seguente, copriranno a malapena il 20% (H. SCHULZE, *Die keinesweg Goldenen*, cit., p. 212).

(61) E. VANONI, *L'esperienza della codificazione tributaria in Germania*, in *Opere Giuridiche*, vol. II, Milano 1962, p. 384.

Si tratta tuttavia di un Legislatore assai ambizioso che, tra i primi al mondo, in veste di Costituente, affida un ruolo funzionale e non più neutrale alla Finanza pubblica⁽⁶²⁾.

Sotto il profilo economico la piena realizzazione del novello «Volkstaat» viene concepita come il prodotto di un apparato posto sotto un duplice controllo: quello locale (in seno alle imprese) delle rappresentanze sindacali⁽⁶³⁾ e quello nazionale da parte di un Parlamento nazionale a maggioranza «progressista».

Tuttavia l'apparato produttivo tedesco, nel suo complesso, è assunto come strutturalmente intangibile, in omaggio alla diffusa convinzione che, tra la tutela del *nuovo* patto sociale e la gestione dell'economia nazionale – a partire dai problemi giganteschi legati alla sua riconversione post-bellica – sussista un nesso oggettivamente inscindibile: se l'«economico» può reggersi solo grazie al massivo e permanente intervento dello Stato-apparato, allora l'Esecutivo *democratico*, nella misura in cui opera per mettere in sesto l'economia, garantisce questa contro quella «anarchia capitalista» che ha fatalmente spinto la Germania e il mondo intero verso l'abisso della Grande Guerra.

L'«economico» viene pertanto assunto come una sommatoria di «leggi oggettive» che nessuno, tanto meno la mano pubblica, può violare: l'intervento dello Stato deve limitarsi pertanto a contenere gli *effetti*, causati dal funzionamento dell'apparato produttivo, ossia: intervenire negli arbitrati tra impresa e prestatori d'opera, elargire sussidi per la disoccupazione, allargare l'area coperta dall'assistenza e dalla previdenza pubbliche, costruire una sempre più vasta edilizia popolare, etc...⁽⁶⁴⁾.

⁽⁶²⁾ Art. 151 I comma: «L'organizzazione della vita economica deve corrispondere ai principi fondamentali della giustizia allo scopo di assicurare a tutti un'esistenza degna dell'uomo. In questi limiti trova garanzia la libertà economica del singolo»; art. 153 II comma: «La proprietà comporta dei doveri. Il suo uso deve essere al contempo servizio per il bene comune»; art. 163 II e III comma: «Deve essere data ad ogni tedesco la possibilità di provvedere al proprio mantenimento a mezzo di un lavoro produttivo. Viene provveduto al suo necessario sostentamento qualora non può essergli data una adeguata possibilità di lavoro».

⁽⁶³⁾ W.R.V., art. 165 III comma, prima parte: «Per la tutela dei loro interessi sociali ed economici, gli operai e gli impiegati avranno delle rappresentanze legali nei consigli operai dell'impresa»

⁽⁶⁴⁾ «Il quadro che la Repubblica di Weimar ci offre è quindi quello di un *qualitativ neuen staatlichen Wohlfahrtinterventionismus* che incide certo solo limitatamente sulla proprietà dei mezzi di produzione e sul sistema economico nel suo complesso, scandito da crescenti concentrazioni monopolistiche e da assai limitate socializzazioni di settori produttivi, ma che innesca comunque notevoli trasformazioni delle strutture organizzative e delle forme d'azione degli apparati amministrativi» (B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna*, cit., p. 223).

Di qui una serie di conseguenze, alla lunga fatali per le sorti della Repubblica.

In primo luogo, il problema della modifica dell'antecedente struttura economico-finanziaria o non si pone o viene posto in modo astratto, sicchè sono destinate ad accentuarsi ulteriormente le sue manchevolezze: una concentrazione della sua direzione e proprietà nelle mani di un gruppo sempre più ristretto di plutocrati⁽⁶⁵⁾, un eccesso di capacità produttiva rispetto al potenziale assorbimento interno ed esterno, una congenita debolezza finanziaria interna, con susseguente tendenza a ricorrere al mercato internazionale⁽⁶⁶⁾.

In questo contesto viene posta in essere, tra le eterogenee forze che compongono il movimento riformatore, una serie di compromessi tra i quali spicca per importanza quello sottoscritto tra le rappresentanze di imprenditori e operai del 15 novembre 1918, ossia appena 4 giorni dopo l'armistizio, il c. d. «patto Legien-Stinnes»⁽⁶⁷⁾.

Con questo accordo le centrali sindacali ottengono una serie di conquiste a lungo agognate, come ad. es.: il riconoscimento della loro rappresentanza, la giornata lavorativa di 8 ore, il contratto collettivo e i sussidi di disoccupazione; in cambio alla controparte viene riconosciuta la piena libertà imprenditoriale e, soprattutto, le viene data concreta assicurazione di ridurre a più miti proposti gli intemperanti organi consigliari⁽⁶⁸⁾.

L'accordo in parola inaugura quella politica di «interventismo sociale»⁽⁶⁹⁾ che ha reso giustamente famosa Weimar negli annali dell'emancipazione sociale ma anche in quelli della storia della Finanza pubblica contemporanea, poiché va ad alimentare la seconda fatale minaccia per il novello ordinamento democratico: le dimensioni del suddetto intervento – a fronte di un regime fiscale mediamente alquanto severo – fatalmente finisce per sottrarre crescenti risorse al consumo privato.

In particolare la «Gesetz über Arbeitvermittlung und Arbeitslosenversicherung» del 1927, istitutiva dell'Ente per il collocamento dei lavoratori e dell'Assicurazione contro la disoccupazione, che in un colpo solo, due antiche aspirazioni sindacali: la gestione “autonoma” degli uffici di collocamento

⁽⁶⁵⁾ J. LADOR-LEDERER, *Capitalismo mondiale e cartelli tedeschi tra le due guerre*, Torino 1959, pp. 114 seg.

⁽⁶⁶⁾ Anteguerra il credito erogato alla Germania è pari a poco meno di 118 miliardi di *Rmk.*, mentre in prossimità della Grande Depressione sfiorano gli 89. Mentre però nel primo caso il 91,5% del credito è a lungo termine, nel 1929 tale quota scende al 58,6% (G. E. RUSCONI, *La crisi di Weimar*, cit., p. 108).

⁽⁶⁷⁾ Dai nomi dei due rappresentanti le controparti, Carl Legien e Hugo Stinnes.

⁽⁶⁸⁾ P. FRÖLICH, *Rosa Luxemburg*, cit., p. 324; A. ROSEMBERG, *Le origini della Repubblica*, cit., p. 256.

⁽⁶⁹⁾ G. E. RUSCONI, *La crisi di Weimar*, cit., p. 24.

e una forma di tutela contro le oscillazioni del mercato nella richiesta di manodopera con copertura assicurativa data dai contributi paritetici dei datori di lavoro e dei lavoratori; essa interessa *pro tempore*, circa 16 milioni e mezzo di lavoratori, ma il legislatore prevede di assistere non più di 700-800.000 disoccupati, calcolo a dir poco ottimistico se si pensa che durante già nel 1926 gli assistiti sono oltre due milioni.

Si tratta infatti di un errore madornale dovuto alla convinzione, peraltro universalmente diffusa, di essersi lasciati una crisi di grandi proporzioni *alle spalle* mentre in realtà deve *ancora* subentrare.

La legge prevede che in caso di insolvenza dell'Ente, sia lo Stato a coprire il fabbisogno, ma in tal modo i costi della «Sozialpolitik», quando i disoccupati saranno oltre 6 milioni, diventeranno insostenibili per l'erario⁽⁷⁰⁾.

Peraltro l'approdo "moderato" non comporta affatto un clima sociale irenico⁽⁷¹⁾: per l'imprenditoria ogni misura di «Sozialpolitik» continua ad essere vista come provvedimento *contingente* ed economicamente "malsano"; viceversa, per la controparte operaia ogni conquista sociale è da ritenersi un passo concreto verso una *strutturale* e non transitoria "democratizzazione" dell'economia⁽⁷²⁾.

Alla profonda e radicata valenza innovativa della «Grundgesetz» nel campo dei «diritti sociali» si contrappone la decisione (voluta e/o subita) di non riconvertire l'antecedente apparato produttivo che, ben presto, comporterà una stretta ulteriore, attorno alle istituzioni repubblicane, del cerchio costituito da razionalizzazione, sopraespansione produttiva⁽⁷³⁾ e cartellizzazione⁽⁷⁴⁾.

⁽⁷⁰⁾ G. E. RUSCONI, *La crisi di Weimar*, cit., pp. 261 seg.; E. EYCK, *Storia della Repubblica di Weimar*, cit., pp. 484 seg.; E. VERMEIL, *La Germania contemporanea*, cit., pp. 416 seg.

⁽⁷¹⁾ Nel triennio 1920-1922 su un campione di 50.000 aziende occupanti 1,6 milioni di lavoratori si hanno 31,5 milioni di giornate di sciopero; le giornate perse per serrata sono 28,7 milioni (G. E. RUSCONI, *La crisi di Weimar*, cit., pp. 44 seg.).

⁽⁷²⁾ «Non c'è ... rivoluzionario più grande del capitalismo stesso e della sua necessaria controparte, la classe operaia, che per intrinseca necessità e per interna legge si eleva contro il capitale per portare a compimento politicamente e socialmente quella rivoluzione che il capitale ha solo iniziato» (R. HILFERDING, *Protokoll über die Verhandlungen des Spd-Parteitag Heidelberg*, 1925, p. 295, in G. E. RUSCONI, *La crisi di Weimar*, cit., p. 204).

⁽⁷³⁾ La produttività industriale della Ruhr raggiunge i livelli prebellici già nel 1925, laddove in Inghilterra e in Francia si dovrà attendere rispettivamente il 1928 e il 1929; mentre l'indice di produttività inglese, subentrando il «Great Crash», ristagna a 101, nella Ruhr nel 1932 tocca 173 e due anni dopo arriva a 187 (G. E. RUSCONI, *La crisi di Weimar*, cit., p. 105).

⁽⁷⁴⁾ Secondo una stima prudente, il numero dei cartelli raddoppia dal 1900 al 1911, passando da 300 a 600; nel 1922 i cartelli sono 1000, otto anni dopo sono 2100. Il mercato tedesco è talmente dominato dai grandi «Konzerne» che, con l'inizio della

I risultati più eclatanti saranno un tasso di disoccupazione paragonabile (nella congiuntura migliore) a quello dei peggiori anni dell'anteguerra, un livello salariale tendenzialmente basso, una struttura produttiva sempre più carente della flessibilità necessaria per attivare una domanda interna alternativa, almeno in parte, a quella destinata all'esportazione.

III 1) *Gli ambiziosi obiettivi della «Reichssteuerreform»*

Alla nuova Costituzione, fa seguito una riforma finanziaria tra le più radicali dell'Europa contemporanea poiché ha per oggetto non un singolo tributo o uno specifico settore della Amministrazione delle finanze, bensì di un intero apparato finanziario e, per giunta, progettato sotto il profilo strutturale e funzionale per uno Stato non unitario ma federale, tant'è che l'articolazione dei principali gravami contemplati nel novello ordinamento tributario (RAO) è l'espressione dei nuovi rapporti finanziari che si è voluto introdurre sia tra «Reich» ed Enti territoriali minori, sia tra ciascun «Land» e i rispettivi «Gemeinden».

Tre persone ne sono responsabili: l'uomo politico che l'ha voluta e ne ha ottenuto il consenso dal «Reichstag», Matthias Erzberger; il Presidente del Consiglio, *pro tempore*, Gustav Adolf Bauern; il giurista che ne ha curato la redazione, Enno Becker⁽⁷⁵⁾.

Il contributo del Bauern alla «Steuerreform» è assolutamente marginale⁽⁷⁶⁾; dell'operato di Erzberger abbiamo già accennato, e per quanto riguarda quello del Becker rinviando al capitolo concernente la RAO, limitandoci a far notare come, in un primo tempo, a quest'ultimo venga affidato semplicemente il compito di riunire in un unico testo legislativo le norme di carattere generale contenute nelle diverse leggi tributarie del «Reich» e dei singoli «Staaten», al fine di offrire alla Amministrazione finanziaria uno strumento di più facile e vantaggioso impiego⁽⁷⁷⁾.

depressione, a fronte di un calo dei prezzi del 50% dei prodotti non controllati dai cartelli, quelli dei prodotti cartellizzati scendono meno del 20% (J. LADOR-LEDERER, *Capitalismo mondiale e cartelli tedeschi fra le due guerre*, cit., p. 83; G. E. RUSCONI, *La crisi di Weimar*, cit., p. 91).

⁽⁷⁵⁾ Enno Becker (1869-1940), "padre" della RAO, ed autorevole studioso dell'«Einkommensteuerrecht». Per un primo approccio a questa figura di giurista, può essere utile leggerne il necrologio redatto da O. BÜHLER, *L'importanza di E. Becker per lo sviluppo del Diritto tributario tedesco dal 1918*, in «Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze», I 1940, pp. 43 segg.

⁽⁷⁶⁾ Solo 5 anni dopo aver sottoscritto la «Reichssteuerreform», l'on. Bauer è costretto dal suo partito a restituire il suo mandato parlamentare, per una banale storia di tangenti (E. EYCK, *Storia della Repubblica di Weimar*, cit., p. 340).

⁽⁷⁷⁾ E. VANONI, *L'esperienza della codificazione*, cit., pp. 384 segg.

Solo *dopo* l'insediamento di Erzberger al Ministero delle Finanze si fa strada il progetto di ideare e licenziare una «Gesetz über die Reichsfinanzverwaltung» destinata a dare un colpo decisivo all'antecedente sovranità impositiva dei singoli «Staaten», nella misura in cui istituisce un'Amministrazione centrale del «Reich» capace di provvedere *direttamente* alla gestione dei tributi di sua competenza⁽⁷⁸⁾.

Quest'ultimo particolare ci sembra significativo per proseguire la disamina dello sviluppo per così dire "esteriore" della RAO, ossia la sua precipua funzione in seno ai rapporti politici ed istituzionali operanti nella Germania del tempo.

Erzberger ha ben presente che questi ultimi sono stati il portato di una cultura e di una concezione del mondo e dello Stato divenute certamente inattuali ma in tempi sorprendentemente brevi⁽⁷⁹⁾.

Il suo obiettivo strategico consiste nel superamento di quel dualismo finanziario e tributario che ha caratterizzato l'epoca Guglielmina, superamento agognato invano, come si è accennato, dai liberali tedeschi ma che sembra, per così dire, "a portata di mano", grazie all'esito catastrofico della guerra⁽⁸⁰⁾.

Non di meno, *fin dall'inizio*, l'idea di creare una Amministrazione centralizzata, stabile, dotata di sistemi di gestioni uniformi viene, duramente contestata: esistono ancora infatti «potenti forze nei singoli Stati anche successivamente allo stadio rivoluzionario che assumono un atteggiamento contrario in linea di massima ad una radicale modifica della sovranità tributaria e della ripartizione delle competenze fiscali... malgrado l'opinione pubblica prevalente, al contrario, sia dell'avviso che, necessitando per la ricostruzione del *Reich* tanto sacrificio da parte del contribuente, sia a tal fine indispensabile che i singoli stati abdichino alla propria competenza»⁽⁸¹⁾.

⁽⁷⁸⁾ All'originario progetto della RAO «furono aggiunte in *tutta fretta* nuove norme riguardanti l'organizzazione ... dell'Amministrazione ed il procedimento di contenzioso, consacrando così in modo definitivo l'intervento diretto del *Reich* nei confronti dei singoli per il prelevamento e l'amministrazione dei tributi» [il corsivo è mio] (E. VANONI, *L'esperienza della codificazione*, cit., p. 385).

⁽⁷⁹⁾ P. CH. WITT (von), *Patriotische Gabe und Brotwucher. Finanzverfassung und politisches System im Deutschen Kaiserreich. 1871-1914*, in *Mit dem Zehnten fing es an*, München, 1992, a cura di U. SCHULTZ, p. 197.

⁽⁸⁰⁾ «Il fatto di avere perduto la guerra rese improrogabile la riforma dell'intero sistema finanziario tedesco» (A. HENSEL, *Steuerrecht*, trad. it., *Diritto tributario*, Milano, s.d. ma 1931); come si espone nel proseguo del testo la suddetta «improrogabilità» rimane, al momento del varo della RAO, una petizione di principio per molti.

⁽⁸¹⁾ L. HUMBERT, *Die Begründung der Reichsfinanzverwaltungs*, Bonn 1964, p. 66 seg.

Ma, come si è accennato, la politica delle suddette «potenti forze» non è unicamente propulsa da una ottusa scelta conservatrice volta ad un passato non più proponibile: esse temono che “dietro” alla proposta di Erzberger di costruire un ordinamento fiscale più invasivo e severo ci sia la volontà dei vincitori di estorcere al contribuente tedesco ogni risorsa pur di soddisfare le loro pretese.

Questo timore, invero, è tutt’altro che infondato, sia perché gli alleati, nelle more dei pagamenti promessi, non tardano ad esigere, a titolo di acconto, il 26% di quanto fatturato per l’estero dalla Germania⁽⁸²⁾, sia perché è lo stesso Erzberger a ventilare l’introduzione di un’imposta straordinaria sui grandi patrimoni definita «contributo di emergenza per il Reich» o «Reichsnotopfer» da riscuotersi in 30 rate annuali proprio per indenizzare i vincitori.

Il «Finanzminister», nominato il 22 giugno 1919, dopo appena sedici giorni sottopone all’attenzione dei Costituenti una decina di progetti di riforma, non dimenticando di definire «quasi insuperabili» le difficoltà che egli è stato chiamato a risolvere⁽⁸³⁾.

In realtà egli dice questo per ingigantire (quelli che lui ritiene) i suoi futuri meriti dato che, appena una settimana dopo, è già in grado di comunicare le linee-guida del suo progetto di riforma tributaria nel corso di un comizio presso il suo collegio elettorale in Baviera.

Dopo aver affermato che «i costi inauditi della guerra impongono con assoluta necessità un’imposta *uniforme* da attuarsi in tutto il «Reich», dal capo fino alle membra», Erzberger giustifica l’avvento di un regime fiscale particolarmente severo chiamando in causa le richieste alleate, ma sorvola sul *come* si dovrebbe procedere il giorno in cui la Germania, per curiosa avventura, non fosse più gravata dagli oneri suddetti, segno che egli considera i motivi della severità suddetta tutt’altro che contingenti⁽⁸⁴⁾.

Il richiamo alla necessità di aumentare il carico fiscale, per abbreviare i tempi della ricostruzione e per tacitare le piratesche pretese dei vincitori, la necessità di ripartirlo «in modo uniforme sul massimo numero di spalle», fanno comprendere agli attoniti bavaresi (sulle cui perduranti velleità autonomistiche nessuno può avere dubbio alcuno⁽⁸⁵⁾), tanto meno un moderato

⁽⁸²⁾ E. VERMEIL, *La Germania contemporanea*, cit., p. 373; E. EYCK, *Storia della Repubblica di Weimar*, cit., pp. 192 seg.

⁽⁸³⁾ E. EYCK, *Storia della Repubblica di Weimar*, cit., p. 140.

⁽⁸⁴⁾ K. DÜWELL, *Fra federalismo, unitarismo e centralismo*, cit., p. 299.

⁽⁸⁵⁾ Allorchè l’11 agosto 1920 entra in vigore, in base al trattato di Versailles, la legge sul disarmo della Germania, l’ex «Staat» della Baviera rifiuta apertamente l’obbedienza al «Reich»: i bavaresi pretendono infatti di decidere quando e come le clausole del trattato sottoscritto «da quelli di Berlino» debbano essere applicate nel loro «Land» e, per l’effetto, decidono di non disarmare la propria milizia, forte di 320.000 uomini, 240.000 fucili, 2750 mitragliatrici, 44 cannoni e 34 lanciamine (E. EYCK, *Storia della Repubblica di Weimar*, cit., p. 186, 189 e pp. 230 seg.).

come Erzberger) che si sta schiudendo per loro non tanto una «stagione di duri sacrifici» (dopo quattro anni di guerra, questi non costituiscono una novità sorprendente) ma che, per la prima volta nella loro storia, non saranno i loro locali rappresentanti politici a deciderne i tempi e i modi.

Perché un comportamento politicamente così temerario?

A meno di ricorrere al *cliché*, dell'uomo ad un tempo intrigante e guascone, la risposta al suddetto quesito non può che essere duplice.

La prima concerne l'intervenuta percezione da parte di Erzberger e dell'Esecutivo di cui fa parte, dei costi – decisamente più alti del passato della spesa pubblica – per via dell'istituenda «Sozialpolitik».

La seconda (ed è forse la più importante) discende dalla singolare brevità dell'intervallo temporale che separa l'entrata in vigore della RAO, al sorgere della «Große Inflation», fenomeno che non permette né ai proponenti, né ai destinatari della riforma, di avere l'esatta percezione degli effetti più eclatanti di quest'ultima.

Scatenandosi infatti la tempesta inflattiva, questi finiranno per avere «l'impatto di una goccia su di una pietra incandescente»⁽⁸⁶⁾.

III 2) *Gli effetti della «Große Inflation» sulla finanza privata e quella pubblica*

Cessata la guerra, la somma dei prestiti contratti dallo Stato tedesco con i suoi sudditi, o «debito interno», ammonta a 154 miliardi di *Rmk* del 4 agosto 1914, data in cui la convertibilità in oro di questa divisa viene sospesa.

Vuoi nel timore di pregiudicare la tenuta della «tregua parlamentare» conquistata all'interno del Paese, vuoi perché si presume di poter addossare il suddetto gravame al nemico sconfitto⁽⁸⁷⁾, i responsabili tedeschi della Finanza pubblica hanno ritenuto di poter finanziare lo sforzo bellico ricorrendo soprattutto al prestito, emettendo sempre più massicce quantità di buoni del tesoro, puntualmente sottoscritti da milioni di «sinceri patrioti»⁽⁸⁸⁾.

⁽⁸⁶⁾ «Als Tropfen auf den heißen Stein» (H. SCHULZE, *Die keinesweg Goldenen*, cit., p. 212).

⁽⁸⁷⁾ H. SCHULZE, *Die keinesweg Goldenen*, cit., pp. 212 seg.; F. FISCHER, *Assalto al potere*, cit., p. 435.

⁽⁸⁸⁾ È opportuno ricordare che una condotta simile è stata condivisa dall'"arcinemico" francese che, a causa della guerra ha subito danni per 34 miliardi di franchi-oro, si è indebitato per 22 con i propri Alleati ed infine si ritrova con 23 miliardi di crediti inesigibili, poichè coloro che sono subentrati agli antecedenti debitori (in Russia e Turchia) non intendono mimimamente pagarli; solo nel febbraio del 1924, quando apparirà universalmente chiara l'impossibilità di addossare all'erario tedesco la gran parte dei debiti suddetti, gli esecutivi francesi si decideranno a prendere energiche misure sul piano tributario, ad es. aumentando le imposte dirette del 20%. Si parlerà allora di «Verdun finanziaria» e costerà piuttosto cara alla maggioranza

Come pagare questo debito?

Le strade percorribili sono tre:

a) Aumentare ulteriormente del prelievo fiscale per rastrellare le risorse necessarie a spegnere progressivamente il debito suddetto: cammino che si presenta colmo d'incognite poichè un ulteriore aumento del gravame fiscale comporterebbe fatalmente una contrazione dei consumi privati, con pesanti ripercussioni socio-economiche.

b) Dichiarare la bancarotta dello Stato e, per l'effetto, sancire la cancellazione dei debiti contratti verso milioni di consociati, scelta che appare ancora più ardua della precedente, giacchè il grosso dei prestiti di guerra stanno nelle mani di innumerevoli piccoli risparmiatori, per non parlare delle Casse di risparmio, delle fondazioni assistenziali, delle società assicurative, dei fondi pensione e di invalidità e quelli per l'assistenza sanitaria⁽⁸⁹⁾.

c) Seguire ad oltranza con lo stesso sistema ereditato dal passato, riempiendo la voragine già immensa del disavanzo contraendo prestiti con l'Istituto d'Emissione che, a sua volta, finanzia questi ultimi tramite l'emissione di banconote.

Questa è la strada che intraprendono gli uomini di Weimar, ritenendo di poter ottenere un effetto liberatorio assai simile a quello che avrebbe avuto la dichiarazione di bancarotta ma con ripercussioni meno drammatiche sul piano socio-politico, apparendo fin troppo facile addossarne la responsabilità alle assillanti richieste degli Alleati.

Essi pertanto, s'apprestano, in piena consapevolezza⁽⁹⁰⁾ a porre i presupposti di un caos finanziario inaudito: già nel 1922 i funzionari e gli impiegati pagati mensilmente debbono cominciare ad adoperare la cesta della biancheria («Waschkörben») per potere incassare tutto il loro stipendio.

Il valore del denaro si deprezza in un tempo così breve che il pagamento dei salari viene fatto quotidianamente o addirittura due volte al giorno, dopodiché ognuno si affretta a spenderlo nel più vicino negozio per cambiarlo immediatamente in merce, cercando in tutti modi di trovare un controvalore; da ultimo una libbra di pane costa un miliardo di *Rmk.* ed il

uscite in occasione delle elezioni successive (J. F. SIRINELLI, R. VANDENBUSSCHE, J. VAVASSEUR-DESPERRIERS, *La France de 1914 à nos jours*, Paris, 2000, trad. it., *Storia della Francia nel Novecento*, Bologna 2003, pp. 39 seg.).

⁽⁸⁹⁾ H. SCHULZE, *La Repubblica di Weimar*, cit., p. 43.

⁽⁹⁰⁾ Nell'agosto del 1923 Herr Rudolf Havenstein, «corretto funzionario della vecchia scuola prussiana» ed *Oberpräsident* dell'Istituto d'Emissione, annuncia con orgoglio al Parlamento nazionale che, grazie alla perizia delle sue maestranze e al supporto esterno di 133 stamperie (per un totale di 1783 torchi!) la «Reichsbank» è in grado di emettere 46 miliardi *al giorno* di nuova moneta (E. EYCK, *Storia della Repubblica di Weimar*, cit., p. 269; H. SCHULZE, *La Repubblica di Weimar*, cit., p. 45).

potere calorifico di un fascio di banconote risulta più conveniente di quello del carbone che si può comprare con il medesimo⁽⁹¹⁾.

Innanzitutto alla devastante grandiosità di un simile episodio inflattivo⁽⁹²⁾, ci si attende una soluzione definitiva al problema dell'indebitamento interno e il riconoscimento, da parte dell'opinione pubblica internazionale⁽⁹³⁾, dell'impossibilità di adempiere alle richieste di indennizzo mosse dagli Alleati.

In effetti, al termine del ciclo inflattivo nel novembre 1923, il debito interno del «Reich» puntualmente pagato con moneta iperinflazionata, risulta pari, in termini di capacità d'acquisto, a soli 15,4 *Pfennig* del 1914, e in tal modo la «Grande guerra» diventa per l'erario tedesco il conflitto più a buon mercato fino ad allora condotto⁽⁹⁴⁾.

Il costo sul piano socio politico è stato tuttavia incalcolabile: ad es. il ceto medio colto, già spina dorsale del secondo «Reich» è stato messo sul lastrico⁽⁹⁵⁾.

Gli unici beneficiati sono stati i grandi gruppi industriali che hanno battuto la concorrenza sui mercati mondiali, grazie al continuo deprezzamento della divisa.

Non sono poi mancati effetti particolarmente perversi, come, ad es., la sperequazione intrinseca con cui la novella «imposta sui redditi» (v. o.) ha colpito i diversi tipi di reddito: mentre i prestatori d'opera sono stati tassati al momento del pagamento dei loro stipendi e/o salari, i datori di lavoro, potendo liquidare il proprio debito d'imposta una sola volta all'anno, hanno finito per fare aggio sul progressivo deprezzamento della moneta.

Al tempo stesso, operando come sostituti d'imposta, essi hanno conseguito ricavi aggiuntivi trattenendo su salari e stipendi somme che erano

⁽⁹¹⁾ H. SCHULZE, *Die keinesweg Goldenen*, cit., p. 214.

⁽⁹²⁾ Ai primi d'ottobre del 1923 un litro di latte costa 5,4 milioni di *Rmk.*, un francobollo per lettera 2 milioni ma, già a fine novembre, il litro suddetto costa 360 miliardi e chi vuole percorrere un chilometro in corriera ne paga 40 (H. SCHULZE, *La Repubblica di Weimar*, cit., p. 45).

⁽⁹³⁾ Speranza infondata: il creditore esterno, Francia in testa, non recede per nulla, anzi, ottenuta dalla Commissione Interalleata la dichiarazione di «stato di insolvenza volontaria», l'11 gennaio 1923 procede all'occupazione della Ruhr; questa decisione torna fin troppo utile agli istigatori dell'odio contro il «nemico ereditario» (E. EYCK, *Storia della Repubblica di Weimar*, cit., pp. 312 seg.) ma nel frattempo con l'occupazione della Renania, lo Stato tedesco non può più riscuotere i diritti doganali proprio in una regione che costituisce lo storico «varco» attraverso il quale passa, da secoli, la gran parte del commercio estero tedesco da est ad ovest e da nord a sud (H. SCHULZE, *Die keinesweg Goldenen*, cit., p. 212).

⁽⁹⁴⁾ H. SCHULZE, *Die keinesweg Goldenen*, cit., p. 214.

⁽⁹⁵⁾ E. VERMEIL, *La Germania contemporanea*, cit., pp. 378 seg.; A. ROSEMBERG, *Storia della Repubblica*, cit., 136 seg.; E. EYCK, *Storia della Repubblica di Weimar*, cit., pp. 254 seg..

tenuti a versare all'erario più tardi, quando la moneta aveva subito un ulteriore deprezzamento.

La successiva, politica di stabilizzazione⁽⁹⁶⁾ colpisce, infine, le maestranze dei grandi gruppi industriali poiché, venute mancare le favorevolissime occasioni di vendita sui mercati esteri, si sono trovate improvvisamente in esubero e, per l'effetto, destinate alla disoccupazione.

Ma c'è dell'altro: l'endemico eccesso di capacità produttiva dell'apparato industriale rispetto al potenziale assorbimento interno ed internazionale si è ulteriormente aggravato a seguito dell'inflazione, poichè i profitti enormi dovuti a quest'ultima sono stati prontamente convertiti in impianti produttivi ancor più efficienti, nel tentativo di rendere l'industria tedesca sempre più competitiva.

Tutto ciò comporta per il «Volkstaat» un *vulnus* destinato fatalmente ad aggravarsi⁽⁹⁷⁾.

⁽⁹⁶⁾ Quattro gli elementi portanti della suddetta stabilizzazione: il divieto tassativo di stampare nuova carta moneta; l'introduzione di una nuova divisa, il «Rentenmark» pari a 2 bilioni di vecchi *Rmk.* (onde per 1 dollaro ne occorrono 4,2 "nuovi"); la fiducia del pubblico che accetta questa moneta senza chiederne la conversione in merce od altra divisa; l'arrivo, entro 8 mesi, di un prestito di 100 milioni di dollari dagli U.S.A, cui seguono tosto ulteriori capitali stranieri, ormai certi di non essere remunerati con carta straccia (H. SCHULZE, *La Repubblica di Weimar*, cit., pp. 45 seg.).

⁽⁹⁷⁾ La giurisprudenza tedesca, invocata da milioni di creditori ridotti sul lastrico, dapprima s'attiene scrupolosamente al principio di cui alla legge 4 agosto 1914, in base al quale i marchi in banconote e i biglietti di Stato del «Reich» sono mezzi di pagamento che debbono essere accettati da qualsiasi creditore al loro valore nominale; successivamente il 28 novembre 1923 la suprema Corte di Cassazione (sezioni civili) appellandosi al § 242 [«Leistung nach Treu und Glauben»] del B.G.B., capovolge questo indirizzo, ritenendo il principio «marco uguale a marco» contrario a quello della «buona fede» e, per l'effetto, riconosce al creditore il diritto a vedere il suo credito rivalutato; la sentenza della Suprema Corte non detta invero criteri certi per quantificare la rivalutazione suddetta sicchè, pur arrivando a processo di stabilizzazione della divisa già avviato, minaccia di scatenare milioni di liti paralizzando l'attività dei Tribunali di merito. L'esecutivo corre immediatamente ai ripari, preparandosi a licenziare una normativa che predispose un tasso di rivalutazione fisso (ma tutt'altro che congruo all'effettivo indice di deprezzamento del potere d'acquisto: il 15%, successivamente portato al 25% nel 1925) forte della legge 8 dicembre 1923 che gli attribuisce, fino al 15 febbraio dell'anno successivo, il potere eccezionale di prendere in campo monetario qualsiasi misura ritenuta necessaria ed urgente in «considerazione delle necessità del popolo e del Reich», senza la preventiva approvazione del Parlamento nazionale. A questo punto accade qualcosa di inaudito nella storia del diritto tedesco contemporaneo: la Presidenza della Assemblea dei magistrati della Suprema Corte afferma, per bocca del suo portavoce, che dall'Esecutivo non s'attende null'altro che una decisione perfettamente conforme a quello che è stato sentenziato, a pena di dichiarazione di inapplicabilità del provvedimento governativo, in quanto contrastante col diritto naturale; il giorno successivo i migliori civilisti tedeschi scendono in campo a fianco dei giudici. Osserva amara-

Quanto al fisco tedesco, nel corso del biennio inflattivo, benchè esso compia ogni sforzo per adeguare il prelievo al corso della divisa, col procedere delle settimane e dei mesi, lo spazio temporale intercorrente fra la specifica decisione riguardante l'adattamento del prelievo e la promulgazione della medesima diviene talmente ampio che il grado di deprezzamento del denaro rende ogni provvedimento pressoché inutile⁽⁹⁸⁾.

Nelle ultime settimane di inflazione l'erario tedesco incamera ben poco: le sue entrate tributarie coprono solo il 0,4% delle spese messe a bilancio e il resto viene finanziato attraverso la stampa di carta moneta.

In simili circostanze parlare di «Amministrazione delle imposte», non ha senso: ecco perché *solo* a stabilizzazione monetaria avvenuta, l'endemica severità impositiva insita nella riforma Erzberger appare con nitore, sollecitando gli Esecutivi a ridurre, ad es., l'originaria progressività dell'imposta.

Al contempo però, nessun Governo, grazie al sistema proporzionale puro, riesce ad ottenere dal «Reichstag» la legittimazione necessaria a porre dei limiti concreti alla spesa pubblica, anzi per poter godere della benevola astensione delle minoranze, deve, ad es., garantire un intervento sempre più ampio nell'edilizia pubblica e, al contempo, aumentare la soglia del reddito minimo esente da imposta⁽⁹⁹⁾.

Consequentemente, la spesa suddetta viene alimentata in modo crescente tramite l'indebitamento verso l'esterno e con una diffusa pressione finanziaria all'interno che non può flettere più di tanto, dovendo garantire, in primo luogo, il regolare adempimento degli oneri pattuiti.

III 3) *Un regime fiscale oltremodo severo: l'imposizione diretta*

Per diversi anni, la rincorsa all'indebitamento è facilitata dall'enorme quantità di liquidità che sulle principali piazze finanziarie del mondo è in cerca di investimenti: il *redde rationem* della Finanza Pubblica tedesca scocca quando il tempo del "denaro facile" viene meno col *Great Crash* dell'ottobre 1929⁽¹⁰⁰⁾.

mente E. EYCK: «Tutto questo non era mai accaduto finché c'era stata in Germania una monarchia; la rivolta di un'assemblea di giudici contro il governo del re sarebbe stata per ogni giudice o professore tedesco addirittura un'idea inconcepibile ... tanto poco affidamento lo Stato repubblicano tedesco poteva fare sui propri organi» (*Storia della Repubblica di Weimar*, cit., pp. 298 seg.).

