Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova serie. Vol. XIX (2005)

Il 9 agosto è mancato Giovanni Battaglini. Tutta la Facoltà Lo rimpiange. La Redazione, accogliendo il Suo ultimo lavoro destinato espressamente agli *Annali*, intende offrire una testimonianza dell'affetto e della stima che colleghi ed allievi Gli hanno sempre manifestato. Testimonianza inadeguata rispetto al luminoso dono del Suo magistero ferrarese.

GIOVANNI BATTAGLINI

SOVRANITÀ – NON "POTESTÀ DI GOVERNO" (O SUPREMAZIA) IN DIRITTO INTERNAZIONALE

– richiamando Alberico Gentili e Hans Kelsen – (*)

SOMMARIO: 1. La sovranità fra soggetti anche non territoriali di diritto internazionale. — 2. Lo "*ius libertatis personalis*" internazionalmente illimitato *in generale*: salvo eccezioni che rispecchino la "*iustitiam partium*". Assolutismo solo interno della "sovranità-potestà di governo" (anche per Alberico Gentili). — 3. Il superamento del dogma della "sovranità-potestà di governo" già per Hans Kelsen (1920). — 4. Antigiuridicità internazionale di uno Stato o Governo statale universale (sia pure tendenzialmente), come per Gentili e Kelsen. Il "*monstrum*" di Byers. — 5. (segue) Fedeltà ai principii generali del diritto internazionale in tema di "sovranità-indipendenza", nella prassi. — 6. Inquadramento anche delle "Unioni" nell'ordine dei principii del diritto internazionale, e rifiuto della "cattiva" globalizzazione. — 7. Critica della pretesa "crisi delle sovranità" internazionalmente parlando. La riconduzione all'idea della sovranità-indipendenza come centro-propulsore di un diritto internazionale generale e continuo.

1. – Originariamente una sola riflessione della dottrina italiana (Mario GIULIANO) spezza la concezione ternaria dello Stato — potestà di governo popolo e territorio — del diritto pubblico interno applicata ai soggetti del diritto internazionale.

(*) Questo scritto è destinato, con le necessarie modifiche e integrazioni, alla sezione storico-giuridica del prossimo Convegno, a San Ginesio, del "Centro Internazionale di Studi Gentiliani".

Codesta breve riflessione ma d'importanza determinante è che il preteso diritto internazionale dello Stato sui sudditi ([1]), ancorché costituenti il suo popolo, "dovrebbe esplicare essenzialmente la sua funzione, in quanto ne abbia una, nel momento in cui i sudditi di detto Stato si trovino in un territorio appartenente ad uno Stato straniero ovvero, sotto certi aspetti, nel mare aperto e in territori "*nullius*" ([2]), nel mentre non v'è nemmeno un "diritto di libertà" riconosciuto internazionalmente agli Stati per "la potestà da ciascuno esercitata sui propri cittadini" nel proprio interno.

In definitiva, la giurisdizione *di mero imperio* al di qua del confine (nella ipotesi, che peraltro non è la sola, di confini statali d'un soggetto *territoriale* di diritto internazionale) ([3]), in concorso con il "dominio" in rapporto all'estensione dei diritti reali dello Stato, dal lato interno, corrisponde *internazionalmente* unicamente alla tutela della indipendenza del soggetto-Stato specie in rapporto alla funzione del confine (lo "*ius excludendi*") di singoli paesi o d'una loro unione ([4]). E la stessa nozione di sovranità territoriale come parte della nozione

---

([1]) Cfr. sulla costruzione c.d. *ternaria* V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. I *Anno Accademico 1960-61*, Padova (Cedam), 1962, pp. 55, 88 s., allineandosi "in via del tutto provvisoria, con la dottrina tradizionale". Sulla stessa concezione ternaria dello Stato si veda poi, ultimamente, la rappresentazione delle evidenze e qualifiche in gioco nel diritto interno, e le messe a punto di F. MODUGNO, *La dicotomia "Stato ordinamento"-"Stato soggetto" nel pensiero dei tre Maestri*, in Atti del Convegno di Studio per celebrare la Casa Editrice CEDAM (1903-2003): *"La Sovranità popolare" nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, a cura di Lorenza Carlassare, 19-20-21 giugno 2003 (Padova 2004), pp. 17 s., 29 ss., 35 ss., anche citando criticamente (nt. 32, a p. 32 e seg.) Rolando QUADRI per il rapporto giuridico fra lo Stato e i sudditi.

([2]) M. GIULIANO, *La navigazione aerea nel diritto internazionale generale*, Milano, 1941, pp. 86 ss., 90 s., 92, 95.

([3]) È qui il caso di sottolineare che - sia pure discutibile (come già per B. CONFORTI, *Lezioni di diritto internazionale*, Napoli 2ª Ed., 1982, p. 22) la natura di soggetto del diritto internazionale anche per il S.M.O.M., che appunto il Conforti considerava nient'altro che un *ordine religioso dipendente dalla Santa Sede*, avrebbe comunque da valere per l'ordine di Malta su presupposti di ben diversa funzione e distinta indipendenza già per la sentenza di Cassazione italiana del 3 maggio 1978, n. 2051, la "regola fondamentale della comunità internazionale", da dare sempre per acquisita pure riguardo ad altri soggetti internazionali non territoriali, "che attribuisce *ipso iure* la soggettività internazionale a qualsiasi organizzazione sociale effettivamente indipendente in tutto equiparata anche se priva di territorio a uno Stato". Del resto, anche per ultime sentenze conformi di Cassazione, e per altre persone internazionali, cfr., ora, R. LUZZATTO e I. QUEIROLO, *Sovranità territoriale, "Jurisdiction" e regole di immunità*, Cap. VI di *Istituzioni di diritto internazionale,* a cura di S.M. Carbone, R. Luzzatto, A. Santa Maria, 2a Ed., Torino (Giappichelli Ed.) 2003, pp. 216-218.

([4]) Per quanto la successiva dottrina non pare risalire compiutamente alla prima nozione della sovranità *negativa* o *verso l'esterno* di Vezio CRISAFULLI (si vedano, per tutti, gli *Atti del Convegno "La Sovranità popolare"*, cit.), nondimeno, a questo proposito, sembra dovuto il più preciso riferimento agli enunciati di codesto Maestro, *Diritto costituzionale* (*Appunti dalle lezioni*), Trieste, 1960, pp. 74, 84, e *Lezioni di dir.*

di "potestà di governo" o "d'imperio" viene così a cadere internazionalmente parlando. Se non lo si vede, è perché s'è impropriamente fissata l'attenzione alla supposta origine del diritto internazionale nel 1648 ([5]), facendo velo alla natura originaria dei rapporti internazionali come *intersignoriali* già nell'alto medioevo e secoli successivi fra varie potenze indipendenti anche non territoriali, *rectores* (come per la prima idea di Giuseppe BARILE) o prìncipi o città come della Lega Anseatica, quali enti del commercio internazionale in sé e per sé, e sempre "*superiorem non recognoscentes*", o sovrani quali *imperatores Romanorum* sulla

---

cost., Vol. I, Padova 1962, cit., pp. 87 ss., e *passim*, frase per frase, visto che "Come la parola stessa sta ad indicare, sovranità... significa... posizione di indipendenza da ogni altra, esterna, e di preminenza 'su ogni altra', nel proprio àmbito interno, dell'autorità dello Stato" (pag. 56) e "la esigenza di relativizzare la figura della sovranità è stata mostrata" dapprincipio "con speciale riguardo al l'aspetto della indipendenza (verso l'esterno)" (pag. 82). Ma occorre aggiungere... con riferimento al secondo aspetto, del resto intimamente connesso, della preminenza o supremazia all'interno" nel senso del "*rex superiorem non recognoscens*", che (pag. 87) "la cosidetta 'impenetrabilità' del gruppo (ordinamento) statale, vale a dire la sua esclusività", è quella "che è proprio sulla divisione del mondo tra Stati, che trova il suo ultimo e vero fondamento". Perciò "una tale esclusività, nella quale finisce per risolversi, agli effetti oratici, il moderno concetto della sovranità, va intesa, con riguardo allo Stato, in *senso storico* piuttosto che in senso logico; come effettiva possibilità di escludere dal proprio ambito qualunque altra autorità, piuttosto che come astratta pretesa a porsi come esclusivamente valido". Ed ecco il "difetto centrale della dottrina tradizionale nel non avvertire la duplicità di concetti, cui si riferisce abitualmente la parola Stato"; solo *sul piano interno* quella sovranità di cui si potrà dire finanche che "appartiene al popolo", per lo Stato che "legifera, amministra, impone tributi, chiama alle armi, è proprietario di certi beni, e via dicendo" ma è "qualcosa di diverso rispetto al gruppo statale complessivo": un "fenomeno statale complessivo" che, oggi, è una *organizzazione destinata a 'rappresentare' il popolo*, e in quanto tale verso l'esterno e fra le potenze su d'un piede di parità, nel loro *pluralismo* (*se internazionalmente parlando*), quale "può avere e storicamente ha avuto struttura semplicissima ed elementare" (pag. 89 e pp. 91-96) "fino a ridursi alla persona fisica del principe o del monarca".

([5]) Per la disanima di codesto dato *di prima impressione* — non approfondito, non rielaborato e ripetitivo — cui felicemente si sottraggono, ora in modo più intenso, ora più sfumato, autori come G. SCHWARZENBERGER, *International Law,* in "The New British Encyclopaedia" *Macropaedia*, 1981, Chicago-London, Vol. 9, p. 745; R. AGO, *Pluralism and the Origin of the International Community*, in "Italian Year Book of International Law", Vol. III (1977), specialmente pp. 3 ss., 10 ss.; G. BARILE, *Lezioni di diritto internazionale*, Padova, 1977, Cap. I, in ispecie pp. 15 ss., e *Lezioni di dir. intern*., Padova, 1983 pp. 19 ss., 22 s., per i vari *rectores* o *principes* "*superiores non recognoscentes*" sin dal medioevo, in ispecie dal sec. XII; G. ARANGIO-RUIZ, *L'Etat dans le sens du Droit des Gens et la Notion du Droit International*, Bologna, 1975 (Reprint, Vol. 26 O.Z.Ö.R.), soprattutto per i "potentati feudali semi-indipendenti", pp. 26, 343; L. FERRARI BRAVO, *Lezioni di diritto internazionale*, 3ª ed., Napoli, 1992, p. 20, quanto meno per una "dialettica di tipo internazionalistico" già in epoca (tardo)medievale, si veda da ultimo, complessivamente, la Parte prima ("La formazione della società internazionale nel medioevo", pp. 5-152) del mio *Il diritto internazionale come sistema di diritto comune*, Padova (Cedam), 1999.

base della elezione a "re di Roma" da parte dei prìncipi tedeschi ([6]). Sicché anche con riguardo a questi *"imperatores"* non vengono normalmente ([7]) in rilievo dei loro *sudditi* come "popolo" ma soltanto come *"liges"* nel *dominio diviso* interno — dominio *diretto* del signore e *dominio* utile dei sottoposti — nella *"ligantia"* secondo il principio *"Protectio trahit subiectionem" et "Subiectio protectionem"*: *"allegiance"* e protezione all'estero verso l'uno o l'altro dei soggetti fra loro internazionalmente in rapporto ([8]).

Di conseguenza è fuori luogo parlare di limitazioni giuridico-internazionali della *sovranità* o *"potestà di governo"* come tale, in quanto nozione puramente statale-interna, laddove semmai possono considerarsi i limiti del diritto internazionale, soprattutto convenzionale, non altro che alla corrispondente *libertà di fatto* dei soggetti primari per la loro *sovranità-indipendenza:* e ciò anche se la libertà del soggetto entro i suoi confini (in particolare il potere pubblico) dovesse restringersi più in generale nel rispetto della imparzialità fra le potenze (per l'appunto necessario ad osservare *di rigore* la *"iustitiam partium"*) ([9]).

([6]) Cfr. E. REIBSTEIN, *Das Völkerrecht der deutschen Hanse*, in "Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht", XVII (1956-1957), specialmente pp. 65 ss., 70 ss., 77; nonché, per lo *"imperator Romanorum"*, G. BATTAGLINI, *Il dir. internaz. come sistema*, cit. pp. 18 s., e nt. 37-38, e in particolare pp. 31ss., e nt. *ivi*, e *passim* Cap. I, Sez. § 1.

([7]) G. BATTAGLINI, *Ibidem*, pp. 28, 31-32 e 36 ss.; *Protezione diplomatica*, in "Enciclopedia Giuridica" Treccani, Vol. XXV (1991), p. 5, 1ª col., fra l'altro menzionando sotto il diverso profilo poi richiamato, più generale, G.G. LEIBNITZ, *Codex Juris Gentium Diplomaticus*, Guelferbyti, 1747, t. I, pt. I, con riguardo alle varie espressioni di Trattati dei sec. XII-XV, riferite ai "sibi alligatis & subditis", "mercatores & omnes homines", "homines de Terra", "loyaux hommes liges vrays sujets" soprattutto quali detentori di "beni" nel "dominio diviso" interno. Quest'ultimo, sempre sul presupposto della *'allegiance'* "come fatto interno" d'un rapporto di "dipendenza feudale", poi novato dalla relazione dei sudditi con il sovrano statale, ad es. in termini di "fedeltà-protezione fra *british nationals* e Corona d'Inghilterra, rileva anche per il diritto internazionale in rapporto ai beni dei sudditi protetti verso altri Stati. Ampiamente in argomento, per la protezione delle risorse tramite *"potestati subiecti"*, quale *dominio utile* di questi *"nationals"* e *dominio diretto* del Signore o Sovrano della proprietà nazionale ("sovereignty ownership" in sé per sé, fuori dai limiti territoriali), cfr. G. BATTAGLINI, *La condizione dell'Antartide nel diritto internazionale,* Padova (Cedam), 1971, pp. 251 ss., 256-261 con tutte le note *ivi*, di approfondimento specifico.

([8]) Ancora per il "dominio diviso" e il principio di fedeltà-protezione, G. BATTAGLINI, *Il riconoscimento internazionale dei principi generali del diritto*, in "Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione" Studi in onore di ROBERTO AGO, Milano (Giuffrè), 1987, I, pp. 119 s.

([9]) Cfr. G. BATTAGLINI, *An International Environmental Tribunal Between Law And Equity*, in *"The Global Community" Yearbook of International Law and Jurisprudence 2001*, Oceana Publ. Inc./Dobbs Ferry, New York, 2001, pp. 54 s., e L'equità *'infra legem'* nei giudizi internazionali, in *"Studi di diritto internazionale in onore di GAETANO ARANGIO-RUIZ", Napoli (Editoriale Scientifica), 2004, pp. 269 ss., 283 e nt.66 ivi*.

Ed ecco in che cosa si rispecchia internazionalmente, via via, la nozione di sovrana indipendenza dall'esterno, e non di sovranità eventualmente territoriale o potestà di governo nel proprio interno, per ciascuna potenza statale o non statale: non per nulla contro il dogma (interno) della sovranità o potere governativo stanno i casi che ne sono per il diritto internazionale l'indizio opposto tecnico-giuridico, a cominciare, ad esempio, da quello degli "omaggi in *marchia*" ([10]) a favore di una potenza *sovrana internazionalmente* nel senso della *sovranità*-"*indipendenza*"; ancorché il dominio *eminente* di un soggetto (per via della terra infeudata ad un'altra potenza) riguardasse la "potestà di governo" del '*suzerain*' (interna a quel primitivo rapporto di subordinazione feudale). In tal caso la fedeltà — la '*allegiance*' — dovuta dal secondo al primo soggetto non toglieva che — poniamo — il duca di Normandia "*non debet venire ad citationem regis Franciae nisi 'in marchiam'*". Vale a dire con la qualifica di marchio — "c'est-à-dire de seigneur de la frontière normande" ([11]), a significare nello *incontro* con il re di Francia, per l'appunto in un tratto di codesta "linea di demarcazione", presso un olmo quale albero di giustizia secondo un'antica consuetudine ([12]), la esclusione generale di ogni potere sovraordinato fra le rispettive potenze ugualmente sovrane per il diritto internazionale nel senso dello "*ius excludendi*" reciproco da interferenze ([13]).

E lo stesso era avvenuto per la sovranità internazionale del vescovo di Roma in quanto signore (o prìncipe) indipendente, *a parte* il governo del

---

([10]) Si veda, per tutti, J.F. LEMARIGNIER, *Recherches sur l'hommage en marche et les frontières féodales,* Travaux et mémoires de l'Université de Lille, *Nouvelle Série-Droit et Lettres*, XXIV, Lille (Bibl. Univ.), specialmente pp. 3 ss. e nt. 10, 5 e nt. 14, 39, 40 e nt. 29, 62, 103 ss., 109 e nt. 153, 111 e nt.157.

([11]) Cfr. G. BATTAGLINI, *Il diritto internazionale come sistema*, cit. pp. 111 s., per la nt. 312 (p. 112 in ispecie);e *Il riconoscimento internazionale*, cit, p. 121, nt. 43, e criticamente *ivi*, anche per R. BOUTRUCHE, *Signoria e feudalesimo*, voll. I e II, Bologna ("Il Mulino") 1974.

([12]) V. G. BATTAGLINI, *"Occupazione" diritto internazionale*, in "Enciclopedia del Diritto" vol. XXIX, Milano (Giuffrè), 1979, e nt. 10, *ivi*; oltre alla nt. 43 di *Il riconoscimento internaz.*, cit. Va aggiunto, in proposito, che l'olmo, come albero dal potere oracolore secondo Plinio, già per i Quiriti tutti durante la guerra contro i Cimbri, nel bosco sacro a Giunone, divenne "forse per una estensione del suo potere", nel Medioevo, insieme con la quercia l'albero sotto il quale si amministrava la giustizia" e *Giudici sotto l'olmo* "erano i magistrati senza tribunale che sedevano, appunto, ai piedi di questo albero piantato davanti alla porta del castello" e inoltre, di qui, l'espressione "aspettare sotto l'olmo... voleva dire che le parti in causa rifiutavano di presentarsi alla convocazione giudiziaria", A. CATTABIANI, "*Florario*" *Miti, leggende e simboli di fiori e piante*, Milano (Oscar Saggi Mondadori), 1998 (la ed. 1996, 12ª ristampa 2005), p. 672.

([13]) G. BATTAGLINI, *Il riconoscimento internazionale*, cit., p. 121; *Il diritto internazionale come sistema*, cit., p. 112.

papa-soggetto dell'ufficio della "cattedra di Pietro", quale organo-sovraordinato alla Chiesa, la Santa Sede nel proprio ordine (interno) ([14]). Questa sola "potestà di governo" (o supremazia della *cattedra*) non aveva a che vedere giuridicamente, per tutt'altro verso, con la sovranità-indipendenza della persona del papa "signore" fra i signori indipendenti (nel rapporto intersignoriale-internazionale), in armonia con il documento diretto al papa Silvestro II da Ottone III per dichiarare Roma "*urbus regia*" in funzione della "*political freedom*" di Silvestro-soggetto di diritto internazionale, senza peraltro rinunciare alla potestà di *governo imperiale* come esclusiva sovranità (interna) nell'àmbito delle otto contee dell'antico esarcato: e pur confermandone la donazione alla Santa Sede — ma, quale organo supremo della Chiesa — sotto il profilo del mero trasferimento (patrimoniale) del *dominium* (non dello *imperium*) in quelle contee al "*patrimonium Petri*" ([15]).

2. – Nell'ottica di Alberico Gentili il diritto internazionale (sulla cui esistenza fin dal suo secolo, il XVI, e — si direbbe — anche prima, egli non avanza dubbi) ([16]) non tiene in nessun conto di diretta, giuridica rilevanza, e non qualifica in nessun modo internazionalmente la sovranità dello Stato che si vuole, anzi, *assoluta* ma *solo* nel senso del pieno potere di governo *all'interno di un paese* (o "*signoria*" *nel paese*) ([17]).