⁽⁹⁸⁾ Solo dopo l'esaurirsi del ciclo inflattivo si provvede a rielaborare e a modificare i principii concernenti la valutazione della base imponibile (di cui ai §§ 137-161) con la *Reichsbewertungsgesetz*, 10 agosto 1925 (A. HENSEL, *Steuerrecht*, cit., p. 118 seg.).

⁽⁹⁹⁾ «Per voler sedere su due sedie, si finì per terra» (H. SCHULZE, *Die keinesweg Goldenen*, cit., p. 215).

⁽¹⁰⁰⁾ K. GALBRAITH, *The Great Crash*, Boston 1954, trad. it., *Il grande crollo*, Torino 1972.

Ma ben da prima la «Reichssteuerreform», in tanto ritenuta la virtuosa colonna portante del novello «Volkstaat», in quanto dotata di una grossa valenza sociale, ha finito per assumere un segno diverso da quello originario.

Essa, a dire il vero, già all'atto del suo licenziamento, dovrebbe suggerire ai suoi patrocinatori più di una riserva: ad es., la quota di Pil fatta incamerare al fisco tedesco, sia per soddisfare le «Kriegsreparationen», sia per sostenere la «Sozialpolitik», sale dal 9% dell'anteguerra al 18%, lasciando ben poco spazio al consumo e al risparmio privati⁽¹⁰¹⁾.

Certo, per dare corpo ai «diritti sociali» è impossibile astenersi da una pressione fiscale complessivamente severa ma si potrebbe operare *almeno* affinché il supporto istituzionale ed amministrativo a ciò finalizzato non sia così pletorico e costoso.

Sventuratamente, il proponente della «Reichsfinanzverwaltung»: può essere ragionevolmente sicuro di trovare l'appoggio di una maggioranza solo nella misura in cui il suo progetto preveda un compromesso tra la necessità di assicurare una migliore efficienza amministrativa (invocata da tutti, *in astratto*) e le riserve corporative di coloro che, già in organico negli enti territoriali minori, sono coinvolti dal rafforzamento dell'Amministrazione centrale.

Queste riserve si manifestano puntualmente all'interno della Costituente ove, 156 deputati su 493, provengono dai ranghi della «Beamenschaft».

Ecco perché mentre buona parte delle funzioni amministrative vengono trasferiti dalle locali «Regierung» a quella del «Reich», gli organici in forza a «Länder» e «Gemeinden» non vengono proporzionalmente ridotti.

Di qui il palese attrito tra i massicci processi di burocratizzazione da un lato⁽¹⁰²⁾ e di democratizzazione e pluralismo politico-istituzionale dall'altro che contraddistingue tutta l'esistenza della novella Repubblica⁽¹⁰³⁾.

Sorge poi un problema ulteriore: fermo restando che una eventuale sovranità impositiva degli enti territoriali minori, debba essere limitata dalle

⁽¹⁰¹⁾ Se nel 1913 la spesa pubblica assorbe il 15% del Pil, nel 1926 tocca il 26% e 3 anni dopo il 31% (W. FISCHER, *Deutsche Wirtschaftspolitik 1918-1945*, Opladen 1968, citato in G. E. RUSCONI, *La crisi di Weimar*, cit., p. 85).

⁽¹⁰²⁾ «Dopo la rivoluzione, la burocrazia tedesca si era straordinariamente gonfiata, perchè i partiti repubblicani, non ritenendo necessario sciogliere il vecchio apparato imperiale, si limitarono a completare i vecchi quadri introducendovi i propri uomini di fiducia ... Con gesto benevolo il governo aveva poi aumentato fortemente gli stipendi degli impiegati ed anche i singoli Stati ed i Comuni non poterono rimanere indietro. Il risultato fu che le spese pubbliche della Germania e parallelamente le esigenze fiscali del Reich, dei singoli Stati e dei Comuni raggiunsero cifre strabilianti» (A. ROSEMBERG, *Storia della Repubblica*, cit., p. 176).

⁽¹⁰³⁾ B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milano 1987.

disposizioni normative del «Reich»⁽¹⁰⁴⁾, quali risorse si devono concedere loro, tenendo conto che la Repubblica, è uno «Stato complesso» ove le autonomie degli Enti territoriali minori sono riconosciute dalla Costituzione⁽¹⁰⁵⁾?

Per illustrare la risposta data a tal riguardo dal progetto Erzberger, occorre preliminarmente procedere alla disamina dei principali tributi ivi presenti, poiché anch'essi, nel loro articolarsi, sono l'espressione di precisi assetti politico-istituzionali.

Nel progetto di riforma non si fa mistero di un utilizzo dello strumento fiscale in funzione di una più vasta giustizia sociale e con giusta ragione poiché esso sta molto a cuore ad un vasto schieramento presente nella Costituente, dai Socialdemocratici ai Liberaldemocratici⁽¹⁰⁶⁾, fautore di una dottrina sociale forse non particolarmente agguerrita ma certo non rinunciataria.

L'S.P.D. è stato il precursore di un uso decisamente perequativo della leva fiscale: già nel 1863 un suo esponente, Ferdinand Lassalle, aveva sostenuto che le imposte indirette colpivano il cittadino contribuente non secondo le sue sostanze o il suo reddito ma secondo i suoi bisogni⁽¹⁰⁷⁾.

Sei anni dopo, ad Eisenach, il documento ufficiale del convegno del partito, aveva chiesto «l'abolizione di tutte le imposte indirette e l'introdu-

⁽¹⁰⁴⁾ Allo scopo di salvaguardare al massimo «l'uguaglianza della pressione tributaria generale» (A. HENSEL, *Steuerrecht*, cit., p. 16).

⁽¹⁰⁵⁾ «In uno Stato *semplice* non occorre alcun conguaglio delle finanze (*Finanzausgleich*). Il complesso dei compiti pubblici vi viene adempiuto da un solo soggetto di diritto che, in forza del suo potere sovrano si occupa anche di coprirne le necessità finanziarie ... In uno Stato *complesso* [il corsivo è mio] sarebbe possibile immaginare una diversa condotta finanziaria dei singoli Enti pubblici, ma in poco tempo il caos regnante nelle pubbliche relazioni finanziarie condurrebbe in rovina l'intera economia statale. L'unità dell'economia generale esige che anche gli oneri imposti dallo Stato siano trattati unitariamente e che, occorrendo, siano resi uniformi con la creazione di norme opportune, pienamente vincolanti». Tuttavia il problema del conguaglio non può esaurirsi nel disciplinare quali competenze impositive e quali dei proventi di determinate fonti d'imposta debbano spettare ad un certo Ente, ma deve estendersi ogni aspetto dell'attività finanziaria di quest'ultimo, se e in quanto ciò sia necessario nell'interesse dell'economia generale, onde «è giusto comprendere nel problema del conguaglio delle finanze anche il bilancio degli Enti inferiori, la loro situazione di cassa, l'imposizione e la verifica dei conti, l'ammissibilità del ricorso a prestiti e a crediti, nonché l'attività privata degli Enti pubblici». Dunque, l'effettività del conguaglio presuppone la vigilanza dello Stato in ogni campo della finanza pubblica, anche su quei compiti, come le spese, affidate alla piena autonomia dell'Ente "inferiore" (A. HENSEL, *Steuerrecht*, cit., pp. 37 seg.).

⁽¹⁰⁶⁾ Indicati d'ora innanzi rispettivamente come S.P.D. («Sozialdemokratische Partei Deutschlands») e D.D.P. («Deutsche Demokratische Partei»).

⁽¹⁰⁷⁾ Per averlo fatto era stato oggetto di un procedimento penale (F. NEUMARK, *Lassalles Steuerstreitschrift*, in «FinanzArchiv», Zeitschrift, Band 23, 1963/64, p. 66).

zione di una sola unica imposta diretta e progressiva sul reddito e sulle eredità»; infine nel 1891, ad Erfurt, alle richieste suddette era stata aggiunta quella di colpire, con una grossa imposta patrimoniale, le sostanze dei più abbienti⁽¹⁰⁸⁾.

Sulla radicalità di una simile proposta non vi possono essere dubbi: basti pensare che l'analogo progetto presentato dal Proudhon nel 1848 all'Assemblea Nazionale Francese, già culla dei diritti innati dell'uomo, aveva ottenuto solo due voti, mentre tutti gli altri parlamentari erano insorti dichiarando l'imposta progressiva «immorale e sovvertitrice dell'ordine divino ed umano»⁽¹⁰⁹⁾.

Nondimeno, sarebbe errato e fuorviante addebitare il riconoscimento a livello di «Grundgesetz» del «principio della capacità contributiva» unicamente al «radicalismo socialista».

Il «Leistungsfähigkeitsprinzip», infatti, era noto da tempo in Germania⁽¹¹⁰⁾

⁽¹⁰⁸⁾ C. BELLUZZI, *L'evoluzione dell'imposizione indiretta in Germania*, cit., pp. 619 seg.

⁽¹⁰⁹⁾ E. VANONI, *Natura ed interpretazione*, cit., p. 68. La posizione del Proudhon, appariva decisamente radicale poiché non prevedeva un tributo personale progressivo nell'ambito di una combinazione di molteplici imposte, molte delle quali reali e proporzionali, bensì una ripartizione dell'intero carico tributario in ragione progressiva, tramite una imposta *unica* sul reddito o sul patrimonio; ecco perché era stata definita da uno studioso di norma alquanto ponderato nei giudizi come il MILL, «un furto graduato» (*Principles of political economy*, libro V, cap. III).

⁽¹¹⁰⁾ Il suddetto principio viene colto per la prima volta con palese chiarezza da Adolph Trendelenburg, che dedica l'intero § 159 del suo *Naturrecht. Auf dem Grunde der Ethik* alla trattazione dell'imposta; egli osserva che «le imposte non sono un equivalente della protezione che lo Stato fornisce ai singoli, non sono un prezzo di scambio per la sicurezza offerta, per così dire, dallo Stato ai singoli come se fossero mercanzia, bensì sono riconducibili al rapporto interno che lega, nel loro complesso, il singolo membro della comunità al tutto e quest'ultimo al singolo membro e agli scopi che quest'ultimo ha in comune con tutti. I sudditi perciò non si rapportano alle imposte come obblighi dovuti ad un *Dominus* esterno, ma come tributi dovuti ad una unica totalità e perciò stesso, a sé medesimi contemporaneamente. La tassazione, compito della giustizia distributiva, comporta un rapporto di proporzionalità che muta secondo i tempi e le circostanze; essa perciò trova occasione di operarsi affinché questo saggio computo possa addivenire ad una visione etica, in primo luogo adottando una misura di computo soltanto di carattere generale. Questa misura è data in primo luogo dalla «capacità contributiva» dei singoli, espressione finanziaria in cui riposa un valore etico e, certamente il lavoro fecondo, il lavoro che in quanto promosso da un proprio specifico scopo e per fini molteplici ad un tempo, rappresenta la salute della Nazione ... Dove le leggi fiscali formano un Diritto, esse giustamente comportano punto di vista etico, laddove perseguono la proporzionalità in riferimento alla capacità contributiva dei singoli e alla rimanente, crescente e molteplice produttività di tutti» (K. TIPKE, *Die Steuerrechtsordnung*, cit., vol I, pp. 270 seg.).

e non solo⁽¹¹¹⁾ e fatto oggetto di approfondite discussioni non meramente accademiche in tutta Europa, tanto più che negli ultimi decenni del XIX secolo aveva trovato un approdo normativo non solo in paesi di consolidata tradizione liberale come il Regno Unito o l'Olanda, ma anche in certi «Staaten» della Confederazione germanica, tradizionalmente conservatrici quali la Sassonia, il Württemberg, la stessa Prussia⁽¹¹²⁾, per tacere dell'Austria⁽¹¹³⁾.

Invero, il tributo reale e proporzionale era stato per quasi un secolo, a partire dagli ultimi decenni del '700, la naturale proiezione del pensiero politico ed economico dominante⁽¹¹⁴⁾, sicchè non possono meravigliare le discussioni sorte in seguito alla scelta del Legislatore prussiano del 1891, di far convivere, nell'ambito del medesimo ordinamento, un tributo reale *accanto* ad una imposta sul reddito personale e progressiva: quest'ultima fino ad allora, aveva stentato ad imporsi, «anche a dispetto dell'avanzata del pensiero» poichè «l'esplicitazione dei rapporti reddituali ad essa correlata veniva ancora ritenuta inammissibile»⁽¹¹⁵⁾.

Non a caso in Francia, culla continentale della rivoluzione borghese, per quasi tutta la durata del XIX, la tassazione dei redditi era rimasta saldamente ancorata ad un sistema d'imposte reali, in base all'assunto che un'imposta personale, parametrata alla generale condizione economica del soggetto passivo, finisse per incidere su alcuni diritti fondamentali dell'uomo e del cittadino, come quelli alla riservatezza e alla tutela.

⁽¹¹¹⁾ La migliore dottrina italiana, registrava con lucidità esemplare le riserve del mondo scientifico del tempo a tal riguardo, facendo osservare che «coloro tra i dottrinari che negano l'imposta progressiva un fondamento razionale, confondono il principio che la giustifica [ossia l'uguaglianza del sacrificio] con le difficoltà tecniche della sua applicazione» (G. ALESSIO, *Ancora dell'imposta progressiva*, in «Rivista italiana per le Scienze giuridiche», 1897, p. 213).

⁽¹¹²⁾ G. RICCA SALERNO, *L'imposta progressiva e le riforme tributarie di alcuni Stati europei*, in «Bulletin de l'Institut international de statistique», Roma, vol. VIII, pp. 229 segg.; E. MASÈ-DARI, *L'imposta progressiva. Indagini di storia e d'economia delle finanze*, Torino, 1897, p. 104 segg.

⁽¹¹³⁾ H. SCHULLERN-SCHRATTENHOFEN (von), *La riforma tributaria in Austria*, in «La Riforma Sociale», anno IV, vol. VII, 1897, p. 369 segg.

⁽¹¹⁴⁾ «L'imposta proporzionale colpisce obiettivamente la ricchezza, cioè colpisce la cosa prescindendo dalla persona del proprietario; per questo carattere di realtà, il sistema proporzionale fu attuato dagli uomini della rivoluzione francese, la cui preoccupazione assorbente era di abolire i privilegi personali della vecchia nobiltà e di garantirsi contro un pericolo del loro ritorno... Questo il suo merito politico; ma essa aveva anche e soprattutto un merito economico, perché si armonizzava con la legislazione economica del tempo, che si informava al principio della massima produzione e della indefinita accumulazione del capitale» (A. DE VITI-DE MARCO, *Principi di economia finanziaria*, Torino 1953, pp. 184 segg.).

⁽¹¹⁵⁾ K. TIPKE, *Die Steuerrechtsordnung*, cit., vol. I, , p. 272.

Tuttavia, nel primo decennio del 'Novecento, anche sulla base degli indubbi successi ottenuti dal modello di imposta sui redditi prussiana, nell'ordinamento tributario francese era comparso un sistema per così dire a doppio binario, nel quale il reddito era sottoposto ad una doppia imposizione: una prima volta, con il tradizionale prelievo autonomo e proporzionale (ben 7 categorie reddituali prederminate per legge a seconda della natura del reddito che si voleva colpire); una seconda volta, con un'aliquota progressiva e con una base imponibile data dalla somma dei redditi parziali di tutte le categorie, tesa a colpire, palesemente i redditi più alti⁽¹¹⁶⁾.

D'altra parte, proprio negli anni in cui le riforme tributarie succitate erano venute alla luce, le riflessioni della dottrina sulla progressività dell'imposta apparivano profondamente mutate⁽¹¹⁷⁾: infatti, quella che in precedenza era ritenuta un'idea meramente politica fondata su postulati assolutamente arbitrari, sembrava trovare un autorevole riconoscimento scientifico⁽¹¹⁸⁾.

Invero, la novità della riforma prospettata da Erzberger, sta non tanto nell'aver adottato il principio della progressività dell'imposta, ma nel fatto che, a differenza di tutte le riforme antecedenti, la latitudine concessa alla tassazione personale progressiva appare estesa ad ogni categoria di contribuenti.

La prussiana «Miquelschesteuereform» del 1891-1893, infatti, non era stata, un tributo di massa: nel 1901, su un totale di 34 milioni di contribuenti, in forza dell'esenzione dei redditi inferiori a 900 marchi, più di 20 erano gli esclusi.

⁽¹¹⁶⁾ F. NEUMARK, *Der Aufstieg der Einkommensteuer*, cit., pp. 234 seg.

⁽¹¹⁷⁾ R. MEYER, *Die Principien der gerechten Besteuerung*, Berlin 1884, pp. 4 seg.; E. SAX, *Die Progressivsteuer*, in «Zeitschrift, für Volkswirtschaft, Sozialpolitik und Verwaltung», Wien 1892; E. R. A. SELIGMANN, *Progressive Taxation in theory and practice*, Baltimore 1894, pp. 156 seg.; il dibattito della dottrina e nella pubblicistica del tempo, vasto, approfondito e coinvolgente, aveva fatto affiorare qualche asprezza polemica anche nel paludato declinare dei trattati e dei manuali (F. FLORA, *Manuale*, cit., pp. 247 seg.).

⁽¹¹⁸⁾ «É fuor di dubbio (e il fatto era riconosciuto anche prima che la scuola economica austriaca facesse accettare la teoria del grado di utilità finale) che le soddisfazioni le quali derivano da ogni aumento del reddito sono minori mano mano che si sale. Se è vero che ogni bene posseduto da un individuo si decompone in una serie di frazioni di utilità decrescente, ed è sempre la utilità della frazione meno utile che determina il valore di tutte le altre, è vero per conseguenza che il sacrificio dei contribuenti è tanto maggiore quanto minore è la loro ricchezza. È anche vero che la capacità contributiva, non è proporzionale al reddito, ma aumenta progressivamente con l'aumentare di esso ... In altri termini, chi abbia appena un reddito di 1.000 lire, se è colpito da una imposta proporzionale del 10 per cento, sopporta un sacrificio assai più grande di chi avendo un reddito di lire 100 mila, paghi per la stessa ragione 10 mila lire d'imposta ... Ora soltanto l'imposta progressiva, la quale sottrae una quantità di ricchezza più grande ai possessori dei redditi più elevati, garantisce un eguale rapporto dall'utilità assorbita dall'imposta all'utilità sociale della ricchezza». (F. S. NITTI, *Principi di Scienza delle Finanze*, cit., pp. 405 seg.).

Addirittura minore era stata la percentuale dei percossi dalla «Einkommensteuer» austriaca: essa era stata pari al 9,45% dell'intera popolazione.

Dunque, il discusso passaggio dall'imposta reale proporzionale all'imposta personale progressiva era stato avviato con estrema prudenza, sia in riferimento alla generalità dei soggetti da percuotersi, sia alla progressività e all'ammontare delle aliquote, la più alta delle quali era prossima al 4%, laddove il progetto che Erzberger, s'accinge a sottoporre all'attenzione del Parlamento nazionale prevede una «Einkommensteuer»⁽¹¹⁹⁾ con aliquote che toccano il 16%!

E le novità non finiscono qui: l'ordinamento prospettato non va ad inficiare l'antecedente consolidato sistema di imposte reali o «Ertragsteuern»⁽¹²⁰⁾, vero e proprio pilastro della finanza locale.

III 4) segue: l'imposizione indiretta

Il drastico incremento complessivo del gravame diretto non comporta una sostanziale riduzione della pressione fiscale sui prodotti di largo consumo, anzi, il proponente della «Steuerreform» ritenendo che un'imposizione diretta, benchè fortemente progressiva, non sia in grado di assicurare entrate sufficienti, ritiene indispensabile *inasprire* proprio quei tributi indiretti, di cui, nei decenni trascorsi, l'S.P.D., tra i partiti aveva chiesto addirittura l'abolizione.

Già trovare in seno al «Reichstag» una maggioranza disposta ad accettare un regime impositivo diretto ben più severo della semplice sommatoria delle ventisei analoghe imposte operanti nei rispettivi «Staaten» e, tanto meno, classificabile come una sorta di succedaneo del bismarckiano «Matrikularbeiträge»⁽¹²¹⁾, non è stato facile.

⁽¹¹⁹⁾ A questa «Imposta sui redditi delle persone fisiche», s'affianca ovviamente quella sulle «persone giuridiche» o «Körperschaftsteuer».

⁽¹²⁰⁾ Il termine «Ertrag» può essere tradotto in diversi modi: «utile», «provento», «frutto», «reddito»; tuttavia l'immediata riconducibilità dell'espressione «Ertrag» a «reddito» (onde «Ertragsteuer» e «Einkommensteuer» sarebbero sinonimi) non è corretta poiché quest'ultima è un'imposta *personale* sui molteplici tipi di reddito mentre, mentre la prima è un'imposta *reale* che colpisce i beni, in quanto sorgenti di reddito, come, ad es., un'imposta fondiaria. (K. TIPKE - J. LANG, *Steuerrecht*, Köln 1994, § 8 Rz 22.)

⁽¹²¹⁾ Il «Matrikularbeiträge» o «contributo matricolare» da versarsi al «Reich» da parte degli «Staaten» era una sorta di riedizione riveduta e corretta, voluta dal Bismarck (che lo considerava poco più di un sussidio pensionistico) del «Gemeine Pfennig», prima imposta estesa a ciascun suddito dell'«Heiliges Römisches Reich», istituita ai tempi delle guerre Hussite (P. MORAW, *Der Gemeine Pfennig. Neue Steuern und die Einheit des Reiches im 15. und 16. Jahrhundert*, in *Mit dem Zehnten fing es an*,

Infatti, mentre si poteva legittimamente presumere l'aperta condivisione dei cattolici del *Zentrum* ⁽¹²²⁾, più di una riserva si poteva nutrire su quanto i liberali del D.D.P. erano disposti a concedere alla progressività della novella imposta personale che, sommandosi alle antecedenti imposte reali, comportava una decisa impennata della pressione fiscale diretta, specie sui ceti più abbienti ⁽¹²³⁾.

Molto dipendeva dall'atteggiamento che l'ala sinistra del blocco riformatore («Volksblok»), formata dall'S.P.D. avrebbe dimostrato su una questione che stava a cuore al D.D.P. forse quanto quella fiscale: quella dei «Consigli d'azienda» o «Betriebsräte».

Durante l'incendiario bimestre rivoluzionario del 1918, era sorta infatti l'idea di una costruzione sistematica, dal basso verso l'alto, di «Consigli operai» dotati di poteri d'impulso e controllo piuttosto ampi ed incisivi sull'apparato economico produttivo.

Ancora nel marzo del 1919, l'S.P.D. aveva fatto propria la seguente risoluzione per discuterla alla Costituente: «devono essere legalmente stabilite rappresentanze di lavoratori, allo scopo di collaborare ai provvedimenti di socializzazione, al controllo delle industrie socializzate, alla sorveglianza della produzione e della distribuzione dei beni in tutti i campi dell'economia ... devono inoltre essere costituiti consigli regionali di operai e un consiglio degli operai del Reich, i quali, come le rappresentanze di tutte le altre categorie produttrici, hanno il diritto di essere consultati prima dell'emanazione di leggi economiche e di politica sociale e di avanzare proposte sull'emanazione di tali leggi» ⁽¹²⁴⁾.

Orbene, se si va a leggere quanto è stato recepito di questa radicale idea nella W.R.V., si può ben comprendere quanto sia stato fruttuoso *all'interno* del «Volksblok» lo sforzo per spogliarla di gran parte del suo carattere

München 1992, a cura di U. SCHULZ, cit., pp. 130 segg.; W. SCHOMBURG, *Lexicon der deutschen Steuer- und Zollgeschichte, Abgaben, Dienste, Gebürhen, Steuern und Zölle von den Anfängen bis 1806*, München 1992, pp. 224 segg.).

⁽¹²²⁾ «I sindacati cristiani che ... caratterizzavano fortemente la fisionomia politica del *Zentrum*, non avevano nessuna intenzione di battersi per gli imprenditori e altrettanta poca simpatia per il grande capitale nutrivano i ceti medi borghesi, gli impiegati pubblici e privati, gli intellettuali, che componevano la gran massa elettorale dei democratici» (A. ROSEMBERG, *Storia della Repubblica*, cit., p. 79).

⁽¹²³⁾ Dubbi assolutamente fondati, posto che il *placet* concesso alla «Steuerreform», costerà al D.D.P. una disfatta alle elezioni del 6 giugno 1920, passando da 5,6 milioni di voti a 2,3. D'altra parte nessun partito verrà "perdonato" dal rispettivo elettorato: l'S.P.D. perderà a favore dell'estrema sinistra 50 seggi su 163 (E. EYCK, *Storia della Repubblica di Weimar*, cit., pp. 171 seg.).

⁽¹²⁴⁾ A. ROSEMBERG, *Storia della Repubblica*, cit., p. 82.

rivoluzionario⁽¹²⁵⁾: all'art. 165⁽¹²⁶⁾ non si va oltre al riconoscimento della dignità costituzionale alla "comunità di intenti" dei contraenti, ossia alla pratica, della "collaborazione pacifica" fra *tutti* i componenti della «Arbeitsgemeinschaft» operante già negli ultimi mesi di guerra, col favore della casta militare⁽¹²⁷⁾.

L'art. 156 disinnesci poi l'esplosivo problema della socializzazione dei mezzi di produzione, riconoscendo il diritto al «Reich» di «trasferire alla collettività la proprietà di aziende economiche private *suscettibili* di essere socializzate» e solo «previa indennità».

Rientrata la minaccia insita nell'originario disegno dei «Betriebsräte» e, per l'effetto, ottenuto l'appoggio della parte moderata del blocco riformatore per licenziare il nuovo regime impositivo diretto, viene posta all'ordine del giorno l'introduzione di una forte «Umsatzsteuer»⁽¹²⁸⁾.

La proposta di Erzberger consiste, in buona sostanza, nella modifica dell'antecedente disciplina della «Warenumsatzstempel» che, con legge 26 giugno 1918, era già stata estesa a tutte le prestazioni di lavoro autonomo (salve quelle dei liberi professionisti) con l'aliquota portata allo 0,5.

Con la riforma, anche le prestazioni di questi ultimi vengono colpite e l'aliquota ordinaria sale all'1,5%, col che il nuovo tributo assume la

⁽¹²⁵⁾ A. ROSEMBERG, *Storia della Repubblica*, cit., p. 82; E. EYCK, *Storia della Repubblica di Weimar*, cit., pp. 141 seg.

⁽¹²⁶⁾ «Gli operai e gli impiegati sono chiamati a collaborare sul piano di eguaglianza insieme con gli imprenditori alla regolamentazione delle condizioni salariali e di lavoro, come anche nell'intero sviluppo economico delle forze produttive. Sono riconosciute le organizzazioni di entrambe le parti e i loro accordi».

⁽¹²⁷⁾ G. RITTER, *I militari e la politica nella Germania moderna*, vol II, cit., p. 447; 459 e pp. 460 seg.

⁽¹²⁸⁾ L'espressione «Umsatz» può essere tradotta in vari modi, in quanto il verbo da cui deriva («umsetzen») indica non solo un cambiamento di luogo in generale ma addirittura un cambiamento di stato (in senso chimico-fisico); Dino Jarach nel tradurre lo *Steuerrecht*, dell' HENSEL (*Diritto tributario*, Milano, s.d. ma 1931, p. 371) adopera l'espressione «scambio» da cui «Imposta di scambio» che ha avuto vasta e durevole fortuna nel lessico giuridico italiano seguita da «imposta sul fatturato» oppure «sul volume d'affari». La moderna dottrina tedesca è viceversa propensa a ritenerla un'«imposta generale sui trasferimenti», risultando in tal modo più agevole distinguerla, in senso tecnico, dalle ben più datate «besonderen oder speziellen Verkehrsteuer» o «imposte speciali o particolari sui trasferimenti» (K. TIPKE, *Die Steuerrechtsordnung*, 3 voll., Köln 1993, vol II., p. 932; K. TIPKE-J. LANG, *Steuerrecht*, Köln, 1994, p. 599). Per un breve *excursus* su questa imposta, rimane ancora prezioso per chiarezza: A. FANTOZZI, *Profili storico-critici della Riforma dell'imposizione sugli scambi in Germania* in *Studi di finanza pubblica-Studi sull'IVA*, COLLANA DIRETTA DA C. COSCIANI, Milano 1968, p. 43 segg.

veste di «una vera e propria imposta ... a carico di tutte le forniture di beni e le prestazioni di servizi effettuate da imprenditori»⁽¹²⁹⁾.

Come si è accennato, a differenza di quella che, circa mezzo secolo dopo, diverrà l'I.V.A, questo tipo di imposta, messa a punto dall'allora «Staatssekretär» Johannes Popiz⁽¹³⁰⁾ è un'imposta di tipo cumulativo, che colpisce non solo la frazione di valore aggiunto che si è formata nell'ultimo passaggio, ma anche le frazioni che si sono formate nei passaggi precedenti; in tal modo, tanto più è alto il numero dei passaggi che precedono il consumo o la prestazione finale, tanto più cresce il carico fiscale su quel bene o su quel servizio⁽¹³¹⁾.

Si può ben comprendere come la proposta di un simile balzello, ponga un problema politico ben arduo: in un contesto nel quale gli elementari problemiannonari non trovano ancora una soluzione accettabile⁽¹³²⁾, ogni gravame che finisce per colpire i generi di prima necessità non può non sollevare la protesta dei ceti meno abbienti⁽¹³³⁾, tanto più che l'«Umsatzsteuer» è certamente il tributo indiretto più importante, ma non il solo, dato che la RAO contempla pure una pleiade di imposte minori⁽¹³⁴⁾.

Dal che si può ben intuire quale calice amaro si voglia far bere al “partito della classe operaia”, già instancabile patrocinatore dell'abolizione di tutte le imposte indirette.

Tuttavia le trovate per renderlo più accettabile, non vengono risparmiate: innanzi tutto, si porta al 15% l'aliquota dell'«Umsatzsteuer» sui prodotti di lusso («Luxusgüter») ossia su quei beni che si reputano esclusivi, delle classi

⁽¹²⁹⁾ A. FANTOZZI, *Profili storico-critici*, cit., p. 45.

⁽¹³⁰⁾ Johannes Popiz (1884-1945) già «Staatssekretär» al Ministero del Tesoro dei «Reich», figura tra le più autorevoli della «Steuerwissenschaft» a cavallo fra le due guerre e “padre” della «Umsatzsteuer»: il suo Commentario a quest'ultima comparso nel 1926 (*Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, tomo III, Jena, p. 400 segg.) è tutt'oggi presente nella «Literatur» posta a corredo dei manuali di diritto tributario; membro della Resistenza tedesca viene soppresso in un campo di concentramento.

⁽¹³¹⁾ Sempre che il legislatore non voglia limitare questo effetto cumulativo ad es., decidendo di non colpire i passaggi tra grossista e grossista.

⁽¹³²⁾ A. ROSEMBERG, *Storia della Repubblica*, cit., p. 138.

⁽¹³³⁾ H. SCHULZE, *Die keinesweg Goldenen*, cit., p. 211.

⁽¹³⁴⁾ Esse riguardano sia il consumo («Verbrauch»), sia il trasferimento dei diritti («Rechtsverkehrs»); tra i primi troviamo le imposte sul materiale di illuminazione, sulle carte da gioco, sullo zucchero, sul sale, su the e caffè, sulle bevande (in particolare sulla birra); tra le seconde: la «Gründerwerbsteuer» o imposta sull'acquisto di terreni; la «Kapitalverkehrsteuer» o imposta sul movimento di capitali; la «Wechselsteuer» o imposta di bollo sui titoli cambiari; la «Kraftfahrzeugsteuer» o imposta sugli autoveicoli; la «Versicherungsteuer» o imposta sulle assicurazioni; la «Rennwett- und Lotteriesteuer» o imposta sulle scommesse e le corse sportive nonché sulle vincite alle lotterie (A. HENSEL, *Steuerrecht*, cit., pp. 17 segg.).

agiato, sacrificio palesemente risibile, rispetto a quello imposto a chi agiato non è, quando acquista dei beni ordinari.

Successivamente, viene ventilata l'introduzione di una forte imposta patrimoniale o «Vermögensteuer» e di una imposta sulle successioni con aliquote progressive ben più severe di quelle antecedenti, a seconda del grado di parentela⁽¹³⁵⁾.

Poco importa che, subentrando il caos inflattivo, la capacità di calcolare l'effettiva consistenza patrimoniale da aggredirsi venga a mancare: quello che pare evincersi dal disegno riformatore, *nel suo complesso*, è una ripartizione del carico impositivo non solo su «tutte le spalle», ma anche su quelle, di norma, più larghe e più forti, il che dovrebbe permettere al suo proponente di ottenere la fiducia del «Reichstag».

IV) *La logica compromissoria del «Finanzausgleich»*

Qualsiasi progetto di «Reichsfinanzverwaltung», deve trovare l'appoggio, in seno al «Reichstag», di un forte e trasversale partito particolarmente attento alla disciplina da darsi al «Finanzausgleich», ai rapporti finanziari intercorrenti tra il «Reich», «Länder» e «Gemeinden».

Quello di Erzberger prevede, innanzi tutto, che sia messa a disposizione dei «Länder» una parte del gettito della «Einkommensteuer» e dell'«Umsatzsteuer»⁽¹³⁶⁾.

In seconda battuta, si *promette* ai Comuni di concedere loro un diritto di sovrainposta sulla «Einkommen – Körperschaftsteuer»⁽¹³⁷⁾: trattasi di una soluzione non particolarmente innovativa poiché questo diritto era *già* operante in capo ai Comuni dall'antecedente ordinamento bismarckiano ma,

⁽¹³⁵⁾ L'HENSEL definisce le disposizioni della «Steuerreform» di Erzberger in materia successoria «draconiane» e loda le successive misure di riordino subentrate alla stabilizzazione monetaria perché di «concezione più calma, favorevole al mantenimento dei capitali soprattutto nelle famiglie» (*Steuerrecht*, cit., p. 360).

⁽¹³⁶⁾ Con legge 14 febbraio 1924 a «Länder» e «Gemeinden» verrà destinato il 90% del gettito dell'«Einkommensteuer» e «Körperschaftsteuer» e il 20% della «Umsatzsteuer»; con legge 10 agosto 1925, la frazione di gettito delle prime andrà al 75% e quelle delle seconde al 30%.

⁽¹³⁷⁾ «La concessione, a favore degli Enti pubblici minori, di un diritto di supplemento da riscuotersi sulle imposte sul reddito e sugli enti collettivi ... fu accolta come punto programmatico per l'avvenire. Per il presente ci si mantenne fedeli al sistema delle assegnazioni dall'alto e ci si accontentò di modificare le quote di assegnazione delle singole imposte, in modo da assicurare al Reich il gettito di tali imposte, la cui riscossione era ritenuta necessaria per far fronte alle obbligazioni finanziarie scaturenti *dalla politica estera*»[il corsivo è mio] (A. HENSEL, *Steuerrecht*, cit., pp. 21 seg.).

d'altra parte, l'art. 8 della W.R.V. se, da un lato sancisce solennemente l'obbligo in capo al *Reich* di garantire la «capacità di sopravvivenza dei Länder», in riferimento ai Comuni tace⁽¹³⁸⁾.

Ai «Länder» spetta inoltre la sovranità impositiva sulle «Ertragsteuer»⁽¹³⁹⁾: grazie a ciò essi *possono*, ex § 8 della «Finanzausgleichgesetz», trasferire una frazione del loro gettito ai rispettivi Comuni.

Senonchè i «Länder», nell'elevare le imposte suddette non possono procedere a seconda del fabbisogno finanziario loro o dei rispettivi Comuni (sui quali si scarica il peso crescente della «Sozialpolitik») ma sono tenuti a rispettare i criteri tassativamente elencati ai §§ 9 e 10 della «Finanzausgleichgesetz»⁽¹⁴⁰⁾.

Aggiungasi che i Comuni più piccoli, non essendo in grado di gestire direttamente i tributi suddetti, non solo ne demandano la gestione all'Amministrazione centrale ma chiedono alla «Reichsfinanzhof» (v. o.) di vegliare sul puntuale rispetto dei propri diritti sia da parte del «Reich» che dei «Länder»⁽¹⁴¹⁾.

Invero, anche la «Finanzausgleichgesetz» è frutto di una logica compromissoria, assai lontana dalle rigorose geometrie che ci si dovrebbe attendere da un legislatore⁽¹⁴²⁾.

L'obiettivo dichiarato di questa legge è indubbiamente quello di procedere alla ripartizione del complesso delle competenze impositive, in modo che ciascun Ente possa attingere alle fonti ad esso consentite, tenendo conto del fabbisogno finanziario derivante dall'adempimento dei compiti che gli sono stati assegnati.

⁽¹³⁸⁾ K. DÜWELL, *Fra federalismo, unitarismo e centralismo*, cit., p. 298.

⁽¹³⁹⁾ Tra queste troviamo l'imposta fondiaria o «Grundsteuer» e l'imposta sulle attività produttive o «Gewerbsteuer». In tedesco l'espressione «ein Gewerbe aus machen» sta ad indicare l'esercizio di un mestiere o di una attività imprenditoriale *in genere* (ed ecco perché il liberalismo tedesco dell'Ottocento ha lottato per la «Gewerbefreiheit» e non già per una «Arbeitsfreiheit») mentre per indicare l'esercizio di una professione si usa l'espressione «einem Gewerbe nach gehen». Per il giurista italiano, la definizione «Imposta sulle attività produttive» ha il vantaggio di richiamare immediatamente l'I.R.A.P. di cui ai Decreti legislativi 446, 15 dicembre 1997 e 137, 10 maggio 1998. Tuttavia tra i due tributi esistono notevoli differenze: ad es, mentre in Italia sono soggette ad I.R.A.P. le società e gli enti, compresi gli organi e le Amministrazioni dello Stato, indipendentemente dall'attività svolta, oggetto della «Gewerbsteuer» sono unicamente «die Erträger von gewerblichen Unternehmen», ossia gli utili delle «attività imprenditoriali» (K. TIPKE-J. LANG, *Steuerrecht*, vol. I, cit., § 12, Rz. 252).

⁽¹⁴⁰⁾ Si tratta di una sorta di «precauzione» per evitare che questi «Enti territoriali minori» possano adeguare il gettito delle *loro* imposte alla «capacità contributiva generale dell'obbligato» distruggendo in tal modo le fonti tributarie dirette dello Stato (E. BECKER, *Accentramento e sviluppo*, cit., p. 158).

⁽¹⁴¹⁾ A. HENSEL, *Steuerrecht*, cit., p. 22.

⁽¹⁴²⁾ E. BECKER, *Accentramento e sviluppo*, cit., p. 157.

Premesso che le poste di spesa di ciascun Ente, oltre ad un dato limite non possono essere comprese, l'eventualità che i singoli Enti si ritrovino con «margini di bisogni non soddisfatti» è tutt'altro che remota, poiché non sempre è possibile assegnare loro *de plano* tutte le competenze impositive atte a soddisfare il suddetto fabbisogno.

Di qui il costituirsi di un sistema di «contributi» («Beiträge») che, posto accanto al complesso di assegnazioni impositive di cui *supra*, dovrebbe permettere ai vari Enti di pareggiare i loro bilanci.

La normativa prevede due ordini di «Beiträge»: dagli «Enti inferiori» all'«Ente superiore» («assegnazioni dal basso») e/o viceversa («assegnazioni dall'alto»); queste ultime hanno una valenza politica di gran lunga più importante poiché servono ad alleggerire oneri in parte specifici⁽¹⁴³⁾ e in parte generici.

La *ratio* delle assegnazioni finanziarie generiche o «dotazioni» è duplice: da un lato, in sede di Costituente si è preteso che gli Enti «espropriati» della loro sovranità impositiva continuino ad avere una voce in capitolo nel gettito di certe imposte cespiti come l'«Einkommen- Körperschaftsteuer».

Ciò influisce sulla configurazione tecnica della stessa assegnazione dato che «per la ripartizione si toglie una frazione del gettito complessivo di alcune imposte».

Infatti, come criterio di distribuzione delle assegnazioni si adotta, innanzi tutto quello della «fonte locale» nell'ambito dell'Ente avente diritto all'assegnazione: in tal guisa questo ottiene, altrettanto «come se avesse riscosso direttamente un supplemento di aliquota fissato dal Reich».

Dall'altro si prevedono assegnazioni destinate a compensare gli indubbi squilibri esistenti nella struttura economica degli «Enti inferiori»: ad es., quella dei «Länder» agrari rispetto a quelli industriali o, più semplicemente, dei piccoli comuni rispetto alle metropoli industriali, dato che «se a due Enti con uguale ordinamento giuridico, ma diversa struttura economica, vengono assegnati gli stessi compiti e quindi uguali oneri», è giocoforza che l'«Ente superiore» debba «provvedere ad un conguaglio strutturale della loro capacità».

In tal caso, il criterio di distribuzione non può essere quello della «fonte locale», dato che vengono in questione le necessità dettate dalla struttura economica, viste alla luce dei numeri indici socio-economici dei specifici «Gemeiden»: popolazione, superficie, rapporto tra popolazione residente e scolarizzata, numero di lavoratori dipendenti e via discorrendo.

Ora, se si fissa l'importo delle assegnazioni di carattere generico unicamente in base a una frazione del gettito di imposta, si finisce per

⁽¹⁴³⁾ Ad es., il funzionamento delle scuole elementari, la manutenzione della rete viaria, il mantenimento della polizia locale e, soprattutto, l'assistenza ai disoccupati.

preferire il criterio che è il presupposto stesso del «Finanzausgleich», ossia di permettere a *qualsiasi* Ente territoriale di poter disporre delle risorse necessarie ad adempiere i compiti istituzionali che gli sono stati assegnati⁽¹⁴⁴⁾.

Tuttavia è anche vero che non sempre i «Länder» ad economia agraria e perciò stesso definiti “poveri”, lo sono davvero: è il caso della Baviera che, da un lato, ottiene cospicui contributi poiché con quanto ricava dalla sua quota-parte delle imposte dirette, a suo dire, non riesce a far fronte ai propri oneri e, dall'altro, per bocca del suo Presidente, ammette che in molti comuni bavaresi i soli a pagarle sono il maestro di scuola e il postino⁽¹⁴⁵⁾.

Di qui l'attrito permanente, al momento di ogni periodica attuazione del «Finanzausgleich» non solo tra «Reich» e «Länder» ma anche in seno a questi ultimi⁽¹⁴⁶⁾ destinato ad aggravarsi, man mano che la crisi della Finanza pubblica si inasprisce⁽¹⁴⁷⁾.

Sterile chiedersi se al nostro «svevo caparbio» la disciplina del «Finanzausgleichgesetz» appaia, viceversa, come una sorta «di pietra filosofale»⁽¹⁴⁸⁾: nessuno, nel tardo autunno del 1919, può immaginare che, trascorsa una decina d'anni, l'esecutivo tedesco, per poter pagare almeno lo stipendio ai propri dipendenti (e il sussidio ai disoccupati), dovrà lanciare un prestito ad interessi balcanici e garantirlo con l'esenzione totale per i creditori dalla «Umsatzsteuer» nonché dalle imposte di successione e sul patrimonio⁽¹⁴⁹⁾!

Al contrario, al momento di sottoporre all'attenzione del Parlamento nazionale il progetto in parola, il Ministro delle Finanze dimostra, «conti

⁽¹⁴⁴⁾ Si introduce, inoltre, un fattore d'incertezza nel bilancio degli Enti che legittimamente reclamano il conguaglio, dato che la massa complessiva da ripartire può essere fissata solo successivamente (A. HENSEL, *Steuerrecht*, cit., § 5).

⁽¹⁴⁵⁾ E. EYCK, *Storia della Repubblica di Weimar*, cit., p. 491.

⁽¹⁴⁶⁾ «È al livello operativo delle strutture amministrative comunali e dei *Länder* che lo sviluppo dei compiti pubblici si fa più evidente: la polemica che dalla fine degli anni '20 sino all'avvento del nazismo infurierà intorno alla c. d. *Krise der Gemeindenverwaltung*, aldilà delle notevoli strumentalità politiche di cui era imbevuta, svelava un effettivo modificarsi dei compiti e dei significati della stessa autonomia comunale» (B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna*, cit., p. 227).

⁽¹⁴⁷⁾ Non a caso, il tramonto della Repubblica vede una frenetica attività legislativa tesa a dirimere i frequenti motivi di tensione in campo finanziario fra «Reich» ed Enti minori: il nuovo testo unificato della RAO del 22 maggio 1931, prevede ai §§ 382-390 il costituirsi di un «Senat» della R.F.H. con competenza esclusiva sul procedimento di ripartizione delle imposte tra i vari Enti territoriali, in caso di pretese finanziarie concorrenti (E. VANONI, *L'esperienza della codificazione*, cit., p. 404).

⁽¹⁴⁸⁾ H. SCHULZE, *Die keinesweg Goldenen*, cit., p. 211.

⁽¹⁴⁹⁾ E. EYCK, *Storia della Repubblica di Weimar*, cit., p. 571.

alla mano» che solo il 60% del prelievo fiscale è di competenza del «Reich», mentre il rimanente spetta agli Enti minori e che il gravame, *nel suo complesso*, appare socialmente ben ripartito⁽¹⁵⁰⁾.

Come se ciò non bastasse, il «Reich», si dota finalmente di una propria Amministrazione, alla sommità della quale sta il «Ministero delle Finanze del Reich», da cui dipendono come organi di circoscrizione, gli uffici finanziari statali («Landesfinanzämter»)⁽¹⁵¹⁾ e come organi periferici, gli uffici finanziari locali («Finanzämter») mentre per le barriere doganali è prevista una specifica organizzazione amministrativa.

Infine, accanto agli organi di Amministrazione attiva, la RAO disciplina in modo definitivo la «Corte finanziaria del Reich» o «Reichfinanzhof»⁽¹⁵²⁾, ne rafforza le sue prerogative di Tribunale di suprema istanza in materia di imposizione⁽¹⁵³⁾ e come gli organi creati dalla legislazione di ciascun «Land» e dalle singole leggi d'imposta rimangono competenti a pronunciare in materia fiscale, così la R.F.H. viene posta come supremo organo d'indirizzo della giurisprudenza tributaria.

Tale è l'importanza attribuita alle sue decisioni che, in certi casi, ad esse viene riconosciuta forza vincolante anche per i casi futuri⁽¹⁵⁴⁾.

Tutto ciò non può essere molto lontano dagli intenti della maggioranza di cui Erzberger è l'espressione politica.

⁽¹⁵⁰⁾ H. SCHULZE, *Die keinesweg Goldenen*, cit., p. 211.

⁽¹⁵¹⁾ Ai sensi del § 11 RAO, le circoscrizioni dei «Landesfinanzämter» corrispondono al territorio di un determinato «Land», fatte salve ulteriori ripartizioni amministrative.

⁽¹⁵²⁾ La «prima tangibile manifestazione della volontà di non abbandonare più la giurisdizione delle imposte del Reich alle magistrature degli Staaten», per usare la parole del Popitz, risale al 26 giugno 1918: la RFH è istituita proprio per dirimere le infinite questioni di sorte a seguito dell'introduzione della «Warenumsatzsteuer» (C. BELLUZZI, *L'evoluzione dell'imposizione indiretta in Germania*, cit., p. 626).

⁽¹⁵³⁾ E. VANONI, *Natura ed interpretazione*, cit., pp. 311 seg.; Id., *L'esperienza della codificazione*, cit., pp. 388 seg.

⁽¹⁵⁴⁾ Alla stessa R.F.H. (ex §§ 44 e 46 RAO) non viene concesso di mutare l'indirizzo precedente se non con una pronuncia delle Sezioni Unite («Großer Senat») e con il rispetto di determinate forme processuali. L'adozione di un simile criterio, ben lontano da quello operante per le controversie di competenze dei Tribunali ordinari, ingenera, fin dal suo primo apparire, più di una perplessità, dato che vincolando la libertà di interpretazione dei tribunali, finisce per irrigidire il sistema forse più di quanto appaia opportuno. D'altra parte, proprio perché alla RAO vengono attribuite fin dall'inizio grosse carenze di sistematicità e di chiarezza terminologica (v. o., nel testo) l'attribuire forza obbligatoria alle pronunce di una Corte *ad hoc* può rivelarsi una strada per giungere progressivamente a colmare le lacune suddette.

V 1) *La RAO e le sue fondamenta dogmatiche*

L'acronimo «RAO», è formato da tre parole «Reichs – Abgaben – Ordnung», riportate saldate l'una all'altra secondo la disciplina linguistica germanica.

Il termine «Ordnung» sta per «ordinamento» e, nella fattispecie, concerne le «Abgaben», ossia ciò che, solo in prima approssimazione, (v. o.) possiamo definire «tributi», mentre siamo assolutamente certi della competenza del «Reich» nell'elevare i medesimi a conferma della scelta irrevocabile del Legislatore di fare *tabula rasa* delle antecedenti prerogative fiscali ed amministrative degli «Staaten», contemplati dall'antecedente *Charta* bismarckiana del 1871.

Questo «Ordinamento dei tributi del Reich» forse non può dirsi propriamente un «codice» poichè il Legislatore non ha usato il termine «Kodex» o «Gesetz(es)sammlung» sta di fatto che nella misura in cui viene recepito come tale in seno alla più autorevole dottrina del tempo trova più di un censore⁽¹⁵⁵⁾.

Il termine «testo unico» – definizione che vale soprattutto in ragione della sua notevole genericità⁽¹⁵⁶⁾ – considerando che il proposito assorbente del Legislatore del 1919 è, in un primo tempo, quello di offrire al fisco uno strumento più idoneo a captare le enormi risorse necessarie per superare la crisi subentrata alla catastrofe bellica⁽¹⁵⁷⁾, forse avrebbe

⁽¹⁵⁵⁾ La RAO «è precisa come la Costituzione di Weimar, piena di incongruenze da cui si comprende che l'importanza delle leggi allora vigenti non sia stata sufficientemente ponderata» (L. WALDECKER, in «*FinanzArchiv*», *Zeitschrift*, n. 42, 1925, p. 75); il medesimo autore definisce la RAO un «sistema sovietico di spogliamento»; non manca poi chi accusa l'autore di averlo redatto «senza una solida base scientifica» per cui non si sa bene «se lodarne il coraggio o l'allegria disinvoltura» (H. NAWIASKY, *Steuerrechtliche Grundfragen*, München 1926, p. 8, nota 19); l'HENSEL definisce la RAO come il «regolamento del servizio da campo per l'esercito dei funzionari delle imposte» (*Steuerrecht*, cit., p. 16); diverso il giudizio del BÜHLER: «per la sua *costruzione coerente* e per la sua buona elaborazione ... costituisce soprattutto una delle manifestazioni legislative di più alto significato che si siano avute da decenni nel campo del diritto pubblico» [il corsivo è mio] (O. BÜHLER, *Lehrbuch des Steuerrecht*, Berlin 1927, I, p. 98). L'odierna dottrina tedesca esprime giudizi più equilibrati: se «le costruzioni giuridiche approntate dal legislatore del tempo, possono strappare un indulgente sorriso agli odierni giuristi di Diritto tributario», occorre riconoscere che «è in forza dell'evoluzione del Diritto che, molte di quelle questioni giuridiche che allora apparivano come problemi seri, oggi, almeno in campo tributario, vengono risolti senza alcuna difficoltà» (P. FISCHER, *Die Steuerumgehung. Überlegungen zum deutschem Recht*, trad it, *L'elusione fiscale nell'esperienza tedesca*, in *L'elusione fiscale nell'esperienza europea*, a cura di A. DI PIETRO, Milano 1999, pp. 207 seg.).

⁽¹⁵⁶⁾ E. CHELI, voce «Testo unico» in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIX, Torino 1977, pp. 305 segg.

⁽¹⁵⁷⁾ E. VANONI, *L'esperienza della codificazione*, cit., pp. 384 segg.

potuto apparire più appropriato, tanto più che un simile l'obiettivo si sarebbe colto *a prescindere* dalla avvenuta codificazione dei principi generali dell'imposizione⁽¹⁵⁸⁾.

Invero è solo in seguito all'insediamento di Erzberger al ministero delle Finanze che Enno Becker – già a buon punto con il suo elaborato – viene incaricato di mettere a punto, nel più breve tempo possibile, uno strumento legislativo di respiro più ampio, atto a segnare in modo indelebile il passaggio dei poteri di maggiore rilevanza costituzionale dagli «Staaten» al «Reich», strumento sulla cui opportunità, lo stesso Becker, peraltro, non ha mai nutrito riserve⁽¹⁵⁹⁾.

Per procedere in tal guisa, Becker non necessita di un supporto dottrinario particolarmente sontuoso o innovativo, non dovendo far altro che consultare i disegni legislativi riguardanti la normativa tributaria stilati dai suoi predecessori, irrimediabilmente negletti e archiviati per anni ed anni causa l'assetto politico dominante: nel luglio del 1919 essi sono almeno una decina⁽¹⁶⁰⁾.

Date queste premesse, è forse più facile comprendere perché, nel momento in cui si decide di procedere alla stesura della RAO essa sia affidata all'opera di *una sola* persona sia pure di spessore non comune⁽¹⁶¹⁾ ma dotata di "supporto logistico" risibile⁽¹⁶²⁾, e come questa riesca a portare a compimento l'incarico nel giro di 6 mesi, sulla base di una bibliografia di diritto tributario di mole assai esigua⁽¹⁶³⁾.

⁽¹⁵⁸⁾ E. VANONI, *L'esperienza della codificazione*, cit., pp. 393 seg.

⁽¹⁵⁹⁾ «Io stesso ancora fino al termine della guerra decidevo in via definitiva sulle più importanti questioni di legge di imposta sul possesso, etc, come membro del mio patrio Tribunale Superiore Amministrativo in Oldenburg. Forse il Tribunale superiore amministrativo di Prussia decideva diversamente, gli organi competenti di Stoccarda, Monaco, Amburgo, in modo completamente diverso ancora: ma [in tal guisa] la sovranità tributaria dei vari «Länder» tedeschi ... rimaneva salvaguardata» (E. BECKER, *Accentramento e sviluppo del diritto tributario tedesco*, cit., p. 156).

⁽¹⁶⁰⁾ E. EYCK, *Storia della Repubblica di Weimar*, cit., p. 140.

⁽¹⁶¹⁾ Osserva il BÜHLER (*L'importanza di E. Becker per lo sviluppo del Diritto tributario tedesco dal 1918*, cit., p. 44) che, oltre alla redazione del commento alla RAO (7 edizioni in 9 anni), il commentario alla «Einkommensteuergesetz» e i numerosissimi articoli apparsi sulle riviste scientifiche, il Becker, in qualità, prima di giudice, poi di Presidente della R.F.H., ha trattato in 15 anni più di 18.000 cause (!) in tema di imposte sul reddito.

⁽¹⁶²⁾ A partire dal dicembre del 1918, Becker può contare, alla stregua di migliaia di disciplinati «Beamten» denutriti, su una stanza fredda e spoglia, una sedia e una tavola di su cui stanno i testi di legge dei diversi tributi (E. VANONI, *L'esperienza della codificazione*, cit., p. 384).

⁽¹⁶³⁾ K. TIPKE, *Enno Becker, Schöpfer der Reichsabgabenordnung*, in «Steuer und Wirtschaft», Zeitschrift, 1990, p. 74.

Non di meno i grandi pionieri del Diritto tributario italiano⁽¹⁶⁴⁾, a partire dallo stesso Vanoni, condividendo il parere della migliore Dottrina tedesca ed europea, hanno sempre reputato la RAO come un'autentica raccolta codicistica, sia pure afflitta da serie incoerenze sistematiche e da oscurità terminologiche, motivando le une e le altre con i tempi decisamente inadeguati al bisogno concessi al redattore⁽¹⁶⁵⁾.

Certo non poteva essere diversamente visto che per tutti i giuristi del tempo⁽¹⁶⁶⁾ ogni raccolta di leggi, per rispecchiare in pieno la realtà sottostante, *doveva* avere natura codicistica⁽¹⁶⁷⁾.

Si è trattato, peraltro, di una formulazione di un corpo di norme non solo valide per tutti i tributi ma dichiarate esplicitamente giuridiche (v. o.) il che non poteva che tradursi in un'unità di indirizzo dell'attività amministrativa e giurisdizionale e, soprattutto, in un grosso impulso agli studi universitari nel settore del diritto finanziario, settore reputato fino a quel momento, in seno al mondo accademico tedesco, il più trascurato e il meno prestigioso⁽¹⁶⁸⁾.

⁽¹⁶⁴⁾ A. D. GIANNINI, *Istituzioni di Diritto Tributario*, Milano 1938; G. TESORO, *Principi di diritto tributario*, Bari 1938, pp. 6 seg.; L. V. BERLIRI, *Interpretazione e integrazione delle leggi tributarie*, in «Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze», VI (1942), pp. 17 segg.; A. BERLIRI, *Evoluzione dello studio del diritto tributario*, in «Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze», VIII (1949), pp. 66 segg.; ID., *Principi di Diritto tributario*, Milano 1952; E. ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, Torino 1953.

⁽¹⁶⁵⁾ E. VANONI, *L'esperienza della codificazione*, cit., p. 394.

⁽¹⁶⁶⁾ L'inciso è d'obbligo poiché, come è noto, la più autorevole dottrina odierna si pone innanzi al problema dell'ordine giuridico e del suo aggiornarsi in maniera assai diversa (P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1998).

⁽¹⁶⁷⁾ «L'unità dei rapporti sociali si rispecchia nell'unità legislativa del codice: il sistema della realtà sottostante, nel sistema delle regole giuridiche. La legge, a cui lo Stato borghese affida la disciplina della vita privata, è il codice civile: le leggi speciali, come portatrici di interessi particolari, sono al di fuori di questo organico sistema, e perciò labili e transitorie» (N. IRTI, *L'Età della decodificazione*, Milano 1999, p. 160).

⁽¹⁶⁸⁾ Il periodo gugliemino è caratterizzato da vere e proprie geremiadi: nel 1888, F. MEISEL scrive: «attualmente il Diritto Tributario è messo al bando» («Finanz-Archiv», t. 5, 1888, p. 3); tredici anni dopo, J. V. BREND deplora che in seno alla lezioni di diritto amministrativo non si faccia agli studenti un congruo riferimento alla questione tributaria («Einleitung» a *Die Besteuerung nach Leistungsfähigkeit*, 1912 p. V), passano sei anni e L. WALDECKER lamenta che l'approccio giuridico all'imposta venga nel complesso messo in disparte («Finanz-Archiv», t. 34, 1917, p. 155 e p. 156); lo stesso WALDECKER quando diventerà un ammirato e tenuto *Magister* della nuova e blasonatissima scuola tedesca di «Scienza giuridica delle imposte» (v. o.), ricorderà lo stentatissimo avvio, a partire dal 1915, in veste di «Privatdozent» della sua docenza in Diritto tributario (*Steuerrecht und Rechtsstaat*, Berlin 1928, p. 5).

Peraltro, il poderoso edificio costruito dagli entusiasti pionieri del giustribrutarismo tedesco⁽¹⁶⁹⁾ poggia sulle fondamenta titaniche, costruite dalla dottrina amministrativa tedesca del secolo antecedente⁽¹⁷⁰⁾.

Quest'ultima concepisce il Diritto amministrativo come un «ramo» del Diritto pubblico⁽¹⁷¹⁾: il cittadino è tenuto ad obbedire solo ad una Amministrazione che agisca in conformità alla legge ed è fatale che il valore di questa legittimità amministrativa debba essere controllabile, che l'ordine amministrativo appaia come un ordine giuridico in grado di assicurare condizioni di giustiziabilità proprie⁽¹⁷²⁾.

Il trasferimento da parte della giuspubblicistica tedesca delle concezioni del metodo pandettistico già operante nel campo del diritto tra privati, al diritto pubblico, avviene affidando allo Stato il ruolo di agente potenzialmente idoneo ad occuparsi di qualsiasi attività; tuttavia, nella misura in cui i suoi fini coincidono «senza residui con i pubblici interessi», essi «devono essere tutti definiti dalla legge, così come questa definisce l'ambito delle potestà dello Stato»⁽¹⁷³⁾.

Una espropriazione o una imposizione fiscale quindi hanno natura di atti autoritativi ma devono essere regolati da apposite norme di legge⁽¹⁷⁴⁾.

⁽¹⁶⁹⁾ Ricordo innanzi tutto coloro che hanno largamente influenzato l'opera capitale del Vanoni («Natura ed interpretazione», cit.): Hans Nawiasky, Ludwig Waldecker, Herbert Dorn, Kurt Ball, Rolf Grabower, Max Lion, *tutti* d'origine israelita e quindi destinati alla fuga o alla morte certa.

⁽¹⁷⁰⁾ A. CAVANNA, *Storia del Diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, vol. I, Milano 1982, p. 443 segg.; C. A. CANNATA-A. GAMBARO, *Lineamenti di Storia della Giurisprudenza europea*, vol. II, Torino 1989, pp. 280 segg.; M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, cap. II, *Gli anni cinquanta: il primo approccio dei giuristi alla teoria dello Stato, passim*, Milano 1979; P. COSTA, *Lo Stato di Diritto: una introduzione storica*; in *Lo Stato di Diritto. Storia, teoria, critica*, a cura di P. COSTA e D. ZOLO, Milano 2003, p. 107 seg.; G. GOZZI, *Stato di Diritto e diritti soggettivi nella storia costituzionale tedesca*, in *Lo Stato di Diritto Storia, teoria, critica*, cit., p. 260 seg.

⁽¹⁷¹⁾ Da notare che lo stesso A. HENSEL considera, il Diritto tributario come «una parte speciale del Diritto amministrativo, rispondente a concetti indipendenti» (*Der Einfluss des Steuerrechts auf die Begriffsbildung des öffentlichen Rechts* in «Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehre», Heft 3, Berlin 1927, pp. 66 segg.).

⁽¹⁷²⁾ L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 306 seg.

⁽¹⁷³⁾ «Il nostro diritto attuale ha posto in essere per l'Amministrazione l'idea di atto imperativo che era estranea al precedente diritto. Di un atto che ha una certa parentela con la sentenza nel mondo della giustizia ... ed è quest'atto che ha completato il quadro dello Stato di diritto, che ha completato il grande assunto della giustiziabilità dell'Amministrazione» (O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig, 1895-96, vol. I, pp. 64 seg.).

⁽¹⁷⁴⁾ M. S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna 1986, pp. 51 seg.

In particolare, il tributo è visto come un'emanazione della sovranità dello Stato: il contribuente è tenuto a pagarlo per il solo vincolo di sudditanza che lo lega all'autorità statale, a prescindere dai vantaggi sperati nell'attività di quest'ultimo: «la base giuridica delle imposte», afferma F. J. Stahl, «è il semplice fatto della sudditanza. Come nell'essere medesimo e nei fini dello Stato è la necessità delle spese, così i cittadini devono, quali membri di esso, contribuire al pagamento. La nazione come un tutto, fornisce i mezzi occorrenti agli uffici dello Stato, e ciascun privato, in quanto vi appartiene, deve parteciparvi»⁽¹⁷⁵⁾.

C. F. v. Gerber non solo ribadisce che «l'obbligo dell'imposta nei cittadini è uno dei più considerevoli effetti del rapporto di soggezione allo Stato» ma aggiunge che «l'obbligo che i cittadini hanno di pagare l'imposta nello Stato moderno è diverso da quello che avevano nell'antico Stato patrimoniale. Ora si tratta di un dovere generale, determinato nella sua estensione dai bisogni pubblici, e perciò stesso dipendente dalla natura del rapporto giuridico fra cittadini e Stato; mentre nell'antico diritto poggiava sopra speciali titoli di carattere privato, oltre i quali un nuovo tributo non poteva essere richiesto che in via di sussidio volontario»⁽¹⁷⁶⁾.

In effetti, mentre in seno ad un ordinamento concepito in modo tale che il titolare di ogni potestà normativa sia un solo, unico, Ente esponentiale della collettività dei cittadini, si può iscrivere senza riserve qualsivoglia definizione teoretica d'imposta, purché incerniata sul concetto di «sovranità» o «potestà impositiva», in quello antecedente, caratterizzato da ogni genere di pluralismi e particolarismi si deve, più propriamente, parlare di «potere impositivo», decisamente, sorprendentemente, più debole, concepito con tanti e tali temperamenti da sollevare il sarcasmo dei protagonisti della «Scienza delle finanze»⁽¹⁷⁷⁾.

E questa sua debolezza si riverbera (fatalmente) sulla concezione stessa del tributo visto come fenomeno di scambio tra i contribuenti-consociati e l'Ente territoriale che, solo nella misura in cui tutela i loro diritti personali e patrimoniali, è legittimato ad elevarlo.

Di qui il principio del Montesquieu, secondo la quale «i redditi dello Stato costituiscono una parte dei beni che ogni cittadino dà per aver in cambio la sicurezza dei beni restanti, o per goderne agevolmente»⁽¹⁷⁸⁾ già perfettamente formulato nel Grozio e nell'Hobbes.

⁽¹⁷⁵⁾ F. J. STAHL, *Die Philosophie des Rechts*, Heidelberg, 1870, II, 2 § 121.

⁽¹⁷⁶⁾ *Grundzüge eines Systems deutschen Staatsrechts*, II ed., Leipzig 1869, pp. 157 segg.

⁽¹⁷⁷⁾ F. S. NITTI, *Principi di Scienza delle finanze*, cit.

⁽¹⁷⁸⁾ MONTESQUIEU (Ch. de Secondat), *Lo spirito delle leggi*, Libro XIII, cap. I, in *I classici della politica*, vol. I, Torino 1973, pp. 358 seg.

E mentre il primo, nel prendere in considerazione i dazi transito, dimostra chiaramente di aderire al concetto della protezione sociale come ragione e criterio dell'imposta⁽¹⁷⁹⁾, il secondo accoglie le deduzioni del primo, le estende a tutto il sistema dei tributi⁽¹⁸⁰⁾.

Otto Mayer⁽¹⁸¹⁾ e i giuristi che in tutta Europa si ispirano alla sua opera⁽¹⁸²⁾, temperano il dogma della sudditanza del cittadino nel modo seguente: il tributo non è dovuto dal singolo in quanto suddito ma, in quanto venendo a trovarsi entro la sfera di azione del potere dello Stato, è costretto a sopportarne la supremazia.

Mayer raffigura pertanto il potere dello Stato in campo finanziario («Finanzgewalt») come un potere già presente ed operante accanto al «Polizeigewalt» o «potere di polizia»⁽¹⁸³⁾ dal quale si differenzia soltanto per il fine: mentre quest'ultimo tende al buon ordine della comunità, il «Finanzgewalt» punta a procurare allo Stato di che aumentare le proprie risorse⁽¹⁸⁴⁾.

⁽¹⁷⁹⁾ «Quaeritur an ita transeuntibus mercis terra aut amne aut parte maris, quae trae accessio dici potest, vectigalia imponi possint ab eo, qui in terra imperium habet. Certe quaecunque onera ad illas merces nullum habent respectum, ea mercibus istis imponi nulla aequitas patitur. Si nec capitatio, civibus imposta ad sustentanda reipublicae onera ab exteris transeuntibus exigere potest. Sed si aut ad prestandam securitatem mercibus aut inter caetera etiam ab hoc onera sustinentur, ad ea compensando vectigal aliquod imponi mercibus potest, dum modus causae non excedatur» (*De juri belli ac pacis*, 1625).

⁽¹⁸⁰⁾ TH. HOBBS, *Elementorum philosophiae sectio tertia de cive*, Paris 1642, cap. XIII, §§ 10 - 11, trad. it., *Elementi filosofici sul cittadino*, in *Opere politiche di Thomas Hobbes*, vol. I, Torino 1971, pp. 255 segg.

⁽¹⁸¹⁾ Otto Mayer (1864-1924) professore e Rettore all'Università di Strasburgo e Lipsia. Il sistema dogmatico presente nel suo *Deutsches Verwaltungsrecht* (3 edizioni: 1896, 1914 e 1924) ha costituito per diversi decenni un ineludibile punto di riferimento per i giuristi del tempo (M. FIORAVANTI, *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo in La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Milano 2001, *passim*).

⁽¹⁸²⁾ «L'imposta è una prestazione pecuniaria, che i cittadini devono fare allo Stato per un dovere pubblico, assoluto, superiore all'arbitrio individuale, e solo in quanto sono membri della collettività, per la soddisfazione dei bisogni pubblici: al pari degli altri doveri pubblici, come quelli del servizio militare, della giuria e simili, quest'obbligo tributario non può non avere altro fondamento e altra misura che la capacità di adempierlo» (G. RICCA SALERNO, *Le entrate ordinarie dello Stato in Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V. E. ORLANDO, vol. IX, Milano 1902, p. 51).

⁽¹⁸³⁾ Nella fattispecie vale per termine «polizia», l'accezione originaria greca di «politeia», gestione della cosa pubblica. Non a caso tutti i più autorevoli esponenti dello studio del «Polizeigewalt», sono stati anche amministratori ed autorevoli consiglieri del monarca (G. MIGLIO, *Le origini della Scienza dell'Amministrazione*, Milano 1971, *passim*).

⁽¹⁸⁴⁾ O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., p. 348. Gli indirizzi che si riallacciano, nel mondo germanico a questa dottrina non sono affatto unanimi; ferma

Il tributo quindi è da considerarsi essenzialmente una manifestazione del potere dello Stato sul sottoposto.

L'assunto del Mayer sembra considerare soprattutto l'elemento formale della norma giuridica, il comando, a discapito del contenuto della medesima, ossia dell'interesse giuridicamente rilevante che il comando stesso mira a tutelare.

Chiaramente, se si nega al precetto tributario il carattere di norma in senso materiale, a quella tributaria viene a cadere ogni giuridicità: una norma che si traducesse in un mero comando non esplicherebbe alcuna funzione giuridica.

Orbene la RAO non solo accoglie pari, pari, la definizione d'imposta data dal Mayer (fatta propria dalla più autorevole dottrina tedesca del tempo⁽¹⁸⁵⁾, e riportata al § 1 RAO) ma al § 2 afferma *esplicitamente* la giuridicità della norma tributaria (v. o.).