([14]) La "Santa Sede" (*Santa cattedra* o *Seggio*) quale "metonimia" — figura retorica "come modo di dire con cui indichiamo il contenuto per il contenente" (Luigi ALICI, Introduzione, note e appendici per AURELIO AGOSTINO, *La città di Dio*, Ed. CDE su licenza Rusconi, Milano, 1995, XI (8), p. 524 — è in sé espressione bivalente: per vescovo di Roma, poi papa, persona sovraordinata alla Chiesa, come soggetto dello Ufficio della Cattedra di Pietro nel suo ordine interno (universale) e, distintamente, Signore o Principe indipendente, come soggetto di diritto internazionale, persona nell'ordine dei rapporti fra le potenze su d'un piede di parità; su cui cfr. la nt. 15 del mio *Istruzione religiosa e diritti umani*, in "Studi in onore di Pietro Bellini" (Ed. Rubbettino), 1999, pp. 44 s., con bibliografia adeguata specie per Bellini, e ripresa, per altro, da studi precedenti.

([15]) Cfr. K. HAMPE, *L'Europa nell'età medioevale*, Brescia (Moricelliana), G. BATTAGLINI, *Occupazione*, cit., pp. 708-709, e nt. 245, 246, 247, ivi.

([16]) Cfr. D. PANIZZA, *Alberico Gentili, giurista ideologo nell'Inghilterra elisabettiana,* Padova (La Garangola), 1981, p. 103.

([17]) Anche T. PERASSI, *Paese, territorio e signoria nella dottrina dello Stato*, in "Rivista di diritto pubblico" 1912, p. 152, la potestà di governo in un Paese sarebbe propria d'una *potenza di fatto* per il diritto; internazionale, ancorché protetta (in corrispondenza del suo ordinato svolgersi solo *nell'àmbito statale*) internazionalmente non altro che da un essenziale "diritto *di esclusione*". Del resto, già nella concezione romanistica, in argomento di sovranità, viene in conto all'interno di un Paese il mero *dato storico* che si definiva come "il fatto" ("*libertà di fatto*" dello Stato per la migliore dottrina, oggi) di "esercitare nei riguardi dei consociati (cioè di coloro che consentono di farne parte) una illimitata autorità": al che corrispondeva giuridicamente nei

Verso l'esterno non altro vale, invece, che lo "*ius libertatis personalis*" ([18]) senza limiti alla indipendenza (*sovereignty-independence)* da soggetto a soggetto, sulla base dello *ius civile* (più che del *common law*) anche per il Regno d'Inghilterra ([19]), salvo limitazioni di fatto indispensabili quando *i fatti* d'esercizio *di una sovranità statale "incidessero sulla sicurezza dei paesi vicini"* ([20]). Ed già l'idea del limite al c.d. dominio riservato (ora, quale competenza "domestica o nazionale, non per via di particolari normative contrattuali) ma *in generale* se storicamente se ne preannunci una conseguente destabilizzazione delle relazioni intersoggettive su d'un piede di parità, che rinneghi effettivamente la "*iustitiam partium*" ([21]).

Allora, dal punto di vista interno "acquistava significato di valore fondamentale di uno Stato bene ordinato" nell'accezione di Gentili la "istanza della pace civile e di un ordine politico centralizzato" sul cui fondamento, del resto, si poteva sviluppare la costituzione di Stati di sempre maggiori dimensioni come "nelle isole britanniche a partire dalla fine della guerra delle due Rose" ([22]). Ma

---

rapporti intersoggettivi (ovviamente, sotto questo profilo, *de iure gentium* ovvero internazionali il godimento, "correlativamente una assoluta indipendenza da ogni potestà esterna", A. GUARINO, *Diritto privato romano*, 6ª ed., Napoli, 1981, pp. 21-22. Le limitazioni ai c.d. *diritti sovrani* interni, costituzionalmente ammesse per fini di "adattamento" al diritto internazionale (come per l'art. ll seconda parte, nella Costituzione italiana, salvo sempre i principi eventualmente immodificabili, come per la prima parte dell'11, secondo L. CARLASSARE, *Conversazioni sulla Costituzione*, 2ª edizione, Padova (Cedam), 2002, pp. 88 ss., 183); ma ciò in nessun caso e in nessun modo limitante - anziché la *libertà di fatto* nel proprio interno - la sovranità nel senso del diritto internazionale: la sovrana indipendenza *reciproca* dei suoi soggetti.

([18]) Il suo riconoscimento da parte di Hugonis GROTII, *De jure belli ac pacis Libri tres* (Commentariis Henr. L.B De Cocceii), Lausannae, 1768, t. I (Cap. III, § XXIII, 2), p. 226, ne considera l'appartenenza "*sicut privato... ita... regi*" e "*quae libertas est civilia*" rispetto ai entrambi, anche se, per il secondo, effettivo nel suo esercizio dello *imperium* all'interno, distintamente dal "*dominium*".

([19]) Si vedano D. PANIZZA, *Alberico Gentili, giurista ideologo*, cit., pp. 166 s., e *Il pensiero politico di Alberico Gentili. Religione, virtù e ragion di Stato*, in "Politica e religione all'età delle guerre di religione", Atti del Convegno di Studi gentiliani, San Ginesio, maggio 1987, Milano (Giuffrè), 2002, pp. 176 ss.

([20]) D. PANIZZA, *Alberico Gentili, giurista ideologo*, cit., p. 110.

([21]) Quando, cioè, si rivelerebbe un "*international concern*" con un "carattere destabilizzante" se da ricondursi a "minacce attuali" per l'equilibrio "globale" della società internazionale (negato, però, ad es. nella questione Serbia-Kosovo da A. KISSINGER in "*Los Angeles Times*": "La Stampa" del 31 marzo 1999, p. 8). Cfr. sul tema, perfettamente approfondito in una grande opera generale G. ARANGIO-RUIZ, *Le domine réservé. L'Organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne*, Cours général in "Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye, t. 225 1990-VI), in particolare le pagine 122 ss., 133 ss., 135 ss., 138 ss., 345 ss., 351 ss., 403 ss., 459 ss., 463 ss.;e *passim*.

([22]) D. PANIZZA, *Alberico Gentili, giurista ideologo*, cit., p. 163.

questo ispirato dalla stessa logica dell'assolutismo sviluppato esclusivamente sul piano istituzionale "della inviolabilità del prìncipe sovrano e della sicurezza interna dello Stato" in un sistema puramente costituzionale, di diritto pubblico appunto *non internazionale*: e contro interventi di altre potenze vicine o lontane, sia pure in funzione di resistenza antitirannica ove non fosse, però, prevista nel medesimo ordine interno di un paese "sulla base del concetto di società umana universale" ([23]).

Il principio internazionale dominante rimane, intanto, sotto codesto profilo la *non interferenza* ([24]). Ma in proposito è stato pure messo in luce con particolare intensità e intelligenza interpretative che, per quanto al Gentili si rifiuti la dottrina della *traslazione della sovranità dal popolo al sovrano*, egli stesso riconosce che la superiorità di quest'ultimo "rispetto alla legge non significava esenzione dai dettami della legge divina e naturale e che la pienezza dei poteri doveva essere ordinata verso la giustizia e il bene comune ([25]). Ciò tanto più se vi fosse *controversia interna* "sul controllo del potere politico e in essa fosse coinvolta una parte consistente e organizzata dei sudditi" ([26]).

Ma tutto, pur sempre, sul piano interno — e non internazionale — senza escludere, peraltro, le conseguenze generali politico-sociali, fortemente allargate, per la società umana: "*Et quam si tollis societatem, etiam unitatem scindes humani generis, qua sustinetur vita. Atque si illeges nec facimus Principes, nullis legibus, nullis moribus devinctos: necesse est ut sint quoque, qui eosdem moneant officii, et constrictos, retineant*" ([27]). E tuttavia Alberico Gentili interpretava le eventuali espressioni della *lex regia* nello stesso ordinamento statale, per sé solo, riguardo ad una partecipazione social-popolare ai poteri interni, "come un'astuzia politica"; indi concludendo :"*Voluerunt principes velut a populo capere regnandi potestatem, quem omni*

([23]) F. Modugno, *La dicotomia,* cit. p. 64, sulla "resistenza collettiva" che sarebbe improprio riferire ad un "diritto" (secondo lo stesso Crisafulli), che, peraltro, il Crisafulli "esattamente" configura come "un modo di esplicazione della potestà spettante al popolo" e proprio "*sul medesimo piano della esplicazione della originaria potestà costituente*", ma da distinguere (secondo il Modugno) da una "esplicazione ordinaria della sovranità" trattandosi piuttosto, già per il Crisafulli, "di una rottura della legalità costituzionale". V., insieme D. Panizza, *Alberico Gentili, giurista ideologo*, cit., pp. 160-161, e nt. 55-58, *ivi*.

([24]) Sulla costanza del principio, R. Luzzatto e I. Queirolo, *Sovranità territoriale*, cit., § 1.1., e richiami, *ivi*, in definitiva per la non interferenza garantita dal diritto internazionale ai suoi soggetti come diritto *di esclusione* ('*sovereignty-independence*') che, se si tengono presenti solo quelli dotati di territorio, passa tuttora sotto il nome di "sovranità territoriale" (p. 188).

([25]) Ancora D. Panizza, *Alberico Gentili, giurista id*eologo, cit. p. 159.

([26]) *Ibidem*, p. 108.

([27]) *Ibidem*, p. 108, nt. 27.

exuerant potestate, ut eundem haberent ad servitium omne proniorem, qui et auctor suae servitutis extitisset" ([28]).

3. – L'idea che la sovranità come "potestà di governo" o d'imperio è nozione esclusivamente del diritto pubblico interno, e non internazionale ("*private law with large*") ([29]) sarà poi comunque, a distanza di secoli, attualizzata rigorosamente da Hans Kelsen (1920), con l'asserzione che anche "estendendo la sovranità dall'idea di Stato all'idea di diritto, e precisamente all'ordinamento giuridico identico allo Stato particolare, non si ricava praticamente niente per il rapporto tra lo Stato e il diritto internazionale"; anzi, deve riconoscersi che "sul fondamento ideale della 'sovranità dello Stato' non si può costruire nessun diritto internazionale" ([30]). La "sovranità" quale rapporto "verso l'interno" è, "infatti, per la sua stessa essenza un superlativo, precisamente un assoluto", nel mentre "lo Stato in un rapporto con gli altri Stati" deve riconoscersi "come ad essi paritario": "relazione decisiva *positiva* che si nasconde dietro la caratteristica negativa della 'indipendenza'... cui si pensa quando si dice che lo Stato è 'indipendente' da altri Stati con lo stesso significato di coordinazione giuridica" e con il "*punto di relazione*" nella "*autorità comune*" *che è il diritto internazionale* ([31]). Sicchè riprodurre parola per parola codesto pensiero di Kelsen riconduce all'unica posizione delle potenze statali e non statali quali soggetti di diritto interna-

---

([28]) *Ibidem*, p. 159, nt. 54, cui si possono ricollegare ultimamente, per un apprezzamento critico obiettivo, gli *Atti* del Convegno di Studio per la Cedam, Padova giugno 2003, "*La Sovranità popolare*", cit., *Conclusioni* di Valerio ONIDA, Presidente della Corte Costituzionale, pp. 256 ss., nel senso che anche "in nome della sovranità popolare sono stati commessi, e possono essere commessi, crimini ed arbitri uguali non maggiori, di quelli che nella storia sono stati commessi in nome dei sovrani contro i quali è nato il diritto costituzionale". Ed oggi "anche gli studi più recenti sui sistemi rappresentativi mettono sempre più in luce come si tratti di una finzione giuridica, quella dell'identificazione tra governanti e governati. Finzione per tantissimi aspetti", ed alcuni notissimi: il popolo è un sovrano muto... Può solo dire 'sì', o eleggere, ma non può parlare... forme di esercizio del potere che non sono riconducibili a questo mito dell'identificazione sono sotto gli occhi di tutti... sempre meno è possibile sostenere la finzione per cui ogni atto del potere pubblico è, direttamente o indirettamente, espressione della volontà poi del popolo" (pp. 258, 259).

([29]) Cfr. G. ARANGIO-RUIZ, *L'Etat dans le sens du Droit des Gens*, cit., pp. 357-360; quindi "tecnica un diritto privato" come già per l'opera di B. PARADISI, *Il problema storico del diritto internazionale*, Napoli 2ª ed., 1956.

([30]) H. KELSEN, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale* "Contributo per una dottrina pura del diritto" (*Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, Mohr, Tübingen, 1920), a cura - e traduzione italiana - di Agostino CARRINO, Milano (Giuffrè), 1989, p. 47.

([31]) *Ibidem*, p. 60.

zionale l'uno accanto all'altro come *pares* sul fondamento di quella libertà individuale che nell'àmbito della politica internazionale costituisce *l'immagine rovesciata dello imperialismo*, con il superamento del dogma della sovranità-potestà di governo: il cui concetto va radicalmente rimosso dalla esistenza di una '*civitas maxima*', di un ordinamento giuridico internazionale *naturalmente* sovraordinato (come "società naturale necessaria" ([32]), "che non dipende da nessun 'riconoscimento' al di sopra dei singoli Stati" ([33]). Questi, come ogni altro soggetto di diritto internazionale, "*superiorem non recognoscentes*" anche contro il pericolo di *egemonia* ([34]).

4. – La scelta di Alberico Gentili d'assolutizzare il potere d'imperio nella dimensione verticale del governo sui sudditi (meglio ancora sul "popolo") all'interno di ciascuno Stato non giustifica, d'altronde, nemmeno per Gentili l'uso verso l'esterno di codesta "sovranità", tanto meno per fini di *egemonia*: che sarebbe rottura della dimensione orizzontale dell'ordine internazionale fra soggetti su d'un piede d'uguaglianza, desequilibrante la coordinazione intersoggettiva, esaltante la supremazia sugli — e a danno degli — equilibri paritari ([35]). E proprio per questo riguardo Alberico Gentili non si sente d'escludere la resistenza al potere statale contro la egemonia spagnola sulla individualità dei Paesi Bassi in rivolta e mantenendo ferma la legittimazione dello intervento militare inglese. Infine è da presumere che, in simili casi, il diritto di resistenza andrebbe addirittura proclamato come salvaguardia del diritto internazionale per consentire di realizzarlo nei rapporti, appunto, fra soggetti indipendenti ([36]): sovranità-indipendenza, dunque, e non potestà sovrana o *"sovranità" puramente e semplicemente*.

Anche Kelsen, per parte sua d'accordo con Oppenheim, è contro una "evoluzione materiale del diritto internazionale" visto che "'lo Stato universale... sarebbe certo fisicamente possibile ma 'praticamente inutile e non auspicabile in qualsivoglia forma': esso 'porterebbe morte invece che vita'" e "Dalla faccia della terra scomparirebbe ogni libertà e per il genere umano non

---

([32]) *Ibidem*, p. 468.

([33]) *Ibidem*, p. 469.

([34]) Per uno "specchio della egemonia in una prima accezione moderna" dopo la c.d. "*Constitutio Westfalica*" del 1648, tutto a rischio della Germania in favore dei Regni di Francia e Svezia, con la previsione di loro "interventi"con usi della forza e di rottura, proprio per via di tale *interferenza*, con la continuità dei rapporti internazionali (intersignoriali) su d'un piede di parità fin dall'alto medioevo, cfr. G. BATTAGLINI, *Il diritto internazionale come sistema*, cit., pp. 224 ss.(anche a integrazione della nt. 5, *supra*).

([35]) V., in particolare, *infra*, nt. 44 per BYERS.

([36]) D. PANIZZA, *Alberico Gentili, giurista ideologo*, cit., p. 162.

resterebbe altro che il marcio e la putrefazione comuni nella rovina eguale per tutti" (LASSON) per via della "forza coercitiva" con cui i vari Stati verrebbero "subordinati" alla sovranità-potestà di governo d'un solo (o poco più) ([37]). Pertanto, se — a titolo di sovranità territoriale — "Il territorio abitato da un popolo su cui *per il momento* si estende il potere di uno Stato non è *un limite* assoluto per l'attività dello Stato", che "in normale evoluzione" tende ad estendere tale potere (la propria *supremazia*), le "ingerenze violente ed invasioni" che ne conseguano come inevitabile espressione di un "espansionismo che costituisce l'essenza dell'imperialismo" appaiono "antigiuridiche" ([38]).

Dal che si comprende come ormai sia legittimo dire sul piano scientifico e storico attuale che chiunque sia intervenuto "imponendo la propria forza come diritto e illudendosi di esportare la democrazia come un qualsiasi prodotto, per di più in assenza di concorrenza" ha diffuso "come un morbo l'idea che si potesse fare a meno dell'istanza del diritto internazionale e si dovesse dare compimento alla missione superiore di cui l'occidente sarebbe l'unico depositario" ([39]). Un occidente che, nei termini della attuale dottrina americana, è fondamentalmente gli Stati Uniti.

Fasti pensare che, forzando — a quanto sembra — in un complessivo schema odierno i contenuti dell'amplissimo volume di un autore tedesco (GREWE) sulle *Epochen der Völkerrechts-geschichte*, del 1984, per arrivare ad un "*single superpower*" dominante la società internazionale, si conclude, da Byers ([40]), senza ritorni alle linee tradizionali dei rapporti fra le potenze ([41]), che "*the considerable influence of the United States in this post-Cold War epoch might be changing the answers*" anzitutto "*to these questions*": "What are the general rules concerning the interpretation of Security Council resolutions? What are the general rules concerning the interpretation of treaties? How are rules of customary international law: in general made and changed? How does customary international law interact with treaties?" ([42]). E lo scopo,

---

([37]) H. KELSEN, *Il problema*, cit., p. 41.

([38]) *Ibidem*, pp. 466 ss.

([39]) E. BIANCHI, *L'apocalisse tra noi*, "La Stampa" del 15 maggio 2004, p. 26, 2ª col. (www.monasterodibose.it).

([40]) Si veda M.BYERS, *The Shifting Foundations of International Law: A Decade of Forceful Measures against Iraq*, in "European Journal of International Law" Vol. 13 (2002) Nº1, pp. 21-41.

([41]) È ispirata, passo per passo, da documenti originali, che bene si ricollegano ad uno schema di rottura continua e, al fondo, congelata alla Byers, la suggestiva *pièce* teatrale di Raffaella BATTAGLINI per il "Teatro Civile", Roma-Eliseo, serata del 21 marzo 2005 (www.studiperlapace.it), dal titolo: "*It's democracy stupid!*" dialogato fra un presentatore e personaggi sul "Project for the New American Century".

([42]) M.BYERS, *The Shifting Foundations*, cit., p.23.

riducendo *"the space for diplomacy and peaceful persuasion"* ([43]), che altro sarebbe se non di procurare agli Stati potenti *"a substantial advantage"* nello sviluppo del diritto internazionale consuetudinario? E ciò in modo che i potenti e gli autori di questi potenti possano manifestare il loro interesse nell'alterare il principio della 'sovrana eguaglianza': "a principle which operates, in a multitude of contexts to constrain the law-making influence of the powerful". E le stesse costrizioni che appaiono dalla Carta delle Nazioni Unite sarebbero meno rilevanti "if one accepts... that powerful states count more than weak states in the development of customary rules" *secondo regole che sarebbero* esse stesse *"customary in character"* ([44]). Ne sortirebbe il risultato di procedimenti legali pertinenti a singole *super-potenze*, con la conclusione logica di un diritto internazionale *spezzato*: "an international legal system shaped by and for the dominant state" e la conseguenza — evidentemente auspicabile per Byers — "that the strengthened authority of the international community *will be most severely tested by the considerable power and law-making influence of the United States"* ([45]).

5. (Segue) – A questo punto, peraltro, se si vuole evitare il peggio, va di nuovo privilegiata la dottrina dei principii internazionali generali e comuni dei soggetti, con sicuri riflessi tradizionali nella prassi, che toglie invece spazio internazionalmente ([46]) all'idea di una sovranità-potestà di governo dominante e alla sua espansione fra le potenze.

L'applicazione di questi principii — a partire dal tèma della indipendenza eguale e sovrana — è notoriamente di vecchia data già quando si assume che nell'isola di Palmas (decisione dell'arbitro Huber del 1928) la "sovereignty in the relation between States signifies independence": che, in particolare "it serves to divide between nations the space upon which human activities are employed" ([47]).Ciò sempre nei rapporti di vicinato lungo la linea divisoria

---

([43]) *Ibidem*, pp. 30 s.

([44]) *Ibidem*, p. 38.

([45]) *Ibidem,* pp. 40-41.

([46]) Per TEXTOR, *Synopsis juris gentium*, Basel (ed. von Bar), 1680: *The Translation* by John Pawley Bate, Washington D.C., 1916 (*Carnegie Institution*), II, p. 65, "private ownership of land is derived from the Primitive Law of Nations, called by some... the Law of Nature", ma nello *Jus gentium methodo scientifica pertractatum* di Christian WOLFF (Francofurti et Lipsiae), 1764, II — Cap. III, 282, p. 97, *"jus gentium naturale ab eo, quod voluntarii, pactitii et consuetudinarii est, acourate distinguitur"*, nell'applicare, dunque, la volontà giurisprudenziale in senso ampio ai principii di generale uso a seconda delle circostanze dei casi singoli (v. la nt. 153 del mio *Il diritto internazionale come sistema*, cit., Parte seconda, p. 204).

([47]) V. G. BATTAGLINI, *La condizione dell'Antartide*, cit., con i richiami e gli sviluppi di p. 109 ss.

delle rispettive presenze, reciprocamente in modo eguale fra gli enti territoriali (Stati) o non, quali soggetti di diritto internazionale che si escludano come "*superiorem non recognoscentes*" dall'una e dall'altra parte. Il fatto dell'esercizio da parte di un singolo di codesti soggetti della potestà di governo *in loco* (territorio o *sede*), per quanto regolata sotto qualunque profilo nel suo ordine interno, non ha viceversa valore di per sé internazionalmente come sovranità, e neppure *da soli* i fatti di dominio nell'acquisto e la conservazione del proprio potere pubblico. E perciò, ad esempio, né l'Argentina né il Cile avevano potuto far valere codesti *fatti* e/o l'esercizio della loro relativa amministrazione di governo quali sovranità per il diritto internazionale a titolo di *supremazia*, in alcuna zona dell'Antartide, per quanto vi tenessero un'amministrazione di servizi come quello postale, o meteorologico, o la giurisdizione del controllo su basi di caccia alla balena, di sudditi propri, e così via ([48]). E lo stesso non si è potuto far valere dal Marocco (o dalla Mauritania) nel Sahara Occidentale ove la rispettiva potestà di governo — l'*imperium* — e/o il *dominium* si esplicava, magari, solo su basi o missioni isolate come per il Cile e l'Argentina, appunto, nell'area antartica, mai stabilendo una reciproca esclusione, tra potenze finitime, dalle loro effettive presenze. Queste, infatti, non raggiungevano alcuna consistenza materiale sino a proteggersi da interferenze lungo le linee di confine. Lo "*ius excludendi alios*" o *sovranità-indipendenza* era, anzi, in quei casi inattuabile nell'avvicendarsi, intersecarsi, scavalcarsi di gruppi umani di varie appartenenze statali in movimento nell'intera area, con possessi qua e là di pozzi, oasi, cimiteri nel deserto, propri di questo o quel gruppo ([49]). Così secondo il parere consultivo della Corte Internazionale di Giustizia (1975).

Tutt'altra è l'ipotesi se la presenza di potenze (quali i governi coloniali in Africa del diciannovesimo secolo) nella loro consistenza materiale si escludevano l'un l'altro da una rete di confini intorno alle loro entità ancorché decentrate dalle metropoli. Questi erano addirittura *appositamente predisposti* dalla Dichiarazione di Berlino del 1885 sull'acquisto delle colonie africane con le relative garanzie del diritto di sovranità-indipendenza: internazionalmente per via del suo esercizio quale "*ius libertatis personalis*" nelle rispettive funzioni "*d'un pouvoir local responsable*" fra i *vicini* in rapporto ([50]).

E se ne sono avuti effetti anche per la Groenlandia orientale; la sovranità internazionale panamense entro gli originari confini pur nell'area della potestà di governo a suo tempo trasferita pienamente agli Stati Uniti *per la Zona del Canale*; la prospettiva di una continuità della potestà di governo di

---

([48]) *Ibidem*, pp. 63, 67 s., 205 ss., e G. BATTAGLINI, *Antartide*, in "Enciclopedia Giuridica" Treccani, 1991, pp. 5, 6, 8-1ª col.

([49]) G. BATTAGLINI, *Occupazione*, cit., §§ 8-9, e note *ivi*.

([50]) *Ibidem*, pp. 702 ss.

Taiwan, da Kuomintang ad entità autonoma della Repubblica di Cina senza più lo "*ius excludendi*" *da confini* d'un soggetto di diritto internazionale ([51]).

6. – Da una politica dell'Unione di Stati non scaturisce, comunque, quella che oggi, da varie parti, viene impropriamente qualificata a tale riguardo come *crisi* delle *sovranità* di diritto internazionale o avvento della *globalizzazione* pensando a limiti della "*potestà di governo*" in senso proprio, e semmai pure a limitazioni, sempre all'interno, del *dominium* sorretto dallo stesso potere pubblico (lo *imperium* a sua volta limitato) ([52]).

All'incontro, però, è da dire sùbito che persino in una Federazione, come nell'ipotesi tipica degli Stati Uniti d'America, codesto potere d'imperio e il dominio anche per fini di diritto privato, ma nell'interesse pubblico interno, e l'ordinamento giuridico che li regola sono propri di ciascuno Stato membro, non titolare della sovrana indipendenza, non soggetto di diritto internazionale, mentre lo è il Governo federale cui non corrisponde uno Stato territoriale. Esso non ha e non ha mai avuto territorio proprio — se non "coloniale" o "delle dipendenze" — ma esclusivamente la sua *sede* nel *distretto federale* quello di Columbia per gli Stati Uniti) ([53]): e perciò non si va incontro alla contraddizione di Jellinek, e della dottrina corrente, di considerare — come secondo Kelsen è da criticare — la insistenza di *due* Stati territoriali, federato singolo, di paese in paese, e federale — uno per tutti — in ordine al medesimo territorio ([54]). Viceversa il governo federale americano figurava, del resto, all'origine addirittura nell'àmbito interno più ristretto, come sovraordinato al

---

([51]) *Ibidem*, p. 703, 2ª col., oltre alle pp. 667-669, lª col., per Panama; e per Taiwan; G. Bocca, *Tra Cina e Taiwan equilibrio pericoloso*, "L'espresso 31 marzo 2005, p. 13; cfr., insieme, Taywan, in "*Britannica Book of the Year 1998*", Events of 1997, p. 486 — 3ª col, e 487 — 1ª col. in ispecie, e *Britannica Book of the Year* 2000, Events of l999, p. 497 — 1ª col.

([52]) Sul tema della "crisi" della sovranità, v. ora, significative e giustamente articolate, le "*Conclusioni*" di V. Onida, cit., al Convegno "*La sovranità popolare*", p. 257 s., ma che non sembrano conformi alla dimensione internazionale in base all'idea di sovranità "come abito giuridico del potere" (p. 257, appunto) e stante l'affermazione di H. Kelsen, del 1920, *infra* nt. seguente.

([53]) Si vede allora, meglio, come prescindendo dalla nozione di territorio (totale) dello Stato (o piuttosto Governo "federale-soggetto" di diritto internazionale), si possa ribadire con Hans Kelsen, *Il problema*, cit., p. 469: da un "oggettivo ordinamento giuridico internazionale" che esiste senza alcun "riconoscimento" da parte di singoli Stati "il concetto di sovranità deve essere radicalmente rimosso", pure in una "ulteriore evoluzione della comunità giuridica internazionale... in una *civitas maxima* — anche nel senso politico-materiale di questo termine"; e, però (è il caso di aggiungere) sempre che non si vada al di là della irrefutabile *tradizione*. Cfr. già *supra*, il testo con le nt. 32-34.

([54]) H. Kelsen, *Il problema della sovranità*, cit., p. 110 e nt. 35 *ivi*.

solo c.d. *commercio interstatale* ([55]): eppure lui solo come *potenza indipendente* soggetto di diritto internazionale l'appunto a differenza degli Stati (federati) con potestà (interna) di governo.

Vero è solo che se ne diversifica il caso della confederazione, per cui si può richiamare ancora Alberico Gentili per le caratteristiche di una unione da lui concepita *de iure gentium*, da definirsi altresì nell'ordine interno per la dimensione allargata del centro di governo nella concentrazione di strutture adeguate a una supremazia dell'attività confederale: la quale, a parte l'*imperium* e il *dominiun*, si presenta anche *verso l'esterno* ([56]). Essa pure è assolutizzata dal Gentili nell'autorità *al vertice*, come tale, nonché nel contenuto delle volontà-potestà dei singoli Stati partecipanti alla unione ([57]). Ma, tuttavia, tutti anche *indipendenti* nei loro particolari rapporti *inter sese* e con le altre potenze, sempre fermi i vari obblighi internazionali che ne limitino — a ben guardare — non la sovranità, internazionalmente parlando, ma le *libertà* di fatto rivolte all'esercizio dei poteri interni e limitate effettivamente per il diritto interno attraverso l'adattamento di questo all'internazionale nello stesso *esercizio necessario della propria libertà* ([58]).

Ciò, beninteso, senza escludere la preminenza storico-politica eventuale di una delle potenze della unione nelle scelte d'accordo con le altre su d'un piede di *parità giuridica*, come costituenti strutture destinate a raggruppare e orientare i sovrani unionisti, tutti, agli scopi comuni, per l'appunto tra *iura propria* e *ius commune* - per così dire — "confederale" (GENTILI; SPINOZA) ([59]).

([55]) Il Presidente della Corte Suprema dal 1801 al 1835, John Marshall, enunciò in termini energici la dottrina del nazionalismo: "In guerra siamo un popolo solo. Nel concludere la pace siamo un popolo solo. In tutti i rapporti commerciali siamo un solo ed unico popolo... e il solo governo cui spetta di controllare e di amministrare i suoi interessi, per tutti questi aspetti, è il governo dell'Unione": S.E. MORISON and H.S. COMMAGER, *Storia degli Stati Uniti d'America*, vol. I, Firenze ("La Nuova Italia" Editrice), 1960/1961, p. 602.

([56]) Sul modello dello "*Staatenbund*" e complessivamente per i problemi della diversità tra Stato federale e Confederazione, si vedano le pagine brillanti — meditate e complete — di A. BARBERA, *Sovranità popolare e istituzioni europee — "Tavola Rotonda"*, in *Atti* del Convegno "*La sovranità popolare*", cit., pp. 304-314, fra cui specialmente 308, 309 ss., 312 s.

([57]) Cfr. A. WIJFFELS, *Alberico Gentili e l'unione anglo-scozzese: alla ricerca di una nuova matrice per il discorso politico*, in *Atti del Convegno "La soluzione pacifica delle controversie internazionali"*, Nona Giornata Gentiliana, San Ginesio 29-30 settembre 2000, Milano (Giuffrè), 2003, pp. 163, in nota, 169 s., e ALBERICI GENTILIS, *Regales Disputationes tres*, II: *De Unione Regnorum Britanniae*, pp. 60, 67, 68.

([58]) Cfr. la nt. 17, *supra*.

([59]) ALBERICI GENTILIS, *Regales Disputationes*, cit., II, *Quis non intelligit, unionem regnorum esse de iure gentium, qui de gentiù monarchiis, de quattuor illis celeberrimis audiuit? Monarchia est diuersorum regnorum collectio in UNUM."* (p. 43); "*Est sextum (argumentum) quia per unionem res probè aduersùm extérnos cóponitur*" (p. 57); "'*Vir*

Là non è questione di *globalizzazione* intesa con accento nuovo rispetto al diritto internazionale, ma d'intensificarsi, proprio sotto quei profili, della cooperazione, sì da interagire in un vicendevole confronto positivo e costruttivo in favore delle più strette esigenze umano-sociali, economiche, ambientali da perseguire tempestivamente grazie alla unione piuttosto che con iniziative separate, pattizie, solo di pochi ([60]).

Globalizzazione, per contro, è parola che suona ben diversamente se si pensa ad una impostazione della egemonia (come proposta da Byers) su scala universale, in una prospettiva di pericolo per la stessa continuità dei rapporti delle potenze piccole e grandi *inter pares*, internazionalmente sempre indipendenti e impermeabili nella preferenza attuale per i loro sistemi di governo interni (questi e nessun altro) ([61]), per cui ciascuno ha di regola lo *ius libertatis personalis* solo nel rispetto della libertà degli altri. Ciò lascia ovviamente che gli Stati siano aperti *liberamente*, appunto, e *pacificamente* ad una loro evoluzione

---

unita magis infinita'. Quae umita sunt, maioris precii sunt" (p. 87). (Nunc primùm in lucem editae, *Londini* Apud Thomam Vautrollerium MDCV; BARUCH de SPINOZA, *Traité de l'Autorité Politique*, pp. 15-16: "Les nations, ayant conclu ensemble un traité... ont le droit désormais de trancher les questions qui surgissent à propos, soit des clauses de paix, soit des conventions légales au respect desquelles elles ont mutuellement engagé leur parole. Car la législation... dépend non d'une seule nation, mais de toutes celles ayant participé au traité"; e così, "Plus les nations qui ont conclu ensemble un traité de paix sont nombreuses, moins chacune est redoutable séparément, puisque la puissance guerrière de chacune est diminuée en proportion. Au contraire, l'obligation où chacune se trouve de respecter les clauses d traité de paix est d'autant plus impérieuse; en d'autres termes, l'indépendance de chacune est moindre, chacune devant se conformer à la volonté générale de plus nombreux alliés". (SPINOZA, *Oeuvres Complètes*, Texte nouvellement traduit ou revu, présenté et annoté par Roland Vaillois, Madeleine Francès et Robert Misrahi, Ed. Gallimard à Etampes "*Bibliothèque de la Pléiade*", 1962: Traité, cit, Chapitre III, pp. 942-943. Ad ogni modo, vedi anche un'opera classica di Tomaso PERASSI, *Confederazione di Stati e Stato federale-Profili giuridici*, Manoppello/Abruzzo (Armando Di Fabio Ed.), 1910: I. *Alleanza e Confederazione,* in ispecie i 3 e 4; II. La struttura della Confederazione, in particolare i §§ 1 e 2.

([60]) L'elevarsi del livello quantitativo e qualitativo degli interessi statali collettivi soprattutto in materia sociale ed economica, degli scambi culturali e della informazione, della natura e dell'ambiente sollecita la interdipendenza interstatale, sempre però da risolversi sul piano internazionale mediante i procedimenti di adattamento al diritto che si voglia far valere internazionalmente da ogni singolo Stato nel proprio interno. E ciò anche se si volesse guardare l'insieme, pure in virtù delle Costituzioni statali, una forma di "*monismo strutturale*" (impropriamente detto). Oggi la 'buona' globalizzazione? Per cui si confronti R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Palermo (Ed. Priulla), 1949, p. 35.

([61]) Per il principio di non interferenza con i regimi interni, v., significativamente, oltre a G. BATTAGLINI, *Diritti umani, autotutela e interventi armati*, in Annali Univ. di Ferrara, Sc. Giur. Nuova Serie, Vol. XIV (2000), pp. 14-17 e note *ivi*; lo stesso, *Guerra al terrorismo* "extra moenia" *autotutela e responsabilità*, in *Annali* cit., vol. XVII (2003), p. 13 e nt. 48-49.

costituzionale, magari da favorire sul piano della informazione ma non solo *a parole*, quand'anche *la parola* sia "*democrazia*" ([62]).

7. – La traslazione ai rapporti internazionali anche dell'idea di sovranità "popolare" (quante volte demagogicamente intesa!) in una dimensione interna sempre più allargata, magari a un intero continente, sottoposta ad un *imperium* al vertice *possibilmente il più alto* — si voglia dirlo addirittura in termini di "globalizzazione" ([63]) — favorisce, quella conclusione di una pretesa "*crisi delle sovranità*" singole, molteplici e multiformi, alla quale troppo — e troppo spesso — si concede tanto da politici quanto da studiosi verso una prospettiva futura (ma quale se non la "egemonia"?) nel — o contro — l'ordine internazionale vigente sin dall'antico ([64]).

L'avvento di una dimensione verticale imperiale senza i meriti di assorbimento civile reale, paritario e multicentro delle genti come per l'impero

---

([62]) Certamente esempi non mancano — e li si vada ad esaminare puntualmente con questa citazione — per la domanda: "Cosa questo abbia a che fare con la democrazia lo sa solo Dio e solo Dio sa chi abbia mai deciso di attribuire all'occidente l'esclusiva del *copyright* sulla democrazia tanto da volerla esportare... Il *nobel* Amartya Sen nel suo libro *La democrazia degli altri* ricorda tutti gli esempi di democrazie realizzate da Stati asiatici e smonta la tesi che la democrazia sia un prodotto unicamente occidentale. Il percorso sarà diverso per chiunque lo intraprenderà, non ci potrà essere ovviamente un solo modo di informare o un solo modo di scrivere, ma siamo sicuri che solo sbarazzandoci di tutte le menzogne e le ipocrisie che hanno riempito ed annoiato il sistema informativo internazionale ed in particolare quello del nostro paese... sarà possibile ritrovare il filo delle parole, degli interessi, dei giorni che oggi, sommersi di trasmissioni quiz, servizi di costume ed elencazioni di morti, hanno perso il senso del loro percorso e si sono pietrificati in un presente da incubo", MAURIZIO TORREALTA, *'Formare per informare'-Ricominceremo dal pavimento*, in "Fondazione Internazionale" Lelio Basso, Anno X, n. 2, 3-4 aprile 2004, pp. 4-5 conclusivamente.

([63]) Sulla "globalizzazione" cattiva, cfr. L. BONANATE, *Capire il mondo: globalizzazione e guerre oggi*, in "Democrazia e diritto" *Ancora di globalizzazione* (trimestrale del Centro di Studi e iniziative per la riforma dello Stato), n. 1-2004 anno XLII, p. 96, per la "globalizzazione non... benevola, come poteva sembrare", pp. 98 s., sulla globalizzazione che "globalizza tutto, anche la guerra" e su di una "pacificazione del mondo" che "ha scatenato il circuito della globalizzazione... *sbilancio*... contrapposizione con l'immagine che l'Occidente voleva accreditare"; p. 100, per la imposizione di una "democrazia *american style* — una caricatura della storia?", e finalmente pp. 101 ss., per la dimensione che più ha "valore di simbolo, ahimè inquietante": (p. 104) "guerra, terrorismo e globalizzazione si confondono nel mercato della violenza armata" e "si riunificano intorno alla privatizzazione della guerra, questa terribile nuova dimensione della globalizzazione" — "una nuova tappa della storia dell'umanità o una sua ricaduta all'indietro?".

([64]) Si veda il volume, tutto utilmente provocante, di Danilo ZOLO, *Cosmopolis. Prospects for World Goverment* (Translated from the Italian by David Mc Kie, Cambridge U.K. (Polity Press), 1997.

romano, non sempre in linea con speculazioni unilaterali quali invece son date — o si profilano — ai tempi nostri (vuoi per delle estensioni africane quali la Somalia, vuoi per l'Afganistan o l'Irak, o la Palestina da sempre) significa, infatti, assolutismo sovrano di una o poche potenze ([65]).

Ciò risponde ad un disegno universale da contrastare fortemente per il diritto internazionale medesimo, a salvaguardia della sua continuità in una *società naturale necessaria* osservante di regole *comuni* ispirate a *principii generali*, per l'appunto "*de iure gentium*" ([66]): il cui centro propulsore è l'idea della "*sovranità-indipendenza*", la sola da considerare internazionalmente e consolidare.

E che questo sia anche il fine e l'impegno leale della dottrina!

([65]) Per l'impero romano, cfr. sinteticamente "*Dalla 'terra patria' al cosmopolitismo*, pp. 80-81 La Storia-4. *Dall'Impero Romano a Carlo Magno*, La Biblioteca di Repubblica (UTET - Consulenza e coordinamento scientifico: Massimo L. Salvadori); inoltre H.J. GEHRKE, *Breve Storia dell'Antichità,* trad. di Giovanna Turrini, Milano (Ed. Mondolibri su licenza Einaudi), 2002, specialmente Cap. X, da p. 206, in ispecie 220 ss. E per tutti i casi attuali: la "*Guida del Mondo*" *Il mondo visto dal Sud* 2003/2004, Bologna (Editrice Missionaria Italiana), 2004, per i Paesi in ordine alfabetico; *Encyclopaedia Britannica 2001 Book of the Year*, e 2002, 2003, 2004; *Events* of 2000-2003, o volumi precedenti e aggiornamenti successivi.