V 2) segue: le sue principali caratteristiche

Lo sforzo di O. Mayer di focalizzare la prestazione pecuniaria che l'Ente pubblico ha il diritto di esigere in virtù della sua potestà d'imperio (originaria o derivata che sia), nei casi, nella misura e nei modi stabiliti dalla legge, ossia l'«imposta»⁽¹⁸⁶⁾ finisce per avere un duplice concomitante esito: da un lato non si occupa degli scopi per cui l'incremento delle risorse da imporre al cittadino-contribuente si renda necessario⁽¹⁸⁷⁾ e, per l'effetto, non si perita

restando la concezione del potere tributario come emanazione del potere di sovranità, da un lato prevale quello che non riconosce altri limiti al potere suddetto che non siano limiti di fatto. Si ritiene pertanto che il potere assoluto dello Stato debba operare per tutta la durata del rapporto tributario, sia durante la generale sottoposizione al potere suddetto che precede l'affermarsi di qualsiasi obbligo tributario, sia nel momento in cui il dovere tributario nasce per verificarsi di determinate circostanze o fatti determinanti un'imposizione, sia nel successivo momento in cui – in seguito all'accertamento ed alla valutazione delle circostanze suddette – l'Amministrazione emana l'ordine di pagamento, facendo sorgere il concreto debito d'imposta (O. BÜHLER, *Lehrbuch des Steuerrecht*, Berlin 1927, I, p. 85): dall'altro si sostiene che la supremazia dello Stato si esplica solo fino al momento in cui lo Stato dà forma di legge alla sua pretesa d'imposta: da quel momento in poi il rapporto tributario si svolge entro gli stretti confini della legge come un rapporto di diritto tra Ente pubblico ed individuo (E. BLUMENSTEIN, *Schweizerisches Steuerrecht*, Tübingen 1926-1929, vol. I, p. 14 seg.).

⁽¹⁸⁵⁾ H. NAWIASKY, *Steuerrechtliche Grundfragen*, München 1926, p. 30; O. BÜHLER, *Lehrbuch des Steuerrecht*, cit., p. 1; E. BECKER, *Reichsabgabenordnung*, Berlin 1928, p. 8.

⁽¹⁸⁶⁾ A. HENSEL, *Steuerrecht*, cit., p. 2 seg.; F. KIRCHHOF, *Höhe der Gebühr*, Berlin 1981, p. 14 segg.

⁽¹⁸⁷⁾ O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., p. 316. Criterio che A. D.

di rimarcare che i bisogni collettivi che l'imposta deve soddisfare non possono che avere un'utilità generale e una natura indivisibile⁽¹⁸⁸⁾.

Dall'altro, sembra "trascurare" proprio quei tributi non immediatamente riconducibili alla suddetta potestà d'imperio⁽¹⁸⁹⁾ che pure operano all'interno di ogni ordinamento del tempo e, per l'effetto, sono oggetto permanente di opportune differenziazioni concettuali tra «imposte («Steuern»), «tasse» («Gebühren») e «contributi» («Beiträge») già in seno alla dottrina tedesca⁽¹⁹⁰⁾.

Se si considera l'estrema attenzione rivolta dalla Dottrina e dalla Giurisprudenza italiana, a partire dalla seconda metà del XIX Secolo, ai fenomeni della «tassa» e dei «tributi paracommutativi» in genere, onde pervenire ad una soddisfacente differenziazione concettuale tra «tassa» ed «imposta»⁽¹⁹¹⁾, si può ben comprendere come, ancora nei primissimi anni Trenta, «la natura del diritto dello Stato al prelevamento dei tributi» dia «luogo a controversie non superate»⁽¹⁹²⁾.

GIANNINI, operando nell'ambito di una cornice costituzionale assai diversa da quella attuale, fa suo: l'imposta «è la prestazione pecuniaria che un ente pubblico ha il diritto di esigere in virtù della sua potestà d'imperio, originata o derivata, nei casi nella misura e nei modi stabiliti dalla legge, allo scopo di conseguire un entrata» (*Istituzioni di Diritto Tributario*, p. 29).

⁽¹⁸⁸⁾ F. FLORA, *Manuale della Scienza delle Finanze*, cit. p. 166; G. RICCA SALERNO, *Le entrate ordinarie dello Stato*, cit., p. 171; V. TANGORRA, *Trattato di scienza della Finanza*, Milano 1915, p. 314; L. EINAUDI, *Osservazioni critiche intorno alla teoria dell'ammortamento dell'imposta e teoria delle variazioni nei redditi e nei valori capitali susseguenti all'imposta*, Torino 1919, in *Saggi sul risparmio e l'imposta*, Torino 1965, p. 190; L. GRAZIANI, *Istituzioni di Scienza delle Finanze*, Torino 1929, pp. 242 seg.

⁽¹⁸⁹⁾ E. VANONI, *Natura ed interpretazione*, cit., pp. 41 segg.

⁽¹⁹⁰⁾ A differenza delle imposte, le tasse e i contributi presuppongono un nesso fra fattispecie impositiva e una spesa pubblica specifica, ossia a dire un particolare beneficio; di qui l'uso dei termini, da parte della dottrina tedesca dei termini «Gegenleistungsabgabe» o «Kausalabgaben» per indicare rispettivamente i tributi corrispettivi o causali (K. TIPKE, *Die Steuerrechtsordnung*, cit., vol. I, § 10 e vol. III, § 24, corredato da una ricchissima bibliografia).

⁽¹⁹¹⁾ C. SCIACCA-SCALABRINO, *Tasse e Imposte nella legislazione e nella giurisprudenza del Regno di Sardegna, del Granducato di Toscana e del Regno di Napoli nel secolo diciannovesimo*, in «Rivista di scienza delle Finanze e di Diritto Finanziario», 1971, I, pp. 81 segg.; A. FEDELE, *La tassa*, edizione provvisoria, Siena, 1974, pp. 5 segg.; A. BERLIRI, *Per una precisione del concetto giuridico di tassa: rapporto di tassa e rapporto contrattuale*, in «Rivista di scienza delle Finanze e di Diritto Finanziario», 1951, pp. 135 segg.; G. LIBERATI, *La formazione del diritto tributario nell'Ottocento. Le tasse sugli affari*, Napoli 1983, pp. 13 segg.

⁽¹⁹²⁾ E. VANONI, *Natura ed interpretazione*, cit., p. 41 [il corsivo è mio]. Come è noto la dottrina più recente non riconduce l'elemento discrezionale della nozione giuridica di tributo alla coattività della prestazione, reputando il suddetto criterio non idoneo a distinguere la prestazione tributaria, rispetto ad altre prestazioni

Con l'avvento della RAO trova dunque puntuale conferma un fenomeno ricorrente nelle codificazioni, ossia che l'indagine giuridica dovendo avere per oggetto il sistema (dato che il sistema è il codice) finisce per trascurare quelle realtà normative certamente indeclinabili ma che tuttavia non appaiono riconducibili a quest'ultimo.

Al tempo stesso però, licenziando la RAO, il Legislatore del tempo pone, per la prima volta in essere una trattazione scientifica della materia tributaria avente per oggetto la disamina di una legge *generale* sui tributi che, ad onta delle sue manchevolezze, finisce per "recuperare" e dare un seguito all'antecedente «Literatur» concernente la trattazione di *single* leggi tributarie, diversamente destinata all'oblio⁽¹⁹³⁾.

Il che conferma un altro dato, non meno importante: se nell'immediato primo dopoguerra «in quasi tutte le Università apparvero d'un tratto, negli orari di lezione delle Facoltà di Giurisprudenza, lezioni di Diritto Tributario»⁽¹⁹⁴⁾, se dalle poche decine di pagine dedicate dal Mayer nel *Deutsches Verwaltungsrecht* all'intera tematica finanziaria da parte si passa, nel giro di pochi anni, ad un incessante fiorire di opere sistematiche di largo respiro⁽¹⁹⁵⁾, ciò è stato possibile solo perché grazie alla RAO non si è dato semplicemente impulso ad una febbrile elaborazione delle problematiche finanziarie *in generale*, ma una sorse una vera e propria «Scienza giuridica delle imposte» come *specifica* disciplina scientifica⁽¹⁹⁶⁾.

La RAO, nella sua nella sua formulazione originaria consta di 463 paragrafi⁽¹⁹⁷⁾, divisi in quattro parti, di cui soprattutto la prima, dedicata

coattive patrimoniali (A. MICHELI, *Corso di Diritto Tributario*, Torino 1970, p. 57 e p. 66).

⁽¹⁹³⁾ K. BALL, *Steuerrecht und Privatrecht*, Mannheim 1924, pp. 153 segg.

⁽¹⁹⁴⁾ J. POPITZ, *Festgabe für G. von Schanz*, vol. I., s. l. 1928, p. 39.

⁽¹⁹⁵⁾ Oltre a quelle succitate dell'ENSEL e del BÜHLER, spiccano per importanza: G. STRUTZ, *Kommentar zum Einkommensteuergesetz*, Berlin 1927; K. BALL, *Steuerrecht und Privatrecht*, Mannheim 1924; A. MROZECK, *Kommentar zur Reichsabgabenordnung*, Köln 1924; W. POPITZ, *Kommentar zum Umsatzsteuergesetz*, Berlin 1928; H. NAWIASKY, *Steuerrechtliche Grundfragen*, München 1926; inoltre compaiono le seguenti riviste che costituiranno il lievito stesso del dibattito in seno alla «Steuerrechtswissenschaft»: la «Steuer und Wirtschaft», fondata nel 1922 e la «Vierteljahresschrift für Steuer-und Finanzrecht», del 1927.

⁽¹⁹⁶⁾ La «Scienza giuridica delle imposte» o «Steuerrechtswissenschaft» è quella disciplina che si occupa della tassazione «als Rechtsvorgang», come «fenomeno giuridico» (K. TIPKE, *Die Steuerrechtsordnung*, vol. I, cit., p. 12).

⁽¹⁹⁷⁾ Cui ci si attiene in questa disamina, avvertendo che questa definizione d'imposta e quella riportata al § 3 della novellata «Abgabenordnung» del 1977. I paragrafi dall'8 al 50 concernono l'«Amministrazione»; all'«Imposizione» sono dedicati i paragrafi dal 51 al 354; la parte dal § 355 al § 443 è rubricata come «Diritto penale e procedimento penale»; quella dal §444 al § 463 contengono le «Disposizioni finali e transitorie».

alle «Disposizioni preliminari» (§§ 1 - 7), è stata di gran lunga quella oggetto di maggiore attenzione e di discussione poiché ivi compaiono le norme tendenti a limitare il campo d'azione della RAO alle sole imposte e che costituiscono una sorta di stele di partenza di tutto il percorso del giustributarismo tedesco ed europeo⁽¹⁹⁸⁾.

Spiccano per importanza: il § 1 che dà la celebre e discussa⁽¹⁹⁹⁾ definizione delle imposte: «prestazioni pecuniarie pagate saltuariamente o a periodi ricorrenti, le quali non costituiscono una controprestazione per una particolare prestazione e vengono prelevate da un Ente di diritto pubblico al fine di ottenere entrate, a carico di coloro nei confronti dei quali si dà il fatto, cui la legge ricollega il dovere di prestare».

⁽¹⁹⁸⁾ K. TIPKE, *Die Steuerrechtsordnung*, cit., vol. I., pp. 37 segg.; per quanto riguarda la dottrina italiana, manca una ricostruzione complessiva di quel fatale ventennio che va dal soggiorno di studio in Germania del giovane Ezio Vanoni (grazie ad una borsa di studio della «Rockefeller Foundation» sollecitata da Luigi Einaudi) fino ai primi anni Cinquanta, quando, come si è detto, l'insegnamento del diritto tributario comincia ad assumere una propria autonomia rilevante nel panorama accademico italiano ed europeo. Fortunatamente la migliore dottrina di questo itinerario ricostruttivo ha già tracciato diversi ed importanti segmenti (N. D'AMATI, *Il diritto tributario e la tradizione giuridico-finanziaria italiana*, in «Studi in onore di A. D. Giannini», Milano, 1961; E. DE MITA, *La funzione del tributo nel pensiero di Ezio Vanoni*, in «Jus», 1997, pp. 115, segg.; G. FALSITTA, *Osservazioni sulla nascita e lo sviluppo scientifico del diritto tributario in Italia*, in «Rassegna tributaria», XLIII (2000), pp. 353 segg.; Id., *La sistemazione del diritto finanziario nella coeva opera di O. Ranelletti e di A. D. Giannini e la data di nascita della "scuola" finanziaria napoletana*, in «Rivista di Diritto tributario», 2004-I, t. II, pp. 959 segg., in particolare i capitoli 5, 6 e 7; Id., *Cenni storici sulla nascita e lo sviluppo degli insegnamenti di diritto finanziario e tributario in Italia: dal connubio con la scienza delle finanze all'acquisizione della piena autonomia*, in «Bollettino tributario d'informazioni», 2006, pp. 101 seg.; G. GAFFURI, *Il magistero di Enrico Allorio in diritto tributario*, in «Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze», IL (1990), pp. 396 segg.; G. GHESSI, *I primi cinquant'anni della rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, in «Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze», LV (1996), I, pp. 541 segg.; Id., *I rapporti fra la scuola di Pavia e il mondo dei tributaristi tedeschi: carteggio 1933 - 1949*, Pavia 2001; Id., *Un carteggio inedito Einaudi - Griziotti sul modo di concepire la scienza delle finanze*, in «Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze», L (1991), I, pp. 228 segg.; E. GONZÁLES GARCIA, *In memoria del professor Gian Antonio Micheli (1913 - 1980)*, in «Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze», XL (1981), I, pp. 135 segg. Ricordo che al Diritto tributario vengono riconosciute la piena autonomia didattica e di cattedra con D. L. 1 ottobre 1973, n. 580.

⁽¹⁹⁹⁾ «La definizione di un istituto scientifico posta in una legge», non dovrebbe avere «fini scientifici, quanto piuttosto scopi pratici e, soprattutto, quello di stabilire i limiti di applicazione di certe regole di diritto ... il male è che la definizione della RAO sembra abbia avuto ambizioni scientifiche. Ma allora la discussione ricade nel più grave problema di tecnica legislativa della opportunità delle definizioni poste dalla legge e del loro campo di applicazione» (E. VANONI, *L'esperienza della codificazione*, cit., p. 386).

Va da sé che la decisione del legislatore del 1919 di costruire l'intero rapporto tributario ex § 1, come esaurito nell'ambito dello «Steuerschuld» o «debito d'imposta» (tale per cui tra quest'ultimo e il rapporto giuridico vige una sostanziale identificazione) deve poi misurarsi con la necessità di disciplinare, sia pure in modo presochè occasionale e collaterale le altre obbligazioni consistenti in un fare, in un non-fare, in un sopportare⁽²⁰⁰⁾.

Se il § 3 recita che «leggi tributarie nel senso della RAO sono la RAO e le leggi che regolano le imposte», il § 2, comma I afferma che «è legge, ai sensi della RAO, ogni norma giuridica»⁽²⁰¹⁾.

Al principio di cui al § 4 concernente l'interpretazione delle leggi tributarie, nell'ambito della quale «bisogna tener conto del loro scopo, del loro significato economico e dello svolgimento delle circostanze»⁽²⁰²⁾, segue quello contro l'abuso di forme giuridiche atte ad eludere il precetto tributario (§ 5), quasi che quest'ultimo rappresenti una forma di indebita intrusione nella sfera patrimoniale del percosso⁽²⁰³⁾.

Il § 6 detta una norma generale concernente la discrezionalità concessa alla Amministrazione Finanziaria: da un lato si riconosce a quest'ultima la facoltà di agire secondo la sua libera determinazione; dall'altro si afferma che, in ogni caso la sua azione deve attenersi «al diritto e all'equità».

Il § 7, per la prima volta nella storia un ordinamento giuridico, prevede la tutela della pretesa tributaria di altri Stati con la sola condizione della reciprocità.

La RAO contiene un'ulteriore novità: il § 81 asserisce – contravvenendo alla contrapposizione fino a quel momento dominante in dottrina⁽²⁰⁴⁾ tra «Veranlagungssteuern» da un lato⁽²⁰⁵⁾ e «Unmittelbar zu erbende

⁽²⁰⁰⁾ Fatalmente «ne conseguono lacune nella disciplina ed acrobazie da parte della dottrina, che parla a tal riguardo di obbligazioni collaterali («Nebenpflichten»), ma non osa porsi il problema della possibile sostanziale autonomia di tali obbligazioni rispetto al debito d'imposta e delle conseguenze sistematiche di un tale rilievo» (E. VANONI, *L'esperienza della codificazione*, cit., p. 395)

⁽²⁰¹⁾ Di qui l'obbligo tassativo di indagare che cosa si debba intendere per «norma giuridica» e a quali requisiti debbano soddisfare «le manifestazioni di volontà extra-legislative dello Stato per poter valere come norme d'imposizione» (A. HENSEL, *Steuerrecht*, cit., p. 56).

⁽²⁰²⁾ Becker, annotando il paragrafo in questione, lo definisce una «vittoria di Jehring sui suoi avversari accademici», tale da bandire dall'interpretazione del Diritto tributario «l'interpretazione concettualmente cavillosa e libresca, dedita alla stesura di paragrafi ciabattosi, il formalismo ... il tutto assieme al legislatore defunto» (K. TIPKE, *Die Steuerrechtsordnung*, cit., vol. III, p. 1239).

⁽²⁰³⁾ Convinzione radicatissima a detta del BECKER, al momento della redazione della RAO (*Accentramento e sviluppo del Diritto Tributario tedesco*, cit., p. 162).

⁽²⁰⁴⁾ H. NAWIASKY, *Steuerrechtliche Grundfragen*, cit., p. 39 seg.

⁽²⁰⁵⁾ Trattasi delle imposte richieste dall'Amministrazione in seguito ad un'attività d'accertamento, tosto seguita dalla loro messa in riscossione.

Steuern»⁽²⁰⁶⁾ – che il debito d'imposta sorge nel momento in cui si verifica la fattispecie tributaria prevista dalla legge, a prescindere dalla necessità di compiere ulteriori attività per pervenire alla determinazione dell'ammontare dovuto.

Trattasi di una soluzione (l'ennesima) che lascia perplessi poichè le imposte che richiedono un'attività di accertamento e la messa in riscossione, hanno *comunque* uno svolgimento diverso dalle imposte che non la richiedono⁽²⁰⁷⁾.

Per quanto riguarda le prime, l'obbligazione è sorta ma il concreto ammontare della prestazione non è ancora fissato e questa non è ancora esigibile (pur in presenza, di fatto, di tutti gli elementi richiesti per la liquidazione); viceversa, in riferimento alle seconde, la prestazione è determinata ed esigibile nel momento stesso del verificarsi della fattispecie del tributo o in un momento immediatamente successivo.

Ma, evidentemente, la preoccupazione assorbente del Legislatore del 1919 è certamente quella di evitare incertezze intorno al momento in cui sorge l'obbligo tributario – a prescindere dal tipo d'imposta – e tutte le garanzie e i privilegi che l'assistono: ecco perché si spinge fino a negare ogni rilevanza allo svolgimento del rapporto d'imposta⁽²⁰⁸⁾.

Infine, i §§ 355-443 rubricati come «Diritto penale e procedimento penale» disciplinano le sanzioni da erogarsi a chi viola una norma tributaria.

La RAO dispone innanzi tutto che, in assenza di espliciti riferimenti normativi, occorra fare ricorso al Codice penale e al Codice di procedura penale (§§ 355 e 385).

Al § 257 viene contemplata la responsabilità penale delle persone giuridiche per violazioni delle leggi d'imposta avvenute nella loro sfera d'azione,

⁽²⁰⁶⁾ Trattasi delle «imposte da prelevarsi immediatamente» in quanto debbono essere pagate dal soggetto passivo nel momento esatto in cui la fattispecie imponible si verifica e per un ammontare che il contribuente stesso è tenuto a rilevare, mentre l'Amministrazione si limita ad esercitare un'attività di controllo *ex post*.

⁽²⁰⁷⁾ «Per quanto la RAO abbia costruito l'attività di accertamento come avente una mera efficacia dichiarativa, priva di importanza sull'essenza dell'obbligo d'imposta, resta pur sempre il fatto che diversa è, nel momento immediatamente successivo al verificarsi della fattispecie tributaria, la situazione dell'obbligazione rispetto alle imposte dell'una classe e dell'altra» (E. VANONI, *L'esperienza della codificazione*, cit., p. 397).

⁽²⁰⁸⁾ Mentre per giungere a configurare con esattezza giuridica la distinzione tra «Veranlagungssteuern» e «Unmittelbar zu erbebende Steuer», avrebbe dovuto costruire l'obbligazione di dare come un'obbligazione nascente col verificarsi della fattispecie tributaria ma con un contenuto non sempre immediatamente determinato; in tal modo, solo previo accertamento e messa in riscossione esso si sarebbe trasformato in una somma quantificata da pagarsi (E. VANONI, *L'esperienza della codificazione*, cit., p. 398).

purchè non sia necessaria per la punibilità l'accertamento del dolo e la sanzione consista in una pena pecuniaria.

Il § 358 ammette l'*ignorantia juris* purchè non colpevole: chi ignora per errore scusabile l'esistenza di una norma tributaria che vieta una determinata condotta, non è sanzionabile.

A seconda dei reati commessi e delle pene comminate il procedimento può svolgersi in via amministrativa o davanti alla giustizia penale ordinaria; quest'ultimo approdo è ineludibile ogni qual volta il reato risulti passibile di pene restrittive la libertà personale ma sempre che l'ufficio competente in via amministrativa ritenga che ricorrano gli estremi per l'applicazioni delle pene suddette.

Ai §§ 386, 391, 392, 405 vengono posti i criteri che attribuiscono in via *esclusiva* agli Uffici finanziari, l'indagine e l'istruttoria dei procedimenti per la violazione di leggi tributarie⁽²⁰⁹⁾.

VI) Epilogo

Come è noto, a partire dal settembre 1930, i partiti protagonisti della stagione riformatrice, debbono misurarsi, nel paese e in Parlamento, con un forte partito guidato da un agitatore austriaco, nullafacente ma non nullatenente⁽²¹⁰⁾: Adolf Hitler.

Il fenomeno viene genericamente imputato alla pessima situazione economica: il Pil è sceso dai 75.9 miliardi di *Rmk.* del 1929, ai 70.2 del 1930 e tutto indica che, in prospettiva, stia letteralmente precipitando⁽²¹¹⁾.

In un simile contesto gli amministratori tedeschi debbono misurarsi con un problema prossimo a quello della quadratura del cerchio: gestire la

⁽²⁰⁹⁾ Solo quando l'accusato venga a trovarsi in stato d'arresto, oppure quando gli atti concernenti la sua pratica siano trasmessi dall'Amministrazione finanziaria alla Pubblica accusa, la competenza passa ai normali organi istruttori. Al tempo stesso, questi ultimi debbono limitarsi a trasmettere le eventuali notizie di reato finanziario loro pervenute ai competenti uffici dell'Amministrazione finanziaria.

⁽²¹⁰⁾ Dal 1925 al 1928 il contribuente Hitler Adolf, pur continuando ad accusare gli avversari politici di essere dei ladri e dei corrotti, risulta moroso per quanto riguarda la propria dichiarazione dei redditi; invero la burocrazia finanziaria tedesca si dimostra oltremodo vigilante e solerte: accertato, nel corso del 1932, che, tra le altre cose, il contribuente in questione risiede in permanenza in una *suites* del lussuoso Hotel Kaiserhof di Monaco, procede nei suoi riguardi eseguendolo per la ragguardevole somma di 400.000 *Rmk.* (circa mezzo milione di lire del tempo). Senonché l'anno seguente, l'esecutato, non appena nominato «Reichskanzler», fa in modo che la «persecuzione» del fisco nei suoi confronti abbia immediatamente termine (W. SHIRER, *Storia del Terzo Reich*, cit., p. 207 seg.).

⁽²¹¹⁾ Scenderà infatti a 57,5 miliardi di *Rmk.* nel 1931 e quindi a 45,3 miliardi l'anno successivo (G. KROLL, *Von Weltwirtschaftskrise zur Staatskoniunktur*, Berlin 1958, p. 107).

«Sozialpolitik» a fronte di un crollo verticale del Pil e, di conseguenza, del gettito fiscale.

Come sempre in simili circostanze, l'imperativo è «risparmiare sulla spesa pubblica» e, ovviamente, ogni gruppo sociale s'aspetta un comportamento virtuoso dall'altro.

Poiché questa attesa risulta puntualmente vana, ci si mette a scrutare nell'aereopago degli uomini politici, per trovarvi colui che possiede le qualità per risolvere la crisi con «severità e giustizia».

Il politico scelto dal «Reichpräsident» von Hindenburg⁽²¹²⁾ è, come l'Erzberger di 12 anni addietro, un moderato del «Zentrum» cattolico, cui si attribuiscono conoscenze più che adeguate in materia monetaria e finanziaria, Heinrich Brüning, il cui «Reformprogramm» sembra riassumersi in una sola parola: deflazione⁽²¹³⁾.

In realtà l'obiettivo di questo «uomo d'ordine» è, molto più ambizioso⁽²¹⁴⁾: vuole sfruttare le catastrofiche necessità di bilancio per ottenere dagli Alleati – una volta per tutte – la liberatoria da ogni loro pretesa di indennizzo e per troncane definitivamente le incessanti liti tra «Reich», «Länder» e «Gemeinden», in tema di ripartizione delle risorse e degli oneri.

Per far quadrare i conti, anche agli occhi dei creditori stranieri, Brüning aumenta la pressione tributaria – nonostante il generale calo dei consumi⁽²¹⁵⁾ indotto dalla crescente crisi economica – e, al contempo, punta ad una drastica riduzione delle spese.

⁽²¹²⁾ Paul Ludwig von Beneckendorff und Hindenburg (1847-1934), Feldmaresciallo generale dell'esercito imperiale tedesco dal 1916 al termine della Grande Guerra, entrato clamorosamente e stabilmente nel «Walhalla» germanico dopo avere battuto i Russi a Tannenberg due anni addietro, viene eletto «Presidente del Reich» per due volte consecutive, a partire dal 1925.

⁽²¹³⁾ La Germania non può, a differenza dell'Inghilterra, svalutare la propria divisa per rilanciare le proprie esportazioni perché non glielo permettono gli accordi pattuiti con i suoi creditori statunitensi (da ultimo le clausole del «piano Young», ratificato dal «Reichstag» il 12 marzo 1930), ergo può solo sperare di calare i costi interni dei fattori produttivi, come ad es., stipendi e salari. Illuminante è a tal riguardo quanto scrive Brüning nelle sue «Memoiren»: [ad Amburgo, nel 1932] «ho tentato di convincere nel mio colloquio il professor Keynes che con la propagazione della sua tecnica inflazionistica scuote ogni ragionevole politica finanziaria della Germania ... Quando gli chiesi come pensava di poter risolvere le prescrizioni del piano Young circa la moneta tedesca, ho constatato che non aveva preso per nulla in considerazione questo aspetto» (G. E. RUSCONI, *La crisi di Weimar*, cit., p. 325.).

⁽²¹⁴⁾ Il che ci induce a ritenere, in ultima analisi, fuorviante il quesito se alla «cura da cavallo» prescritta da Brüning, ci fosse o meno una concreta alternativa (H. SCHULZE, *Die keinesweg Goldenen*, cit., p. 218; G. E. RUSCONI, *La crisi di Weimar*, cit., pp. 318 seg.).

⁽²¹⁵⁾ L'ammontare dei consumi privati passa da 65,6 miliardi di Rmk. nel 1929 a 42.7 nel 1932 (G. E. RUSCONI, *La crisi di Weimar*, cit., p. 111).

Soprattutto, mira a compensare il progressivo inaridirsi delle tradizionali fonti d'entrata degli Enti minori – in particolare i Comuni, sempre più gravati dagli obblighi assistenziali – o inasprendo la tassazione diretta⁽²¹⁶⁾ o aumentando le imposte di consumo a partire dalla «Biersteuer» che vuole aumentare del 75%

L'opposizione allora, al posto del suddetto aumento, propone una addizionale sull'«Umsatzsteuer» a carico della grande distribuzione, grandi catene cooperative comprese⁽²¹⁷⁾.

Il governo rilancia varando un aumento della «Gewerbsteuer» sulle grandi catene distributive, seguito da un aumento sulle licenze industriali a tutela «del ceto medio industriale», dopo di che propone un aumento del 10% dell'imposta sui celibi e un'addizionale del 2,5% sugli stipendi degli impiegati pubblici, detta «aiuto al Reich» o «Reichshilfe» ma i decreti relativi sono respinti dal «Reichstag».

Per tutta risposta, Brüning inaugura la c. d. «legislazione di emergenza»: prima dichiara esecutivi i decreti suddetti in quanto avallati ex art. 48 W.R.V. dal «Reichpräsident» poi, andato in minoranza per una manciata di voti, ottiene lo scioglimento del Parlamento certo di poter riproporre i decreti bocciati con tenore pressoché identico innanzi alla successiva Legislazione.

La sua fiducia parrebbe ben riposta poiché le obiezioni sollevate dall'opposizione democratica sono molto più di metodo che di sostanza, ergo non esita a perseguire una durissima compressione della spesa pubblica fino a liquidare una delle massime conquiste della «Sozialpolitik»: il costo del sussidio ai disoccupati viene messo interamente a carico dei datori di lavoro e dei lavoratori e proprio mentre tutto l'apparato produttivo sta collassando e la disoccupazione sale fino al 30,8%⁽²¹⁸⁾.

La risposta della base elettorale a questa serie di inaudite sollecitazioni non tarda: le speranze di far avallare dal voto di una «coalizione di persone ragionevoli» per guadagnare tempo, in attesa che «il decorso della crisi economica aiuti a superare anche la crisi dello Stato»⁽²¹⁹⁾ sono clamorosamente smentite.

⁽²¹⁶⁾ Con decreto 26 luglio 1930 viene concesso ai Comuni di elevare una «Bürgersteuer» o «imposta civica» una sorta di «supplemento dell'imposta sul reddito ... diretta a colpire *pure i redditi con importi minimi*, simile all'imposta di capitazione» [il corsivo è mio] (A. HENSEL, *Steuerrecht*, cit., p. 25).

⁽²¹⁷⁾ Proposta accolta: l'aliquota delle grandi imprese commerciali al dettaglio pari al 1,35% nel 1930 è portata al 2,5% due anni dopo.

⁽²¹⁸⁾ L'indice delle esportazioni tedesche passa (1928 = 100) da 113.2 nel 1929 a 49.3 nel 1932; ricordo che se si considera il sussidio pubblico nel suo complesso le persone che sopravvivano solo grazie all'intervento della finanza pubblica sono 23, 3 milioni, pari al 36% della popolazione tedesca (G. E. RUSCONI, *La crisi di Weimar*, cit., p. 104; H. SCHULZE, *La Repubblica di Weimar*, cit., p. 443).

⁽²¹⁹⁾ G. E. RUSCONI, *La crisi di Weimar*, cit., p. 341.

Lo N.S.D.A.P.⁽²²⁰⁾ già «partito dei piccoli borghesi» sul quale si è esercitato per un decennio il sarcasmo delle forze democratiche, diventa un vero e proprio «Sammelpartei»⁽²²¹⁾, in cui confluiscono tutti coloro che sono terrorizzati dalla mobilità discendente propulsa da una crisi economica di cui non si vede la fine⁽²²²⁾.

Passeranno non più di otto mesi e costoro festeggeranno la nomina di Adolf Hitler a nuovo «Reichskanzler» il cui Esecutivo, pur dotato di poteri illimitati, dal punto di vista finanziario sopravviverà solo grazie all'uso sistematico di espedienti, nonostante l'indubbio aumento della pressione fiscale.

Se si esclude la disoccupazione, grazie alla crescita esponenziale dell'industria degli armamenti immediatamente promossa⁽²²³⁾, dei tanti problemi lasciati irrisolti dal naufragio di Weimar, nessuno troverà una soluzione adeguata per il popolo tedesco e accettabile per il mercato finanziario mondiale⁽²²⁴⁾.

Tornata la pace, la RAO., emendata per volontà delle forze d'occupazione alleate dalla «Steueranpassungsgesetz» del 1934, sopravviverà quasi integralmente⁽²²⁵⁾ anzi troverà un più adeguato supporto nell'ambito della novella «Bundesverfassung» del 23 maggio 1949 tant'è che i nuovi protagonisti della «Steuerrechtswissenschaft» dimosteranno ben presto uno spirito polemico non inferiore a quello dei «pionieri» degli anni 'Venti⁽²²⁶⁾.

⁽²²⁰⁾ «Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei».

⁽²²¹⁾ L'espressione compare in un articolo di Rudolf Hilferding, sulla rivista «Die Gesellschaft» all'indomani delle elezioni del 14 ottobre 1930 dal titolo altamente significativo: «In der Gefahrzone» (G. E. RUSCONI, *La crisi di Weimar*, cit., p. 339 seg.).

⁽²²²⁾ Essi provengono dai ceti medi inferiori, di fatto proletarizzati ma che non vogliono assolutamente essere trattati come tali; dai ceti superiori che hanno sempre sottoscritto con riserva le aspirazioni egualitarie delle classi subalterne; dal pubblico impiego, dalle campagne e perfino dall'ambiente operaio (A. ROSEMBERG, *Storia della Repubblica*, cit., pp. 209 seg.; G. E. RUSCONI, *La crisi di Weimar*, cit., p. 461 seg; E. EYCK, *Storia della Repubblica di Weimar*, cit., p. 618 seg.; E. VERMEIL, *La Germania contemporanea*, cit., p. 485 segg.).

⁽²²³⁾ E. VERMEIL, *La Germania contemporanea*, cit., p. 590 seg.; G. E. RUSCONI, *La crisi di Weimar*, cit., p. 330 seg.

⁽²²⁴⁾ Lapidaria l'affermazione di Göring rivolta a Brüning e ai suoi funzionari: «fatevi prestare quello che volete, noi non restituiamo niente!» (E. EYCK, *Storia della Repubblica di Weimar*, cit., p. 649).

⁽²²⁵⁾ O. BÜHLER, *Principi giuridici nella legislazione tributaria tedesca del dopoguerra. 1945-1951*, in «Jus», 1951, p. 390 segg.

⁽²²⁶⁾ «La scienza del Diritto tributario è una scienza giovane cui fino ad oggi, le facoltà giuridiche delle Università tedesche, ...hanno prestato scarsa attenzione» (K. TIPKE, *Die Steuerrechtsordnung*, vol. I, p. 27); ed ancora: «Fino ad oggi, il Diritto tributario ha il ruolo di Cenerentola nella nostra organizzazione scientifica e nella

Ma sul piano storiografico ciò che più rileva è la condotta delle Potenze occidentali vincitrici nei confronti della «Bundesrepublik» costituitasi ad ovest dell'Elba, assai diversa da quella tenuta 27 anni addietro: essa potrà contare su un salvifico «piano Marshall» che, rigettando quanto deciso precedentemente a Potsdam, sospenderà il sistematico smontaggio dei grandi «Konzerne» industriali in conto riparazioni, oltre ad ogni limitazione alla produzione industriale tedesca⁽²²⁷⁾.

Inoltre i responsabili della «Bundesrepublik», avranno mano libera per procedere, nel giugno del 1948, alla riforma monetaria, previo annullamento di gran parte del debito pubblico⁽²²⁸⁾.

Mutato radicalmente il contesto storico, si concederà ai successori di Erzberger quello che a lui, «svevo caparbio», non era stato dato neppure sperare.

VII) Bibliografia.

ALESSIO G., *Ancora dell'imposta progressiva*, in «Rivista Italiana per le Scienze giuridiche», 1897.

ASPREY R. B., *The German High Command at War*, 1991, trad. it., *L'alto comando tedesco*, Milano 1993.

BADIA G. *Le Spartakisme. Le dernières années de Rosa Luxemburg et de Karl Liebknecht, 1914-1919*, trad. it., *Il movimento spartachista. Gli ultimi anni di Rosa Luxemburg e di Karl Liebknecht*, Roma 1970.

BALL K., *Steuerrecht und Privatrecht*, Mannheim 1924.

BECKER E., *Accentramento e sviluppo del Diritto Tributario tedesco*, in «Rivista di Diritto Finanziario e di Scienza delle Finanze», I, 1937.

BECKER E., *Reichsabgabenordnung*, Berlin 1928.

BELLUZZI C., *L'evoluzione dell'imposizione indiretta in Germania e i suoi presupposti politico-istituzionali. 1871-1919*, in «Rivista di Diritto Finanziario e di Scienza delle Finanze», I, 2001.