([66]) Si veda la Parte Seconda – "La formazione del diritto degli enti indipendenti, specialmente i suoi Capitoli II e III, del mio *Il diritto internazionale come sistema*, cit.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova serie. Vol. XIX (2005)

BALDASSARE PASTORE

VERITÀ E "GIUSTO PROCESSO"

1. *Le scelte nel processo*

Il processo si pone come "luogo" emblematico, da un punto di vista sociale e giuridico, nel quale opera la supposizione che la giustizia sia realizzata tramite procedure (1).

Sicuramente risultati giusti dipendono da procedure giuste (nel senso di corrette e controllabili), talché la giustizia della procedura può essere considerata *una* delle condizioni di giustizia della decisione. Ma non può certo essere assunta come la sua *unica* condizione (2). La decisione è da considerare giusta solo se sono soddisfatte altre condizioni, che si pongono come congiuntamente necessarie. Queste riguardano la soluzione della *quaestio juris,* ossia la correttezza della scelta e dell'interpretazione della regola giuridica applicabile, e un accertamento attendibile, veritiero, dei fatti rilevanti del caso (3).

---

(1) M. TARUFFO, *Giustizia, procedure e processo*, in "Ragion pratica", 9, 1997, pp. 145-149.

(2) Scrive M. TARUFFO, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 290: "Il processo... non ha in sé, ossia nelle regole procedurali, alcun meccanismo di predeterminazione del suo esito, anche se ovviamente lo svolgimento concreto e specifico del singolo processo condiziona in vario modo il contenuto della decisione finale". Si veda, sul tema, anche P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, Zanichelli, Bologna, 2005, pp. 67-71. Per dirla con Rawls, il processo esemplifica il modello della giustizia procedurale *imperfetta*, che si ha quando esiste un criterio indipendente per decidere quale risultato sia giusto, ma la procedura utilizzata, se pur costruita in vista del conseguimento di tale scopo, non garantisce in maniera certa l'esito giusto. L'esemplificazione rawlsiana si riferisce propriamente al processo penale. Cfr. J. RAWLS, *Una teoria della giustizia* (1971), trad. it. di U. Santini, revisione e cura di S. Maffettone, Feltrinelli, Milano, 1997^6, spec. pp. 85-86.

(3) Si veda, sul punto, TARUFFO, *Sui confini*, pp. 224-226, 289-292. Al riguardo, comunque, va sempre tenuto presente l'intreccio tra *quaestio facti* e *quaestio juris*,

La funzione del giudice è quella di giudicare sulla base di norme (riconducibili al diritto vigente) che collegano determinate fattispecie a conseguenze giuridiche. Il giudizio, pertanto, presuppone l'accertamento dei fatti al fine di appurare se la fattispecie è stata o no integrata. Da questo punto di vista, l'attestazione della verità dei fatti su cui si controverte non è in sé e per sé il fine ultimo del processo ma costituisce un presupposto per poter adeguatamente decidere quale sia la norma applicabile al caso concreto ([4]). Se, infatti, si ritiene che una delle funzioni principali del diritto sia quella di dirigere la condotta dei destinatari delle norme, deve, allora, anche sostenersi che sono le descrizioni di tali condotte quelle che entrano nel ragionamento giudiziale ai fini dell'applicazione delle norme ([5]).

L'attività processuale prende le mosse da una situazione di incertezza. Si tratta di superarla, operando una scelta relativa, oltre che all'individuazione dei materiali giuridici vigenti da adattare alla circostanza della vita da regolamentare e all'interpretazione da dare a tali materiali, alla costruzione del caso, ossia alla determinazione selettiva degli elementi giuridicamente rilevanti. Tale incertezza, da un lato, attiene strutturalmente alla difficoltà di connettere direttive normative e situazioni concrete (opera, cioè, nella fase di "avvicinamento" e di realizzazione della "coincidenza" tra "fattispecie astratta" e "fattispecie concreta"); dall'altro lato, ha a che fare con la difficoltà epistemologico-cognitiva riguardante la descrizione e la ricostruzione degli eventi oggetto della controversia.

L'indagine giudiziaria è tesa a individuare, all'interno di limiti temporali — posto che il giudizio deve ad un certo punto concludersi — gli elementi che consentono di decidere quali tra gli eventi incerti presi in considerazione siano da considerare come "veri". Il vero, qui, risulta da un'"informazione parziale". Infatti, per ragioni legate alla stessa struttura della deliberazione pratica, è sempre presente un margine d'incertezza legato alle modalità ed agli esiti delle acquisizioni probatorie che rendono possibile l'illazione di eventi del passato a partire dal presente. Si decide basandosi su quelle informazioni che risultano disponibili e reperibili. Il vero, dunque, è costi-

---

nonché il carattere "fluttuante" della linea della loro demarcazione. Cfr. R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, seconda edizione, Giappichelli, Torino, 1992, pp. 52-54; B. PASTORE, *Controllo in Cassazione e giustificazione della decisione giudiziaria*, in "Ragion pratica", 1, 1993, p. 223; P. RICOEUR, *Diritto, interpretazione, applicazione*, in "Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica", 1, 1996, pp. 197-198; D. RUGGIU, *Prova, processo e interpretazione. Un'ipotesi di ricostruzione del giudizio*, in "Annali dell'Università di Ferrara - Scienze Giuridiche", XVII, 2003, pp. 241-243.

([4]) Cfr. M. BAYLES, *Principles for Legal Procedure*, in "Law and Philosophy", 5, 1986, p. 39; G. UBERTIS, *Prova (in generale)*, in "Digesto delle Discipline Penalistiche", X, Utet, Torino, 1995, pp. 298-299.

([5]) J. FERRER BELTRÁN, *Prova e verità nel diritto*, trad. it. di V. Carnevale, Il Mulino, Bologna, 2004, pp. 23, 83, 117.

tutivamente approssimativo, è sempre contingente, probabile, plausibile e relativo "allo stato delle conoscenze ed esperienze compiute in ordine alle cose di cui si parla". Si tratta, allora, di un vero "*per quanto ne sappiamo*, ossia rispetto all'insieme delle conoscenze confermate che possediamo" ([6]).

La procedura deliberativa, pertanto, è espressione di una razionalità situata. Essa ha a che fare con percezioni di problemi, raccolta ed elaborazione di informazioni, previsioni e valutazioni delle conseguenze, che riguardano la particolarità della situazione e rimandano ad attività di selezione, di discernimento e di scelta compiute in stato di incertezza ([7]).

2. *Indagine giudiziaria e contraddittorio*

Nel processo si svolge un'attività indagativa che procede da una situazione incerta e problematica per costituirne invece una certa e determinata, attraverso una procedura di attestazione della verità che sottopone a prova le ipotesi di soluzione sostenute nella controversia ([8]). La verità conseguibile giudizialmente, a partire dal riconoscimento dell'intrinseca limitatezza dei dati relativi agli accadimenti di cui si dispone e delle restrizioni che incontra il procedimento conoscitivo, è quella connessa alla ricostruzione fattuale specifica, imparziale, pertinente ed accurata, che presenta un grado di attendibilità tale da giustificare la decisione.

La verità, in questo ambito, costituito da una rete di vincoli normativi e fattuali che circoscrivono l'attività giudicatrice, si caratterizza come *verità probabile*, nel senso che essa, conseguibile in un contesto di finitezza, qual è quello proprio della prassi, può essere asserita quando l'insieme degli indicatori offerti a sostegno di una ipotesi relega ogni altra ipotesi alternativa in un campo di possibilità tanto remoto da apparire assolutamente irrilevante.

([6]) Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 2002[7], pp. 23 (da cui traggo le citazioni), 26-27, 107-108.

([7]) H.T KLAMI, J. SORVETTULA, M. HATAKKA, *Truth and Law. Is, Ought, Reasoning*, in "Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie", LXXV, 1989, p. 429 ss.; L. VANDERVORT, *Empirical Uncertainty and Legal Decision Making*, in E. BULYGIN, J.-L. GARDIES and I. NIINILUOTO (eds.), *Man, Law and Modern Forms of Life*, Reidel Publishing Company, Dordrecht/Boston/ Lancaster, 1985, p. 251 ss.

([8]) TARUFFO, *Sui confini*, cit., pp. 239-240, 252 ss., 257 ss., 269 ss. Come sottolinea lo stesso Taruffo (*La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 63), con il termine "prova" si indica riassuntivamente l'insieme degli elementi, delle procedure e dei ragionamenti per mezzo dei quali la ricostruzione dei fatti viene elaborata, verificata e confermata come "vera". Possiamo parlare, dunque, dell'esistenza di un nesso strumentale tra prova e verità. Sul tema, in generale, v. B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 139-147.

Il vero appare, dunque, costitutivamente approssimativo, relativo allo stato delle conoscenze disponibili e, nascendo dal confronto e dall'esame critico degli interessi coinvolti e delle ipotesi di soluzione avanzate, ha un carattere decidibile e dialettico, poiché emerge a partire da una ricerca probatoria che sorge dal (e vive nel) conflitto, che, a sua volta, va eliminato attraverso l'intervento del giudice ([9]). Esso, inoltre, ha un carattere normativo, in quanto è *conseguito nel giudizio*, inteso come "luogo" processuale ed è ivi cercato ed acquisito con il rispetto di norme e procedure, che, in tal modo, lo convalidano; è *derivato dal giudizio*, inteso come attività di ricerca e di formazione della decisione; *si manifesta tramite il giudizio*, inteso come decisione che ha per esito un accertamento (in ultima istanza definitivo) con valore vincolante ([10]).

Nel processo il giudice svolge un'attività conoscitiva diretta a ricostruire, a partire da certi accadimenti noti e con le informazioni raccolte, una situazione concreta verificatasi in precedenza e della quale egli non ha, né può avere, esperienza diretta. Si tratta di far ricomparire presente quello che è passato; di far rivivere il passato e ripresentarlo come presente. In questo senso è legittimo affermare che il processo ha un carattere eminentemente ermeneutico. Nel processo si realizza, infatti, una appropriazione di ciò che è estraneo e distante. La coscienza ermeneutica mantiene una tensione tra orizzonte del passato e orizzonte del presente e permette la comprensione di un passato.

Gli eventi su cui verte il processo, in quanto elementi linguisticamente trasmessi, esigono, per essere compresi, una trasposizione che si concretizza in una mediazione, operata dall'interprete, del passato con il presente. All'evento è legata una richiesta di senso che si presenta come un tentativo di padroneggiamento dell'evento stesso e di riduzione del suo aspetto erratico da parte dell'interprete. Il giudizio, in quanto attività che adempie alla funzione di identificare con precisione azioni e comportamenti e di attribuire responsabilità (individuali) ad essi collegate, è un modo specifico con cui all'interno dell'esperienza giuridica si sottraggono gli eventi all'oblio.

([9]) Sull'intreccio, tipicamente esemplificato nel momento processuale, tra logica del probabile, del verosimile, dell'opinabile e logica del dialogo, della discussione, della controversia cfr. S.C. SAGNOTTI, *Forme e momenti del ragionare nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 8, 86 ss.

([10]) Cfr. G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 129; FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 34; TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 54 ss.; PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, cit., p. 269. Sull'idea che nell'attività giurisdizionale vive la tensione tra il principio della certezza del diritto e la pretesa di prendere decisioni giuste v. J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (1992), trad. it. e cura di L. Ceppa, Guerini e Associati, Milano, 1996, pp. 234-236. Si tratta, infatti, di "soddisfare simultaneamente criteri di certezza giuridica e di accettabilità razionale". Ivi, p. 285.

L'evento si presenta, nella sua temporalità, novità, singolarità, non ripetibilità, contingenza, come evento storico ([11]), la cui comprensione è sempre una ricostruzione. È, così, sottratto all'oscurità del passato ed è ricostruito nei suoi particolari concreti, compresi nella loro dimensione spaziale e temporale, e nella loro rilevanza attuale, entro l'unità di senso dell'esperienza giuridica, al fine di una definizione normativa della situazione giuridicamente assunta come "caso".

Tutto il processo è, come abbiamo visto, una mediazione tra passato e presente ed è volto a ricostruire — determinandone nel presente e per il futuro le conseguenze giuridiche — azioni passate imputabili a soggetti identificati, che ne risultino responsabili. Il giudice, così, indaga in ordine all'esistenza degli elementi che consentono di parlare di imputazione, intenzionalità, responsabilità delle azioni.

Nel processo, pertanto, si viene a realizzare per eccellenza una relazione ermeneutica del giudice con il passato. Ed è in questo ambito di discorso che acquista rilievo l'affinità, più volte sottolineata, tanto da diventare quasi un luogo comune, tra ricostruzione giudiziale del "fatto" e ricostruzione storiografica ([12]).

Il riconoscimento dell'analogia tra indagine giudiziaria e indagine storiografica trova il suo argomento fondamentale nella attenzione, comune ad entrambe le pratiche, agli eventi relativi alle azioni umane, non direttamente

---

([11]) Cfr. P. RICOEUR, *Tempo e racconto*, vol. I (1983), trad. it. di G. Grampa, Jaca Book, Milano, 1986, pp. 148 ss., 305 ss.

([12]) L'equiparazione tra le due attività viene compiutamente formulata negli anni trenta in Italia, nell'ambito della polemica contro la tradizionale raffigurazione logicistica del giudizio giurisdizionale, assumendo alcune istanze della filosofia idealistica, nel quadro della discussione sulle scienze idiografiche e nomotetiche. I punti di riferimento sono: G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione* (1937), Cedam, Padova, 1964^2, pp. 111 ss., 128 ss.; P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico* (1939), ora in ID., *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, vol. I, Morano, Napoli, 1965, p. 393 ss. Sulle premesse di tale equiparazione nella dottrina italiana del secolo scorso v. M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 45 ss., anche per i riferimenti bibliografici. Alla fine degli anni '60, in un mutato contesto culturale, l'accostamento tra attività del giudice e attività dello storico è stato riconsiderato, avendo come orizzonte concettuale l'approccio metodologico della storiografia analitica, da M. TARUFFO, *Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche*, in "Rivista di diritto processuale", XXII, 1967, p. 438 ss. Sulla raffigurazione dell'attività del giudice come attività storiografica, tra la vasta letteratura, rinvio solo a: CH. PERELMAN, *La specificità della prova giuridica* (1959), in ID., *Diritto, morale e filosofia*, trad. it. di P. Negro, Guida, Napoli, 1974, in particolare p. 130 ss.; K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico* (1968), a cura di A. Baratta, trad. it. di A. Baratta e F. Giuffrida Répaci, Giuffrè, Milano, 1970, pp. 70, 72, 74; W. TWINING, *Some Scepticism about Some Scepticisms*, in "Journal of Law and Society", 11, 1984, pp. 138 ss., 154 ss.; P. RICOEUR, *La memoria, la storia, l'oblio* (2000), trad. it. di D. Iannotta, Raffaello Cortina, Milano, 2003, pp. 455-471.

esperiti dall'osservatore, presi nella loro unicità, concretezza, particolarità e nella connessa attestazione della loro verità. Possiamo parlare di una pretesa veritativa che accomuna le due attività e di una somiglianza legata a problemi epistemologici di ordine generale, che comunque trovano, nelle due pratiche, specifiche, peculiari articolazioni ([13]).

Il giudizio giurisdizionale, considerando in particolare l'ambito del c.d. "giudizio di fatto", si avvicina all'indagine storica, caratterizzandosi come attività che, appoggiandosi a prove, seleziona, valuta e attribuisce senso ad eventi. Ciò avviene entro un contesto istituzionale che riguarda le modalità di svolgimento della controversia, le procedure attivate per la sua soluzione, il complesso delle finalità proprie dell'attività giudiziale, i mezzi predisposti affinché si possano individuare gli elementi utili per formulare il giudizio, i controlli esplicati, entro l'orizzonte del discorso giuridico in cui il 'fatto' acquista senso. Entrano in gioco, qui, le garanzie sintetizzabili nella formula del "giusto processo".

Questa formula indica riassuntivamente una serie di diritti fondamentali attinenti alla procedura giudiziaria, riecheggiando il *due process of law* della tradizione giuridica anglo-americana ([14]), e racchiude princìpi e caratteristiche che devono essere rispettati al fine di avere una decisione che renda giustizia. Si tratta di idee-cardine del processo, portato di una precisa opzione culturale, che trovano terreno anche nella storia costituzionale europea del Novecento ([15]). Tali garanzie, benché già consacrate nella Costituzione italiana con riferimento alla giurisdizione, all'azione, al diritto di difesa ([16]), trovano una espressa enunciazione nel nuovo art. 111 (introdotto dalla legge cost. n. 2 del 1999), che si allinea alle fonti internazionali e sovranazionali sui diritti umani (si considerino, ad esempio, gli artt. 8, 10, 11 della Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948; l'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950; l'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e

---

([13]) Sul punto, più ampiamente, PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, cit., pp. 132-139; TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., pp. 310-315.

([14]) Si veda, in proposito, V. VIGORITI, *Due process of law*, in "Digesto delle Discipline Privatistiche", sez. civ., VII, Utet, Torino, 1991, pp. 228-233.

([15]) Cfr. N. TROCKER, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il «giusto processo» in materia civile: profili generali*, in B. CAPPONI e V. VERDE (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il «giusto processo» in materia civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2002, pp. 29-30; G. TARZIA, *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, in "Rivista di diritto processuale", LVI, 2001, pp. 2-7.

([16]) S. CHIARLONI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, in "Rivista di diritto processuale", LV, 2000, p. 1011; V. CAIANIELLO, *Riflessioni sull'art. 111 della Costituzione*, in "Rivista di diritto processuale", LVI, 2001, pp. 43, 47; M. CHIAVARIO, *Giusto processo: II) Processo penale*, in "Enciclopedia giuridica", XV, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2001 (Aggiornamento), p. 2; L.P. COMOGLIO, *Etica e tecnica del "giusto processo"*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 52-54, 93-94.

politici del 1966), dove sono enumerati in modo inequivocabile i requisiti del processo *fair* o *équitable* ([17]), caratterizzato, in quanto tale, dalla presenza del contraddittorio tra le parti, le quali, in condizioni di parità davanti ad un giudice terzo e imparziale, partecipano al suo svolgimento in maniera informata e consapevole, nelle modalità di un'interazione dialettico-discorsiva, entro un lasso temporale adeguato alle vicende processuali ([18]).

Il principio del contraddittorio caratterizza strutturalmente la *fairness* processuale. Un aspetto di tale principio è costituito dal diritto di difesa, posto che, ove mancasse la possibilità di difendersi, non vi sarebbe spazio per la dialettica tra parti contrapposte, che si "fanno sentire", potendo esporre le ragioni proprie e controbattere quelle avversarie. Il principio del contraddittorio, però, assume una valenza che riguarda non solo la situazione dei portatori di interessi in conflitto, ma anche l'assetto della giurisdizione, collegandosi alla necessaria presenza di un organo giudicante "terzo", indipendente ed imparziale, che decide dopo aver ascoltato le parti su ogni questione di cui è investito ([19]). Il contraddittorio, comunque, presenta un essenziale valore euristico-epistemologico, in ragione della considerazione del metodo dialettico come quello migliore finora escogitato per l'accertamento della verità degli enunciati fattuali formulati dalle parti ([20]), in quanto presupposto per poter adeguatamente decidere quale sia la norma applicabile al caso concreto ([21]).

([17]) COMOGLIO, *Etica e tecnica del "giusto processo"*, cit., pp. 156 ss., 165 ss.; G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Raffaello Cortina, Milano, 2000, pp. 7-8; E. AMODIO, *Processo penale, diritto europeo e common law dal rito inquisitorio al giusto processo*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 131-151, il quale vede nel riconoscimento del "giusto processo" formulato nell'art 111 Cost. "il frutto di una riscoperta del giusnaturalismo processuale" (ivi, pp. 134, 140).

([18]) L'art 111 Cost. parla di "durata ragionevole" del processo assicurata dalla legge.

([19]) Non va dimenticato, infatti, che l'essenza del contraddittorio sta proprio nel confronto di argomenti su ogni tema decisorio, nella pratica comunicativa espressa dalla regola dell'*audi et alteram partem*. Così FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 62.

([20]) Sull'idea che "il metodo dialettico rappresenta finora quello migliore escogitato dagli uomini per stabilire la verità degli enunciati fattuali, in qualsiasi campo e specialmente in quello giudiziario" v. G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale. I. Principi generali*, Utet, Torino, 2004, p. 84. Cfr. J. H. WIGMORE, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. V, Little, Brown and Company, Boston, 1940^3, p. 29.

([21]) Cfr. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, cit., pp. 35-37. Il contraddittorio, dunque, è *sulla* prova, ma anche *per* la prova. Cfr. CHIAVARIO, *Giusto processo: II) Processo penale*, cit., pp. 6, 16 ss.; V. GREVI, *Spunti problematici sul nuovo modello costituzionale di «giusto processo» penale (tra «ragionevole durata», diritti dell'imputato e garanzia del contraddittorio)*, in "Politica del diritto", XXXI, n. 3, 2000, pp. 430-434. Propriamente, pur caratterizzando il "contraddittorio delle parti, in condizioni di parità" come garanzia strutturale di ordine oggettivo concernente la giurisdizione, l'art. 111

Il "giusto processo", pertanto, si configura come categoria ordinante di portata generale, clausola di giustizia procedurale, espressione della cultura giuridica della legalità nell'odierno Stato di diritto (22).

3. *La costruzione dei fatti*

La determinazione dei fatti giuridicamente rilevanti avviene in funzione delle norme che il giudice ritiene applicabili e del significato (guidato dal riferimento ai fatti) che alle norme viene assegnato. I fatti, d'altro canto, non sono *dati*, ma *costruiti*. Si danno attraverso catene di segni, di trasformazioni semantiche, di relazioni pragmatiche, di interpretazioni. Sono il risultato dell'attività probatoria svolta dalle parti, e della valutazione delle prove operata dal giudice. I fatti, o, meglio, gli enunciati sui fatti, fanno riferimento a costruzioni categoriali o culturali. Il loro significato è sempre, dunque, determinato in modo contestuale, sia qualora si abbia a che fare con accadimenti empiricamente verificabili (23), sia qualora gli eventi siano socialmente costruiti e accadano entro ambiti sociali specifici, sofisticati e complessi. Ciò non toglie che di un enunciato fattuale si possa predicare la verità o la falsità e che esso possa essere oggetto di prova nel processo (24), possa cioè essere dimostrato in giudizio (25).

Cost., al 4° comma, afferma che (solo) il processo penale "è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova". Si vedano, al riguardo, le osservazioni di COMOGLIO, *Etica e tecnica del "giusto processo"*, cit., pp. 63-74. Scrive G. DI CHIARA, *Ragionevolezza e processo penale. Un'indagine attraverso i paradigmi dell'elaborazione della prova in contraddittorio*, in "Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica", 7, 2002, p. 414: "al contraddittorio in senso soggettivo, scolpito dall'art 111, 3° comma, Cost. ed eminentemente inteso quale diritto dell'imputato di confrontarsi con il suo accusatore, si contrappone il contraddittorio in senso oggettivo, inteso quale metodo per la formazione della prova, cui allude l'art. 111, 2°, 4° e 5° Cost.". Così, il profilo metodologico cui si riferisce ora l'art. 111 Cost. si sostanzia nel contraddittorio *per* la prova.

(22) Cfr. COMOGLIO, *Etica e tecnica del "giusto processo"*, cit., pp. 41-42, 45-46, 52.

(23) Va sottolineato, comunque, che i fatti empirici costituiscono soltanto il "materiale grezzo" che viene utilizzato per le più varie costruzioni sociali, valutative, simboliche, categoriali. Così TARUFFO, *Sui confini*, cit., pp. 303-304.

(24) TARUFFO, *Sui confini*, cit., pp. 277-285. Sulla conoscenza dei fatti nel processo rinvio a M. GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1999. Sull'uso delle conoscenze scientifiche per la determinazione della verità dei fatti nel processo, nella letteratura più recente, v. S. HAACK, *Truth and Justice, Inquiry and Advocacy, Science and Law*, in "Ratio Juris", 17, n. 1, 2004, pp. 15-26.

(25) Sulla funzione dimostrativa (conoscitiva) della prova cfr. TARUFFO, *Sui confini*, cit., pp. 305-328; A. CARRATTA, *Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio)*, in "Rivista di diritto processuale", LVI, 2001, pp. 73-103. Si veda inoltre UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, cit., pp. 43-50.

L'accertamento dei fatti, in ogni caso, non significa solo attestare la loro verità storica, posto che essa non è riducibile ad un rispecchiamento di una realtà trascorsa, ad una sua riproduzione "oggettiva". Significa, invece, definire la loro portata giuridica. Non va dimenticato che nel processo la rilevanza dei fatti (e dei relativi enunciati) si definisce in funzione delle conseguenze giuridiche che ad essi possono essere ricondotte ([26]). L'ordinamento costituisce l'orizzonte entro cui il giudice si colloca, definendone le aspettative di senso condizionanti lo svolgimento e l'esito dell'indagine. Al giudice, infatti, è affidato un decisivo compito qualificativo della situazione giuridica e coattivamente risolutivo della controversia, che ci rammenta la natura pubblica e legata all'autorità del diritto e del giudizio.

L'accertamento processuale di come si sono svolti *veramente* i "fatti" non implica allora, esclusivamente, un giudizio di natura storica circa l'andamento degli eventi. La ricostruzione "fattuale" richiede che gli elementi rilevanti siano ricondotti ai concetti costruiti nelle fattispecie legali. Il giudice, nel suo apprezzamento delle circostanze concrete, sottopone tali circostanze al filtro interpretativo ed alla selettività valutativa della precomprensione e della comprensione giudiziale, al fine di costruire quel rapporto tra 'fatti' concreti e fattispecie legale ritenuto corretto e adeguato a risolvere il caso.

Si può dire che l'attività giudiziaria presenta solo in parte aspetti propri della ricerca storiografica. E ciò in ragione della specificità della controversia giudiziale e delle modalità della conoscenza prodotta nel processo. Il modello dialettico del giudizio giurisdizionale riguarda, infatti, verità relative attinenti al conflitto tra opposti interessi. Tali verità si rivelano nella controversia, e per mezzo di essa, e implicano, da parte del giudice, la ricostruzione e la valutazione di eventi ed accadimenti a partire da un quadro probatorio che si definisce in un costante rapporto dialettico tra le parti ([27]). Una delle peculiarità dell'attività di ricostruzione compiuta dal giudice consiste, d'altra parte, proprio nel fatto che essa si presenta nei termini della disputa, talché la verità si scorge solo in un prisma in cui la sua luce si riflette passando attraverso i filtri ineliminabili dell'attività argomentativo-probatoria delle parti ([28]). Qui si radica la possibilità di operare una sorta di universalizzazione del sapere giudiziario e, così, di recuperare l'universalità dell'attestazione del vero. Per una singolare eterogenesi dei fini, che appare come caratteristica specifica del giudizio giurisdizionale, la parzialità e l'intenzio-

---

([26]) TARUFFO, *Sui confini*, cit., p. 285.

([27]) P. FERRUA, *Difesa (diritto di)*, in "Digesto delle Discipline Penalistiche", III, Utet, Torino, 1989, p. 486.

([28]) Sul punto, con specifico riferimento al processo penale, v. R. ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", XLI, 1998, pp. 452 ss., 476 ss.

nalità interessata del singolo soggetto si convertono in edificazione del momento cooperativo intrinseco al diritto e nella riaffermazione della capacità di quest'ultimo di tendere alla verità. Si può affermare, al riguardo, che la prassi processuale manifesta un *surplus* di significato rispetto al comportamento linguistico di chi vi partecipa, con riferimento alla competizione tra prospettive diverse, rinviante — posto che, in quel complesso reticolo discorsivo a più voci che è il processo, ciascuna parte punta a raggiungere una decisione ad essa propizia — al confronto tra ragioni concorrenti sottoposte al vaglio intersoggettivo al fine di confermare come corrette le pretese di validità avanzate ([29]).

La verità è da considerare come il risultato del parallelogramma delle forze che interagiscono nello svolgimento processuale ([30]). Essa si pone come esito della controversia, rivelandosi *nella* e *per mezzo* della controversia. La ricerca della verità richiede un procedere argomentativo che implica una giustificazione delle ipotesi interpretative attraverso una serie di elementi probatori che le suffraghino, sottoponendo a controllo tutte le versioni plausibili di un dato accadimento ([31]). La plausibilità di una ricostruzione dipende dalle garanzie che le singole prove apportano alle diverse ipotesi esplicative. Da questo punto di vista, la verità storica attestata nel processo va intesa come verosimiglianza e plausibilità di un racconto sostenuto da prove ([32]).

Le prove risolvono l'incertezza che caratterizza le ipotesi sui fatti, permettendo di uscire dallo stato di ignoranza cognitiva tipico delle ipotesi iniziali. Esse vanno confermate o falsificate da elementi di conoscenza, acquisiti nel corso dell'*iter* processuale, che possono modificare lo stato epistemico di partenza, producendo, attraverso integrazioni e/o revisioni successive, un incremento di informazioni idonee a formare un convincimento — razionalmente fondato sulle conoscenze assunte — relativo alla verità di un enunciato su un fatto e, dunque, a formulare uno stato epistemico finale nel quale si compendiano le vicende e le variazioni provocate dall'ac-

---

([29]) Cfr. D. CANALE, *Inferenzialismo semantico e ragionamento giuridico*, in "Ragion pratica", 25, 2005, pp. 327, 333; F. VIOLA - G. ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2003, pp. 225-227.

([30]) Così UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, cit., p. 54. Cfr., in argomento, anche F. MACIOCE, *La lealtà. Una filosofia del comportamento processuale*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 223-231.

([31]) In questa prospettiva si può dire che la nozione di verità è *normativa*, risultando legata a criteri epistemici di valutazione e giustificazione delle asserzioni. Sul punto rinvio a P. ENGEL, *Verità. Riflessioni su alcuni truismi* (1998), trad. it. di G. Tuzet, De Ferrari, Genova, 2004, pp. 62, 92-93.

([32]) RICOEUR, *Tempo e racconto*, vol. I, cit., pp. 190, 263. Si veda, inoltre, J. CALVO GONZÁLES, *La verdad de la verdad judicial. Construcción y régimen narrativo*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", LXXVI, 1999, pp. 28 ss., 34 ss.

quisizione e dalla verifica delle prove (33). Così, la veridicità del convincimento è "una funzione di diversi fattori, tra cui principalmente la quantità e la natura degli *inputs* probatori acquisiti, nonché la correttezza e l'attendibilità delle valutazioni e delle inferenze formulate dal giudice del fatto" (34). Un ruolo essenziale, qui, è giocato dalla motivazione, dove, al fine del controllo delle scelte operate, sono presentate le ragioni che giustificano la decisione e che, dunque, assolve al compito di far sì che la sentenza esibisca la propria validità e giustezza (35).

4. *Tensione veritativa*

Il giudice deve sempre ricostruire un passato che fu *reale* (36). Di fronte al passato, la nostra capacità di comprendere è minata. Ci imbattiamo non sem-

---

(33) Al riguardo, più ampiamente, TARUFFO, *Sui confini*, cit., pp. 252 ss., 258 ss., 269 ss. Sulla nozione di "stato epistemico", come insieme di proposizioni che descrivono lo stato delle conoscenze di un soggetto in un dato momento, si rinvia a P. GÄRDENFORS, *Knowledge in Flux. Modeling the Dynamics of Epistemic States*, MIT Press, Cambridge, Mass. - London, 1988, pp. 9 ss., 21 ss.

Sulla prova come mezzo attraverso il quale il diritto pretende di determinare la verità delle proposizioni nell'ambito del processo v. FERRER BELTRÁN, *Prova e verità nel diritto*, cit., pp. 33-34. Invero, come è noto, il termine "prova" fa riferimento sia ai mezzi attraverso i quali si deducono prove a favore di una determinata decisione, sia all'attività consistente nella deduzione di prove a favore di una determinata decisione, sia al risultato dell'assunzione delle prove quanto alla conferma o alla smentita di una determinata ipotesi relativa ai fatti. La disciplina giuridica della prova, a sua volta, può essere distinta in tre sottoinsiemi: il primo si compone delle regole sull'attività probatoria (regole che stabiliscono l'inizio e la conclusione della fase probatoria del processo, le forme di assunzione delle prove, l'iniziativa probatoria, ecc.); il secondo è composto dalle regole sui mezzi di prova (ammissibilità, esclusione, ecc.); il terzo sottoinsieme di regole sulla prova è relativo al risultato probatorio e si riferisce ai sistemi di valutazione della prova (prudente apprezzamento del giudice, prove legali). Ivi, pp. 29-30, 46-56.

(34) TARUFFO, *Sui confini*, cit., p. 270. Sulle inferenze, di natura abduttiva, deduttiva e induttiva, operanti nella dinamica processuale e nel ragionamento giudiziale, cfr. G. TUZET, *Abduzione: quattro usi sociologico-giuridici*, in "Sociologia del diritto", n. 1, 2004, spec. pp. 124-129. Dello stesso autore v. *Le prove dell'abduzione*, in "Diritto e questioni pubbliche", n. 4, 2004 (http:/www.dirittoequestionipubbliche.org), in particolare § 2 e § 4.

(35) Cfr. F.M. IACOVIELLO, *Motivazione della sentenza penale (controllo della)*, in "Enciclopedia del diritto", Aggiornamento, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 750-799; M. TARUFFO, *Motivazione della sentenza civile (controllo della)*, in "Enciclopedia del diritto", Aggiornamento, vol. III, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 772-788; PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, cit., pp. 251-264.

(36) Sulla realtà del passato v. P. RICOEUR, *Tempo e racconto. Vol. 3. Il tempo raccontato* (1985), trad. it. di G. Grampa, Jaca Book, Milano, 1988, pp. 184 ss., 213 ss.

plicemente nell'ignoranza ma anche nell'estraneità. Il problema, allora, riguarda la vittoria sull'estraneità nella ricostruzione degli eventi trascorsi. Le prove servono essenzialmente per tale ricostruzione ([37]) e rimandano a procedimenti esplicativi che consentono quel "padroneggiamento degli eventi", il quale, nel contesto giudiziario, nella peculiarità e nei vincoli specifici delle regole e delle forme processuali, attraverso il confronto ed il controllo dialettici, si struttura nella ricerca di un grado il più possibile accurato di informazione ad essi relativa, come necessario contributo alla determinazione della loro rilevanza giuridica ed alla loro trasformazione nelle circostanze che identificano il caso.

Ogni processo, in quanto definisca un tema storico (ossia non di finzione), ha la pretesa di accertare i "fatti reali" e si impegna alla "verità", che è quella connessa ad acquisizioni e ricostruzioni specifiche, pertinenti, accurate, complete, e che rinvia alle modalità di relazione tra intenzionalità della ragione e intelligibilità del reale, e all'accordo tra le nostre conoscenze possibili e una realtà che è già nell'orizzonte del linguaggio. Tale accordo, peraltro, non è una passiva riproduzione di un dato, ma si configura a partire da un'attività di elaborazione interpretativa e ricostruttiva ([38]). In questo senso si può dire che la verità processuale si pone come forma particolare di verità storica.

Va sottolineato, pertanto, che il riconoscimento della verità, benché non rappresenti, nel processo, un valore assoluto, potendosi talora trovare posposto ad altri valori (sia processuali che extra-processuali), e benché sia contrassegnato da vincoli connessi alla presenza di regole giuridiche, alla opinabilità e contingenza dell'oggetto, all'informazione parziale di cui si dispone, alle restrizioni che incontra l'impiego degli strumenti conoscitivi, ai limiti temporali posti dall'obbligo di decidere, partecipa della razionalità e della giustizia della decisione giudiziaria, ponendosi come elemento della sua giustificazione e come aspetto connesso alla specifica legittimazione dell'attività giurisdizionale.

Va detto, però, che il conseguimento della verità nel processo non è affatto garantito, pur essendo uno degli obiettivi di una amministrazione della giustizia che voglia essere *rectus ordo*.

La verità degli accadimenti oggetto della controversia va ricercata ma, per ragioni di economia giuridica (certezza dei rapporti e delle azioni, garanzia della coesistenza, composizione pacifica dei conflitti), arriva il momento della decisione definitiva. Allora: *res iudicata pro veritate habetur*. Il giudicato, così, attraverso il passaggio dei diversi gradi del giudizio fino all'ultima

---

([37]) Come sottolinea G. VERDE, *Prova legale e formalismo*, in "Il Foro Italiano", 1990, V parte, c. 465, "la prova individua qualsiasi strumento capace di far rivivere nel presente un avvenimento passato. Essa costituisce, cioè, un tramite o un ponte tra passato e presente".

([38]) Cfr. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, cit., pp. 266-267.

istanza, blocca la discussione che potrebbe trascinare indefinitamente la lite. La ricerca della verità viene fermata e l'accertamento giudiziale conseguito vale in quanto *presunto vero* ([39]).

Secondo un orientamento presente nella cultura giuridica, l'applicazione del brocardo esprimerebbe la consapevolezza che parlare di verità dei fatti nel processo è improprio e fondamentalmente irrilevante. Essa sarebbe solo un'apparenza, una finzione illusoria. Nel processo i fatti sarebbero "tenuti per veri in quanto decisi". La verità, allora, è quella "stabilita dall'autorità con la sua decisione" ([40]). Qui può operare lo scarto tra certezza e verità e si possono porre le basi di un dualismo tra verità giuridica e verità (storica) dei fatti, tra verità formale e verità materiale ([41]). L'esito di una simile prospettiva, però, potrebbe essere quello di un decisionismo processuale che assume il modello potestativo di un giudizio "senza verità" rimesso all'autorità del giudice. Appare chiaro che una siffatta raffigurazione mina fortemente la possibilità di parlare della razionalità e della controllabilità dell'attività giudiziale, sacrificando l'esigenza sostanziale della giustificazione, che connette la ricerca della verità alla giustezza e giustizia della decisione, a solo vantaggio del principio di statuizione e dell'esigenza della certezza che esso garantisce.

Configurando l'attività giurisdizionale nella prospettiva della ragion pratica ([42]), invece, il detto *res iudicata pro veritate habetur* assume una diversa consistenza. Esso esprime il riconoscimento della limitatezza della conoscenza umana e della fallibilità costitutiva di ogni deliberazione pratica (e, da questo punto di vista, si può legittimamente assumere che la finitezza che caratterizza la ricerca e il conseguimento delle verità processuale partecipa della finitezza esistenziale come orizzonte entro cui è possibile conseguire il vero). Ma, nel contempo, presuppone che la verità sia considerata come strutturalmente implicata nell'atto del giudicare.

Ogni giudizio sconta la possibilità dell'errore. Nell'esperienza giudiziaria la pluralità delle interpretazioni si svolge attraverso la varietà e la gerarchia dei gradi di giudizio che costituiscono un rimedio ai possibili errori dell'esito decisionale. Le interpretazioni, in quanto volte alla determinazione di senso delle azioni e dei comportamenti al fine della loro qualificazione normativa e della definizione delle loro conseguenze, non possono essere lasciate a se stesse, protraendosi all'infinito. Per le evidenti esigenze dell'interazione sociale, biso-

---

([39]) Sulla "verità del giudicato" rinvio alle notazioni di MACIOCE, *La lealtà*, cit., pp. 199-204.

([40]) U. SCARPELLI, *Auctoritas non veritas facit legem*, in AA. VV., *Linguaggio, persuasione, verità*, Cedam, Padova, 1984, pp. 133, 137 (da cui traggo le citazioni).

([41]) Si veda, sul tema, P. LOUIS-LUCAS, *Vérité matérielle et vérité juridique*, in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, Paris, 1965, pp. 583-601.