BLUMENSTEIN E., *Schweizerisches Steuerrecht*, vol. I., Tübingen 1926-1929.

BÜHLER O., *L'importanza di Enno Becker per lo sviluppo del Diritto tributario tedesco dal 1918*, in «Rivista di Diritto Finanziario e di Scienza delle Finanze», I 1940.

nostra formazione giuridica ... a tutt'oggi vi sono ancora facoltà di Giurisprudenza ove manca una cattedra che si occupi anche di Diritto tributario, mentre lo studente non può scegliere – nella maggior parte dei Länder – il diritto tributario neppure come materia facoltativa» (K. VOGEL, articolo comparso in «Juristenzeitung», 1974).

⁽²²⁷⁾ E. COLLOTTI, *Storia delle due Germanie. 1945-1968*, Torino 1968, pp. 36 segg. e p. 70.

⁽²²⁸⁾ E. COLLOTTI, *Storia delle due Germanie*, cit., pp. 128 segg.

BÜHLER O., *Lehrbuch des Steuerrecht*, I vol., Berlin 1927.

BÜHLER O., *Principi giuridici nella legislazione tributaria tedesca del dopoguerra. 1945-1951*, in «Jus», 1951.

CANNATA C. A. - GAMBARO A., *Lineamenti di Storia della Giurisprudenza europea*, vol. II, Torino 1989.

CHELI E., voce «Testo unico» in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIX, Torino 1977.

DE VITI DE MARCO A., *Principi di economia finanziaria*, Torino 1953.

DÜWELL K., *Fra federalismo, unitarismo e centralismo. La riforma del Reich e la ristrutturazione dei Länder nella Repubblica di Weimar 1918-1933*, in *Centralismo e Federalismo tra Otto e Novecento. Italia e Germania a confronto*, a cura di O. JANZ, P. SULLIERA, H. SIEGRIST, Bologna 1997.

EYCK E., *Geschichte der Weimarer Republik*, Zürich 1954, trad.it., *Storia della Repubblica di Weimar*, Torino 1966.

FANTOZZI A., *Profili storico-critici della Riforma della imposizione sugli scambi in Germania*, in *Studi di finanza pubblica-Studi sull'IVA*, collana diretta da CESARE COSCIANI, Milano 1968.

FIORAVANTI M., *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano 1979.

FIORAVANTI M., *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo*, in *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Milano 2001.

FISCHER F., *Griff nach am Weltmacht*, Düsseldorf 1961, trad. it., *Assalto al potere mondiale*, Torino 1964.

FISCHER P., *Die Steuerumgehung. Überlegungen zum deutschem Recht*, trad. it., *L'elusione fiscale nell'esperienza tedesca*, in *L'elusione fiscale nell'esperienza europea*, a cura di A. DI PIETRO, Milano 1999.

FLORA F., *Manuale della Scienza delle Finanze*, Livorno 1912.

GALBRAITH K., *The Great Crash*, Boston 1954, trad. it., *Il grande crollo*, Torino 1972.

GERBER C. F.(von), *Grundzüge eines Systems deutschen Staatsrecht*, Leipzig 1869.

GIANNINI M. S., *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna 1986.

GOZZI G., *Stato di Diritto e diritti soggettivi nella storia costituzionale tedesca*, in *Lo Stato di Diritto. Storia, teoria, critica*, a cura di P. COSTA e D. ZOLO, Milano 2003.

HENSEL A., *Steuerrecht*, Berlin 1924, trad. it., *Diritto Tributario*, Milano, s.d. ma 1931.

HINZE O., *Der Beamtenstand*, in «Vorträge der Gehe-Stiftung zu Dresden», 3, 1911, ora in *Gesammelte Abhandlungen*, II: *Soziologie und Geschichte*, a cura di G. OESTEICH, Göttingen 1964, II ed., trad. it., *Il ceto dei funzionari*, Bologna 1980.

HOLTFRERICH C. L.(von), *Rüstung, Reparationen und Sozialstaat. Die*

Modernisierung des Steuersystems im Ersten Weltkrieg und in der großen Inflation, in *Mit dem Zehnten fing es an*, München 1992, a cura di U. SCHULTZ.

HUMBERT L., *Die Begründung der Reichsfinanzverwaltung*, Bonn 1964.

IRTI N., *L'Età della decodificazione*, Milano 1999.

LABAND P., *Das Staatsrecht des deutschen Reichs*, vol. I, Tübingen 1876.

LUTZ H., *Zwischen Habsburg und Preußen. Deutschland 1815-1866*, Berlin, 1985, trad. it., *Tra Asburgo e Prussia. La Germania dal 1815 al 1866*, Bologna 1992.

MANNORI L. - SORDI B., *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari 2001.

MAYER O., *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I, Leipzig 1895-96.

MEYER R. *Die Principien der gerechten Besteuerung*, Berlin 1884.

MASÈ-DARI E., *L'imposta progressiva. Indagini di storia e d'economia delle finanze*, Torino 1897.

MIGLIO G., *Le origini della Scienza dell'Amministrazione*, Milano 1971.

MÖLLER H., *Fürstenstaat oder Bürgernation: Deutschland 1763-1815*, München 1989, trad. it., *Stato assoluto o Stato nazionale. La Germania dal 1763 al 1815*, Bologna 2000.

MORAW P., *Der Gemeine Pfennig. Neue Steuern und die Einheit des Reiches im 15. und 16. Jahrhundert*, in *Mit dem Zehnten fing es an*, München 1992, a cura di U. SCHULZ.

NEUMARK F., *Der Aufstieg der Einkommensteuer. Entstehung und Entwicklung der Direkten Besteuerung*, in *Mit dem Zehnten fing es an*, München 1992, a cura di U. SCHULZ.

NEUMARK F., *Lasalles Steuerstreitschrift*, in «FinanzArchiv», Zeitschrift, Band 23, 1963/64.

NIVEAU M., *Storia dei fatti economici contemporanei*, Milano 1970.

NITTI F. S., *Principi di Scienza delle Finanze*, Napoli 1903.

PREUSS H., *Entwicklung des Deutschen Städtewesens. Entwicklungsgeschichte Deutschen Städteverfassung*, Leipzig 1906, ristampa anastatica, Aalen 1965.

ROSEMBERG A., *Entstehung der Deutschen Republik, 1871-1918*, Berlin 1928, trad. it., *Le origini della Repubblica di Weimar*, Firenze 1972.

ROSEMBERG A., *Geschichte der deutschen Republik*, Karlsbad 1935, trad. it., *Storia della Repubblica di Weimar*, Firenze 1972.

ITTER G., *Staatskunst und Kriegshandwerk. Das Problem des Militarismus in Deutschland*, München 1964 - 1968, trad. it., *I militari e la politica nella Germania moderna*, 3 voll., Torino 1973.

RUSCONI G. E., *La crisi di Weimar. Crisi di sistema e sconfitta operaia*, Torino 1977.

SAX E., *Die Progressivsteuer*, in «Zeitschrift für Volkswirtschaft, Sozialpolitik und Verwaltung», Wien 1892.

SELIGMANN E. R. A., *Progressive Taxation in theory and practice*, Baltimore 1894.

SHIRER W., *The Rise and Fall of the Third Reich*, 1959, trad. it., *Storia del Terzo Reich*, Torino 1962.

SCHOMBURG W., *Lexicon der deutschen Steuer- und Zollgeschichte, Abgaben, Dienste, Gebühren, Steuern und Zölle von den Anfängen bis 1806*, München 1992.

SCHULLERN-SCHRATTENHOFEN (VON) H., *La riforma tributaria in Austria*, in «La Riforma Sociale», anno IV, vol. VII, 1897.

SCHULZE H., *Die keinesweg Goldenen Zwanziger Jahre. Steuerpolitik zwischen Inflation und Wirtschaftskrise. 1919-1932*, in *Mit dem Zehnten fing es an*, München 1992, a cura di U. SCHULTZ.

SCHULZE H., *Weimar: Deutschland 1917-1933*, Berlin 1982, trad. it., *La Repubblica di Weimar. La Germania dal 1918 al 1933*, Bologna 1993.

SIRINELLI J. F., VANDENBUSSCHE R., VAVASSEUR-DESPERRIERS J., *La France de 1914 à nos jours*, Paris 2000, trad. it., *Storia della Francia nel Novecento*, Bologna 2003.

SORDI B., *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milano 1987.

STACHURA P. D., *The Weimar Era and Hitler 1918-1933. A Critical Bibliography*, Oxford 1977.

STAHL F.J., *Die Philosophie des Rechts*, Heidelberg 1870.

TIPKE K. - LANG J., *Steuerrecht*, Köln 1994.

TIPKE K., *Die Steuerrechtsordnung*, 3 voll., Köln 1993.

TIPKE K., *Enno Becker, Schöpfer der Reichsabgabenordnung*, in «Steuer und Wirtschaft», Zeitschrift 1990.

VANONI E., *Natura ed interpretazione delle leggi tributarie*, Padova, 1932, in *Opere Giuridiche*, 2 voll., Milano 1962.

VANONI E., *L'esperienza della codificazione tributaria in Germania*, in *Opere Giuridiche*, 2 voll., Milano 1962.

VANONI E., *I soggetti passivi dell'obbligazione tributaria*, in «Foro italiano», IV, 1935.

VERMEIL E., *L'Allemagne contemporaine, sociale, politique et culturelle*, Paris 1953, trad. it., *La Germania contemporanea. 1890-1950*, Bari 1956.

WITT P. CH. (von), *Patriotische Gabe und Brotwucher Finanzverfassung und politisches System im Deutschen Kaiserreich. 1871-1914*, in *Mit dem Zehnten fing es an*, München 1992, a cura di U. SCHULTZ.

ABSTRACT

This article is focused on the history of the great financial and administrative reform implemented in Germany at the end of the First World War, and that could be considered the cultural environment from which taxation as legal discipline was originated from.

The analysis begins underlining the loopholes that characterized the institutional and administrative framework Bismarck's political action was carried on within, and it also addresses the most important features of the latter, including: a) the impact on

the financial sector and on the nature of Public finance reshaped by the new “Grundgesetz”; b) the essential features of the latter, including those aimed to short term goals; c) the relation between fiscal taxonomy developed by RAO and the new administrative structure drafted by the “Act on the Reich’s Financial structure”; d) the new financial balance between Central Tax Administration and the local ones in the framework of a Federal State.

The concluding remarks are for the intrinsic contradictions is some of the above mentioned points that ultimately where revealed by the 1929 Great Crash.

Il saggio in questione ha per oggetto la storia della grande riforma amministrativa e finanziaria attuata in Germania al termine della prima guerra mondiale, matrice culturale di quella disciplina giuridica che va sotto il nome di «giustribrutarismo».

Partendo dalle manchevolezze manifestate dalla struttura istituzionale ed amministrativa voluta dal Bismarck, sono state esposte brevemente le caratteristiche peculiari della suddetta riforma, insistendo soprattutto sui punti seguenti: *a*) i riflessi sull’ordinamento finanziario e sulla natura stessa (non più neutrale ma funzionale) attribuita alla finanza pubblica dalla novella «Grundgesetz», base costituzionale della riforma suddetta; *b*) ciò che nelle scelte fondamentali contenute in quest’ultima è da ritenersi contingente (ad es. la ricerca delle risorse necessarie a far fronte alle «Kriegsreparationen») e ciò che è essenziale: il finanziamento della «Sozialpolitik» perseguita da Weimar, ammirata ed imitata in tutta l’Europa restituita alla democrazia alla fine del secondo conflitto mondiale; *c*) il rapporto tra tassonomia impositiva delineata dalla RAO e la nuova armatura amministrativa, di cui struttura e funzione sono delineate dalla «Legge sull’amministrazione finanziaria del Reich» confluita nella riforma stessa; *d*) il nuovo assetto finanziario intercorrente tra Amministrazione finanziaria centrale e amministrazione periferiche, nell’ambito di uno Stato *federale*.

L’epilogo è incerniato sulle contraddittorietà insite in alcuni dei punti suddetti, esposte di volta in volta ma rimarcate alla luce del *Great Crash* dell’ottobre 1929.

GIORGIA MARAGNO

POMPONIO, L'AMBASCERIA IN GRECIA
E LA GLOSSA DI ACCURSIO
TRA *HISTORIA* E *FABULA*

Conversazioni "ala mutescha" nella tradizione medievale

1. Nel quadro delle fonti classiche riguardanti le XII Tavole e la ben nota ambasceria inviata nel mondo greco, il giurista Pomponio occupa una posizione del tutto particolare. Leggiamo

D. 1,2,2,4 (Pomponius *libro singulari enchiridii*): *...Placuit publica auctoritate decem constitui viros, per quos peterentur leges a Graecis civitatibus et civitas fundaretur legibus: quas in tabulas eboreas perscriptas pro rostris composuerunt, ut possint leges apertius percipi: datumque est eis ius eo anno in civitate summum, uti leges et corrigerent, si opus esset, et interpretarentur neque provocatio ab eis sicut a reliquis magistratibus fieret. Qui ipsi animadverterunt aliquid deesse istis primis legibus ideoque sequenti anno alias duas ad easdem tabulas adiecerunt: et ita ex accedenti appellatae sunt leges duodecim tabularum. Quarum ferendarum auctorem fuisse decemviris Hermodorum quendam Ephesium exulantem in Italia quidam rettulerunt.*

'Parve bene', scrive dunque Pomponio, 'istituire una magistratura di dieci uomini, per mezzo dei quali venissero chieste le leggi alle città greche e Roma fosse fondata sulle leggi: i dieci misero insieme questo corpo di norme e le pubblicarono su tavole d'avorio, affinché potessero essere conosciute più agevolmente. In quest'anno fu concesso ai decemviri, ove fosse necessario, il sommo diritto sia di correggere le leggi, sia di interpretarle, e fu stabilito che nei loro confronti non si ammettesse la *provocatio ad populum*. Gli stessi decemviri ravvisarono che a queste prime leggi mancava qualcosa e, perciò, l'anno successivo, aggiunsero altre due tavole: da qui il nome Leggi delle XII Tavole. Alcuni riferirono che, della proposta di queste, fosse stato autore, presso i decemviri, un certo Ermodoro di Efeso, esule in Italia'.

Orbene, la più parte delle testimonianze concernenti il tema dell'ambasceria concorda su un punto, ossia che questa abbia avuto luogo prima della costituzione del decemvirato. Così non è nel passo di Pomponio ove,

palesemente, sono inviati quali ambasciatori gli stessi decemviri, una volta nominati tali.

Sarà utile, per meglio inquadrare il passo di Pomponio, dare uno sguardo al complesso della tradizione relativa all'ambasceria. Per cominciare dalle attestazioni più dettagliate, possiamo ricordare Livio ⁽¹⁾, il quale riporta che l'ambasceria precedette il decemvirato e che i legati furono tre (*missi legati Athenas Sp. Postumius Albus, A. Manlius, P. Sulpicius Camerinus*); e così anche Dionigi ⁽²⁾, più preciso nell'indicare la destinazione degli ambasciatori. Mentre in autori come Orosio ⁽³⁾, Sant'Agostino ⁽⁴⁾, Giovanni Lido ⁽⁵⁾, San Girolamo ⁽⁶⁾ e Zonara ⁽⁷⁾ non è trascurato l'aspetto dell'invio di un'ambasceria nel mondo greco, essa rimane, invece, in ombra in altri racconti, che pure

⁽¹⁾ LIV. 3,31,8: *Cum de legibus conveniret, de latore tantum discreparet, missi legati Athenas Sp. Postumius Albus, A. Manlius, P. Sulpicius Camerinus, iussique inclitas leges Solonis describere et aliarum Graeciae civitatum instituta, mores iuraque noscere*. L'autore patavino accredita la tesi che gli ambasciatori fossero tre e il decemvirato fosse stato costituito solo al loro ritorno. Per la cronologia, T.R.S. BROUGHTON, *The Magistrates of the Roman Republic*, I, Cleveland, 1951, r. a. 1968, p. 42 ss.

⁽²⁾ D. H. 10,51,5: *Κεφάλαιον δ' ἐστὶν ὧν ὑμῖν παραινῶ, πρέσβεις ἐλέσθαι τοὺς μὲν εἰς τὰς Ἑλληνίδας πόλεις τὰς ἐν Ἰταλίᾳ, τοὺς δ' εἰς Ἀθήνας, οἵτινες αἰτησάμενοι παρὰ τῶν Ἑλλήνων τοὺς κρατίστους νόμους καὶ μάλιστα τοῖς ἡμετέροις ἀρμόττοντας βίοις οἴσουσι δεῦρο*. Nel racconto di Dionigi, la proposta di inviare legati nel mondo greco fu dell'ex console T. Romilio Secondo l'Alicarnassense, gli ambasciatori (di cui non è specificato il numero) sarebbero strati inviati prima della costituzione dei decemviri verso due differenti destinazioni: non solo Atene, ma anche le città della Magna Grecia.

⁽³⁾ OROS. *hist.* 2,13,1-2: *Anno qui proximus trecentesimo ab Urbe condita fuit, dum legati ad Athenienses propter Solonis leges transferendas missi exspectantur, arma Romana famae pestilentiaque compescuit. Ipso autem trecentesimo anno, hoc est olympiade nonagensima quinta, potestas consulum decemviris tradita constituendum legum Atticarum gratia magnam perniciem reipublicae invexit*. Anche Orosio, quindi, riporta che l'ambasceria aveva preceduto la magistratura decemvirale.

⁽⁴⁾ AVG. *civ.* 2,16: *Si autem a diis suis Romani vivendi leges accipere potuissent, non aliquot annos post Romam conditam ab Atheniensibus mutuarentur leges Solonis: quas tamen non ut acceperunt tenuerunt, sed meliores et emendatiores facere conati sunt*; AVG. *civ.* 3,17: *Ubi erant (illi dii), quando densissimis fatigata civitas seditio- num malis, cum legatos Athenas missos ad leges mutuandas paululum quieta opperiretur, gravi fame pestilentiaque vastata est?* Dalla lettura congiunta dei due passi, si ricava che i Romani hanno mutuato le leggi soloniche per mezzo di un'ambasceria inviata ad Atene. Anche se non è esplicitamente riferito, tutto lascia supporre che si trattasse degli ambasciatori inviati prima del decemvirato, costituito solo dopo il loro ritorno.

⁽⁵⁾ Per il passo di Giovanni Lido, v. oltre.

⁽⁶⁾ HIER. *Interpretatio Chronicae Eusebii Pamphili: Romani per legatos ab Atheniensibus jura petierunt, ex quibus duodecim tabulae prescriptae*. Cfr. PL 27 (1846), 451 ss.

⁽⁷⁾ ZONAR. 7,18: *Καὶ τρεῖς ἄνδρας εἰς τὴν Ἑλλάδα διὰ τοὺς νόμους καὶ τὰ παρ' ἐκείνοις ἔθη πεπόμφασιν*. Dunque, è confermata, in Zonara, la notizia dell'invio di tre ambasciatori in Grecia.

sottolineano senza sfumature l'impronta greca sulla prima codificazione romana (Floro⁽⁸⁾, Silio Italico⁽⁹⁾, Plinio⁽¹⁰⁾, Ammiano Marcellino⁽¹¹⁾, l'Autore del *De viris illustribus*⁽¹²⁾, Simmaco⁽¹³⁾, Servio⁽¹⁴⁾, Isidoro di Siviglia⁽¹⁵⁾). Cice-

(⁸) FLOR. *epit.* 1,17,24: *Secundam in urbe media decemviratus libido conflavit. Adlatas a Graecia leges decem principes lecti iubente populo conscripserant, ordinataque erat in duodecim tabulis tota iustitia, cum tamen traditos fasces regio quodam furore retinebant.* Floro, pur non riferendo espressamente di un'ambasceria, parla di "leggi portate dalla Grecia".

(⁹) SIL. 13,752-754: *Exin designat vates, qui iura sub armis / poscenti dederint populo primique petitas / miscuerint Italis Piraeo litore leges. / Laetatur spectatque virum insatiabilis ora / Scipio...* . Nel passo di Silio non si parla di un'ambasceria inviata dai decemviri ad Atene, che resta, quantomeno, implicita. Gli unici protagonisti, in questo testo, sono i decemviri.

(¹⁰) PLIN. *epist.* 8,24,4: *Habe ante oculos hanc esse terram, quae nobis miserit iura, quae leges non victis, sed petentibus dederit, Athenas esse, quas adeas, Lacedaemonem esse, quam regas; quibus reliquam umbram et residuum libertatis nomen eripere durum, ferum, barbarum est.* La letteratura recente, pur essendo il passo piuttosto reticente, non ha mancato di collegarlo alla tradizione dell'influsso greco sulle XII Tavole. Cfr., tra gli altri, E. PAIS, *Storia critica di Roma durante i primi cinque secoli*, II, Roma, 1915, p. 46, nt. 2; F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*², I, Napoli, 1972, p. 299, nt. 10; M. DUCOS, *L'influence grecque sur la loi des douze tables*, Paris, 1978, p. 15.

(¹¹) AMM. 16,5,1: *Primum igitur factuque difficile temperantiam ipse sibi indixit atque retinuit, tamquam adstrictus sumptuariis legibus viveret, quas ex rhetris Lycurgi, id est axibus, Romam translatas diuque observatas et senescentes paulatim reparavit Sylla dictator reputans ex praedictis Democriti, quod ambitiosam mensam fortuna, parcam virtus adponit.* Nessun accenno all'ambasceria, ma forte è il richiamo all'origine greca delle leggi suntuarie.

(¹²) VIR. *ill.* 21,1: *Populus Romanus cum seditiosos magistratus ferre non posset, decemviros legibus scribendis creavit, qui eas ex libris Solonis translatas duodecim tabulis exposuerunt.* Il passo tace ogni riferimento all'ambasceria ma sottolinea una profonda influenza solonica.

(¹³) SYMM. *epist.* 3,11: *Non silebo alterum munus opuscoli tui, quo prisca cujusque reipublicae ex libro Graeco in Latinum transtulisti. Arma a Samnitibus, insignia a Tuscis, leges de lare Lycurgi et Solonis sumpseramus.* I Romani, secondo Simmaco, avrebbero tratto delle leggi dal "focolare di Solone e di Licurgo", tuttavia non accenna all'invio dell'ambasceria.

(¹⁴) SERV. *Aen.* 7,695: *Iustos autem dicit Faliscos, quia populus Romanus missis decem viris ab ipsis iura fetialia et non nulla supplementa duodecim tabularum accepit, quas habuerat ab Atheniensibus.* Dunque, secondo Servio, non nulla supplementa delle XII Tavole verrebbero dal popolo dei Falischi. Non può sfuggire il rilievo che in questo caso l'Autore potrebbe aver operato una duplicazione: come è stata inviata un'ambasceria in Grecia per chiedere od informarsi sul diritto, così avviene anche nel caso del popolo dei Falischi.

(¹⁵) ISID. *orig.* 5,1,3: *Numa Pompilius, qui Romulo successit in regno, primus leges Romanis edidit; deinde cum populus seditiosos magistratus ferre non posset,*

rone⁽¹⁶⁾, Diodoro Siculo⁽¹⁷⁾, Tacito⁽¹⁸⁾ e Dione Cassio⁽¹⁹⁾, per certi aspetti ricchi di informazioni, non dedicano alcuno spazio all'ambasceria.

La testimonianza di Pomponio, particolarmente significativa poiché si pone (a quanto ne sappiamo) come la sola fonte di natura giuridica⁽²⁰⁾ a dar conto dell'ambasceria, introduce un elemento di differenza notevole rispetto alle altre attestazioni sul punto.

Come si è già osservato, nel racconto del giurista sarebbero stati i decemviri stessi a "chiedere le leggi alla Grecia", svolgendo così il compito che, presso gli altri autori, era stato affidato a tre cittadini designati dal senato e dal popolo. Incongruenza non da poco soprattutto se si pensa che, secondo il resto della tradizione, la nomina dei decemviri sarebbe avvenuta soltanto *dopo* il ritorno dei legati.

Decemviros legibus scribendis creavit, qui leges ex libris Solonis in Latinum sermonem translatas duodecim tabulis exposuerunt. Numa Pompilio avrebbe dato per primo delle leggi ai Romani; poi, "poiché il popolo non poteva tollerare dei magistrati sediziosi", fu istituita la magistratura dei *decemviri legibus scribendis*, che pubblicarono in dodici tavole le leggi, "tradotte in lingua latina, dai libri di Solone".

⁽¹⁶⁾ Cic. *rep.* 2,36,61. In altri due luoghi, Cicerone riferisce dell'origine soloniana delle leggi suntuarie contenute nelle XII Tavole (Cic. *leg.* 2,23,59; Cic. *leg.* 2,25,64).

⁽¹⁷⁾ D. S. 12,23,1.

⁽¹⁸⁾ Tac. *ann.* 3,27,1: *Pulso Tarquinio adversum patrum factiones multa populus paravit tuendae libertatis et firmandae concordiae, creatique decemviri et, accitis quae usquam egregia, compositae duodecim tabulae, finis aequi iuris.* Scacciato Tarquinio, il popolo si munì di molte garanzie contro i patrizi: furono creati i decemviri, ed attingendo alle legislazioni straniere quanto vi era di meglio, furono composte le Dodici Tavole, termine ultimo dell'eguaglianza nel diritto. Le "legislazioni straniere da cui si è tratto il meglio" – *accitis (legibus) quae usquam (erant) egregia* – potrebbero essere identificate nelle codificazioni di città della Grecia o della Magna Grecia, ma Tacito non offre ulteriori chiarimenti in merito.

⁽¹⁹⁾ D. C. 44,26,1-2: *Καὶ διὰ τοῦτο οὐδὲ ξενικοῖς παραδείγμασι χρῆσθαι ἠθέλησα, μυρία ἂν εἰπεῖν ἔχων. Ἐν δ' οὖν ὁμῶς τῆς ἀρίστης καὶ ἀρχαιοτάτης πόλεως, παρ' ἧς οὐδ' οἱ πατέρες ἡμῶν ἐπάγεσθαι τινὰς νόμους ἀπήξιωσαν, παρέξομαι. Καὶ γὰρ αἰσχρὸν ἂν εἴη τοσοῦτον ἡμᾶς καὶ τῇ ῥώμῃ καὶ τῇ γνώμῃ τῶν Ἀθηναίων ὑπερέχοντας χεῖρον αὐτῶν βουλευέσθαι.* Dione Cassio, come si può notare, non identifica esplicitamente le leggi romane "derivate da quelle ateniesi" con la codificazione delle XII Tavole. Tuttavia, come nel caso di PLIN. *epist.* 8,25,4, la critica storica inserisce questo passo nella tradizione riguardante l'influenza greca sulle XII Tavole.

⁽²⁰⁾ Gaio, in D. 10,1,13 e D. 47,22,4, individua analogie tra le norme tra alcune norme della codificazione decemvirale e le 'corrispondenti' leggi ateniesi, senza tuttavia guardare, come invece fa Pomponio, ai veicoli di trasmissione delle leggi greche a Roma.

Non sono mancate, peraltro, 'interpretazioni correttive' del passo⁽²¹⁾. Tuttavia, resta il fatto che i passaggi logici, nel testo, sono ben netti: vengono costituiti per pubblica autorità dieci uomini (i decemviri), e soltanto *dopo* la loro designazione (nel momento in cui erano *già* decemviri), essi chiedono le leggi alla Grecia⁽²²⁾.

La discrasia che Pomponio presenta nei confronti del resto della tradizione (a parte un passo di Giovanni Lido, che forse proprio a Pomponio si ispira e di cui si è appena parlato in nota⁽²³⁾) ha contribuito a seminare dubbi sulla paternità pomponiana dell'opera, per assumerne, piuttosto, la natura compilatoria⁽²⁴⁾.

(21) Secondo l'opinione di Cuiacio, non ci sarebbe alcun errore. Cfr. JACOBI CUJACII TOLOSATIS, *Ad L. 2 De orig. Juris*, in *Opera*, VI, Prati, 1836, col. 286, in riferimento al sintagma *per quos peterentur leges* del passo pomponiano: "Ne longam texeret historiam, Decemviro ait non tantum tulisse, sed et petiisse leges a Graecis civitatibus, quamvis petierint eas tres dumtaxat, ex eis deinde tulerint simul omnes". Nessun errore, dunque, secondo Cuiacio, ma solo volontà di sintetizzare i fatti. Altra interpretazione possibile sarebbe quella di immaginare i decemviri non come ambasciatori essi stessi, ma come ideatori della soluzione di inviare un'ambasceria nel mondo greco. Questa spiegazione, però, non vale a superare l'elemento di maggiore difficoltà, ossia quello rappresentato dalla contemporaneità, in Pomponio, tra l'invio dell'ambasceria e il decemvirato.

(22) Versione che trova riscontro in un passo di G. Lido assai controverso. Si legga LYD. *Mag.* 1,34: Γάιος ὁ νομογράφος μετὰ τὴν τῶν κραιστώρων τὴν δεκανδρικὴν ἀρχὴν ἀναφέρει ῥήμασι πρὸς ἐρμηνείαν τούτοις: "πολλῆς δὲ συγχύσεως τῶν νόμων, οἷα μὴ γράμμασι θεμιμένων, τοῖς πράγμασι γινομένης ἐκ τῆς τῶν ἀρχόντων καὶ τοῦ δήμου διαφορᾶς, δόγματι κοινῷ τῆς βουλῆς καὶ τοῦ δήμου πάντες μὲν οἱ ἄρχοντες ἐνικήθησαν, δέκα δὲ μόνοις ἀνδράσι τὴν φροντίδα τῆς πολιτείας παρέδοσαν." Αὐτοὶ δὲ στέλλουσιν (ἡ ἱστορία φησὶν) εἰς Ἀθήνας Σπούριον Ποστούμιον, Αὔλον Μάρκιον καὶ Πούπλιον Σουλπίκιον. Τῶν δὲ ἐπὶ τριετῆ χρόνον ἐκεῖ βραδυνόντων, ἕως καὶ τοὺς λειπομένους Ἀθηναίων νόμους ταῖς δέκα δέλτοις ἀναλάβωσιν, δέκα προβάλετο ὁ δῆμος ἀνδρας ἀνθεξομένους τῶν πραγμάτων, ὧν ὁ πρῶτος τῆς πόλεως φύλαξ προσηγορεύθη, ὁ καθ' ἡμᾶς πολιάρχος. Tralasciando il problema se il passo attribuito a Gaio derivi invece da Pomponio, ci limitiamo qui a rilevare la coincidenza circa il fatto che gli ambasciatori vengono inviati ad Atene dopo la nomina dei decemviri. In riferimento al problema dell'identificazione Gaio-Pomponio che Lido sembra attuare, la letteratura è vasta; si considerino, tra gli altri, J. CAIMI, *Una citazione da Pomponio in Lido Mag. I, 48*, in *Diritto e società nel mondo romano*, I, Como, 1988, p. 121 ss.; D. PUGSLEY, *Gaius or Sextus Pomponius*, in «RIDA», 41 (1994), p. 351 ss., a cui risponde O. STANOJEVIĆ con *Gaius and Pomponius, Notes on David Pugsley*, in «RIDA», 44 (1997), p. 333 ss.

(23) Cfr. nt. 22.

(24) I primi sospetti intorno alla genuinità dell'opera di Pomponio sembrano essere stati avanzati da HOTMAN, che nell'opera *Epitomae in Pandectas* affermava come in D. 1,2,2 "multa sint...adulterina et a Pomponii eruditione aliena" (FRANC. HOTMANI IURISCONSULTI *Operum tomus primus*, Lugduni, Sumptib. Haered. Eust. Vignon, et Iacobi Stoer., M. D. XCI, p. 6 ss.). In questo dibattito non ci sembra estraneo (ma il discorso andrebbe approfondito) Cuiacio, che si attesterebbe su posizioni opposte rispetto ad Hotman (v. J. CUIACIUS, *op. ult. cit., passim*). Nello

Questi, dunque, i racconti delle tradizioni, giuridica e letteraria. Racconti sui quali la critica storica ha formulato una notevole varietà di opinioni⁽²⁵⁾.

2. L'insolita notizia pomponiana riguardante l'ambasceria che sarebbe stata costituita, secondo il giurista, dagli stessi decemviri, ha una proiezione ancor più stupefacente nella glossa accursiana⁽²⁶⁾. Si legga GLOSS. *constitui* a D. 1,2,2,4: "Quorum nomina sunt in decre. distinct. vij.ca.ij. Antequam tamen hoc fieret, miserunt Graeci Romam quedam sapientem, ut exploraret an digni essent Romani legibus: qui cum Romam venisset: Romani cogitantes quod poterat fieri, quendam stultum ad disputandum cum Graeco posuerunt, ut si perderet, tantum derisio esset Graecis, qui sapiens nutu disputare coepit, et elevavit unum digitum, unum deum significans. Stultus credens, quod vellet eum uno oculo excaecare elevavit duos, et cum eis elevavit etiam pollicem, sicut naturaliter

sviluppo del tempo il dibattito riceve forte impulso da F. SCHULIN, *Ad Pandectarum titulum de origine juris commentatio*, Basileae, MDCCCLXXVI. Per la letteratura contemporanea, v. M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², Napoli, 1982, p. 221 ss.

⁽²⁵⁾ Tra gli autori tradizionalmente citati in argomento e che si muovono da posizioni radicalmente scettiche a posizioni conservative o moderatamente critiche, ricordiamo, per tutti, G. VICO, *Principj di scienza nuova*, in *Opere*, a cura di F. Nicolini, Milano-Napoli, 1953, p. 467-468, e *Ragionamento primo d'intorno alla legge delle XII Tavole venuta da fuori in Roma* in *Opere*, a cura di F. Nicolini, cit., p. 878 ss.; E. PAIS *Storia della Sicilia e della Magna Grecia*, Torino-Palermo, 1894; *Ricerche storiche e geografiche sull'Italia antica*, Torino, 1908; *Storia critica di Roma durante i primi cinque secoli*, II, cit.; *Ricerche sulla storia e sul diritto pubblico di Roma*, I, Roma, 1915; E. LAMBERT, *La question de l'authenticité des XII Tables et les Annales Maximii*, in «Nouvelle Revue Historique de droit français et étranger», 26 (1902), p. 149-200; G. BAVIERA, *Lezioni di storia del diritto romano. Le fonti. Parte prima*, Napoli, 1914, p. 117 ss.; M. DUCOS, *L'influence grecque sur la loi des douze tables*, cit.; G. CRIFÒ, *La legge delle XII Tavole. Osservazioni e problemi*, in A.A. V.V., *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, I, 2, Berlin - New York, 1972, p. 115-133; S. TONDO, *Interesse romano per le codificazioni greche (V sec. a. C.)*, in A.A. V.V., *Studi in memoria di G. D'Amelio*, I, Milano, 1978, p. 385-395; IDEM, *Profilo di storia costituzionale romana*, I, Milano, 1981, p. 180 ss.; IDEM, *Ermodoro ed Eraclito*, in «SIFC», 49 (1977), p. 37-67; M. BRETONE, *Storia del diritto romano*², Bari, 1992, p. 71 ss.; F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*², I, Napoli, 1972, p. 302 ss.; M. HUMBERT, *La codificazione decemvirale: tentativo d'interpretazione*, in A.A. V.V., *Le Dodici Tavole dai decemviri agli Umanisti*, Pavia, 2005, p. 5 ss.

⁽²⁶⁾ Con la GLOSS. *constitui* al passo di Pomponio, secondo W. WOŁODKIEWICZ, *Les remarques d'Accurse sur les origines grecques de la loi des XII Tables*, in *Collatio Iuris Romani. Études dédiées à Hans Ankum à l'occasion de son 65^e anniversaire*, Amsterdam, 1995, p. 643 ss., Accursio sarebbe stato il primo ad occuparsi della questione dell'influenza greca sulle XII Tavole: "Quant à Accurse, il fut probablement le premier, parmi les auteurs de son époque, à réfléchir dans sa glose sur les problèmes de l'influence grecque sur la Loi des XII Tables".

Per la biografia di Accursio, si veda la voce "Accorso", curata da P. FIORELLI, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, 1, Roma, 1960, p. 116-121, con letteratura.

evenit, quasi caecare eum vellet utroque. Graecus autem credidit, quod trinitatem ostenderet. Item Graecus apertam manum ostendit, quasi ostenderet omnia munda et aperta Deo. Stultus autem timens maxillatam sibi dari, pugnum clausum, quasi repercussurus levavit. Graecus intellexit, quod Deus omnia clauderet palma: et sic credens Romanos dignos legibus recessit, et leges his sapientibus concedi fecit in civitate Athenarum et Lacedaemonum⁽²⁷⁾...”.

Ebbene, in questa glossa di Accursio, a dispetto di quanto ci si potrebbe attendere, non si commenta affatto il passo pomponiano. Il glossatore non si sofferma a rilevare le divergenze di Pomponio rispetto agli altri autori della tradizione circa le nomine dei decemviri e l'ambasceria in Grecia.

Dopo aver sottolineato, in apertura, che i nomi dei componenti il decemvirato sono indicati nel *Decretum Gratianii*⁽²⁸⁾, Accursio racconta un aneddoto che pone la questione dell'influenza greca su un piano del tutto speciale. Tale narrazione non si avvicina, infatti, ad alcuna delle versioni riportate dalla tradizione.

Anzitutto, nessuna ambasceria di Romani in Grecia, bensì un greco sapiente inviato a Roma per accertarsi che i Romani siano degni delle leggi che chiedono. Quando il saggio giunge in città, i Romani, temendo di uscire sconfitti dalla disputa con un così grande sapiente, mandano uno sciocco a parlare con lui. Il saggio inizia a comunicare con l'interlocutore romano tramite gesti. Per prima cosa, il greco alza un dito, per indicare che crede in un unico Dio. Lo stolto, interpretando il gesto come minaccia di togliergli un occhio, alza due dita, e con esse anche il pollice – *sicut naturaliter evenit*, commenta Accursio – quasi volesse, per rivalsa, togliere entrambi gli occhi al saggio. Ma il sapiente intende la risposta del romano in tutt'altra maniera, come se avesse voluto aggiungere che Dio, uno solo, si manifesta, però, in tre persone. Così, il saggio tende la mano e mostra il palmo, per trasmettere l'idea che tutte le cose sono aperte e chiare per Dio. Il romano continua ad interpretare i gesti a modo suo, e, credendo che il greco voglia prenderlo a schiaffi, per tutta risposta serra la mano ed ostenta il pugno, in atteggiamento di difesa. Il sapiente comprende, invece, il gesto come segno che Dio chiude ogni cosa nel palmo della mano. Poi, soddisfatto del risultato della sua missione e reputando i Romani degni delle leggi, lascia Roma e fa sì che Atene e Sparta concedano le loro norme ai saggi cittadini di Roma.

(27) Il testo della glossa è tratto da *Digestum vetus*, Lugduni, Apud Hugonem a Porta, M. D. XLIX, p. 13.

(28) Si veda il *Decr. Grat.*, pars 1, distinctio 7, canon 1-2: *Decemviros legibus scribendis creavit, qui leges ex libro Solonis in Latinum sermonem translatas xij. tabulis exposuerunt. Fuerunt aut hi, Ap. Claudius, T. Genutius, P. Sestius, Sp. Veturius, C. Iulius, A. Manlius, Serv. Sulpitius, P. Curatius, T. Romilius, Sp. Postumius. Hi Decemviri legum conscribendari electi sunt. Cfr. Decretum Gratiani emendatum et notationibus illustratum una cum glossis*, Venetiis, Apud Iuntas, MDXCV, p. 19.

Tra gli elementi che spiccano in questo strampalato racconto, colpisce *ictu oculi* il richiamo alla ‘trinità’, che si assume essere quella della religione cristiana⁽²⁹⁾. Aspetto che ha gettato sconcerto tra gli studiosi contemporanei, ma, come vedremo, anche tra quelli del periodo intermedio e che ha contribuito al formarsi di un severo giudizio di ignoranza nei confronti di Accursio⁽³⁰⁾.

Giova partire dalla più recente riflessione condotta sulla singolare glossa in discorso, che ci risulta quella di Wolodkiewicz. Lo studioso polacco, dopo averne riportato il testo e averne spiegato il contenuto, parla di “assenza totale di prospettiva storica” (“*cé récit démontre que les glossateurs médiévaux souffraient d’une absence totale de perspective historique: ils voyaient dans les sources romaines des textes bâtis sur la réalité et les concepts de leur époque*”⁽³¹⁾). L’Autore prosegue analizzando la posizione che gli studiosi successivi hanno assunto nel corso dei secoli circa le presunte influenze greche sulla legge delle XII Tavole. Quindi, per quanto riguarda i commenti riservati alla nostra glossa dai Dottori del periodo intermedio, egli si limita a riportare il giudizio negativo espresso da Rittershusius che, a sua volta, richiama Robertus Maranta.

La citazione di Wolodkiewicz merita un approfondimento. Il giurista e filologo della seconda metà del Cinquecento Rittershusius⁽³²⁾, nell’opera dal titolo *Dodecadeltos sive in duodecim tabularum leges commentarius novus*⁽³³⁾, riprende il racconto degli storici classici sulla *Historia compositarum legum decemviralium* ed ha, così, modo di soffermarsi brevemente sulla glossa di Accursio.

Scriva il giurista: “... praeterite non possum suavem ad ridendum fabellam Accursianam, quam tradit glossa in l.2.§. exactu. verb. constitui. D. de orig. Iur. Et quam tamen pro vera historia habet Robertus Maranta de Ord. Iudic. part. 3 princ. n. 20. Sed exagitat, et merito, Gul. Budaeus in Annot. ad Pandect.”. Rittershusius si sofferma sul racconto accursiano quasi per sottolineare i profili più evidenti di inverosimiglianza storica, come il riferimento della Trinità cristiana all’epoca delle XII Tavole. Riporta lo studioso: “Noluisse scilicet Athenienses Romanis, a quibus X legatos excepissent (cum verum sit tantum tres missos esse) legum suarum copiam statim facere: sed prius explorare voluisse, an essent digni et capaces earum: eiusque rei gratia Romam misisse sapientem quendam. Huic

⁽²⁹⁾ Tuttavia, dubbi al riguardo avanza Forcadello, su cui v. *infra*.

⁽³⁰⁾ In relazione all’ignoranza accursiana, v. nt. 102.

⁽³¹⁾ W. WOŁODKIEWICZ, *Les remarques d’Accurse sur les origines grecques de la loi des XII Tables*, cit., p. 644.

⁽³²⁾ CUNRADI RITTERSHUSII JC., *Dodecadeltos, sive in duodecim tabularum leges commentarius novus*, Argentorati, M. DC. LIX, p. 4.

⁽³³⁾ CUNRADI RITTERSHUSII JC., *Dodecadeltos, sive in duodecim tabularum leges commentarius novus*, Argentorati, M. DC. LIX, p. 4.

Graeco a Romanis obiectum fuisse fatuum, qui cum eo disputaret: ea lege, ut neuter loqueretur; sed tantum natu et signis inter se agerent, quasi qui micant digitis et gesticulationibus. Ibi tum mirifica cum animo suo agitasse illum sapientem Graecum, et de uno Deo, et de Trinitate, et de Providentia atque omnipotentia Dei; cui omnia sint manifesta: et qui omnia manu sua teneat conclusa: quamvis interim fatuus ille Romanus alia omnia cogitaret ac significaret gesticulationibus suis; quae tamen sensa animi stulti fugiebant alios: quia animi character est fermo, qui quamdiu abest, aegre a stulto sapiens discerni potest. Unde et Socrates adolescens cuidam aiebat, *Loquere, ut te videam*".

Conclude Rittershusius: "Sed illa Accursii et Marantae fabella nos monere debet, quantis in tenebris versentur, qui antiquitatis cognitione destituuntur. Hi enim quasvis fabulas pro historiis comminiscuntur et tradunt pariter atque accipiunt: quod Accursio et eius sequacibus cum hic, tum alibi accidisse videmus". Dunque, secondo il giurista, pur da un racconto tanto inverosimile è, però, possibile trarre un ammonimento. Esso dimostra, infatti, in quale ignoranza versano coloro che non conoscono la storia antica, come Accursio e Maranta. Nella riflessione di Rittershusius, tanto Accursio quanto il più tardo Maranta, a causa della loro ignoranza, hanno ricevuto e tramandano favole come fossero storie vere.

Maranta seguace di Accursio per una sua persistente ignoranza della storia antica. Così asserisce Rittershusius.

È il caso di prendere visione diretta del pensiero di questo giurista, attivo nella prima metà del Cinquecento, così come si esprime nell'opera *De ordine iudiciorum, vulgo Speculum aureum, et lumen, advocatorum* ⁽³⁴⁾, a commento del passo di Pomponio. Il giurista sta compiendo una rassegna delle legislazioni antiche, a cominciare da quella mosaica. Pervenuto a trattare di Roma e delle XII Tavole, Maranta sottolinea che la città, non potendosi più reggere senza un diritto scritto, chiede di avere le "leggi dei Greci", e precisamente le leggi degli Ateniesi, date da Solone. Così, il popolo elegge dieci uomini idonei e li manda ad Atene per trascrivere le norme soloniane. A questo proposito, facciamo notare che la versione di Maranta tanto si avvicina a quella di Pomponio di D. 1,2,2,4, laddove postula la simultaneità tra decemvirato e ambasceria, quanto si allontana da quella di Accursio, secondo il quale la nomina dei decemviri sarebbe stata preceduta dall'invio del saggio greco a Roma. Quindi, Maranta aggiunge il nome dei decemviri.

Sennonché, gli Ateniesi sono incerti nel concedere senza indugio le loro leggi ai Romani e decidono di inviare a Roma un uomo capace di valutare, per così dire, il grado di civiltà raggiunto dal popolo romano. Così l'Autore: "Et cum isti x.viri accessissent Athenas pro habendis legibus, Athenienses no-

⁽³⁴⁾ D. ROB. MARANTAE, *Tractatus de ordine iudiciorum, vulgo Speculum aureum, et lumen, advocatorum*, Lugduni, Apud haeredes Iacobi Iunctae, M. D. LXVII, p. 39-40.

luerunt statim copiam suarum legum eis facere: sed voluerunt prius explorare utrum Romani essent capaces, et digni suis legibus. Ad quod explorandum miserunt quendam sapientem Graecum Romam”.

Secondo la narrazione di Maranta, quindi, l’ambasceria romana composta dai decemviri si sarebbe fermata ad Atene per permettere al saggio greco di recarsi a Roma e ritornare con il responso. Segue il racconto della disputa tra il sapiente greco e lo stolto romano, riferita da Maranta quasi con le stesse parole di Accursio. Così il giurista: “Quod quidem praescientes Romani cum adventasset dictus sapiens Graecus, decreverunt irridere eum cum omnibus Atheniensibus, qui eum miserunt. Et sic obiecerunt illi quendam stultum Romanum, ad hoc, ut ille sapiens Graecus disputaret cum illo stulto: et derisus recederet, qui sapiens Graecus credens illum tibi obiectum esse sapientem, coepit cum eo disputare nutu et signis: et elevavit unum digitum, significans in corde suo, quod unus esset Deus. At ille stultus credebat, quod volebat sibi eruere unum oculum cum illo digito: et ipse elevavit duos digitos, et etiam pollicem: et sic tres dicens in corde suo, quod si tu vis mihi eruere unum oculum, rogo eruam tibi duos oculos. Sed ille Graecus credebat, quod stultus ille intelligebat de trinitate. Deinde sapiens Graecus ostendit illi stulto manum apertam, significans in corde suo, quod omnia sunt manifesta Deo: stultus autem credebat, quod volebat dare alapam sibi: et incontinenti ostendit ei pugnum clausum, significans, quod si vis mihi dare alapam, ego repercutiam te pugno clauso. At Graecus sapiens intellexit, quod per pugnum voluit stultus significare, quod Deus omnia manu clauderet. Et sic putavit Romanos esse valde sapientes, et dignos legibus. Et reversus fuit Athenas, et retulit Romanos esse legibus dignos: et sic fuerunt concessae leges illis decem viris. Qui decemviri transcripserunt dictas leges in decem tabulis eburneis, et attulerunt eas Romam, prout hanc historiam declarat gloss. (...)”.

Maranta cita quasi alla lettera l’episodio, narrato da Accursio, della visita del sapiente greco a Roma, di fatto trattando la glossa come fosse non un commento critico alle fonti, ma una fonte essa stessa (*prout hanc historiam declarat gloss. ...*). Senza dubbio alcuno, l’Autore è convinto che si tratti di storia e, per macroscopica carenza delle nozioni fondamentali, non lo sfiora il dubbio che la Trinità cristiana nulla abbia a che vedere con l’età delle XII Tavole. Ulteriore elemento di sconcerto è rappresentato dal fatto che questo giurista vive circa tre secoli dopo Accursio.

3. Dunque, Accursio e seguaci condannati come ignoranti in materia di storia? Forse non senza riscatto.

Nell’edizione della glossa da noi utilizzata⁽³⁵⁾, è presente un commento a margine in cui sono sintetizzate le posizioni di altri due autori, Budeo e Zasio.

⁽³⁵⁾ *Digestum vetus*, Lugduni, Apud Hugonem a Porta, 1549, p. 13.

Così si legge: “ineptissimum hoc Acc. commentum ridet Budé in Annota. Sed iocos (inquit Zasius) miscere voluit”.

Questo breve testo, se, per un verso, con la citazione di Budeo arricchisce il novero dei Dottori che se la ridono dell'ignoranza di Accursio, per altro verso conduce, con la citazione di Zasius, ad un differente indirizzo di lettura della glossa accursiana che ribalta l'ignoranza in gioco. Analizziamo, innanzitutto, il pensiero del primo dei due giuristi richiamati, come sopra detto, a margine della glossa.

Budeo⁽³⁶⁾, attivo nella prima metà del Cinquecento, considera la glossa di Accursio oggetto del nostro studio come lampante dimostrazione di ignoranza.

Leggiamo l'intero passo di Budeo⁽³⁷⁾: “Verumenimvero quod hic de vindi-
ciis dicitur, latius enarrandum est, tametsi Accursius mire id interpretetur, ut
alia permulta in hac lege: sed ita, ut nusquam haesitantiam hominis reprehendere
possis, ita certus usquequaque securusque enarrationum suarum fuit, sic
explorata omnia nobis compertaque tradidit, ut etiam illud fabulamentum
circulatorium de Graeco exploratore qui Romam a Graecis missus erat, quique
trinitatis mysterium fortuita gesticulatione significasse dicitur, pro verissima
historia commemorare sustinuerit, aut etiam crediderit. Ex quibus atque
huiusmodi nugis eius, intelligere facile possumus, nec historiarum notitiam
ipsum, nec annalium habuisse, nec qui, quoque tempore aut iurisconsulti, aut
legislatores, aut Imperatores, aut qui, quibusque aequales fuerint, quicquam
pensi habuisse. Quod si ita est (ut certe est) quonam modo ipse in tanta iuris per
alia atque alia secula varietate, certus esset sententiae potuit? Multae enim
antinomiae dissolvi et explicari sine eius rei cognitione nequeunt, quam
Accursius ignoravit. Quod eo certe perniciosus esse iudicandum est, quod
sequaces fere suos (quae bona pars est interpretum iuris) in eisdem errores
iurare (ut ita dicam) haud dubitanter impulit”.

Il tono utilizzato dall'umanista è fortemente sarcastico⁽³⁸⁾. Budeo legge la glossa accursiana come segno di profonda incompetenza: dalle sciocchezze che scrive Accursio, commenta Budeo, si può capire facilmente che non aveva alcuna conoscenza delle fonti storiche, né dei giuristi, dei legislatori e degli imperatori. Ancora una volta, viene dato risalto al *trinitatis mysterium* e alla sua anacronistica collocazione. Ma quel che è peggio, Accursio avrebbe spinto all'errore altri studiosi. Nemmeno i suoi allievi e seguaci sono stati migliori conoscitori della storia, tant'è che finiscono per cadere negli stessi

⁽³⁶⁾ Sulla nota ostilità degli umanisti nei confronti dei glossatori, a partire già dal Petrarca e, successivamente, col Valla e il Poliziano, si veda diffusamente, D. MAFFEI, *Gli inizi dell'umanesimo giuridico*, Milano, 1956, p. 33 ss.

⁽³⁷⁾ *Annotationes priores et posteriores* GULIELMI BUDAEI (...), Lugduni, Apud Antonium Vincentium, 1562, p. 86.

⁽³⁸⁾ Il commento anonimo a margine della glossa nella nostra edizione di riferimento riferisce, per l'appunto, che Budeo *ridet*.

errori del maestro. La polemica antiaccursiana dello studioso verso Accursio si inserisce, com'è facile intuire, nella corrente umanista volta alla demolizione degli studi e delle opere dei glossatori⁽³⁹⁾.

4. Come abbiamo visto, l'annotazione a margine della glossa di cui ci stiamo occupando, rammenta, oltre a Budeo, anche Zasio (...*Sed iocos (inquit Zasius) miscere voluit*). Con la citazione di questo giurista, sembra volersi richiamare, da parte dell'estensore della suddetta annotazione, una differente valutazione di Accursio e della sua glossa. Non in termini di ignoranza, ma di gioco.

Zasio, contemporaneo di Budeo, nella sua opera *Variarum lectionum libri*⁽⁴⁰⁾, annota: "Accursius hic fabulam narrat, tam ridiculam quam falsam, quasi stulto interveniente, qui praetenta manu, trinitatem significaverit, leges legati Romani obtinuerint. Sed vana haec sunt: nam nec Graeci, nec Romani, vel unitatem dei, vel trinitatem, eo tempore cognovere, falsorum deorum veneratione praescripti". Prosegue quindi: "Dedit tamen bonus ille vir, ansam caeteris Doctoribus, et maxime Odofredo, errandi: ut mirum sit viros in tam elegantibus civilium rerum literis versatos, inermes meliorum doctrinarum, ad eminentia civilia studia accessisse".

Secondo Zasio, Accursio narra una favola tanto ridicola quanto falsa, e il giurista non manca di sottolineare come assurdo il riferimento alla Trinità, che in quel tempo di dei falsi non era conosciuta. Ma, appunto, una favola. Non una storia. Dal che si può evincere che Accursio, nell'opinione di Zasio, abbia voluto scherzare. Tuttavia, questo *bonus vir* (e con tale fraseologia Zasio dimostra la sua piena considerazione per Accursio) ha commesso un errore, ossia quello di offrire il destro agli altri Dottori, specificatamente Odofredo, di sbagliare. Zasio conclude osservando come sia stupefacente che così fini studiosi siano potuti cadere in errori tanto grossolani.

⁽³⁹⁾ Anche se, come rileva D. MAFFEI, *Gli inizi dell'umanesimo giuridico*, cit., p. 47-48, il giudizio di Budeo verso Accursio non fu totalmente negativo: "Questo studioso fu, come si sa, per gli eventi stessi della sua vita (inviato con ambascerie a Venezia e poi a Roma), in diretto contatto con gli ambienti umanistici italiani e fu, comunque, influenzato in larga misura dal pensiero del Valla e del Poliziano, tanto che, nei suoi accenti polemicici, si muove ora sulla scia dell'uno e ora su quella dell'altro. In alcuni passi delle sue *Annotationes in quattuor et viginti Pandectarum libros*, pubblicate nel 1508, egli pronuncia all'indirizzo di Glossatori e Commentatori parole che suonano, infatti, tipicamente vallensi, inveendo spietatamente contro gli uomini della 'Accursiana secta'. Ma poi i suoi giudizi, nettamente negativi, non si mantengono costanti. Altrove, egli scrive che Bartolo è un grande giurista; e in un altro luogo delle stesse *Annotationes* distingue nettamente tra Accursio, che scusa a cagion del tempo in cui visse, e i presenti Accursiani, che sono invece ingiustificabili".

⁽⁴⁰⁾ *Variarum lectionum libri ad iuris civilis interpretationem (...) per D. Ioannem Oldendorpium. Adiecta est Lex Pomponij De Origine Iuris, illustrata scholjjs*, D. UDAL. ZAZII, Coloniae, Apud Ioannem Gymnicum, M D. XL, p. 81.

Per Zasio, dunque, Odofredo sarebbe tra le vittime più illustri di Accursio, per aver creduto *historia* quella che per il glossatore era una *fabula*. Di nuovo, è utile prendere visione di quanto Odofredo (nato nella prima metà del secolo XIII) scrive a proposito della narrazione accursiana nella *Lectura super digesto veteri*.

Scrivendo Odofredo⁽⁴¹⁾: "...hic talem historiam non dico fabulam: quia fabula non est vera: sed historiam dico invenit in tabulis romanorum. Nam romani dum carerent lege miserunt ad grecos x viros ut mitterent sibi leges. Greci habito consilio inter se dixerunt mittamus primo ad romanos quendam sapientem ut videamus an romani sint digni legibus vel non. Unde greci miserunt quendam sapientissimum hominem: cogitaverunt romani quid faciemus: fecerunt sicut fatui quia dixerunt: eligamus unum fatuum qui respondeat sapienti grecorum. Sicut cogitaverunt ita fecerunt: dum essent in uno loco causa disputandi, utrum essent digni legibus vel non. Grecus elevavit unum digitum ut significaret unum deum esse. Fatuus cogitavit quod vellet ei crepare unum oculum, unde fatuus elevavit duos intelligens quod si erueret sibi unum oculum quod erueret sibi duos et non potuit facere quin elevaret pollicem sicut naturaliter evenit. Cum grecus crederet quod ipse elevasset quia esset trinitas in deo. Unde grecus elevavit palmam et aperuit palmam per quam intelligebat amplam et ampliata potentiam dei. Fatuus clausit pugnum intelligendo quod si daret ei maxillatam quod dare ei cum pugno. Grecus intelligebat quod crederet quod deus claudebat omnia sub mano sua: et sic credens romanos dignos legibus recessit: ut fuit reversus dixit grecis: si misistis me pro sapienti inveni sapientiore me: et dixit quod Romani essent digni legibus. Et sapientibus romanorum leges in decem tabulis concedi fecit in civitate athenarum et lacedemonum."

Anzitutto, va sottolineato che, effettivamente, Odofredo crede che si tratti non di una *fabula*, ma di una storia vera, realmente accaduta. Tuttavia, questa apparentemente totale mancanza di senso storico e di critica può ricevere un temperamento qualora si osservi che egli, glossando il termine pomponiano *rettulerunt*, sembra identificare il savio greco con una 'presenza' forse non del tutto priva di spessore storico, quale è Ermodoro di Efeso. Suggestione, questa, che può già aver operato, come vedremo, nello stesso Accursio.

5. La glossa di Accursio: non *historia* ma *fabula*, *iocus*. Lo scenario aperto da Zasio su un differente modo di leggere la glossa accursiana come favola e gioco trova importanti riscontri. Ci limitiamo a considerare Forcadello.

⁽⁴¹⁾ DOMINI ODOFREDI *In iure absolutissimi matura, diligentissimeque repetita interpretatio, in undecim primos pandectarum libros (...)*, Lugduni, M. D. L., r. a. ODOFREDUS, *Lectura super digesto veteri*, 1, Bologna, 1967-1968, p. 10.

Il giurista francese Étienne Forcadel dedica alla glossa di Accursio oggetto del nostro studio addirittura una trattazione monografica, che reca per titolo *Ardua sapientis cuiusdam Graeci cum stulto Romano disputatio nutu habita, per quam Romani leges Solonis acceperunt* ⁽⁴²⁾.

L'analisi che Forcadello compie sul testo di Accursio è volta a smontare l'accusa di ignoranza che, come lo stesso studioso afferma in conclusione, ormai accompagna tutta l'opera del glossatore (*Nobis satis sit Accursium a vulgi fuggillatione pro viribus defendisse* ⁽⁴³⁾). A questo scopo, l'Autore approfondisce nei minimi dettagli il racconto accursiano per dimostrare quanto, lungi dall'essere espressione di incompetenza storica, sia pieno di riferimenti alla cultura classica.

Ci soffermeremo, di seguito, solo sui passaggi più significativi dell'analisi compiuta da Forcadello. Dopo aver introdotto il passo pomponiano e aver riassunto brevemente la disputa tra il greco e il romano riportata da Accursio, l'Autore commenta: "Hoc modo Accursius lepidam ac vehementem sapientis cum insano, quem stultum appellat, disceptationem scripsit. Quam vel credidisse ipsum, vel sperasse cuiquam persuaderi posse multi mirantur et qui Accursio plurimum favent, eum iocari exstimant. Sed hi perquam pauci sunt: nam pluribus tam malus historiae scriptor videtur, quam divinator egregius".

Il giurista francese sintetizza efficacemente l'atteggiamento degli studiosi verso il passo di Accursio: erano in molti a chiedersi se lui stesso avesse creduto a tale storiella, o se avesse sperato di convincere qualcuno, mentre i difensori del glossatore ritenevano che egli avesse voluto scherzare. Secondo Forcadello, questi ultimi sono la minoranza: i più reputano Accursio un pessimo conoscitore della storia. L'Autore dichiara poi il suo intento esplicitamente: "Ego, si potero, Accursium id vere nedum serio dixisse contendam, atque forsitan persuadebo".

E certamente Forcadello non lascia nulla di intentato, scavando nel racconto di Accursio per rintracciare archetipi classici a cui il glossatore può essersi ispirato per scrivere una storia scherzosa quanto si vuole, ma dalle solide basi storiche ed erudite.

Nel racconto di Accursio, spiega Forcadello, i Greci avrebbero mandato a Roma un sapiente della scuola Pitagorica ⁽⁴⁴⁾. Nessuna meraviglia, quindi,

⁽⁴²⁾ *Penus iuris ciuilis, siue De alimentis tractatus. Item Auiarium iuris ciuilis. Ad haec, Ardua sapientis cuiusdam Graeci cum stulto Romano disputatio nutu habita*, S. FORCATULUS BLITERENSIS IURISCONS. autore, Lugduni, Apud Ioan. Tornaesium, et Guil. Gazeium, M. D. XXXX, p. 46 ss.

⁽⁴³⁾ Cfr. S. FORCATULUS, *op. cit.*, p. 50.

⁽⁴⁴⁾ Così S. FORCATULUS, *op. cit.*, p. 46: "Sapientem hunc Pythagoreum fuisse magis simile veri est, quam ut honeste negari possit. Nam Pythagoras Tarquinii Superbi ultimi Romanorum Regis tempore floruit (...). Verum eo tempore nemo

che decidesse di impostare il dialogo con il suo interlocutore utilizzando non la parola, ma i soli gesti, in ottemperanza alla ben nota regola pitagorica del silenzio⁽⁴⁵⁾. Tanto più che alla divinità (tema su cui il pitagorico incentra la discussione) si addice il silenzio, e che i luoghi dedicati al culto sono caratterizzati proprio dal silenzio⁽⁴⁶⁾. Forcadello si concentra, poi, sulla figura dello sciocco campione romano – sottolineando come gli stolti possano essere portatori di una particolare saggezza o dire la verità quando altri non osano farlo – in contrapposizione alla superbia e all'arroganza dei Greci⁽⁴⁷⁾.

Secondo il giurista francese, tutta la vicenda si svolge seguendo lo schema di una pantomima, come se i due personaggi fossero attori. La prima azione spetta al saggio, che, come sappiamo, alza un dito ad indicare l'unicità di Dio⁽⁴⁸⁾. Ma niente è al riparo dalla possibilità di

doctus, nemo sapiens habitus est, nisi qui Pythagorae fuisset discipulus, ut refert M. Tullius lib.iiiij Tusculanarum quaest.". Cfr. CIC. *Tusc.* 4,1: *Quin etiam arbitror propter Pythagoreorum admirationem Numam quoque regem Pythagoreum a posteroribus existimatum. Nam cum Pythagorae disciplinam et instituta cognoscerent regisque eius aequitatem et sapientiam a maioribus suis acceperissent, aetates autem et tempora ignorarent propter vetustatem, eum, qui sapientia excelleret, Pythagorae auditorem crediderunt fuisse.*

⁽⁴⁵⁾ V. S. FORCATULUS, *op. cit.*, p. 46: "Ideoque cum vigesimo post exactos Reges anno haec contentio nutu peracta sit, quis non admittet Pythagoreum aliquem electum fuisse, eumque silentio multa de summo Deo praecleara dixisse?".

⁽⁴⁶⁾ "Quod sialicubi decuit silentium, tum ibi praesertim, ubi de Deo agitur". Così S. FORCATULUS in *loc. ult. cit.*

⁽⁴⁷⁾ Forcadello riprende numerosi luoghi della letteratura dove affiora la 'saggezza' degli stolti. E aggiunge: "Hinc apud Virgilium vj. Aeneid. bacchatur vates, hoc est, furere incipit. Sane cur Romani stultum cum sapiente legato commiserint, eam causam fuisse arbitror, ut Graecorum fastum notarent, qui leges publicas non ante Romanis concesserint, quam perquisiissent, an hi digni essent legibus, quod et arrogantiae et temeritatis plenum erat ", scrive S. FORCATULUS, *op. cit.*, p. 46-47. Si veda VERG. *Aen.* 6,77 : *At Phoebi nondum patiens immanis in antro/bacchatur vates, magnum si pectore possit/excussisse deum; tanto magis ille fatigat.*

⁽⁴⁸⁾ Così S. FORCATULUS, *op. cit.*, p. 47: "Iam, velut in Theatro, actus et contentionem sapientis ac stulti videamus, digitum effert sapiens deum unum demonstraturus, quia $\mu\omega\nu\acute{\alpha}\varsigma$, idest, unitas deo maxime convenit, cum sit divisionis experts, numerorum fons et origo, mas et foemina, ut philosophis placet.". Forcadello riporta molti esempi, tratti dalla tradizione classica, dell'utilizzo del dito indice per comunicare attraverso gesti. "Tullius lib.in Verrem vj. Accurrunt, inquit, tutores, digitum tollit Iunius patruus, hoc est, negotium probat. (...). Ideo vel sapientissimos fallere potuisset: potissimum digitum levans, quia concinnius Deum opt.maxim.designare non poterat. Cum pulchrum sit digito monstrari, ut ait Persius. Et Martialis: Monstramur digito, idest, in pretio sumus". Cfr. FORCADELLO in *loc. ult. cit.*

Cfr. CIC. *Verr.* 2,1: *Tutores haec nesciunt; quod actum erat cum Habonio, putant id esse certissimum; nullam maiorem pupillo metuunt calamitatem. Iste vero non procrastinat; locare incipit non proscripta neque edicta die, alienissimo tempore, ludis ipsis*

una interpretazione distorta: il romano interpreta il gesto come volontà di aggressione⁽⁴⁹⁾ e risponde alzando due dita (indice e medio, allungando anche il pollice). Il greco, però, intende il gesto in tutt'altro modo⁽⁵⁰⁾. L'interpretazione data dal sapiente non può che suonare assai bizzarra per uomo del V secolo a. C., e Forcadello si chiede: "Sed quomodo, dicet nunc aliquis, Trinitas in mentem illi venire potuit, ante Christum natum annis, plus minus, quadringentis quinquaginta?"

La domanda di Forcadello è la domanda di ogni lettore. L'Autore tenta di giustificare il riferimento alla Trinità rintracciando, nelle fonti classiche, passi di autori precedenti alla nascita di Cristo in cui vengono trattati concetti e idee assimilabili a quelli della dottrina cristiana⁽⁵¹⁾.

Nel "terzo atto della commedia", come riporta Forcadello, il saggio apre la mano per comunicare che Dio conosce ogni cosa. Anche in questo passaggio,

*Romanis, foro ornato. Itaque renuntiat Habonius illam decisionem tutoribus. Accurrunt tamen ad tempus tutores; digitum tollit Iunius patruus; isti color immutatus est, vultus, oratio, mens denique excidit. Quid ageret coepit cogitare; si opus pupillo redimeretur, si res abiret ab eo mancipe quem ipse adposuisset, sibi nullam praedam esse. Itaque excogitat — quid? Nihil ingeniose, nihil ut quisquam posset dicere, "Improbe, verum callide" —, nihil ab isto vafrum, nihil veteratorum exspectaveritis; omnia aperta, omnia perspicua reperientur, impudentia, amentia, audacia. Si veda anche PERS. 1,28: *At pulchrum est digito monstrari et dicier "hic est."* e MART. 9,97,9: *"Monstramur digito, rumpitur invidia"*.*

⁽⁴⁹⁾ "Sed quia nihil ita bonum est, quod male interpretando depravari non possit, Romanus insipiens de oculo cogitavit, quasi eum vellet Graecus erueri. Nam hoc vulgo per digitum fieri dici solet. Hinc Alexander Severus Imperator apud Aelium Lampridium dicebat, paratum se habere digitum quo furum oculos erueret, quos pessime oderat". Si legga S. FORCATULUS, *loc. ult. cit.*.

Cfr. HIST. AVG. Alex. 17,1: *Referebat Encolpius, quo ille familiarissimo usus est, illum, si umquam furem iudicem vidisset, paratum habuisse digitum, ut illi oculum erueret; tantum odium eum tenebat eorum de quibus apud se probatum quod fures fuissent.*

⁽⁵⁰⁾ "Atque hoc modo, — commenta S. FORCATULUS, *op. cit.*, p. 48 — plus prestitit casus quam deliberatio, qualiter evenit in Nealce pictore, cum equum pinxisset, ac mox circa os spumam pingere conaretur, nec posset, donec spongia quae colores abstergebat, in os equi fortuito ceciderit, et qualem cura optaverat spumam, perfecterit fortuna".

⁽⁵¹⁾ Al quesito che ha appena posto, S. FORCATULUS, *loc. ult. cit.*, risponde: "Huic ego: quomodo, inquam, Mercurius Trismegistus Atlantis nepos multis ante Solonis leges seculis, in eo libro qui de sapientia inscribitur, plurima de verbo, de spiritu, de deo scripsit? Beatissimus, inquit, deus qui et daemon optimus dicitur, animam esse in corpore asserit, mentem in anima, in mente verbum, deum autem ipsum omnium esse genitorem ac parentem. Plura huc pertinentia cumulat Firmianus in libro de Vera sapientia cap.xv et passim alibi, utens etiam Apollonis Milesii testimonio non pauca de Christo praedicens. Sibyllae etiam illud est (...) ipsum tu cognosce deum, qui dei filius est. Sileo Erythraee carmina, quae ideo insana putabatur, quia de Christo recondita quaedam praenunciaret, aliter atque stultus Romanus, qui quod desperet insigniter, imaginem habuit sapientiae". La fonte di Forcadello è, con tutta probabilità, LACT. *inst.* 4,13 e 7, 23-24.

secondo il giurista francese, abbondano i riferimenti alla cultura classica a cui Accursio avrebbe fatto riferimento⁽⁵²⁾. Lo stolto risponde mostrando il pugno, pronto a difendersi senza attendere di chiamare in giudizio il saggio accusandolo di ingiuria, “velut re percussurus, et vim vi iuregentium propulsaturus”⁽⁵³⁾. Il sapiente, come si sa, recepisce il gesto come segno della forza e potenza di Dio.