([42]) PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, cit., pp. 32-48.

gna mettere la parola fine alla controversia. La sentenza definitiva, allora, si presume giusta in quanto ultima di una serie di interpretazioni e decisioni tese verso un accertamento veridico. Il "*pro veritate*" indica esattamente questa *presunzione* di verità, fino a prova contraria (fattualmente possibile). Gioca, qui, la consapevolezza che è meglio raggiungere una verità parziale piuttosto che lasciare la conclusione dell'*iter* processuale esclusivamente ad un sigillo d'autorità che espunge qualsiasi esigenza di verità. Sicuramente tutto ciò non esclude che una decisione definitiva sia presa come se fosse vera, anche se vera non è. Ma si richiede un impegno di realizzazione che apre l'attività del giudicare — al di là dei sempre possibili fallimenti ed insuccessi e rifiutando i volontari rinnegamenti — alla responsabilità degli interpreti. In questa prospettiva, la strutturazione dei diversi gradi del giudizio — ma anche di quegli istituti tendenti a far valere le esigenze di giustizia-verità su quelle di certezza (si considerino la revocazione e la revisione) — esprime, in buona misura, la coscienza, presente nel pensiero giuridico, che il processo contiene in sé, nella sua dinamica, la capacità di correzione attraverso la predisposizione di meccanismi che, con il trarre vantaggio dalle revisioni al fine di evitare errori deliberativi, manifesta, nonostante il riconoscimento dell'impossibilità di raggiungere nel campo del probabile alcuna verità assoluta, una *tensione veritativa*.

La ricostruzione veritiera dei fatti oggetto della controversia serve, dunque, a produrre una decisione giusta, non potendo reputarsi tale un atto emanato su una base fattuale erronea o inattendibile.

Le regole del "giusto processo", centrate su un modello "cognitivo", volto, con l'accertamento pertinente e completo dei fatti, alla formazione di un sapere attraverso la pratica comunicativa del contraddittorio, circoscrivono il perimetro all'interno del quale va ricercata la verità, che è una fondamentale condizione di giustizia ([43]).

ABSTRACT

Finding the truth of controversial facts needs to be found for the application of rules to the dispute correctly. The direct end of adjudication is a right decision through a correct interpretation of valid laws and through an accurate determination of the past facts, that must be normatively qualified. Problems of fact and problems of law are profoundly linked with each other.

([43]) FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., pp. 72 ss., 91 ss.; B. PASTORE, *Truth in Adjudication*, in R. DOTTORI (ed.), *The Legitimacy of Truth. Die Legitimität der Wahrheit, Proceedings of the III Meeting Italian-American Philosophy — Rome, 2001*, "The Dialogue. Das Gespräch. Il Dialogo — Yearbook of Philosophical Hermeneutics. Jahrbuch für philosophische Hermeneutik. Annuario di filosofia ermeneutica", Band 2, LIT Verlag, Münster — Hamburg — London, 2003, pp. 343-344; UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, cit., pp. 53-54.

Judicial procedure involves the habit of adversary reasoning in conditions of uncertainty. The judge must choose between the explanatory hypotheses, that contradict each other in the trial, the most plausible hypothesis, having regard for the presented evidences. This requires the dialectic method, which is the greatest legal engine ever invented for the discovery of truth of facts. Confrontation and cross-examination, that are essential elements of the system of guarantees named "fair trial", are institutionalized in the service of a cooperative search for the truth. These guarantees circumscribe the procedural perimeter to search for the truth, that is a necessary condition for achieving justice in adjudication.

L'attestazione della verità dei fatti su cui si controverte costituisce un presupposto per poter adeguatamente decidere quale siano le norme applicabili al caso. Il giudizio giurisdizionale tende alla decisione giusta attraverso una corretta interpretazione delle norme valide e un corretto accertamento dei fatti, avvenuti nel passato, da qualificare giuridicamente. *Quaestio facti* e *quaestio juris*, qui, risultano strettamente intrecciate.

L'attività processuale si svolge in un contesto controversiale che prende le mosse da una situazione di incertezza. Il giudice si trova a scegliere, tra ipotesi esplicative alternative, quella più plausibile alla luce delle prove addotte. Ciò richiede l'utilizzo del metodo dialettico, che rappresenta lo strumento migliore finora escogitato per stabilire la verità dei fatti. Il contraddittorio, che costituisce un elemento essenziale del sistema di garanzie denominato "giusto processo", è istituzionalmente al servizio di una ricerca cooperativa della verità. Tali garanzie circoscrivono il perimetro procedurale di ricerca della verità, che è condizione necessaria per realizzare la giustizia nel processo.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova serie. Vol. XIX (2005)

GIOVANNA CAVALLARO

RAZZA E CONFLITTO SOCIALE NELLA SOCIOLOGIA DI LUDWIG GUMPLOWICZ (*)

1. *Ludwig Gumplowicz giurista e sociologo*

Nell'ambito degli studi sulle razze che oggi riscuotono l'attenzione di filosofi e sociologi del diritto (1) può essere di un qualche interesse ricordare Ludwig Gumplowicz, un giurista polacco, docente di diritto pubblico e diritto amministrativo fra il 1882 e il 1908 all'università di Graz, che considerò i rapporti fra diritto e società, così da poter essere annoverato fra i classici, o anche, insieme a K. Marx e E. Ehrlich, fra i fondatori della sociologia giuridica (2).

Nato a Cracovia nel 1838, di famiglia ebraica, dopo aver studiato giurisprudenza nella sua città natale e a Vienna, Gumplowicz era entrato nella

---

(*) Lezione tenuta il 4 novembre 2005 presso il Dipartimento di Scienze giuridiche della Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia nell'ambito del X Ciclo di attività seminariali di Teoria Del Diritto e Filosofia Pratica a cura del prof. Francesco Belvisi e del prof. Gianfrancesco Zanetti.

(1) Il seminario di studi nel cui ambito si svolge questa lezione è espressamente dedicato al tema "Identità, razza e integrazione sociale" a partire dal volume di *Legge, razza, diritti* a cura di K. THOMAS e G. F. ZANETTI, Diabasis, Reggio Emilia 2005. Per una discussione sul tema delle razze, v. "Filosofia politica", a. XVII, 2003 fasc. 3/ dicembre.

(2) R. KÖNIG (a cura di), *Sociologia*, Milano 1964, p. 91. Per l'attenzione della sociologia giuridica italiana all'opera di Gumplowicz, v. R. TREVES , *Sociologia del diritto*, in Nuovissimo Digesto, vol. XVII, Utet, Torino 1970, p. 792; Id., *Sociologia del diritto, Origini, ricerche problemi*, Einaudi, Torino 1987, pp. 60-64; V. POCAR, *Diritto e confitto sociale nel pensiero di Ludwig Gumplowicz*, in "Sociologia del diritto", 1975, 1, pp. 27 ss.; Id. *Introduzione* a: L. Gumplowicz, *Compendio di sociologia*, a cura di Valerio Pocar, Unicopli,, Milano, 1981, pp. 5-30; V. TOMEO, *Il diritto come struttura del conflitto*, Franco Angeli, Milano 1981, pp. 73 ss.

lotta politica, legandosi al partito della "giovane Polonia", di tendenze radicali democratiche, partecipando attivamente nel 1863 alla guerra d'indipendenza polacca e svolgendo poi, tra il 1869 e il 1874, attività di redattore della rivista militante *Kraj* (il Paese) fondata dal principe Sapieha. Una volta falliti i moti irredentistici dei giovani polacchi, deluso dalla politica, conseguita nel 1876 la libera docenza presso l'Università di Graz, Gumplowicz si concentrava sulla sua attività di studioso, e a Graz svolgeva tutta la sua vita accademica, fino a quando, un anno dopo essere andato in pensione, ammalatosi di cancro, nell'agosto 1909 moriva suicida insieme alla moglie. Queste vicende biografiche, così velocemente riassunte, possono apparire non particolarmente significative, ma servono a rappresentare la vocazione e la conseguente delusione politica del giurista polacco, precedenti al suo impegno teorico ed accademico, lo svolgersi della sua esistenza fra nazionalità in conflitto tra loro, le ragioni del suo isolamento, come ebreo e come straniero in una città e in un'università come quella di Graz dominata da tendenze pangermaniste. Come ha notato V. Pocar ([3]), malgrado "lo stile misurato" e "l'assenza nei suoi scritti di qualsiasi riferimento autobiografico", non soltanto la teoria sociologica, ma la stessa morte, con cui concluse una vita tormentata anche da dispiaceri familiari, come la cecità della moglie e il suicidio del figlio, denotano la stretta relazione fra le vicende biografiche e la produzione intellettuale di questo "filosofo pessimista" ([4]).

Malgrado l'isolamento accademico, Gumplowicz aveva comunque riscosso in vita una certa fama, sia sul piano scientifico,come attestano le ristampe delle sue opere e la loro traduzione in varie lingue ([5]), sia sul piano didattico,

---

([3]) Per le vicende biografiche di L. Gumplowicz, v. V. Pocar, *Introduzione*, cit., pp. 8-9.

([4]) "Il pessimismo ha trovato il suo sociologo nel dott. L. Gumplowicz" scriveva N. Colajanni, *Un filosofo pessimista*, in "Rivista di filosofia scientifica", 1886, pp. 284. Il sociologo statunitense Lester F. Ward, che si recò due volte, nel 1903 e nel 1906, a Graz per incontrare Gumplowicz , contrappone il pessimismo del filosofo, alla serena amabilità dell' uomo. Cfr. L. F. Ward, *Gumplowicz Ludwig: An Austrian Appreciation of Lester F. Ward* in "The American Journal of Sociology", Chicago 1905, marzo, p. 643 ss.; Id., *Ludwig Gumplowicz*, in "The American Journal of Sociology", cit., luglio 1909-marzo 1910,, pp. 410 ss.

([5]) Delle numerose opere di Gumplowicz ricordo qui: *Rasse und Staat. Eine Untersuchung über das Gesetz der Staatenbildung*, Wien 1875; *Philosophisches Staatsrecht*, Wien 1877 (3 ed. col titolo, *Allgemeines Staatsrecht*, Innsbruck 1907, Scientia Verlag Aalen 1972); *Das Recht der Nationalitäten und Sprachen in Oesterreich-Ungarn*, Innsbruck 1879; *Rechtsstaat und Sozialismus*, Innsbruck 1881; *Der Rassenkampf. Sociologische Untersuchungen*, Innsbruck 1883 (2 ed. 1909), traduzione francese a cura di C. Baye, *La lutte des races. Recherches sociologiques*, Paris 1893; *Grundiss der Sociologie*, Wien 1885 (2 ed. Innsbruck 1905; 3 ed. a cura di F. Oppenheimer, G. Salomon, F. Savorgnan, M. Adler in: Ludwig Gumplowicz, *Ausgewählte Werke*, 1926-28, Scientia Verlag Aaalen 1972, vol. II. In queste terza edizione venne soppresso il

come testimonia il successo con gli studenti che apprezzavano le sue lezioni ([6]). Per quanto riguarda il nostro Paese, che stava vivendo in quegli ultimi decenni dell'800 la sua stagione positivista, egli stesso ebbe a dire che l'Italia fu la prima ad occuparsi delle sue dottrine, e in effetti la sua opera è presente, oltre che nelle citazioni e commenti, anche se critici, da parte di Autori come Colajanni, Vaccaro, Vanni ([7]), nella traduzione nel 1904 del libro *Die sociologische Staatsidee* (*Il concetto sociologico di stato*),nella pubblicazione con cadenza pressoché annuale, di studi e recensioni sulla *Rivista italiana di Sociologia* ([8]), e infine nel rilievo con cui, sempre nella medesima rivista, è data la tragica notizia della sua scomparsa ([9]).

Autore di scritti sociologici, oltre che di opere di diritto pubblico, Gumplowicz fu il primo nei Paesi di lingua tedesca ad usare nel frontespizio di suoi libri

---

capitolo I, dedicato a precursori e fondatori del pensiero sociologico, come Vico, A. Comte, Quételet, Spencer, ecc.. L'opera ebbe numerose traduzioni: in polacco, in francese, in inglese, in russo e in giapponese ; per la traduzione italiana, v. la già citata edizione a cura di Valerio Pocar); *Sociologie und Politik*, Leipzig 1892; trad. francese: *Sociologie et politique*, Paris, 1898; *Die sociologische Staatsidee*, Graz 1892 (2 ed., Innsbruck 1902), trad. it. *Il concetto sociologico di stato*, a cura di F. Savorgnan, Torino 1904; *Sociologische Essays*, Innsbruck 1899, (in *Ausgewählte Werke*, cit.,vol. 4), traduzione francese *Aperçus sociologiques*, Lyon-Paris 1900; *Geschichte der Staatstheorien*, Innsbruck 1905; *Sozialphilosophie in Umriss*, Innsbruck 1910 (postumo). Per una biografia e bibliografia di Gumplowicz, v. B. ZEBROWSKI, *Ludwig Gumplowicz, Eine Bio-Bibliographie*, in "*Beiträge zur Geschichte der Rechts –und Staatswissenschaft*", Heft 7, Berlin 1926.

([6]) Come, in occasione della morte, ricorda il sociologo polacco I. KOCHANOWSKI, *Gumplowicz*, "The American Journal of Sociology", July 1909- May 1910, p. 405.

([7]) Oltre al già citato scritto di N. Colajanni, dedicato a recensire il *Grundiss der Sociologie* , ricordano o si riferiscono a Gumplowicz, se pure con accenti critici: M. A. VACCARO, *Le basi del diritto e dello stato*, Bocca, Torino 1893; Id., *La legge ultima dell'evoluzione sociale*, in "Rivista italiana di sociologia", 1897, fasc. novembre, pp. 269-304 ; I. VANNI, *Filosofia del diritto*, Zanichelli, Bologna 1924, p. 219.

([8]) L. GUMPLOWICZ, *Le origini delle società umane*, 1897, fasc. luglio, pp. 55-70; *La suggestione sociale*, 1900, fasc. settembre, pp. 545-555; *Una legge sociologica della storia*, 1901, fasc. luglio-agosto, pp. 434-445; *Le origini storiche dei Serbi e dei Croati*, 1902, fasc. luglio-agosto, pp. 402-414; *Per la psicologia della storiografia*, 1903, fasc. maggio-giugno, pp. 201-223; *La sociologia e Gustavo Ratzenhofer*, 1903, fasc. maggio-agosto, pp. 269-297; *La concezione naturalistica dell'universo e la sociologia*, 1907, fasc. gennaio-febbraio, pp. 1-10; *La sociologia e il suo compito*, 1908, fasc. maggio-giugno, pp. 349-354. Scrive lo stesso Gumplowicz che "...nessun paese ha forse contribuito tanto a promuovere la sociologia come l'Italia" e questo "lo si deve specialmente all'eccellente "Rivista italiana di sociologia" che, oltre a importanti lavori singoli, offre la rassegna della letteratura di tutti i paesi", L. GUMPLOWICZ, *Il concetto sociologico dello stato*, cit., p. 103, n. 1.

([9]) "Rivista italiana di sociologia",1909, fasc. settembre-dicembre, pp. 789-791. Sul Positivismo in Italia, v. C. FARALLI, *Diritto e scienze sociali*, Clueb, Bologna 1993; sulla "Rivista italiana di sociologia", M. C. FEDERICI, *Alle radici della sociologia italiana. La rivista italiana di sociologia*, Franco Angeli, Milano, 1990.

il termine "sociologia", coniato da A. Comte ([10]), e a tentare di fondare in modo sistematico tale disciplina, precedendo col suo *Compendio di sociologia* del 1885 le classiche opere di F. Tönnies (*Gemeinschaft und Gesellschaft*, 1887)e di E. Durkheim (*La division du travail social*, 1893). Egli intendeva quindi fondare sulla sociologia, intesa come scienza induttiva della dinamica dei gruppi sociali, una teoria giuridica finalizzata ad individuare la posizione che il diritto occupa e la funzione che svolge nella società vista nel suo complesso, così che non a torto R. Treves, nel ripercorrere il processo di formazione della sociologia giuridica, considera il contributo del giuspubblicista polacco fra quelli dei sociologi ([11]).

Collocato storicamente e culturalmente nell'ambito del positivismo filosofico, Gumplowicz elaborava una macrosociologia del conflitto, che si contrapponeva in modo evidente a quella dell'integrazione e alla tematica della solidarietà di un Durkheim, mentre la sua negazione del progresso continuo risultava "del tutto opposta al consolante ottimismo dell'evoluzione" ([12]), nonché particolarmente stridente rispetto alle comtiane "meravigliose sorti progressive dell'umanità". Il conflitto da lui prospettato non era peraltro nemmeno assimilabile a quello di Marx, in quanto non si svolgeva fra due classi, determinate dalla struttura economica, ma fra elementi sociali eterogenei variamente definiti. A differenza non soltanto del progresso lineare dei positivisti, ma anche del rapporto dialettico marxiano che legava le antinomie della società divisa in classi alla società integrata scaturente dalla rivoluzione, Gumplowicz negava il progresso, prospettava una concezione ciclica della storia e un perenne rinnovarsi del conflitto. Inoltre, di fronte alle varie teorie filosofiche e sociologico-giuridiche a lui contemporanee che vedevano una linea di sviluppo continua fra morale e diritto, o per meglio dire, un comune passaggio da modelli comportamentali condivisi attraverso usi e consuetudini a modelli sanzionati dalle norme giuridiche, Gumplowicz presentava un prospettiva rovesciata, per cui non il diritto si conforma alla morale, ma la morale scaturisce dal diritto, o se si preferisce, non è il consenso a fondare il diritto, ma è quest'ultimo, inteso unicamente come strumento di dominio del potere politico assunto di volta in volta dal gruppo egemone, a fondare il consenso. Poiché inoltre Gumplowicz definiva i gruppi attori della dinamica sociale da cui sorgono stato e diritto, in termini di appartenenza etnica e razziale, il tema della razza ricorre frequentemente nelle sue opere così che queste vengono ricordate anche per il loro contributo a teorie "razziste".

([10]) L'osservazione è di V. Pocar, che ricorda anche il sottotitolo di *Der Rassenkampf. Sociologische Untersuchungen* del 1882, V. Pocar, *Diritto e conflitto sociale nel pensiero di Ludwig Gumplowicz*, cit., p. 27, n. 1. Cfr. A. Comte, *Cours de philosophie positive*, lez. XLII.

([11]) R. Treves, *Sociologia del diritto. Origini, ricerche problemi*, Einaudi, Torino 1988, pp. 60-64.

([12]) N. Colajanni, *Un filosofo pessimista,* cit., p. 285.

Indubbiamente l'interesse per l'opera del giuspubblicista e sociologo polacco travalica la tematica delle "razze", tanto più che essa si colloca storicamente in un periodo di profondi mutamenti sociali, per i movimenti irredentistici, che preparavano in Europa il tramonto dell'impero degli Asburgo, per l'affermarsi degli studi di antropologia, etnologia e di psicologia sociale nell'ambito di un positivismo entrato comunque in crisi di fronte ai dibattiti sulla metodologia delle scienze sociali, che proprio in Germania stavano aprendo, con F. Toennies e Max Weber, la via a diversi paradigmi sociologi (13), per le trasformazioni economiche e sociali che in quei medesimi anni suggerivano a un altro giurista di origine ebraica e di lingua tedesca, E. Ehrlich, un nuovo approccio antiformalistico e pluralistico alla teoria giuridica (14). Negli scritti di Gumplowicz si può quindi soprattutto ricercare una testimonianza delle antinomie e contraddizioni che contrassegnano i periodi di profonda trasformazione sociale, mentre la loro rilevanza sociologico-giuridica, oltre che da König (15), è affermata da Renato Treves, che ha sottolineato come il giurista polacco abbia "considerato e inquadrato il problema del diritto in una concezione sociologica generale"e abbia sostenuto le tesi che il diritto sorge, come frutto di contrattazione "dallo scontro di elementi sociali eterogenei di forze ineguali", mentre lo stato non è che l'organizzazione del gruppo dominante per lo sfruttamento del gruppo dominato (16). V. Pocar ha visto quindi in Gumplowicz "il primo sociologo del diritto", nel senso che questi per primo aveva affrontato "il problema del diritto con precisa consapevolezza di sociologo" ponendolo "a momento essenziale della propria costruzione sistematica" (17), mentre V. Tomeo ha richiamato l'attenzione sul giurista polacco come autore di una teoria conflittuale classica, in cui "lo stato non rappresenta un'entità stabile, ma soggetta a continue tensioni e rimodellamenti sotto l'urgere di gruppi subalterni" e il diritto "non è un meccanismo per regolare i rapporti fra liberi ed eguali, ma il prodotto di una contrattazione fra ineguali" (18). Tomeo

---

(13) Per i paradigmi sociologico-giuridici, v. V. FERRARI, *Lineamenti di sociologia del diritto. I Azione giuridica e sistema normativo*, Laterza, Roma-Bari 1997, pp. 6 ss.

(14) E. EHRLICH, *I fondamenti della sociologia del diritto*, 1913, trad. ital. a cura di A. Febbrajo, Giuffrè, Milano 1976.

(15) R. KÖNIG, *Sociologia*, cit., pp. 92-93. König sottolinea soprattutto la socialità del diritto, che sorge dal perenne conflitto fra dominanti e dominati, "e accosta le pagine di Gumplowicz a quelle di Ehrlich", "che presentano peraltro una sfumatura più neutra".

(16) R. TREVES, v. *Sociologia del diritto*, in Nuovissimo Digesto, cit., p. 792; Id, *Sociologia del diritto. Origini, ricerche, problemi*, cit., pp. 62-63.

(17) V. POCAR, *Diritto e conflitto sociale nel pensiero di Ludwig Gumplowicz*, cit. p. 35.

(18) V. TOMEO, *Il diritto come struttura del conflitto*, Franco Angeli, Milano 1981, pp. 74-75

contrapponeva quindi la concezione globale del conflitto del giurista polacco, in cui il rapporto di potere è fra gruppi e non fra individui, a quella di Dahrendorf, che rimarrebbe dipendente da uno schema genericamente funzionalista, in quanto configura "conflitti fra agenti individuali, titolari dei ruoli e relativi a rapporti... di autorità ...in cui la dominazione e la subordinazione sono riferiti al conseguimento di un fine collettivo" ([19]). Anche V. Ferrari ha ricordato Gumplowicz, insieme a Marx e a Simmel, "nella chiave conflittualistica classica che fa discendere il diritto dal conflitto fra ineguali", e ha sottolineato come il giurista polacco abbia espresso con particolare vigore il senso sociologico del principio dell' interesse a mantenere intatta o ad ampliare la propria sfera di decisionalità", facendone anzi "la legge fondamentale dello sviluppo sociale" ([20]).

È ora mia intenzione svolgere alcune considerazioni sulla teoria sociologica e giuridica di Gumplowicz, facendo principalmente riferimento al "*Compendio di sociologia*", quale opera "veramente rappresentativa" del suo pensiero sociologico, a "*Der Rassenkampf. Sociologische Untersuchungen*" e a "*Die sociologische Staatsidee*" ([21]), quali testi significativi per approfondire la tematica della rilevanza della razza nel conflitto fra gruppi che il giurista polacco pone a fondamento della sua sociologia giuridica e politica.

Fra i sociologi contemporanei che hanno preso in considerazione l' opera gumplowicziana mi limito a ricordare le osservazioni di Jonas e di Sorokin perché mi sembrano particolarmente rilevanti per il discorso che intendo condurre. Jonas colloca Gumplowicz, insieme a de Gobineau e Ratzenhofer, fra i teorici del razzismo, in quanto, ricollegandosi al darwinismo sociale, avrebbe fondato la sociologia sul riconoscimento della società umana come processo naturale, definito in primo luogo dal rapporto fra razze diverse tra loro ([22]). Sorokin sottolinea invece il "sociologismo estremo" del giurista

---

([19]) V. Tomeo, *Il diritto come struttura del conflitto*, cit. pp. 76-77. Aggiunge Tomeo (p. 118) che coerentemente Gumplowicz non tratta mai di devianza, risultando tale concetto incompatibile con la sua concezione globale del conflitto. Sul gruppo quale strumento analitico proprio delle teorie del conflitto, v. V. Pocar, *Diritto, conflitto, integrazione: per superare una vecchia dicotomia*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", a. XXIII, n. 1, 1993, pp. 218-219.

([20]) V. Ferrari, *Funzioni del diritto. Saggio critico ricostruttivo* , Laterza, Roma-Bari, 1987, p. 41.

([21]) Per la prima opera faccio riferimento alla traduzione francese *La lutte des races. Recherches sociologiques*, cit. e per la seconda alla traduzione italiana *Il concetto sociologico di stato*, cit. Mi avvarrò anche degli scritti di Gumplowicz sulla "Rivista italiana di sociologia", che riproducono a volte capitoli delle opere maggiori, sia per la loro più facile accessibilità al lettore italiano sia perché, pubblicati nell'arco di circa un decennio, consentono di seguire più agevolmente gli sviluppi del suo pensiero.

([22]) F. Jonas, *Storia della sociologia* I. *Dall'Illuminismo alla fine dell'Ottocento*, Laterza, Roma-Bari 1989, vol. I., p. 280.

polacco che pone come "oggetto primario della sociologia non gli individui ma solamente i gruppi, così che i primi non sono che il solo prodotto dei secondi" ([23]). Di fronte a questi giudizi critici, intendo proporre una rilettura delle pagine di Gumlowicz in merito alla definizione dei gruppi in conflitto attraverso cui si svolge la dinamica sociale su cui stato e diritto hanno il loro fondamento.

2. *Le leggi del processo sociale*

Sotto il profilo epistemologico, Gumplowicz si colloca decisamente nell'ambito del positivismo filosofico, di cui, in tutti i suoi scritti, accetta sia il modello di conoscenza nomologico generalizzante sia il rigido monismo, assegnando a ogni scienza il fine di indagare le leggi che governano la successione e lo sviluppo dei fenomeni. Egli presenta quindi la sociologia come "la scienza ancora bambina", che tratta dei fenomeni sociali, i quali non sono riconducibili né ai fenomeni organici né a quelli mentali, ma, regolati anch'essi, come tutti gli altri, da rigide leggi naturali, sono conoscibili scientificamente mediante modelli di rapporti causali ([24]). Riecheggiando A. Comte, nelle prime pagine del *Il concetto sociologico dello Stato*, Gumplowicz scrive che, dopo la fase teologica, che "spiega ogni avvenimento storico per mezzo di una provvidenza onnisciente e onnipotente", e dopo la fase razionalista che "spiega gli avvenimenti storici per mezzo dalla ragione e dalla volontà dell'uomo", la fase naturalista, che è la sola scientifica, intende dimostrarne il nesso di causa ed effetto mediante leggi naturali generali" ([25]). La scoperta di queste, effettuata da Comte e Quételet e provata dall'esperienza, che riscontra una serie di uniformità nelle reciproche relazioni fra i gruppi sociali, costituisce quindi il campo essenziale della sociologia, tanto da poter affermare che "senza leggi sociali" non vi è alcuna sociologia" e che dalla loro conoscenza dipende la stessa "legittimazione scientifica" della disciplina ([26]).

Gumplowicz individua e definisce tali leggi, procedendo, come già A. Comte, sul modello della fisica, e, contro Dilthey, nega ogni distinzione fra

---

([23]) P. A. Sorokin, *Storia delle teorie sociologiche*, Roma, Città Nuova, vol. 1, p. 467.

([24]) Cfr. per es. *La lutte des races*, cit., p. 20-21 ; *Compendio di sociologia*, cit., pp. 61-62. ; *La sociologia e il suo compito*, cit., pp. 349 ss.

([25]) *Il concetto sociologico dello stato*, p. 6 ss.; Ne *La lutte des races*, cit., Gumplowicz aveva precisato che i tre stadi della conoscenza , anche se sembrano succedersi nella storia dell'umanità, hanno in tutte le epoche i loro rappresentanti e i loro campioni (p. 3).

([26]) *Compendio di sociologia*, cit., p. 51; *La lutte des races*, cit., pp. 346-352; *Il concetto sociologico dello stato*, cit., p. 11.

mondo dello spirito e mondo nella natura, perché una sola e medesima legge regna nei domini della natura, in quelli dei fenomeni materiali come in quelli dei fenomeni intellettuali ([27]). Tutti i pensieri e tutta la cosiddetta vita spirituale degli uomini altro non sono infatti se non una manifestazione della funzione fisiologica del loro organismo, con la conseguente subordinazione dei fenomeni psichici a quelli organici ([28]).

Presupponendo dunque che la scienza abbia ormai dimostrato che "i fenomeni intellettuali legati allo spirito dell'individuo sono solo un'espressione della sua materia, e, in quanto tali, effetti ulteriori delle leggi fisiche", il sociologo polacco si assume il compito di provare che leggi naturali immutabili dominano anche il campo dei fenomeni sociali, perché "la storia umana si svolge nella medesima maniera dei processi naturali...ubbidendo a leggi precise e invariabili e si compie con un'invincibile necessità" ([29]). Egli intende insomma superare quel dualismo che, "sconfitto sul terreno dei fenomeni puramente intellettuali," si è ritirato e "assestato dietro i potenti bastioni dei fenomeni sociali" ([30]). Ritornando sull'argomento negli anni successivi, e pur riaffermando l'esistenza di leggi generali in sociologia e la propria adesione al monismo, il giurista polacco appare più cauto. Mosso dall'esigenza di sottolineare la peculiarità del mondo sociale, "in quanto vero mondo dell'uomo, non come essere animale ma appunto come uomo", egli sottolinea come una molteplicità di fattori, ignorati dai filosofi naturalisti, quali l"ambiente sociale con i suoi impulsi, le sue suggestioni, le sue coercizioni, il gruppo e la posizione che l'individuo ha al suo interno, contribuiscano a

---

([27]) *La lutte des races*, cit., p. 31; *Compendio di sociologia*, cit., p. 50: «La moderna scienza naturale ha dimostrato vittoriosamente che anche 'lo spirito dell'uomo' è sottoposto a leggi fisiche e che i fenomeni intellettuali legati allo spirito dell'individuo sono solo un'espressione della materia e, in quanto tali, effetti di ulteriori leggi fisiche."

([28]) Per una più adeguata interpretazione del "materialismo" di Gumplowicz, questi, citando come esatta l'affermazione di Moleschott che "materialmente noi siamo quello che mangiamo", tiene a precisare che"de même, intellectuellement, on ne peut élever de doute à cet égard, nous sommes en grande partie, ce que nous vivons, c'est-à-dire ce que nous assimilons par la vue, ce que nous percevons par notre intellect", *La lutte des races*, cit., p. 18.

([29]) *La lutte des races*, cit., p. 20 ; *Il concetto sociologico dello stato*, cit., pp. 11. La conoscenza di queste leggi può "esonerare l'uomo dalla grave colpa di aver contribuito a tutto il male cagionato dagli avvenimenti storici" e presenta "l'alto valore etico di frenare l'umana alterezza, gettandola nella polvere dinanzi all'inconcepibile sublimità di leggi naturali eterne".

([30]) *Compendio di sociologia*, cit. p. 60: "L'esistenza di queste leggi generali, che governano tutti i campi fenomenici, valide per tutti, è una delle dimostrazioni più solide e impressionanti che il mondo dei fenomeni riposa su un principio unico e unitario, è il principale argomento a favore del monismo e la più sostanziale confutazione del dualismo.".

produrre i cosiddetti "fenomeni della volontà". Affinché dunque il monismo non divenga ostacolo alla conoscenza del vero, occorre che i fatti sociali siano osservati oggettivamente secondo il metodo induttivo e senza prevenzioni, per conoscere esattamente la loro esatta natura ([31]). Nel 1908, considerando che "nell'uomo stesso lo spirito è vincolato al corpo" così che "col suo disgregarsi sparisce", Gumplowicz ritiene ancora il monismo come ipotesi più accreditata di quella dualistica, ma la definisce appunto come ipotesi, sottolineando che "un'ipotesi scientificamente fondata è lungi dall'essere un fatto scientificamente provato perché la scienza non conosce alcun dogma ...e altrimenti il monismo diventa un dogmatismo che, invece di promuovere la scienza, la conduce al ristagno e alla cristallizzazione" ([32]).

Gumplowicz identifica i fenomeni sociali nelle "relazioni determinate dall'azione congiunta di gruppi e di comunità umane", che esemplifica passando dalle orde umane primitive a tribù, comunità, popolazioni stati, nazioni, classi, le quali producono a loro volta fenomeni socio-psichici come il linguaggio, il costume, il diritto, la religione e così via ([33]).

Per definire le leggi costanti che regolano il campo dei fenomeni sociali Gumplowicz segue il metodo induttivo, tanto da considerare la loro conoscenza come la meta di un lungo lavoro intellettuale e da ritenere opportuno, nel *Compendio di sociologia*, giustificare con ragioni didattiche la loro elencazione all'inizio del libro ([34]).

Nella seconda edizione del 1905 il giurista polacco spiega che in sociologia metodo induttivo significa metodo naturalistico, storico ed etnologico: naturalistico perché procede induttivamente come la scienza naturale, storico perché usa i fatti storici per spiegare i fenomeni sociali, etnologico perché ricava il proprio materiale dall'etnografia e dall'etnologia, evitando peraltro "quell'accozzamento arbitrario e acritico di citazioni tratte da relazioni di viaggi" su cui, tanto per citare un esempio, Morgan ha erroneamente fondato la sua teoria di uno sviluppo dell'umanità che sempre e dappertutto si svolgerebbe in modo stereotipo ([35]). A conferma del metodo

---

([31]) *La concezione naturalistica dell'universo e la sociologia*, cit., p. 6 ss.

([32]) *La sociologia e il suo compito*, cit., pp. 349-350.

([33]) *Compendio di sociologia*, cit., p. 62.

([34]) *Compendio di sociologia*, cit, p. 61. Ne *Il Concetto sociologico dello stato*, Gumplowicz spiega che "l'indagine scientifica non è né puramente deduttiva, né puramente induttiva, ma sempre l'una e l'altra ad un tempo": Infatti, "ogni indagine consiste nell'esaminare, se i fatti nuovi, che continuamente si scrutano, permettano di mantenere le idee già acquisite o se ne richieggiano una correzione o una sostituzione" , op. cit., p. 25

([35]) *Compendio di sociologia*, cit., pp. 92-93. Per le critiche a Morgan, che, riprendendo un'idea di Condorcet, ha determinato le fasi di uno sviluppo unitario dell'umanità, v. anche *Il concetto sociologico dello stato*, cit., pp. 121-125.

etnologico, Gumplowicz collocava in appendice alla *Lutte des races* storie di popoli, come egiziani, assiri-babilonesi, indiani, cinesi, fenici, così come negli altri scritti dimostrava di possedere una vasta erudizione anche su popoli extraeuropei antichi e moderni, come australiani, africani, americani, attingendo anche a fonti poco note, come gli scritti dello storico arabo del XIV secolo Ibn Chaldun ([36]).

Le leggi che regolano i fenomeni sociali sono in primo luogo quelle di causalità e di sviluppo, per cui ogni fenomeno sociale è effetto necessario di cause sociali precedenti, e costituisce solo una fase momentanea di un divenire che procede da un principio ad un fine, anche se questo non è visibile ([37]). Ogni fenomeno sociale, politico, giuridico, economico deve avere quindi la sua ragione sufficiente in una o più cause sociali, in modo che tra causa e effetto sussista un rapporto di eguaglianza e di proporzionalità di forza, e segue una legge di sviluppo, che è peraltro specifica e quindi non paragonabile a quella organica. Gumplowicz indica quindi la legge della periodicità, per cui ogni fenomeno si presenta come un ciclo di fasi, che in campo sociale si traduce nel prodursi inizialmente su piccola scala, per estendersi a una più ampia collettività ed esercitare un influsso decisivo su una grande massa, per venire infine insidiato o sostituito da altri e scomparire. La legge della complessità comporta che, come tutti i fenomeni, anche quelli sociali sono entità complesse, così che non soltanto ogni stato, ogni popolazione, sono entità composte da elementi semplici, ma anche che"ogni diritto, ogni proposizione giuridica, sono un composto di opinioni, di idee, di concetti e principi". Come per i fenomeni fisici, anche per i fenomeni sociali è dunque possibile procedere per analisi, scomponendoli nelle formazioni

---

([36]) Cfr. per es. *Le origini dei Serbi e Croati*, cit.; più ampiamente, v. *Allgemeines Staatsrecht*, cit. 1907, pp. 480 ss. Fra i numerosi etnologi, oltre a Post e Bachofen, Gumplowicz fa frequentemente riferimento al tedesco A. Bastian (1826-1905) che redasse numerose opere sui luoghi da lui visitati nei viaggi compiuti come medico di bordo, lungo le regioni dell'Africa, dell'Asia dell'Africa, delle Antille. Fra queste, *Der Völkergedanke*, 1881; *Allgemeine Grundzüge der Ethnologie*, 1884. Allo storico arabo (1332-1406) Ibn Chaldun, Gumplowicz dedica un capitolo dei suoi *Sociologische Essays*, cit. (cap. VI, *Ein arabischer Soziolog des XIV. Jahrhunderts*, pp. 90-114). Martindale osserva che le teorie di Ibn Chaldun, per quanto influenzate probabilmente anche da Polibio, restarono estranee al pensiero europeo, fino quando non vennero introdotte da Gumplowicz. Cfr. D. MARTINDALE, *Tipologia e storia della teoria sociologica*, il Mulino, Bologna 1968, pp. 214-217 e p. 231.

([37]) Mancando i fatti, e quindi i dati, non è infatti possibile discutere scientificamente di una meta finale dell'evoluzione: "Sono quindi da classificarsi per non scientifiche tutte quelle considerazioni e quei ragionamenti che ammettono quale punto di partenza e quale norma nel discutere lo Stato una meta finale dell'evoluzione" quale ad esempio "perfetta eguaglianza di tutti gli uomini, perfetta libertà, oppure un uguale benessere materiale, ecc ... la meta finale deve essere omessa in ogni discussione scientifica." *Il concetto sociologico dello stato*, cit., p. 163.

sociali più elementari, procedendo così dallo stato e dalla popolazione all'orda primitiva, dall'istituto giuridico perfezionato all'iniziale rapporto di fatto, dalla comunità economica più complessa al più elementare soddisfacimento dei bisogni materiali, dalla più elevata fioritura letteraria alla più semplice espressione del pensiero per mezzo di suoni e gesti. Infine, come conseguenza della complessità, così come avviene nel mondo fisico e intellettuale, anche nel mondo sociale si influenzano reciprocamente e reagiscono l'un l'altro elementi eterogenei identificabili non con gli individui bensì con singoli gruppi (38).

Nell'indicare queste leggi Gumplowicz rifiuta analogie con il mondo sia inorganico sia organico, perché, se pure governano tutti e tre i campi fenomenici (biologico, psicologico e sociale), esse assumono in ciascuno una forma corrispondente e adeguata alla natura del fenomeno particolare (39), così che il sociologo potrà parlare di leggi sociali specifiche, o per meglio dire di "specifici adattamenti delle leggi generali alla natura e alle condizioni proprie dei fenomeni sociali". Questi infatti, in quanto presuppongono una pluralità di uomini, non sono riconducibili né ai fenomeni organici né ai fenomeni psichici, ma "costituiscono un gruppo particolare, distinti in base a numerose caratteristiche essenziali, sicché appare utile, ai fini delle ricerche scientifiche, raccoglierli in uno speciale gruppo" (40).

Sulla specificità dei processi sociali rispetto a quelli fisici, organici e psichici, Gumplowicz insiste in tutti suoi scritti. Ne *La lutte des races* egli critica quei sociologi, come Lilienfeld e Schäffle, che hanno tratto analogie fra società e organismi naturali, fra sociologia e biologia (41), puntualizzando che il processo sociale, pur seguendo anch'esso leggi naturali, è di

---

(38) *Compendio di sociologia*, cit., pp. 62.

(39) *Compendio di sociologia*, cit., p. 61-62. In realtà Gumplowicz fa frequentemente uso di analogie fra il mondo sociale, il mondo organico e il mondo fisico.

(40) *Compendio di sociologia*, cit., pp. 40; pp. 61-62: "Il fatto che la legge generale si esprime in ogni campo particolare in una forma particolare...consente al sociologo di parlare di leggi sociali specifiche, che altro non sono che gli specifici adattamenti delle leggi generali alla natura e alle condizioni proprie dei fenomeni sociali".