Per Forcadello, quindi, Accursio non avrebbe affatto mostrato ignoranza nel narrare tale aneddoto, zeppo com'è di citazioni implicite, rimandi nascosti e velati richiami alla cultura classica. Al giurista francese, come abbiamo anticipato, basta aver difeso dalle comuni accuse le pagine del glossatore, pagine in cui, per Forcadello, il ‘buono’ va consapevolmente separato dalle leggerezze, dalle *nugae*, dagli scherzi intellettuali che Accursio ha volutamente inserito.

Conclude Forcadello: “Nobis satis sit Accursium a vulgi fuggillatione pro viribus defendisse; quem in tota historia scitum virum facile credas, bonum, libentissime; quo sit eius nugas, quas plerique ineptias vocare solent, non invitus dissumulem⁽⁵⁴⁾”.

Nel suo agile trattato, Forcadello ha, dunque, inteso ripercorre criticamente la glossa accursiana di cui ci stiamo occupando, fermandosi ad ogni piè sospinto per dimostrare quanti riferimenti colti il glossatore possa avere volutamente occultato nel suo passo. Cionondimeno, anche se i riferimenti accursiani possono essere vari, certamente Accursio ha inteso il racconto non come *historia* ma come *nuga*.

6. Caduta nell'oblio della storia giuridica del periodo intermedio la difesa della nostra glossa – da parte di Forcadello – dall'accusa di ignoranza, l'apologia viene ripresa da Savigny⁽⁵⁵⁾, il quale introduce un'importante informazione.

L'Autore, nella *Storia del diritto romano nel Medioevo*, occupandosi dei difetti dei glossatori, ha modo di sottolineare il fatto che i maggiori “biasimi⁽⁵⁶⁾” da parte dei dottori successivi “furono estratti dalla glossa

⁽⁵²⁾ Attraverso i gesti si può parlare, scrive S. FORCATULUS, *op. cit.*, p. 48 ss, e si può parlare bene o male a seconda delle capacità oratorie possedute. Il giurista porta numerosissimi esempi dalla letteratura.

⁽⁵³⁾ Eoque nomine iniuriarum teneri, quamvis non percussisset, sed manu tantummodo levata terruisset, ut Iurisconsult. notat in tractatu de iniurijs cap. xv”: S. FORCATULUS, *op. cit.*, p. 49. Cfr. D. 47,10,15.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. S. FORCATULUS, *op. cit.*, p. 50.

⁽⁵⁵⁾ Si veda F.C. SAVIGNY, *Storia del diritto romano nel Medio Evo*, trad. it., II, Torino, 1857, p. 354 ss.

⁽⁵⁶⁾ Un duro giudizio venne, riporta Savigny, da Rabelais, il quale “paragona le Pandette glossate ad un vestito aureo listato di fango”. La penna di Rabelais

di Accorso; da una collezione, cioè, dov'era confusamente accatastato il buono ed il cattivo che stava negli scritti di forse centocinquant'anni⁽⁵⁷⁾, adducendo “per esempio, (...) l'aneddoto di un pazzo che i Romani misero innanzi ai Greci ad esaminare se fossero degni che fossero loro comunicate le leggi greche. Fu creduto che i glossatori prestassero fede a quella fola. E non è che un'antichissima tradizione popolare che Accursio ha inserito nella sua raccolta come un brano di poesia popolare”.

Nessuna invenzione originale, quindi, ma solo “eine uralte Volkssage”. Savigny, tuttavia, non entra nel merito, e la letteratura più recente non indaga la tradizione popolare su cui Accursio si sarebbe basato.

7. Sorprendentemente, però, altri filoni culturali hanno sviluppato analisi al riguardo. Giova, quindi, approfondire l'affermazione di Savigny mettendo a disposizione conoscenze che nell'ambito degli studi letterari e filologici sono largamente conosciute.

Alle prese di posizione sulle presunta ignoranza ed incapacità dimostrata da Accursio nel trattare gli avvenimenti storici, alla “totale mancanza di senso storico” sottolineata, come visto, anche dallo studioso Wolod-

(nell'opera *Pantagruel*, capitolo 5) scrive, infatti, parole di fuoco: “...au monde n'y a livres tant beaux, tant aornés, tant elegans comme sont les textes des Pandectes; mais la brodure d'iceulx, c'est assavoir la Close de Accurse, est tant salle, tant infame et punaise, que ce n'est que ordure et villenie”. Cfr. F. RABELAIS, *Pantagruel, Roy des Dipsodes, restitué à son naturel, avec ses faictz et prouesses espoventables*, (...) Paris, 1920, p. 44.

⁽⁵⁷⁾ “Si è infatti raccolto – continua SAVIGNY, *op. cit.*, p. 354 – un buon numero di passi a dimostrare che i glossatori non solo non ebbero conoscenza né di storia, né di filologia, ma difettarono eziandio di sano criterio e di buon gusto”. Savigny dà particolare risalto alle raccolte degli errori della Glossa di A. TERRASSON, *Mélanges d'histoire, de littérature, de jurisprudence littéraire, de critique, etc.*, Paris, M.DCC.LXVIII, p. 151-160 e di J. BERRIAT-SAINT-PRIX, *Histoire du Droit Romain, suivie de l'Histoire de Cujas*, Paris, 1821, p. 287 ss. Terrasson, *op. cit.*, p. 152 ss., col proposito di “faire voir l'ignorance des anciens Glossateurs du Droit Romain”, afferma che non c'è “rien de plus risible que l'origine que nos anciens glossateurs donnent à la Loi des Douze Tables”, riportando poi la GLOSS. *constitui* a D. 1,2,2,4. Esaminando i motivi per cui i glossatori vollero inserire delle simili sciocchezze (“farcir leurs Commentaires de semblables absurdités”), Terrasson sottolinea il fatto che erano ignoranti (“fort ignorans, et j'en trouve dans l'ignorance du siècle où ils écrivoient”). Dopo aver ripreso Rabelais e la sua caricatura alla glossa accursiana nel *Pantagruel*, Terrasson aggiunge che la disputa “inventée par nos anciens Glossateurs” per spiegare l'origine della legge delle XII Tavole era degna di stare tra le battute dell'opera di Rabelais (“étoit bien digne des plaisanteries de Rabelais”). BERRIAT-SAINT-PRIX, *op. cit.*, p. 287 ss., afferma che “les critiques des derniers siècles ont traité avec beaucoup de sévérité les glossateurs” (ricordando anche il ben noto passo di Rabelais); tuttavia, “ces imputations sont pour la plupart malheureusement fondées”. Esempi di nonsensi o assurdità (“inepties ou absurdités”) sono numerosi, e, tra questi, Berriat-Saint-Prix riporta anche la GLOSS. *constitui* a D. 1,2,2,4.

kiewicz⁽⁵⁸⁾ (“Ce récit démontre que les glossateurs médiévaux souffraient d’une absence totale de perspective historique: ils voyaient dans les sources romaines des textes bâtis sur la réalité et les concepts de leur époque”), si può dunque tentare, nel solco segnato da Savigny, di ‘cercare le prove’ dell’esistenza di questa tradizione, che i Dottori del periodo intermedio dimostravano di ignorare⁽⁵⁹⁾.

Il testo accursiano sembra, infatti, godere di non poca popolarità nel campo della tradizione letteraria del periodo medievale. Come è stato già osservato nel tardo Ottocento nell’ambito di questi studi, “questa curiosa disputa a segni tra un savio ed un pazzo o scimunito, che credono d’intendersi a meraviglia mentre non s’intendono punto, è un soggetto ben noto ai comparatori di novelle”⁽⁶⁰⁾.

I documenti letterari che intendiamo richiamare rappresentano quasi tutti episodi di ambasceria o discussioni “ala mutesch”⁽⁶¹⁾, in cui i protagonisti svolgono ruoli fissi (il saggio e lo stolto che, non potendo intendersi verbalmente, comunicano tramite gesti, con il risultato che a prevalere è, alla fine, il secondo)⁽⁶²⁾.

Giova, forse, scendere nei dettagli soprattutto per evidenziare, oltre che il contenuto, anche la presunta risalenza dei documenti in discorso.

⁽⁵⁸⁾ W. WOŁODKIEWICZ, *Les remarques d'Accurse sur les origines grecques de la loi del XII Tables*, cit., p. 644.

⁽⁵⁹⁾ WOŁODKIEWICZ, in nota, aggiunge: “on peut aussi voir là l’explication de la vitalité de certaines anecdotes”. Una vitalità dimostrata dal fatto che la storia è giunta, attraverso i secoli, fino ai nostri giorni; per dimostrarlo, l’Autore aggiunge: “Il y a plus de dix ans je faisais des cour à l’Université de Camerino; un jour j’ai parlé à mes étudiants de cette glose. Après la conférence une étudiante, vivant dans une petite ville située dans les alentours de Camerino, m’a dit que, une semaine auparavant, on avait donné dans sa maison une réception à l’occasion du baptême de son petit frère ; parmi les invités il y avait un père capucin, vivant dans un monastère voisin qui a raconté une histoire semblable, animée par deux personnages – un père dominicain et un père capucin”. Così riporta W. WOŁODKIEWICZ, *Les remarques d'Accurse sur les origines grecques de la loi del XII Tables*, cit., p. 645, nt. 6.

⁽⁶⁰⁾ Il riferimento è a P. RAJNA, *Una versione in ottava rima del libro dei Sette Savi*, in «Romania», 7 (1878), p. 22-51, p. 369-406 e «Romania», 10 (1881), p. 1-35.

⁽⁶¹⁾ L’espressione è tratta, come si vedrà in seguito, dalla storia narrata in un codice anonimo del XV secolo, analizzato da P. RAJNA, *Storia di Stefano, figliuolo d’un imperatore di Roma: versione in ottava rima del libro dei sette savi, pubblicata per la prima volta da Pio Rajna*, Bologna, 1880. Cfr. P. RAJNA, *Una versione in ottava rima del libro dei Sette Savi*, in «Romania», 10 (1881), p. 29.

⁽⁶²⁾ Per tutti, v. A. ZIRONI, *La Disputatio di Hans Rosenplüt fra gestualità, rabbini e vagabondi*, in «Studi Germanici», 38, 2 (2000), p. 211 ss. e P. RAJNA, *Una versione in ottava rima del libro dei Sette Savi*, cit., p. 30 ss.

8. Anzitutto, gli studiosi hanno rintracciato un'analogia⁽⁶³⁾ tra la glossa accursiana e la disputa contenuta in una novella dalle numerosissime versioni, attestata già nell'alto medioevo⁽⁶⁴⁾, detta *Dialogus Salomonis et Marcolfi*⁽⁶⁵⁾, in cui un contadino rozzo ed astuto si contrappone alla saggezza del re Salomone, ma riuscendo, alla fine della storia, a conquistarne la fiducia (così come in Accursio il romano, anche se stolto, riesce ad avere la meglio sul sapiente greco)⁽⁶⁶⁾.

Nello stesso filone sembra da inserire anche il *Placides et Timeo*, opera, seguendo gli studiosi⁽⁶⁷⁾, composta prima del 1303, da attribuirsi forse a Jean Bonnet, attivo nell'epoca di Filippo il Bello. All'interno di quest'opera troviamo un racconto molto simile (quasi coincidente) alla glossa accursiana⁽⁶⁸⁾. Incontriamo di nuovo un saggio greco inviato per verificare la

⁽⁶³⁾ Fondamentale, ai nostri fini, sarà il riferimento alla ricerca di A. ZIRONI, *La Disputatio di Hans Rosenplüt fra gestualità, rabbini e vagabondi*, in «Studi Germanici», 38, 2 (2000), p. 211 ss. Interessato ad esplorare la tradizione della *disputatio* in cui l'opera di Rosenplüt s'inserisce, Zironi offre un'approfondita analisi di questo filone medievale, in cui trova spazio anche la nostra glossa.

⁽⁶⁴⁾ Si veda A. ZIRONI, *La Disputatio di Hans Rosenplüt fra gestualità, rabbini e vagabondi*, cit., p. 220.

⁽⁶⁵⁾ Una delle versioni del *Dialogus Salomonis et Marcolfi* può essere letta in G. C. CROCE, *Bertoldo e Bertoldino, prefato dal Dialogus Salomonis et Marcolfi*, Milano, 2009.

⁽⁶⁶⁾ Si è voluto indicare, come primissimo esempio di linguaggio gestuale, anche un aneddoto riportato da Livio riguardante l'ultimo re di Roma. Dalla tradizione più antica, quindi, aneddoti di questo tipo percorrono tutta la letteratura. A. ZIRONI, *La Disputatio di Hans Rosenplüt fra gestualità, rabbini e vagabondi*, cit., p. 219, e R. KÖHLER, *Rosenblüts Disputaz eines Freiheits mit einem Juden*, in «Germania. Vierteljahrsschrift für deutsche Alterthumskunde», 4 (1859), p. 492, ricordano l'episodio di Tarquinio il Superbo che, passeggiando in silenzio con il figlio in un campo, recide con un bastone la sommità dei papaveri (LIV. 1,54).

⁽⁶⁷⁾ Così A. ZIRONI, *La Disputatio di Hans Rosenplüt fra gestualità, rabbini e vagabondi*, cit., p. 221.

⁽⁶⁸⁾ L'aneddoto è riportato da CH.V. LANGLOIS, *La connaissance de la nature et du monde au Moyen Age d'après quelques écrits français à l'usage des laïcs*, Paris, 1911, p. 318 ss: «Les Grecs envoyèrent à Rome un vieillard avec mission d'éprouver les habitants, pour savoir s'ils étaient dignes. Ce vieillard les fit assembler et décida de les éprouver par signes. Que tout le monde se taise! Le vieillard lève un doigt; un «fol naturel», qui était dans l'assemblée, en lève deux; le vieillard en lève trois; le «fol naturel» tend son poing fermé. «C'est assez», dit le vieillard; «Rome est digne de nos lois». (...) le vieillard parla: «J'ai voulu dire, en levant un doigt, qu'il n'y a qu'un seul Dieu; votre homme a répondu, en levant deux doigts, qu'il se divisait en deux (père et fils); j'en ai levé trois, à cause du Saint-Esprit; et le poing clos fut le symbole de la toute-puissance divine». Mais on sut bientôt que le fol n'en avait pas pensé si long. «Lâches, dit-il, ce vieillard vous menaçait d'un doigt: j'en ai levé deux en signe qu'on lui crèverait les yeux; il a fait mine de m'administrer une claque sur la mâchoire; je lui ai montré le poing pour qu'il comprît que je lui en donnerais sur les dents»».

saggezza dei Romani; compare dalla folla uno stolto che ai gesti del sapiente risponde equivocando; la sequenza dei gesti e il finale, favorevole ai Romani, sono elementi sovrapponibili a quelli accursiani⁽⁶⁹⁾. Si possono anche notare alcune divergenze rispetto alla versione di Accursio. Ad esempio, lo stolto si inserisce senza invito nella discussione; invece della mano aperta, qui il saggio alza tre dita, per indicare la Trinità. Anche se diventa più complicato intendere il gesto delle tre dita come la minaccia di dare uno schiaffo, la risposta del romano resta la stessa (il pugno chiuso).

Particolarmente significativa⁽⁷⁰⁾ risulta anche la connessione, messa in luce da numerosi studiosi, tra la glossa accursiana e la disputa riportata dal poeta del XIII secolo Juan Ruiz, conosciuto come l'Arciprete de Hita⁽⁷¹⁾, nel *Libro de Buen Amor*⁽⁷²⁾. Nella presentazione della sua opera, Ruiz riporta una storia equivalente a quella che si legge in Accursio⁽⁷³⁾.

I Romani, dopo aver chiesto ai Greci le leggi "che ben le possedevano", si sentono rispondere che avrebbero prima dovuto "disputare con gravi e saggi

⁽⁶⁹⁾ Lo stesso Autore (J. Bonnet?) sottolinea anche l'aspetto comico del racconto aggiungendo il commento "on rit beaucoup" alla fine della narrazione. Lo stesso Langlois, in nota, la ritiene una sciocchezza "Ces singulières absurdités ont eu cours au moyen âge..." (cfr. LANGLOIS, *La connaissance de la nature et du monde au Moyen Age d'après quelques écrits français à l'usage des laïcs*, cit., p. 318, nt. 1).

⁽⁷⁰⁾ La somiglianza tra i due testi è notata, per esempio, da A. ZIRONI, *La Disputatio di Hans Rosenplüt fra gestualità, rabbini e vagabondi*, cit., p. 222; da P. RAJNA, *Una versione in ottava rima del libro dei Sette Savi*, cit., p. 31; da F. LECOY, *Recherches sur le Libro de Buen Amor*, Paris, 1938, r. a. Genève, 1998, p. 166 ss.

⁽⁷¹⁾ Visse sicuramente dopo Accursio, come spiega V. SCORPIONI nell'introduzione a J. RUIZ, arciprete di Hita, *Il libro del buon amore, introduzione e note di V. SCORPIONI, traduzione di E. RUGGIERO*, Milano, 1990, p. V: "Sulle poche allusioni contenute nel *Libro* si è basata la critica che ha tentato di delineare la personalità del suo misterioso autore: si chiamava Juan Ruiz (...); fu Arciprete di Hita (...), nei pressi di Guadalajara. In base agli arcaismi linguistici e all'esame accurato dell'opera, si può supporre che sia vissuto tra il 1280 e il 1350 (...). Neppure la data di composizione dell'opera è sicura; dei tre manoscritti pervenuti, due sono datati, ma in modo discordante: uno riporta il 1330 e l'altro (...) il 1343".

⁽⁷²⁾ Cfr. J. RUIZ, arciprete di Hita, *Il libro del buon amore, introduzione e note di V. SCORPIONI, traduzione di E. RUGGIERO*, cit., p. 16 ss. La curatrice nota (*op. cit.*, p. 16, nt. 46) che l'aneddoto è contenuto anche nella glossa di Accursio a D. 1,2,2,4, aggiungendo che "è, di tutta evidenza, di origine popolare".

⁽⁷³⁾ Secondo F. LECOY, *Recherches sur le Libro de Buen Amor*, Paris, 1938, r. a. Genève, 1998, p. 168, J. Ruiz conosceva la versione di Accursio. "Il est certain – scrive F. Lecoy – que Juan Ruiz l'a connu, directement ou indirectement, peu importe: leurs deux développements sont trop près l'un de l'autre et s'accordent surtout sur des points beaucoup trop précis (...) pour que ce soit l'effet du hasard. Mais je pense que notre auteur avait au moins le souvenir d'une version moins déformée, d'une version où le sens premier de la dispute n'était pas entièrement perdu, où les signes employés avaient la prétention d'être empruntés à un code mystérieux et compliqué et où l'accoutrement de philosophe était indispensable".

greci”, per dimostrare di essere degni di riceverle. I Romani accettano (“per la disputa strinsero un accordo firmato”) e “poiché non avrebbero inteso il linguaggio sconosciuto”, si decide di discutere “a gesti, a gesti da letterati”. Non sapendo come risolvere il problema, si sceglie un “soldataccio, un birbantone della città”, “temerario assai” come campione: “come Dio gli avrebbe ispirato che gesti fare con la mano, quelli facesse”. Lo stolto viene vestito “come fosse dottore in filosofia” e sale su “un’alta cattedra”, come il greco, il quale alza “solo un dito, quello che è più vicino al pollice”. Il soldataccio risponde subito sollevando tre dita, “tese in forma di rampone, in faccia al greco, il pollice e le altre due dita, che sono attaccate ad esso”. Il greco porge quindi “la palma spianata”, mentre “il birbantone” tende il pugno chiuso. Il saggio, al termine della disputa, ritiene che i Romani ben meritino le leggi, e Roma riceve “un grande onore per un vile ribaldaccio”.

Il saggio greco interpreta i gesti come riferito, parallelamente, da Accursio. Il soldato, invece, traduce ogni gesto come una minaccia fisica. Nel racconto di Ruiz, più che in altre versioni, si percepisce un’eco delle dispute accademiche dell’epoca (in particolari come il vestito “da dottore”, l’ “alta cattedra”, il “salire in cattedra”), che non fanno che tradire l’ambientazione medievale della storia e relegano sullo sfondo il riferimento ad una Roma arcaica⁽⁷⁴⁾.

Sullo stesso modello gli studiosi collocano anche la *disputa* narrata da Hans Rosenplüt, nato all’inizio del XV secolo, nei pressi di Norimberga (il testo della *disputatio* è riportato in due testi manoscritti, entrambi del XV secolo)⁽⁷⁵⁾. Si tratta di una storia in versi, che di seguito sintetizziamo⁽⁷⁶⁾. In una città olandese di cui non è precisato il nome, la comunità cristiana e quella ebraica sono in contrasto tra di loro. Il rabbino capo propone ai cristiani una sfida: i migliori maestri delle due comunità confrontino in una disputa per stabilire quale delle due debba prevalere e quale, al contrario, abbandonare la città. I cristiani accettano, ma non riescono a trovare un sapiente che possa tener testa al rabbino ebreo. Un

⁽⁷⁴⁾ È stata proposta anche una riflessione sull’uso degli abiti ‘dottorali’ che in alcune versioni accompagnano l’investitura’ dello stolto come rappresentante della comunità, come nel caso di J. Ruiz. “Ils proviennent sans doute d’une tradition où le récit était présenté comme la caricature d’une discussion d’école réelle”, commenta F. LECOY, *Recherches sur le Libro de Buen Amor*, p. 167.

⁽⁷⁵⁾ Così A. ZIRONI, *La Disputatio di Hans Rosenplüt fra gestualità, rabbini e vagabondi*, cit., p. 211.

⁽⁷⁶⁾ V. il riassunto di A. ZIRONI, *La Disputatio di Hans Rosenplüt fra gestualità, rabbini e vagabondi*, cit., p. 215 ss., nel cui contributo sono riportati brani dalla versione originali ed è discussa l’attribuzione e la tradizione manoscritta. Il testo di Rosenplüt era già stato analizzato anche da R. KÖHLER, *Rosenblüts Disputaz eines Freiheits mit einem Juden*, in «Germania. Vierteljahrsschrift für deutsche Alterthumskunde», IV (1859), p. 482-493.

vagabondo, arrivato in città, decide di spacciarsi per un studioso di teologia. I cristiani lo eleggono come proprio rappresentante nella disputa e lo vestono con abiti degni della sua importanza. Il vagabondo, dopo aver mangiato e bevuto, si reca nella piazza della città, dove la contesa si sarebbe tenuta pubblicamente. Fa subito notare al rabbino come sia impossibile trattare di questioni teologiche con una semplice discussione e si decide, perciò, di disputare tramite gesti: ogni segno dovrà corrispondere a concetti teologici. Colui che avrà vinto per tre volte l'avversario sarà dichiarato vincitore. Il capo ebreo punta un dito, e prontamente il vagabondo risponde con due dita. Il rabbino riconosce la prima sconfitta: con il dito voleva indicare che una sola è la via mostrata da Dio, ma il cristiano aveva aggiunto che due sono le vie, una che porta alla salvezza, l'altra alla perdizione. Per il vagabondo, invece, il dito puntato significa, semplicemente, la minaccia di togliere un occhio, e la sua risposta è quella di essere pronto a toglierne due. A quel punto, l'ebreo mostra il palmo della mano e il vagabondo risponde alzando un pugno. Il rabbino accetta la sconfitta per la seconda volta. Come spiega agli altri ebrei, con la mano aperta voleva simboleggiare la Grazia di Dio, aperta a tutti, ma il cristiano aveva intelligentemente risposto che solo a chi rispetta i comandamenti è concessa la Grazia, mentre per gli altri Dio mostra la Sua ira (il pugno). Naturalmente, per il vagabondo il significato era ben diverso: per difendersi dallo schiaffo dell'ebreo, era pronto a sferrare un pugno. Come terzo ed ultimo segno, il rabbino mette il dito in bocca, gesto a cui il cristiano risponde massaggiandosi la pancia. Secondo l'ebreo, dalla bocca provengono tutti i discorsi, buoni e cattivi, ed è quindi sempre rivelatrice dell'anima umana; a questo il cristiano avrebbe replicato che la bocca non sempre rivela quanto sta dentro l'uomo, dato che può aprirsi anche per dire menzogne ed inganni. Il cristiano pensava invece che l'ebreo gli confidasse di avere fame, gesto a cui egli avrebbe risposto di aver già mangiato e bevuto a sazietà. Gli ebrei, sconfitti, lasciano la città, mentre il vagabondo è colmato di onori⁽⁷⁷⁾.

Si sarà notato come questa versione aggiunga un'altra coppia di gesti rispetto al racconto accursiano. Dopo la sequenza un dito-due dita e mano

(77) Indichiamo qui un'altra versione del racconto, sensibilmente diversa nei gesti della *disputatio*, ma significativa perchè giocata a parti invertite. In R. MERCER DORSON, *Folktales Told Around the World*, Chicago, 1975, p. 169-171, è un sacerdote cristiano ad essere battuto da un umile ebreo ("a poultry dealer", un commerciante di galline). La brevissima prefazione alla storiella contiene una bibliografia ma non indica il periodo in cui l'aneddoto si è formato; riporta soltanto che "it has crossed to Argentina in the Spanish tradition and is currently told in the United States of America by American Jews. Its popularity lies in its parody of the Talmudic method of debate" (R. MERCER DORSON, *Folktales Told Around the World*, cit., p. 169).

aperta-pugno, si inserisce qui anche un terzo movimento gestuale (dito alla bocca-mano sul ventre)⁽⁷⁸⁾.

Un accostamento alla versione accursiana dell'ambasceria "ala mute-scha", anche se con alcune variazioni, segnalata dagli studiosi in una delle numerosissime versioni della leggenda dei Sette Savi⁽⁷⁹⁾, raccolta di novelle di antica origine e con diverse declinazioni in gran parte delle nazioni europee⁽⁸⁰⁾. Nata probabilmente in Oriente, il *framework* della narrazione

⁽⁷⁸⁾ Rimanendo in area tedesca, P. RAJNA, *Una versione in ottava rima del libro dei Sette Savi*, cit., p. 30-31, segnala anche la versione riportata da Johannes PAULI nell'opera *Schimpf und Ernst heißet das Buch mit Namen, durchlaufft es der Welt Handlung mit ernstlichen und kurzweiligen Exempeln, Parabeln und Historien*, Strasbourg, 1522 (consultabile in *Schimpf und Ernst von Johannes Pauli herausgegeben von H. Österley*, Stuttgart, 1866, p. 33-34). "Colla glossa concordano quasi esattamente la versione contenuta nello *Schimpf und Ernst* del Pauli, e quella rimata dall'Arcipreste de Hita, senza che tuttavia né l'una né l'altra derivino dal dettato del famoso giurista", commenta lo studioso, *loc. ult. cit.*.

⁽⁷⁹⁾ Si segnala la recentissima opera di A. SLERCA, *La leggenda dei Sette Sapianti e il Romanzo del Graal*, Roma, 2008, per una messa a punto dello stato degli studi critici sul tema (p. 9-11). Per un'introduzione, L. BARTOLUCCI, *Sul "Libro dei Sette Savi di Roma", Medioevo romanzo e orientale. Il viaggio dei testi, III Colloquio Internazionale Venezia, 10-13 ottobre 1996*, Soveria Mannelli, 1999, p. 507-513. Fondamentale, in questo campo, il contributo della Society of the Seven Sages ("founded in 1975, is a loosely-knit, informal group of scholars and students interested in the Oriental and European versions of the medieval Seven Sages of Rome cycle of stories"), che cura, fra l'altro, una fittissima bibliografia di tutti i contributi sul tema, aggiornata annualmente (consultabile alla pagina <http://myweb.dal.ca/hrunte/ABSUp.html#UP>).

⁽⁸⁰⁾ A. D'ANCONA, nella prefazione a *Il libro dei Sette Savj di Roma. Testo del buon secolo della lingua*, Pisa, 1864, p. VII ss., una delle numerose edizioni delle Storie dei Sette Savi, afferma "Il libro del quale pubblichiamo una inedita lezione appartenente al buon secolo della lingua, è secondo alla Bibbia soltanto – come affermarono gli eruditi autori della *Histoire littéraire de la France* (vol. xix. p. 810) nella quantità di traduzioni in lingue diverse. Sono ormai più di dieci secoli dacché il *Libro dei Sette Savj* fu messo in scrittura, e certo già da molto tempo innanzi esso esisteva come tradizione orale; e poi che ne fu determinata la forma, tutti i principali popoli asiatici lo volsero nei proprii idiomi e in esso si dilettarono; portato quindi in Occidente verso il tempo delle Crociate, ampiamente si diffuse in Europa dai ghiacci della Scandinavia alle lande infocate di Spagna, dalle montagne scozzesi alle rive danubiane, gradito ai grandi ed al volgo, nei castelli e nelle piazze. Più tardi, quando ogni nazione ebbe una propria letteratura nel proprio idioma, non disparvero del tutto le tracce di questo libro che aveva tanto dilettato le generazioni medievali; alcuni dei racconti onde esso si compone diventarono argomento ai novellatori, ai romanzieri, ai drammaturghi; altri restarono nel volgo diventando, patrimonio narrativo delle vecchie e delle balie, che li ripeterono e li ripetono tuttavia nelle varie regioni di Europa per spassar le brigate nelle lunghe sere invernali o quietare l'umore rissante dei fanciulletti". Nella versione curata da D'ANCONA, non è riportata la novella riguardante la disputa tra il saggio e lo stolto.

rimane pressoché lo stesso nelle varie versioni⁽⁸¹⁾. Tentare di riassumere, anche se a grandi linee, la complicata genesi e diffusione del *Libro dei Sette Saggi*⁽⁸²⁾ è utile per meglio inquadrare la storia che approfondiremo. Gli incessanti studi filologici sul ciclo di novelle, che spesso variano a seconda

⁽⁸¹⁾ La cornice narrativa è piuttosto semplice e “si riscontra (...) nel mito di Fedra e Ippolito, ed è parallelo anche alla storia di Giuseppe e della moglie di Putifarre”, come commenta A. SLERCA, *La leggenda dei Sette Sapienti e il Romanzo del Graal*, cit., p. 12. Un giovane principe è tentato dalla regina, sua matrigna. Rifiutata dal ragazzo, la donna lo accusa davanti al re di tentata violenza ed è condannato alla pena capitale. La vita del giovane viene salvata da sette saggi, che intrattengono il re per sette giorni con storie sulla debolezza femminile, mentre la regina replica con narrazioni dalla morale contraria. L'ottavo giorno, finalmente il principe può parlare in sua difesa, e la regina viene scoperta e condannata. Si veda K. CAMPBELL, *The Seven Sages of Rome*, Genève, 1975 (ed. originale Boston, 1907), p. xi ss. Le storie sono, di solito, in numero di quindici: una per ogni saggio, sette per la regina, la conclusiva novella del giovane (così K. CAMPBELL, *The Seven Sages of Rome*, cit., p. xxi-xxii). Le novelle sono riassunte e commentate nel primo capitolo del contributo di A. Slerca, *La leggenda dei Sette Sapienti e il Romanzo del Graal*, cit., p. 9-30.

⁽⁸²⁾ Uno studio fondamentale, seppur non recentissimo, è l'edizione critica di K. CAMPBELL, *The Seven Sages of Rome*, cit., p. xi-xii, che abbiamo già indicato nella nota precedente. L'origine asiatica de *I Sette Saggi di Roma* può collocarsi, scrive Campbell, “perhaps about the fifth century B. C.” Dall'India sarebbe poi passato in Arabia, dove, forse nell'VIII secolo d. C., avrebbe assunto la forma che presentano anche le otto versioni orientali. Mentre l'originale versione è andata perduta, le versioni rimaste sono in siriano, greco, ebraico, spagnolo antico, arabo e persiano. In Oriente il Libro dei Sette Saggi è conosciuto come Libro di Sindibad. Per quanto riguarda la trasmissione in Occidente, Campbell riporta: “Just how *The Seven Sages* as it appeared in the East in the Book Sindibad became the story as it flourished in Western Europe is a question not easy to answer. The problem is rendered a most difficult one by the circumstance that the parent Western version has been lost. Indeed, our knowledge of it is such as is wholly inferential in nature. The date of this parent Western version, however, cannot have been later than 1150. As we have seen, there is a gap between the Eastern and the Western form of the story; there is in the Western form no mention of Sindibad, the sages tell only one story each instead of the two (or more) in the East, and just four of the original stories reappear in the Western versions”. V. anche il contributo di L. LUN, *Prospettive filologico-folcloristiche sul “Libro dei sette savi di Roma”*, in *Berichte im Auftrag der Internationalen Arbeitsgemeinschaft für Forschung zum romanischen Volksbuch*, 1977, p. 53-54, che rileva: “Né va sottovalutato un altro scoglio: una versione (meglio: redazione) latina, per esempio, poteva nascere in Italia o in Francia o in Germania, magari su un racconto base di origine ben diversa da quella del paese in cui viene stesa (o, da cui ci è pervenuta) e poteva a sua volta essere ripresa in altro idioma e in terre assai lontane (e, quindi, per esser concisi, può facilmente confondere le idee di noi, oggi, che andiamo alla ricerca dei vari “filoni” della tradizione e dei vari “testi” nelle varie lingue di cui alcune (penserei a puro titolo d'esempio all'arabo o al turco) non ancora sufficientemente esplorate, confrontate e filologicamente tutt'altro che “sicure” nel senso, ahimé, più proprio. Per cui concluderei, con questo ultimo aspetto in particolare, che il campo di ricerche sulla questione del “Libro dei sette savi” (di Roma o di altrove) è per lo meno arduo, se non “minato” da infiniti dilemmi”.

delle epoche e dei luoghi, hanno portato gli studiosi a stilare una classificazione delle versioni⁽⁸³⁾. Alla versione I, la *Versio Italica*, appartiene anche l'anonima versione in ottava rima de *Il libro dei Sette Savi* (XV secolo), che reca come titolo *Storia di Stefano figliuolo d'un Imperatore di Roma*⁽⁸⁴⁾. In quest'unica tradizione è presente un aneddoto del tutto simile alla glossa accursiana, aneddoto che non si ritrova in nessuna delle altre tradizioni dei Sette Saggi.

Non un greco, ma un cartaginese è qui l'ambasciatore che si reca a Roma; non per verificare se il grado di cultura romano è sufficiente per concedere loro le leggi greche, ma per decidere se dichiarare o meno guerra al popolo romano. Diversa l'ambientazione storica, ma identiche le soluzioni comico-narrative del racconto: siamo sempre in presenza di un saggio straniero e di uno stolto romano, che finisce per avere la meglio. Anche i gesti e le interpretazioni che ne danno i due personaggi coincidono con quelli della glossa accursiana e della versione di Juan Ruiz.

A Cartagine si discute se muovere guerra ai Romani. Si conviene di mandare a Roma un'ambasciata "ala muteschä"⁽⁸⁵⁾, che cioè si esprima meramente con segni, per verificare se i Romani sono "savi e doti". L'ufficio di ambasciatore è affidato ad un uomo molto accorto, che a Roma viene accolto da un'assemblea, qui chiamata "consiglio". Il saggio cartaginese alza un dito della mano destra serrando gli altri. I Romani restano confusi, mentre un pazzo, presente al consiglio, si alza per rispondere, destando in tutti gran timore che stia per fare qualcosa per cui essere svergognati, ed alza due dita (immaginando che il saggio voglia cavargli un occhio e minacciando di difendersi). Il cartaginese per replica solleva tre dita, e l'interlocutore, intendendo che voglia togliergli ambedue gli occhi e dargli col terzo dito nel viso, risponde alzando anch'egli le tre dita mediane e poi serrando il pugno. Il cartaginese, finalmente, parla, dichiarandosi pienamente soddisfatto e spiegando tutte le sottigliezze espresse dal Romano⁽⁸⁶⁾.

⁽⁸³⁾ Le versioni, come si è detto, sono molteplici e presenti in varie lingue (inglese, francese, latino, tedesco, olandese, spagnolo, scandinavo, russo, polacco, celtico, bulgaro, etc.). Sono state classificate otto versioni fondamentali (S, H, K, I, M, D, L, A). Cfr. K. CAMBELL, *The Seven Sages of Rome*, cit., p. xxii-xxiii.

⁽⁸⁴⁾ Nel contributo P. RAJNA, *Una versione in ottava rima del libro dei Sette Savi*, cit., lo studioso analizza e commenta l'opera in versi, per il cui testo integrale cfr. P. RAJNA, *Storia di Stefano, figliuolo d'un imperatore di Roma: versione in ottava rima del libro dei sette savi, pubblicata per la prima volta da Pio Rajna*, cit.

⁽⁸⁵⁾ Cfr. P. RAJNA, *Una versione in ottava rima del libro dei Sette Savi*, cit., p. 29 ss.

⁽⁸⁶⁾ "Alzando prima un sol dito, volle significare Dio Padre; colle due dita gli fu risposto, che, oltre al Padre, c'era il Figlio; le tre sue dicevano, Padre, Figliuolo, Spirito Santo; le tre seguite dallo stringer del pugno dimostrarono che le tre persone costituivano un Dio solo. S'accoppiata dunque, ritorna a Cartagine, e dissuade i suoi dal fare la guerra ai Romani, troppo sapienti e sottili perché ci sia da guadagnar nulla

Ulteriore termine di confronto è stato individuato nella “variante dei Quaranta Visiri⁽⁸⁷⁾”, un aneddoto di area orientale, raccolto in una raccolta dal titolo *I mille e un giorno*⁽⁸⁸⁾, che presenta caratteristiche assimilabili alla glossa di Accursio da noi studiata.

La storia, tradotta nel XIX secolo,⁽⁸⁹⁾ è un episodio didascalico narrato da un sapiente a tre giovani principi. La disputa, in questo caso, si svolge tra un cristiano e un re musulmano; lo scopo è determinare se i cristiani dovranno o meno pagare il tributo imposto dal re. La discussione avviene tramite gesti, e la successione segnica si discosta da quella attestata in

con loro. E i Cartaginesi si conformano al suo avviso”, riassume efficacemente P. RAJNA, *Una versione in ottava rima del libro dei Sette Savi*, cit., p. 30.

⁽⁸⁷⁾ A legare le due versioni è ancora P. RAJNA, *Una versione in ottava rima del libro dei Sette Savi*, cit., p. 30 ss.

⁽⁸⁸⁾ A. D'ANCONA, nella prefazione a *Il libro dei Sette Savi di Roma. Testo del buon secolo della lingua*, cit., p. XV ss.

⁽⁸⁹⁾ *Les Mille et un jours. Contes persans, traduits en français par Pétis de Lacroix, suivis de plusieurs autres recueils de contes traduits des langues orientales. Nouvelle édition, accompagnée de notes et de notices historiques par A.L.A. Loiseleur-Deslongchamps*, Paris, 1840, p. 327-330, di cui riassumiamo brevemente la traduzione. Un saggio racconta ai tre figli del re un aneddoto, per esortarli ad interpretare e mettere in pratica le ultime parole del loro padre in maniera non letterale, ma consapevole e profonda. Il saggio narra che un re musulmano domandava il tributo ai cristiani che vivevano in una provincia del suo regno. I cristiani si consultavano per decidere il da farsi, quando un sacerdote che si trovava da quelle parti propone una soluzione: si sarebbe recato dal re musulmano per annunciargli che la comunità era pronta a pagare il tributo, a condizione, però, che il sovrano fosse in grado di rispondere ad una domanda. Il sacerdote viene inviato a corte e il re, attorniato dai più grandi saggi del regno, accetta la sfida ed invita il cristiano a porre la domanda. Il cristiano chiede al re di interpretare il suo gesto: apre il palmo della mano verso l'alto e poi volge la mano verso il basso. Il re confessa di non aver capito assolutamente nulla, mentre un dotto della sua corte si avvicina al cristiano per rispondergli. Il cristiano ripete il gesto e presenta la mano aperta; il musulmano risponde chiudendo la mano. Il cristiano abbassa allora le dita verso il basso e il dotto musulmano, invece, le alza. Il cristiano si dichiara sconfitto e paga il tributo, lasciando subito la reggia. Il re chiede al dotto di spiegare il significato della discussione. «O re, quando il cristiano mi ha mostrato la mano aperta per darmi uno schiaffo, io ho risposto che l'avrei colpito con un pugno. Poi ha abbassato la mano verso il basso, per dire che voleva schiacciarmi a terra come un verme; io ho risposto che l'avrei gettato così in alto che gli uccelli l'avrebbero divorato prima che tornasse a terra. Ci siamo compresi benissimo attraverso i gesti» spiega il dotto. La moglie del re, informata della vicenda, scoppia a ridere ed intuisce il malinteso. Richiamato a corte il cristiano, lo invita a chiarire la sua interpretazione. «O regina, ho aperto le cinque dita verso l'alto per chiedere se le cinque preghiere quotidiane sono state ordinate da Dio e il dotto ha chiuso il pugno per rispondere affermativamente, e di essere ben pronto a sostenerlo. Abbassando poi le dita, ho chiesto da dove venisse la pioggia che dal cielo cade sulla terra. Il dotto ha risposto alzando le dita verso l'alto, per significare che la pioggia fa crescere l'erba e i prodotti della terra», risponde il cristiano.

Accursio (al palmo della mano girato verso l'alto e poi verso il basso viene contrapposto il pugno; al gesto del cristiano che alza le dita, l'interlocutore le abbassa)⁽⁹⁰⁾. I gesti, dunque, cambiano, ma non lo schema della narrazione. A contrapporsi sono due uomini di cultura (anche se uno dei due interpreta i gesti in maniera assai grossolana), ma che ugualmente restano imbrigliati nel difficile linguaggio gestuale e non riescono a comprendersi l'un l'altro. Il tema della discussione, anche in questo caso, resta, almeno per una delle due parti, teologico.

La fortuna del modello della discussione a gesti in cui uno stolto può tener testa ad un sapiente non termina nel Medioevo. Nel *Pantagruel* di

⁽⁹⁰⁾ P. RAJNA, *Una versione in ottava rima del libro dei Sette Savi*, cit., p. 31 ss., commenta: "Messa a confronto colla versione dell'Accorso e con quella dei *Quaranta Visiri*, la variante dei *Savi* si dimostra, come già ognuno s'aspetta, più prossima di gran lunga alla prima che alla seconda. Ma nondimeno essa dà pure a conoscere col racconto orientale certi contatti innegabili. Nemmeno nel libro turco l'occasione alla disputa non viene da una richiesta di leggi; essa è fornita da una domanda di tributo, ed ha quindi maggiore analogia colla motivazione dei *Savi*. E come l'esito induce qui i Cartaginesi a rinunziare al disegno di una guerra coi Romani, così nei *Visiri* esso fa che gli infedeli, cioè i cristiani di una certa provincia, si rassegnino a pagar tributo a un re mussulmano. Ma questo è il meno. Presso l'Accorso il matto (*stultus*) che risponde all'ambasciatore è designato espressamente a cotale ufficio dai suoi stessi concittadini, i quali anzi, come c'insegnano e l'Arciprete spagnolo ed il Pauli, lo addobbano splendidamente per dargli un'apparenza magnifica agli occhi dello straniero. Invece nei *Visiri*, al modo stesso che nei *Savi*, il risponditore opera di suo proprio impulso, levandosi tra mezzo all'uditorio, reso muto e confuso dai gesti inintelligibili dello straniero. E così doveva portare, a mio credere, il racconto nella sua forma originaria; che si commettesse apposta di sostenere la disputa a un matto o ad uno scemo, è cosa per me inconcepibile; la giustificazione voluta dare di ciò da certuni, m'ha tutta l'aria di una toppa, a cui s'è sentito il bisogno di ricorrere appunto per dissimulare lo strappo". Rajna giudica, infatti, "imprudente" l'affermazione di F. LIEBRECHT, *Zu den Nugae curialium des Gualteros Mapes*, in *Germania*, V (1860), p. 47 ss, secondo il quale "la versione dell'Arciprete era manifestamente attinta dalla glossa dell'Accursio". "Essa – corregge P. RAJNA, *op. cit.*, p. 31 nt. 5 – vien pure a distinguersi per certe particolarità, che non attribuirei così senz'altro al rimatore. L'Arciprete, per esempio, motiva in modo speciale l'uso dei segni nella disputa: "Mas porque non entendien el lenguaie non usado, Que disputasen por senas, por senas de Letrado". Viceversa, tace la ragione data dall'Accursio della scelta del campione: "...Quendam stultum ad disputandum cum Graeco posuerunt, ut, si perderet, tantum derisio esset". Dato che le peculiarità della versione spagnola estranee tanto alla glossa quanto al *Schimpf und Ernst* fossero, anche solo in parte, nella sua fonte, ne verrebbe che fonte, nonché la glossa nostra, non poté esser per l'Arciprete nemmeno l'originale della glossa". P. RAJNA, *op. cit.*, p. 32, conclude asserendo: "Che i *Visiri* ed i *Savi* sian libri appartenenti a una medesima stirpe, non aggiunge nessun maggior significato al riscontro; la cosa è tanto evidente, che non ci sarebbe nemmeno bisogno di avvertirla. Con qualunque altra versione orientale fossero le somiglianze, la conseguenza logica sarebbe la stessa; vale a dir questa, che la nostra variante appartiene a un gruppo indipendente da quello che vorrei chiamare il gruppo giuridico, ed è meno remota dal prototipo".

Rabelais⁽⁹¹⁾, autore già citato da Savigny, un saggio inglese si reca a Parigi per discutere con l'altrettanto dotto Pantagruel, ma si ritrova invece a disputare di argomenti filosofici e teologici con un sempliciotto, Panurgo. La disputa di Rabelais è più complessa (i gesti diventano articolati e si susseguono a ritmo serrato) e si discosta notevolmente dallo schema narrativo della glossa accursiana, di cui mantiene soltanto alcune caratteristiche. Il tono e i gesti in Rabelais sono, inoltre, assai più arditi, licenziosi e suonano fortemente canzonatori nei confronti del sapiente⁽⁹²⁾.

I testi presentati sono soltanto alcuni tra i principali esempi delle numerosissime 'versioni sul tema' del filone in cui gli studiosi pongono anche Accursio; naturalmente, ne esistono molti altri, ma non è questo il luogo per darne conto⁽⁹³⁾. Valga sottolineare, invece, come sia opinione degli studiosi

⁽⁹¹⁾ Un utile approfondimento è lo studio di E. NARDI, *Rabelais e Accursio*, in *Syntelesia Vincenzo Arangio-Ruiz*, Napoli, 1964, p. 142 ss., che spiega come "Rabelais – non tutti lo sanno – aveva un'ampia e precisa conoscenza della *Glossa Magna*. È dalla famosa storiella del dialogo a segni fra il sapiente greco e lo sciocco romano, accolta nella glossa 'constitui' a D. 1,2,2,4 riferita ad Accursio, che ha con ogni probabilità tratto lo spunto per la sua analoga 'disputatio' tra Thaumaste e Panurge di cui ai capitoli 18-20 del *Pantagruel* (...)". Aggiunge poi: "Erano i tempi in cui la diffusione del diritto romano in Francia per ragioni tecniche e pratiche raggiungeva la sua massima dilatazione, ma contemporaneamente cresceva per ragioni politiche la resistenza alla sua penetrazione, col formarsi, in una cornice di patriottismo culturale romanistica e canonistica improntata al 'mos italicus' della Glossa e del Commento ancora imperante sia nella scuola che nei tribunali, aspirava tuttavia, per il patriottismo e nazionalismo già detti, a superarla, ponendo le basi di quella rivolta culturale che, applicando risolutamente al diritto i recepiti canonici dell'umanesimo italiano, doveva, come modernizzante e polemica alternativa rispetto al 'mos italicus', lanciare il nuovo indirizzo di studio storico-filologico del diritto romano, destinato, sotto il nome altamente significativo di 'mos gallicus docendi', a svalutare il diritto giustiniano rispetto a quello classico, e, di conseguenza, la Glossa e il Commento di fronte ad un potenziato ed unificato 'droit coutumier' nazionale". Rabelais, quindi, che aveva "raggiunto in diritto romano una competenza semiprofessionale", "non poteva non condividere la 'forma mentis', l'impegno culturale, il credo umanistico-tecnico (...) del giurista Tiraqueau e del filologo Budeo, le cui *Annotations* "vibrano di una continua polemica contro gli errori storici d'Accursio e successori e, in particolare, contro l'assurdo e anacronistico malvezzo di ripeterli proprio dei giuristucoli tradizionalisti del tempo suo (gli 'accursiani)". Sempre sul rapporto tra Rabelais e il diritto romano, si veda il più risalente contributo di E. NARDI, *Rabelais e il diritto romano*, in «Studi Urbinati», 28 (1959-60), p. 39-68.

⁽⁹²⁾ Cfr. cap. 18-20. È stata consultata l'edizione F. RABELAIS, *Pantagruel, Roy des Dipsodes, restituë à son naturel, avec ses faictz et prouesses espoventables*, (...) cit., p. 139-156.

⁽⁹³⁾ Due testi possono essere citati, a titolo di esempio: la storiella narrata da B. DE VERVILLE nel *Moyen de Parvenir* (1617), che tratta della contesa a gesti tra un dottore di Genova e un uomo di Montargis (F. B. DE VERVILLE, *Le moyen de parvenir*, vol. 3, London, 1781, p. 197-200), e la disputa tra due monaci buddisti in Giappone, nella quale, sorprendentemente, i gesti sono quasi coincidenti con la 'versione

che “dietro il racconto di Accursio, così come alle spalle di Salomone e Marcolfo, sia da individuarsi l’ambiente delle scuole clericali e degli Studia, eredi della tradizione della *disputatio* retorica classica, ma allo stesso tempo utilizzatrici delle dispute sapienziali per scopi didattici con gli *Ioca Monachorum*”⁽⁹⁴⁾, basando l’osservazione sul fatto che un linguaggio gestuale era utilizzato, in età medievale, “negli ambienti di formazione intellettuale e di vita cenobitica, come nel caso dei monaci, soprattutto fra i cistercensi e i cluniacensi a partire dal XII secolo”⁽⁹⁵⁾.

Resta il fatto che la versione di Accursio è presentata spesso dagli studiosi come la più antica⁽⁹⁶⁾ attestazione di questo filone di origine, probabilmente, popolare (“un antico racconto popolare”, secondo Savigny)⁽⁹⁷⁾,

accursiana’ e molto simili i significati attribuiti ai segni. L’edizione originale è *101 Zen Stories*, transcribed by N. SENZAKI and P. REPS, London-Philadelphia, 1939, tradotta anche in Italia, *101 Storie Zen*, a cura di N. SENZAKI e P. REPS, Milano, 1973. A. ZIRONI, *La Disputatio di Hans Rosenplüt fra gestualità, rabbini e vagabondi*, cit., p. 219, ritiene che l’aneddoto abbia origini particolarmente risalenti (XIII secolo). Tuttavia, nell’edizione che abbiamo consultato, i curatori SENZAKI e REPS non specificano il periodo di formazione di ogni singola storia, e, dato che è difficile individuare un periodo preciso di riferimento nelle tradizioni orali, la prudenza è d’obbligo. I curatori segnalano, nella prefazione, soltanto che “These stories were transcribed into English from a book called the *Shaseki-shu* (*Collection of Stone and Sand*), written late in the thirteenth century by the Japanese Zen teacher Muju (the non-dweller), and from anecdotes of Zen monks taken from various books published in Japan around the turn of the present century”, ma non specificano se la *Disputa* provenga dal libro detto *Shaseki-shu*.

⁽⁹⁴⁾ A tal proposito si rimanda, con Zironi, a P. CASTELLI, “*Est autem gestus*”. *L’iconografia del gesto nell’insegnamento tra scolastica e “Studia humanitatis”*, in *La rinascita del sapere. Libri e maestri dello studio ferrarese*, Venezia, 1991, p. 147 ss. Castelli si sofferma sulla rappresentazione della disputa universitaria e sull’interpretazione di gesti tipici dell’insegnamento tra Trecento e Quattrocento. Il tema del gesto come “elemento di un sistema linguistico” viene analizzato, nelle pagine di Castelli, secondo la tradizione retorica e mnemotecnica. Oltre a Cicerone e Quintiliano, grande importanza per i medievali ebbe Marziano Capella e la sua opera *De nuptiis Philologiae et Mercurii*, che “nel XI, XII e XIII secolo, figurava in molti luoghi in Europa, come risulta dagli elenchi delle biblioteche monastiche”, scrive la studiosa.

⁽⁹⁵⁾ A. ZIRONI, *La Disputatio di Hans Rosenplüt fra gestualità, rabbini e vagabondi*, cit., p. 222. Zironi richiama il fondamentale studio di J.-C. SCHMITT, *Il gesto nel Medioevo*, Roma-Bari, 1990, p. 228-232 e la bibliografia di riferimento.

⁽⁹⁶⁾ J. YOLEN, *Favorite folktales from around the world*, New York, 1986, p. 479, dove Accursio è citato come prima attestazione del filone: “it was first written down in the thirteenth century in the *Gloss of Accursius*”.

⁽⁹⁷⁾ Lo studioso tedesco Köhler ripercorreva, già a metà Ottocento, in un articolo le declinazioni del tema nella letteratura precedente e successiva a Rosenplüt, della cui opera si stava occupando. Come Zironi, anche Köhler prende le mosse dallo studio della *Disputatio* tra il rabbino e il cristiano in Rosenplüt. In particolare, R. KÖHLER, *Rosenblüts Disputaz eines Freiheits mit einem Juden*, cit., p. 486, afferma che “Accursius hat natürlich

magari 'contaminata' anche da una parodia di dispute accademiche dell'epoca⁽⁹⁸⁾.

9. Arrivati a questo punto, può dirsi avvalorata l'idea che l'aneddoto narrato da Accursio nella GLOSS. *constitui* a D. 1,2,2,4 non sia di sua esclusiva invenzione, ma si inserisca in una tradizione fabulatoria già esistente, come del resto rimarcava Savigny. È probabile che nell'epoca di Accursio la discussione "ala mutescha" tra due interlocutori di lingua e cultura diverse fosse una sorta di archetipo popolare comico. Proprio questo schema narrativo potrebbe essere venuto in mente ad Accursio dalla lettura del passo di Pomponio, in cui gli interlocutori incapaci di intendersi altrimenti che a gesti sono i Romani e i Greci.

E una suggestione in più potrebbe essere venuta dal richiamo pomponiano ad Ermodoro di Efeso⁽⁹⁹⁾, il saggio greco che si vuole aver svolto la funzione di "mediatore culturale"⁽¹⁰⁰⁾ per i decemviri intenti a compilare le XII Tavole⁽¹⁰¹⁾.

die Geschichte auch nicht erfunden, und schon Savigny bemerkte in seiner Geschichte: "Diese Geschichte hat man so angesehen, als hätten die Glossatoren sie geglaubt oder gar erfunden. Es ist aber eine uralte Volkssage, und Accursius hat also nur ein Stück Volkspoesie in seine Sammlung aufgenommen". Nur das uralt dürfe ein etwas zu starker Ausdruck sein". "Accursio naturalmente non ha inventato la storia", afferma l'Autore. Conosciamo questa posizione: già Savigny, continua Köhler, aveva considerato "queste storie" non come "invenzione dei glossatori", ma come "un antico racconto popolare di cui Accursio avrebbe ripreso solo una parte".

⁽⁹⁸⁾ F. LECOY, *Recherches sur le Libro de Buen Amor*, cit., p. 167-168, rileva: "...en conclusion, on peut, je pense, soutenir que nous n'avons pas à faire ici à un conte vraiment populaire (...): il s'agit plutôt à l'origine d'une farce ou d'un grab d'écolier, parodie d'une pratique peut-être réelle des universités, ou, mieux encore, d'une plaisanterie destinée à ridiculiser certaines règles monastiques, qui, sans interdire absolument la parole, recommandaient l'emploi des gestes pour les communication entre frères. De là le bonnet et la robe de docteur presque obligatoires, de là l'allusion à des règles savantes (...), de là le sujet de la dispute qui est toujours un sujet religieux. Sous cette forme, cette petite comédie a connu un succès immense et durable: Accurse n'en est sûrement pas l'inventeur; il n'a fait que l'appliquer, en la transformant un peu, à un objet pour lequel elle n'était pas faite: je doute même fort que les versions tardives que nous en connaissons dérivent de lui, malgré les affirmations successives des divers critiques".

⁽⁹⁹⁾ Cfr. D. 1,2,2,4 (Pomponius libro singulari enchiridii): ...*Quarum ferendarum auctorem fuisse decemviris Hermodorum quendam Ephesium exulantem in Italia quidam rettulerunt*.

⁽¹⁰⁰⁾ L'espressione è di S. TONDO, *Profilo di storia costituzionale romana*, I, Milano, 1981, p. 280-281.

⁽¹⁰¹⁾ La vicenda dell'esule greco, riportata oltre che nel passo di Pomponio (D. 1,2,2,4), da Cicerone, Strabone e Plinio il Vecchio, è una tradizione che si pone come alternativa a quella maggiormente attestata riguardante l'invio dell'ambasceria. Gli autori che trattano di Ermodoro non parlano, infatti, dell'ambasceria; l'unico a fondere, per così dire, le due tradizioni, sembra rimanere Pomponio. Cfr. CIC. *tusc.*

Questo sapiente venuto dalla Grecia, e già presente in Roma, potrebbe aver veicolato ad Accursio l'idea di ambientare la sua discussione "ala mutescha" non in Grecia.

Archetipo popolare, come si è detto, e comico⁽¹⁰²⁾.

Sembra doversi concludere che l'intento di Accursio – con la sua discussione "ala mutescha" e il riferimento alla Trinità – fosse quello di scherzare⁽¹⁰³⁾, come già aveva intuito Zasio.

5,105: *Est apud Heraclitum physicum de principe Ephesiorum Hermodoro: universos ait Ephesios esse morte multandos, quod, cum civitate expellerent Hermodorum, ita locuti sint: "Nemo de nobis unus excellat; sin quis exsisterit, alio in loco et apud alios sit"*. V. anche STR. 14,1,25: "Ἄνδρες ὁ ἀξιόλογοι γεγόνασιν ἐν αὐτῇ τῶν μὲν παλαιῶν Ἡράκλειτός τε ὁ σκοτεινός καλούμενος καὶ Ἑρμόδωρος, περὶ οὗ ὁ αὐτὸς οὗτός φησιν "ἄξιον Ἐφεσίοις ἠβηδὸν ἀπαγξασθαι, οἵτινες Ἑρμόδωρον ἄνδρα ἐωυτῶν ὀνήιστον ἐξέβαλον. φάντες ἡμέων μὴδὲ εἰς ὀνήιστος ἔστω, εἰ δὲ μὴ, ἄλλη τε καὶ μετ' ἄλλων." Δοκεῖ δ' οὗτος ὁ ἄνθρωπος νόμους τινὰς Ῥωμαίοις συγγράφαι. Un'altra informazione si ricava da PLIN. nat. 34,11,21: *...Et Hermodori Ephesii in comitio, legum, quas decemviri scribebant, intepretis, publice dicata*. Le "alcune leggi" scritte per i Romani si identificano, in Plinio, con le leggi *quas decemviri scribebant*, ossia le XII Tavole.

⁽¹⁰²⁾ Forse è utile citare qui un esempio di quanto momenti di scherzo e gioco siano tutt'altro che estranei alle glosse accursiane. H. KANTOROWICZ, *Accursio e la sua biblioteca*, cit., p. 36, ricorda come Accursio, spiegando l'etimologia del proprio nome, sostenesse che "*honestum nomen, dictum quia accurrit et succurrit contar tenebra iuris civilis*", non volesse 'peccare' di vanagloria, ma "rappresenta uno di quei motti scherzosi che non sono rari negli scritti dei glossatori, e appartengono a questi scherzi anche molte delle loro a torto famigerate etimologie".

⁽¹⁰³⁾ Si consideri che tratto della comicità è attestato in tutte le 'versioni' letterarie che gli studiosi del settore hanno accostato alla glossa di Accursio (l'insistenza sulle ottuse interpretazioni dello stolto di turno, contrapposte alle raffinate sovrastrutture percepite invece dal saggio; l'ilarità suscitata nella moglie del re musulmano quando ascolta il racconto; il consiglio dell'Arciprete de Hita di rallegrare l'animo con "cose scherzose"). L'intento scherzoso di J. Ruiz è, ad esempio, palesato fin dall'incipit ("Son parole del sapiente, ed anche Catone lo dice: l'uomo tramezzi gioie alle spine, che ha nel cuore, e rallegrì l'animo, ché la troppa malinconia cagiona affanno grande. E poiché, se il discorso è serio, non ci si può sollazzare, alcune cose scherzose qui vorrò inserire: ogni volta che le udrete, non vogliate riprendermi, tranne che nella maestria del poetare e del comporre. Intendi bene le mie parole e meditate la morale: non mi accada con te così come al sapientone greco accadde col soldatuccio romano, quando Roma chiese alla Grecia il sapere, e con la sua poca scienza (...)) e ripreso al termine dell'aneddoto. Al termine del racconto, poi, il poeta ne svela il significato: "perciò ben dice il detto della vecchia sagace: «non vi è parola cattiva, se non sia tenuta male»; vedrai che ogni parola è detta a bene, se sarà bene intesa (...). Le storie scherzose, che ascolterai, non tenerle in poco conto: la foggia di questo libro, intendila sottilmente (...) Di tutti gli strumenti io, il Libro, sono parente; ti risponderà sicuramente, bene o male, come lo intonerai, come vorrai che risponda; e dunque suonami, e poni mente: se mi saprai suonare, sempre mi avrai in mente". Cfr. J. RUIZ, arciprete di Hita, *Il libro del buon amore, introduzione e note di V. SCORPIONI*, traduzione di E. RUGGIERO, cit., p. 16 ss.

Intento finalizzato a che cosa? Forse Accursio ha voluto introdurre, con la sua glossa, un elemento 'spiazzante', per comunicare, tra le righe, l'idea che la stessa ambasceria inviata ad Atene fosse probabile tanto quanto una disputa di teologia cristiana nel V secolo a. C.. Si tratta di una semplice ed indimostrabile supposizione, ma potrebbe ribaltare l'immagine di Accursio "pessimo conoscitore della storia" e proporre quella di Accursio 'critico della storia'. In altri termini, si potrebbe considerare la glossa a D. 1,2,2,4 come la prima testimonianza critica alla tradizione classica relativa all'invio dell'ambasceria in Grecia e al 'trapianto' delle XII tavole. Quasi cinque secoli prima di Vico.

Fabula, non historia, quindi. Ma fabula come strumento di critica storica.

ABSTRACT

This article deals with the peculiarities of Pomponius D. 1,2,2,4, as far as the legation to Athens is concerned, and with Accursius' gloss *constitui* on D. 1,2,2,4. Accursius' text reports a quite bizarre story about a legation to Rome. This passage has been subjected to a deep critical examination, which emphasized the absurd and anachronistic content as well as Accursius' ignorance of history. The Author suggests a different approach to Accursius' passage, comparing it to the medieval tradition of the discussions "ala mutescha", and stressing its jocose nature and its critical function.

Questo articolo tratta delle peculiarità di Pomponio D. 1,2,2,4, in riferimento all'ambasceria inviata ad Atene e della glossa accursiana *constitui* a D. 1,2,2,4. Il testo riporta una storia alquanto bizzarra su un'ambasceria inviata a Roma. Questo luogo è stato sottoposto ad un'analisi critica a tutto campo volta ad evidenziare, in uno con il carattere assurdo ed anacronistico del contenuto, l'ignoranza accursiana della storia. L'Autore propone una diversa analisi del passo di Accursio volta – attraverso la comparazione con la tradizione medievale delle discussioni "ala mutescha" – a recuperare il profilo scherzoso e, al tempo stesso, la funzione di critica storica.

NOTIZIARIO

Nel corso dell'anno accademico 2009/2010 il Dipartimento di Scienze Giuridiche ha organizzato numerosi incontri e promosso diverse attività culturali.

Nel quadro del Dottorato di ricerca in Comparazione giuridica e storico giuridica si sono svolte alcune iniziative rivolte ai dottorandi di tutti i *curricula*. In particolare, il giorno 26 gennaio 2010 si è tenuto un incontro durante il quale i dottorandi ammessi all'esame finale hanno svolto relazioni sulla loro attività ricerca.

Il giorno 25 marzo 2010 si è svolta la lezione inaugurale del XXV ciclo di Dottorato, tenuta dal Prof. Gábor Hamza (ordinario di Diritto romano presso l'Università ELTE di Budapest), intitolata "Codificazione e comparazione giuridica".

Il giorno 30 aprile 2010 il Dottorato ha proposto un seminario metodologico dedicato a "Codificazione, comparazione, interpretazione", che ha visto la partecipazione della Prof. Gisella Bassanelli (associato di diritto romano presso l'Università di Bologna), del Prof. Pasquale Femia (ordinario di diritto civile nella Seconda Università di Napoli), del Prof. Giuseppe Ugo Rescigno (ordinario di diritto pubblico nell'Università "La Sapienza" di Roma), del Prof. Roberto Bartoli (associato di diritto penale nell'Università degli Studi di Firenze). Gli studiosi intervenuti si sono confrontati sul tema "L'interpretazione delle norme tra legalità e Costituzione".

Nel quadro delle attività del Dottorato di ricerca in Diritto Costituzionale, il giorno 21 giugno 2010 si è svolto l'VIII seminario metodologico "Come si studiano la rappresentanza politica e le forme di governo", in forma di lezione dialogata con la Prof. Lorenza Carlassare (emerito di diritto costituzionale dell'Università di Padova).

Presso la sede rodigina del Dipartimento di Scienze Giuridiche, il Dottorato di ricerca in Diritto dell'Unione Europea ha organizzato, il giorno 2 novembre 2009, il seminario "Lavorare nelle Istituzioni dell'Unione europea", al quale hanno preso parte la Dott. Maria Fernandez Molinero, funzionario della Commissione europea (DG Giustizia, libertà e sicurezza) e il Dott. Pierpaolo Settembri, funzionario del Segretario generale del Consiglio dell'Unione europea (DG Relazioni esterne, cooperazione allo sviluppo).

La cattedra di Filosofia del diritto ha promosso un seminario dal titolo "Le buone e le cattive storie. Criteri di conferma del discorso sui fatti nelle

decisioni giudiziali”. Al seminario, svoltosi il giorno 15 ottobre 2009, è intervenuto il Prof. Rodrigo Coloma (dell’Università Alberto Hurtado e Cattolica di Temuco-Cile)

La cattedra di Diritto costituzionale ha organizzato il tredicesimo Seminario “preventivo” ferrarese. L’incontro, svoltosi il 26 febbraio 2010, ha avuto come tema “La società naturale e i suoi ‘nemici’. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio”.

La cattedra di Diritto del lavoro ha promosso un Convegno, svoltosi il giorno 3 maggio 2010, dedicato a “La riforma dell’impiego pubblico: profili generali”. Hanno presentato relazioni il Prof. F. Pellizzer (ordinario di diritto amministrativo presso l’Università di Ferrara): “La privatizzazione del rapporto e tutela giurisdizionale del dipendente pubblico”; il Prof. G. Gardini (ordinario di diritto amministrativo presso l’Università di Ferrara): “L’autonomia della dirigenza nel decreto Brunetta”; la Prof. F. Borgogelli (ordinario di diritto del lavoro nell’Università di Siena): “Le novità in materia di rapporto di lavoro e i poteri dei dirigenti”; il Prof. M. Magri (associato di diritto amministrativo nell’Università di Ferrara) “Rilegificazione e pubblicizzazione del sistema delle fonti”; la Dott. Silvia Borelli (ricercatore di diritto del lavoro nell’Università di Ferrara): “Contratto e contrattazione collettiva”; il Dott. S. Bianchini (dottore di ricerca in diritto amministrativo nell’Università di Ferrara): “I doveri del dipendente e codici di comportamento”; la Dott. Elisabetta Buranello (dottore di ricerca in diritto amministrativo dell’Università di Ferrara): “Il potere disciplinare”; il Prof. G. Zilio Grandi (associato di diritto del lavoro nell’Università di Venezia e Responsabile della SSPL del Veneto e Friuli Venezia Giulia): “L’obbligazione lavorativa del dipendente: valutazione e premialità”.

Il giorno 29 giugno 2010 si è svolta invece una conferenza dal titolo “Il diritto del lavoro della crescita e il diritto del lavoro della crisi”, tenuta dal Prof. Marco Antônio Villatore (docente di diritto del lavoro nella Pontificia Universidade Católica do Paraná di Curitiba-Brasile).

La cattedra di Diritto comparato in collaborazione con il Centro Studi e servizi sul diritto straniero e delle relazioni internazionali ha organizzato un seminario sul tema “L’invenzione del passato”, svoltosi il 19 marzo 2010, al quale hanno partecipato il Prof. Erik Jayme (“Protezione giuridica dei beni di memoria e invenzione del passato”); il Prof. Pier Giuseppe Monateri (“La passatezza del passato e la tradizione di civil law”); il Prof. Alessandro Somma (“Ordine proprietario e invenzione del passato”); la Prof. Cristina Costantini (“L’invenzione del passato: narrativa, memoria ed oblio nella tradizione di *common law*”).

Nell’ambito del corso di Diritto processuale dell’Unione europea il giorno 25 giugno 2010 si è svolto un seminario del Prof. Paolo Mengozzi (Primo

avvocato generale alla Corte di giustizia dell'Unione europea) dedicato a "Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea da parte del Giudice nazionale e le novità introdotte dal Trattato di Lisbona".

La Cattedra di Procedura Penale ha proposto, il giorno 27 aprile 2010, un seminario del Prof. Enrico Marzaduri (Ordinario di Procedura penale nell'Università di Pisa), dal titolo "Il patteggiamento nel prisma della giustizia negoziata, tra principi costituzionali, assetti legislativi e prassi applicative".

Il giorno 16 novembre 2009 si è svolto un Convegno, promosso dal Centro documentazione e studi per le Comunità europee, dal titolo "La diversità culturale nel processo di integrazione europea". Dopo l'introduzione del Prof. Aurelio Bruzzo, Direttore del Centro, hanno avuto luogo le seguenti relazioni: "I due volti della questione multiculturale in Europa" (Prof. Mario Ricca, ordinario di diritto ecclesiastico nell'Università di Parma); "Identità culturali e convivenza nell'Unione europea" (Prof. Baldassarre Pastore, ordinario di Filosofia del diritto nell'Università di Ferrara); "Le differenze culturali nell'Unione europea: riflessi penali" (Prof. Alessandro Bernardi, ordinario di diritto penale nell'Università di Ferrara); "La disciplina delle mutilazioni genitali e dell'uso del burqua in Europa" (Prof. Giuditta Brunelli, ordinario di diritto costituzionale presso l'Università di Ferrara).

Anche per l'anno accademico 2009/2010 si è svolto il Corso Interdisciplinare Jean Monnet in tema di "Integrazione europea". Il Corso è stato organizzato dall'Università di Ferrara in Convenzione con l'Unione Europea, ed è stato tenuto dal Dott. Gaetano Donà, già Capo della Divisione "Riunioni de Capi di Gabinetto e dei Gruppi di Commissari" al Segretariato Generale della Commissione delle Comunità Europee a Bruxelles.

Si sono inoltre svolti i corsi dell'Istituto di applicazione forense, con numerose lezioni tenute da docenti della Facoltà di Giurisprudenza e da avvocati del Foro ferrarese.

Per l'A.A. 2009/2010 ci sono stati 19 studenti ERASMUS in entrata e 28 in uscita.

Silvia Schiavo