(41) *La lutte des races*, cit., p. 15: «Schäffle et Lilienfeld se sont un peu trop pressés d'en conclure que vraisemblement aussi, tout homme ne forme qu'un cellule de l'organisme 'social'», et c'est sur cette idée superficielle, insoutenable, qu'ils bâtissent ...leurs systêmes ...sans consistance scientifique ». Albert Schäffle (1831-1903), docente a Tübingen e a Vienna, influenzato da Darwin e da Spencer, modellava i diversi settori della società sui tessuti biologici, *Bau und Leben des sozialen Körpers*, 4 voll., Tübingen 1875-78. Paul von Lilienfeld (1829-1903), un russo d'origine polacca, concepiva la società come un organismo vivente composto da organismi minori, *Gedanken über die Socialwissenschaft der Zukunft*, Mitau 1873-81; *Zur Vertheidigung der organischen Methode in der Sociologie*, Berlino 1898.

una specie particolare, e si differenzia quindi dagli altri processi "siderali, chimici, vegetali e animali" ([42]). Nel *Compendio,* dopo aver sottolineato l'errore di Comte e di Spencer di aver determinato aprioristicamente le leggi sociali sulla base delle leggi biologiche, insiste nell'affermare di non essere fra coloro che "credono sulla parola" alla "cosiddetta teoria organica dello stato" di Schäffle, che "in tre volumi ha dimostrato con chiarezza che tutto ciò che va sotto il nome di fenomeno sociale in sostanza non è altro che la "funzione organica del corpo sociale, con cellule, tessuti, nervi, muscoli, ossa e sangue al pari di ogni organismo animale" ([43]). Allo stesso modo critica Rümelin non soltanto per aver inteso in un primo momento i fenomeni sociali come "una sottospecie di quelli psichici", ma anche per aver successivamente negato la possibilità di definire in entrambi leggi generali, finendo col riconoscere il dualismo fra spirito e materia ([44]). Ne *Il concetto sociologico dello stato*, oltre a riprendere le critiche già indicate, denuncia l'errore, in cui è incorso anche Montesquieu, di trasporre le leggi della vita individuale nel campo sociale ([45]). Ritornando sull'argomento nel 1907, Gumplowicz critica "il moderno monismo, che, "per quanto giustificato", ha contribuito "a far divergere lo sguardo dal mondo sociale", il quale, rispetto a quelli inorganici, organici e psichici, costituisce un mondo autonomo e si muove secondo leggi proprie non confondibili né con quelle biologiche né con quelle psichiche ([46]).

La sociologia è dunque la scienza pura ([47]) che osserva i fenomeni sociali e

---

([42]) *La lutte des races*, cit., p. 170 : « Or il est bien exact que le processus social, au fond, se déroule comme tout autre processus naturel, puisque les forces qui s'exercent dans ses parties élémentaires produisent certains groupements qui reprennent ensuite le rôle de ces parties élémentaires. Seulement, ce sont là des agglomérations *sociales*, pas autre chose;.. Les groupements que produit ce processus naturel ne sont donc ni des cellules, ni des tissus, ni des organes ni des organismes : ils ne sont rien de pareil. Ce sont simplement des *communautés sociales*, qui reposent, soit sur une organisation du pouvoir, soit sur une communauté de certains caractères matériels ou même de caractères intellectuels, intérêts ou conquêtes». La critica di Gumplowicz si rivolge qui principalmente ancora a Lilienfeld e Schäffle.

([43]) *Compendio di sociologia*, cit., p. 39

([44]) *Compendio di sociologia*, cit., p. 44-49. A una considerazione critica delle diverse fasi del pensiero di A G. Rümelin (1815-1888), uomo politico e sociologo tedesco, Gumplowicz dedica un intero paragrafo del *Compendio* (I, 4).

([45]) *Il concetto sociologico dello stato*, cit, p. 16.

([46]) *La concezione naturalistica dell'universo e la sociologia*, cit., p. 8; *La sociologia e il suo compito*, cit., p. 350.

([47]) Distinguendo la sociologia dal socialismo, Gumplowicz si pronuncia risolutamente contro la confusione fra scienza e politica: "Contro l'identificazione e la confusione di socialismo e di sociologia non si può mai protestare abbastanza....Il socialismo è il programma di un partito politico..., l'espressione di aspirazioni politiche e sociali. La sociologia invece non è un programma di partito, ma

ricerca le leggi che regolano i loro processi, scienza nuova, o, per meglio dire scienza che "assembla in modo nuovo vecchi materiali"; la sociologia, che, come la storia ha come oggetto la società umana, è la scienza, ultima in ordine cronologico, che si pone come fondamento delle altre scienze sociali, quali l'antropologia, che si occupa dell'uomo singolo, l'etnografia che tratta della descrizione e comparazione dei diversi popoli e tribù esistenti, la scienza politica che concerne le comunità sociali costituite tramite l'organizzazione del potere, le scienze, come quelle del linguaggio, del diritto, della religione ecc., che vertono sulle singole istituzioni chiamate a soddisfare i bisogni socio-psichici degli uomini ([48]).

Come la geologia e la paleontologia costituiscono il fondamento della botanica e della zoologia e della mineralogia e come la fisiologia rappresenta la base della medicina, così la sociologia è il terreno comune su cui si sviluppano le altre scienze sociali, in un rapporto di concetto di genere a concetti di specie; essa rappresenta in altri termini "il fondamento filosofico di tutte le scienze che si rivelano "sociali" e ha "il compito di dimostrare che tutte quelle scienze sono collegate al suo medesimo terreno e qual è la loro collocazione" ([49]).

3. *Il conflitto fra gruppi*

Come tutti i fenomeni naturali risultano da un'azione reciproca esercitata da elementi eterogenei, così anche quelli sociali sono relazioni determinate dall'azione congiunta di gruppi etnici e sociali diversi ([50]).

Ai gruppi infatti, e non agli individui Gumplowicz riferisce le azioni sociali, perché è più facile comprendere e dimostrare le regolarità comportamentali dei primi piuttosto che dei secondi, dato che i modi di agire degli individui "sfuggono al calcolo e sono spesso "del tutto incomprensibili" ([51]).

---

una teorica sociale, una scienza delle società umane... . L'uomo di parte *tende* a qualcosa e *vuole* ottenerla ed attuarla, il teorico *indaga* e *investiga* e la sua meta è la conoscenza. ..Teoria non è politica. Ogni politica è unilaterale: la teoria non deve essere unilaterale, altrimenti sarebbe falsa", *Il concetto sociologico dello stato*, pp. 40-41.

([48]) *La lutte des races*, cit, Préface; *Compendio di sociologia*, cit., p. 62; *La sociologia e il suo compito*, cit.,p. 354.

([49]) *Compendio di sociologia*, cit., 74,; *Per la psicologia della storiografia*, cit., pp. pp. 201 ss.

([50]) *La lutte des races*, cit., p. 158; *Compendio di sociologia*, cit. p. 75; *Le origini delle società umane*, cit., pp. 56 ss.; *Il concetto sociologico dello stato*, cit., pp. 113 ss.

([51]) *La lutte des races*, cit., p. 36.

Del resto, "l'agire individuale" è "una nostra illusione ottica", essendo il singolo "soltanto una parte che esprime ne' suoi discorsi e nelle sue azioni gli umori e le tendenze del gruppo"a cui appartiene. La massa di pensieri, sentimenti, opinioni, pregiudizi, antipatie e simpatie che formano "l'io spirituale" non sono infatti altro che la forma stereotipata degli interessi del gruppo, inculcati attraverso "la suggestione sociale", prodotta mediante l'educazione domestica, la scuola, gli influssi della legislazione, della stampa della letteratura, e via dicendo (52). Come si legge ne *Il concetto sociologico dello stato*, gli stessi uomini politici non sono che l'espressione degli interessi dei gruppi, mentre i motivi che orientano la volontà del singolo "non sono personali ma sociali" perché nascono per l'influsso che il gruppo esercita sull'uomo, e per i riguardi che l'uomo nutre per il gruppo (53).

Gumplowicz viene quindi a trattare delle molteplici comunità umane, rifiutando i due "errori fondamentali", di concepire l'umanità come "una specie unitaria dal punto di vista genealogico, da cui "razze e tipi sarebbero derivati"come "ramificazione di germogli nati dallo stesso ceppo", e di ritenere il suo sviluppo sociale e culturale spontaneo, paragonabile a quello di un organismo vegetale o animale (54).

Alla tesi monogenetica, secondo cui, in base alla tradizione biblica, gruppi diversi sarebbero derivati come dispersione dall'unità originaria, e alle filosofie della storia che propongono un percorso comune ai vari popoli, Gumplowicz oppone l'origine molteplice e lo sviluppo plurimo di gruppi sociali "giustapposti e sovrapposti", che mutano soltanto in presenza di "un motivo sociale sufficiente", da identificarsi, secondo "i bastevoli esempi tratti dalla storia e dall'esperienza", nell'influsso esercitato da altri gruppi. Questa ipotesi del poligenismo, insieme al rifiuto di un' unica linea di sviluppo per tutti i popoli, costituisce per Gumplowicz il fondamento stesso della sociologia, nonché un argomento costante di tutta la sua opera,

---

(52) *La suggestione sociale*, cit., p. 546: *Il concetto sociologico dello stato*, cit, pp. 225 ss. Nella seconda edizione del *Compendio di sociologia* (1905) Gumplowicz chiama a sostegno della propria tesi la nozione di "fatto sociale" di E. Durkheim, ed. cit., pp.. 40-41.

(53) *Il concetto sociologico dello stato*, cit., p. 185: "Non i duci si creano i loro gruppi, ma i gruppi il loro duce; non il genio politico apre nuove vie, ma gli interessi dei gruppi spingono in nuove vie e il genio riceve gli omaggi per aver saputo intuire le ispirazioni dei gruppi"; *Compendio di sociologia*, cit., p. 250: "...non già il singolo plasma l'opera secondo la sua *volontà* e il suo *arbitrio*, ma la *collettività* e il suo *sviluppo*, di cui il singolo è nato schiavo... . Non il singolo crea poesia, ma in lui crea il genio poetico del suo tempo e del suo gruppo sociale; non il singolo pensa, ma in lui pensa lo spirito del suo tempo... il singolo è influenzato e determinato, così nel suo pensiero e nel suo sentimento come nella sua attività creativa, dal suo tempo e dal suo ambiente sociale".

(54) *Compendio di sociologia*, cit., pp. 63-64.

da *La lutte des races*, di cui rappresenta, per così dire il motivo conduttore, agli ultimi scritti ([55]).

Posto che una comunità isolata, non raggiunta dall'influsso di altre, rimane "nell'originaria condizione quasi bestiale", il processo sociale si realizza là dove due o più gruppi sociali vengono a contatto e invadono la reciproca sfera d'azione, e, dall'orda, alle bande primitive, alle moderne classi sociali si caratterizza, "sempre e dappertutto" con "la naturale tendenza di ciascuno a sfruttare l'altro". Tale tendenza — scrive Gumplowicz — è infatti "talmente immanente, naturale e incontenibile in ogni gruppo umano", da non potersi immaginare un processo sociale che cominci con diverse modalità, anche se tale processo, a causa dell'infinita varietà delle orde e delle tribù umane, dei molteplici effetti dei tempi e dei luoghi, offre un'infinita varietà di linee di sviluppo individuali mutevoli. ([56]).

Da "questa variopinta molteplicità", il sociologo ha il compito di riportarsi "al minimo comune denominatore", vale a dire all' unità delle leggi costanti che la regolano, rinunciando da un lato, secondo i presupposti del positivismo comtiano, a comprendere il loro primo sorgere, "il loro principio originario", ma invitando dall'altro sia gli storici sia gli scienziati della politica a spiegazioni e teorie basate sulle "leggi sociali e socio-psichiche generali" definite dalla sociologia, e non su tendenze e aspirazioni individuali ([57]).

Poiché, in base alla sopraccitata legge della complessità, mai e in nessuna parte del globo è possibile trovare un "materiale umano unitario", quale punto di partenza di tutte le analisi sociologiche, insieme all'ipotesi poligenetica, si colloca l'osservazione che oggi "non esistono più razze in senso antropologico, separate le une dalle altre e reciprocamente escludentesi" e che "nessuna nazione ha un'unica origine, e ognuna rappresenta un'agglomerazione di elementi etnici i più eterogenei" ([58]). Invece che con gruppi naturali originari,

---

([55]) Ne *La lutte des races*, Gumplowicz dedica un'apposita "Appendice" all'esposizione delle ragioni a favore del poligenismo; *Compendio di sociologia*, cit., pp. 78 ss.; *Le origini delle società umane*, cit, pp. 63-64; *Il concetto sociologico dello stato*, cit., pp. 66 ss.; *La concezione naturalistica dell'universo e la sociologia*, cit., p. 6. H. E. Barnes ricorda tuttavia che negli ultimi anni della vita, Gumplowicz modificò il suo estremo poligenismo, come risulta dalla conversazione con L. F. Ward in occasione della visita fattagli nel 1903. "He conceded at that time that human race may have had a single origin and then been differentiated into numerous groups", H. E.. BARNES, *The social philosophy o f Ludwig Gumplowicz .The struggles of races and social groups*, in: Harry Elmer Barnes (ed.), *An Introduction to the History of Sociology*, Chicago 1948, p. 196. Sull'incontro fra Gumplowicz e L. F. Ward, v. L. F. WARD, *Gumplowicz Ludwig. An Austrian Appreciation of Lester F. Ward*, cit..

([56]) *Compendio di sociologia*, cit., p. 65.

([57]) *Compendio di sociologia*, cit., p. 67-70.

([58]) *La lutte des races*, cit., pp. 54-55: "Partout, dans les commencements de l'histoire connue, nous rencontrons un *très grand nombre* de races humaines, qui se

abbiamo infatti oggi a che fare soltanto con gruppi umani mescolati "dal punto di vista antropologico", la cui "eterogeneità sociale" è costituita da fattori che nulla hanno a che vedere con la costituzione ossea e cranica". Se infatti la comunanza col gruppo, e quindi l'estraneità verso gruppi diversi, può essere stata una volta di tipo antropologico, nel corso della storia, e attualmente, esse dipendono entrambe da "circostanze e relazioni culturali del tutto diverse, non antropologiche ma sociali". Sono infatti fattori quali la lingua, il costume, la religione, le opinioni e le abitudini, appresi attraverso l'educazione, che dal punto di vista soggettivo producono il sentimento di comunanza e dal punto di vista oggettivo costituiscono il fondamento dei gruppi sociali, quali elementi semplici che vicendevolmente si influenzano e divengono secondo leggi costanti ([59]). La sociologia contesta quindi le ipotesi sia di un Voltaire o di un Rousseau dell'umanità come "substrato unitario" che segue un medesimo percorso, sia di un Comte che ne traccia lo sviluppo secondo linee costanti, come per esempio quella del passaggio dal politeismo al monoteismo. La sociologia si rifiuta insomma di spacciare per percorso dell'intera umanità quello "stretto ruscello della storia europea" che ne costituisce una "ben piccola porzione" ([60]). A differenza della filosofia della storia che intende "spiegare la teoria dell'intero processo della storia umana, e *deve* quindi naufragare contro l'impossibilità di cogliere la complessità", la sociologia è consapevole che "prendere l'idea di una *parte* come quella del tutto renderà sempre sbagliata l'idea del tutto"; essa rinuncia quindi a chiedersi il senso dell'intero processo storico, che non conosce, e, accontentandosi di cogliere regolarità fra i fenomeni sociali particolari, indaga "*il processo di formazione delle associazioni umane*, il cui eterno ripetersi costituisce il contenuto di ogni storia" ([61]). Ai

---

regardent entre elles comme étrangères par le sang et de descendance différente. Cette multiplicité disparaît dans le cours de l'histoire, soit par « amalgamation », soit par « extinction »... Il serait difficile aujourd'hui de trouver sur la terre un peuple qui ne fût pas le résultat d'un semblable processus d'amalgamation. ..Partout où nous portons nos regards, nous voyons de ces amalgames ethniques"»; *Compendio di sociologia*, cit., p., 78: «Dai fatti raccolti...discende con chiarezza che oggi non esistono più 'razze' in senso antropologico, separate le une dalle altre e reciprocamente escludentesi». Cfr. *Le origini delle società umane*, cit., p 57; *Il concetto sociologico dello Stato*, cit., p. 66.

([59]) *Compendio di sociologia,* cit., pp. 78-79.

([60]) *Compendio di sociologia*, cit., p. 81. È l'etnocentrismo a creare l'illusione del progresso, mentre "le dédain avec lequel l'Européen regarde la civilisation des Chinois, des Hindous et des Arabes est aussi peu justifié que l'horreur et le mépris avec lesquels ces nations nous regardent, nous Européens, avec toutes nos istitutions « athées et répugnantes », *La lutte des races*, cit., p. 350.

([61]) *Compendio di sociologia*, cit., p. 247; Ne *La lutte des races*, Gumplowicz riconosce a Montesquieu, che per primo ha dimostrato una relazione necessaria fra clima e leggi dei vari paesi, il merito di aver "collocato la prima mina" nella teoria razionalista secondo cui è la volontà umana a regnare nella storia, ma critica sia

sociologi moderni che hanno parlato, senza alcuna precisione di "umanità", di "società", "sistema sociale" ([62]), senza rendersi conto dell'oscurità e nebulosità di queste nozioni, il giurista polacco oppone l'esigenza di considerare i diversi gruppi sociali come unità realmente esistenti, o esistite ([63]), come unità quindi concrete e osservabili, e di definire quindi la sociologia in modo più appropriato "scienza delle società", piuttosto che "scienza della società" ([64]).

4. *Lo stato e il diritto*

Dei gruppi sociali, quali "elementi stabili su cui contare", la sociologia descrive quindi le origini e le forme e studia le linee di sviluppo, dalla comunanza delle donne, al matriarcato, al matrimonio per ratto, al patriarcato, dalla proprietà collettiva a quella individuale, secondo leggi generali che comportano sempre coesione verso l'interno e aggressività verso l'esterno, derivando la prima dal sentimento di comunanza e dal bisogno di aiuto e sostegno reciproco e la seconda dall'istinto di difesa e di avversione verso gruppi stranieri con modi di vivere, consuetudini e lingue differenti ([65]). La relazione fra gruppi sociali diversi, mossi non soltanto "dalla fame e dalla miseria economica", ma anche "dal fanatismo religioso o dal chauvinismo

---

Hegel, per avere discreditato la filosofia della storia, sia Herder per aver mescolato "fantasie razionaliste" e "sogni teologici" al naturalismo di Montesquieu.

([62]) Il riferimento è anche a Quételet, a cui Gumplowicz riconosce comunque il merito di aver compreso che per conoscere le leggi che governano i comportamenti dell'uomo, occorre trascurare del tutto « l'uomo preso singolarmente » a causa dello "scarso peso che hanno sulla massa le particolarità individuali »,osservando peraltro che "espèce humaine", "société", "système social" sono... concetti indeterminati e nebulosi", *Compendio di sociologia*, cit., p. 83.

([63]) *La lutte des races*, cit., p. 178.

([64]) *La suggestione sociale*, cit., p. 545. Come osserva König, mentre nella "vecchia sociologia" il concetto di gruppo restava legato a fenomeni sociali più vasti come l'umanità o le società nazionali, "a liquidare" queste concezioni del gruppo contribuirono, più o meno nello stesso tempo Gumplowicz e Durkheim. Gumplowicz mostrava chiaramente che quello di umanità non è un concetto sociologico, perché si dissolve nel concetto di genere umano, perdendo quindi ogni contenuto sociale determinabile", R. König, *Sociologia*, cit., p. 159.

([65]) *Compendio di sociologia*, cit., pp. 97 ss.; *La suggestione sociale*, cit., p. 547. Gumplowicz stesso sembra avvertire le difficoltà inerenti all'enunciazione di queste leggi generali, dato che le stesse non possono essere fondate che sul metodo induttivo,e la "storia che noi conosciamo rappresenta soltanto una parte minima e fuggevole di questo generale svolgimento dell'umanità". Ricorre quindi, non senza una qualche incongruenza, alla costante"legge di natura" che, come si esplica nella storia a noi nota, dovette assumere la stessa forma anche in quel milione di anni in cui agì inosservata sfuggendo all'attenzione dell'uomo", *Le origini delle società umane*, cit., p. 67. Più ampiamente, cfr. *Allgemeines Staatsrecht*, cit.

nazionale", che "sempre spingono ad imprese e azioni dirette da masse contro altre masse", siano queste "nazioni, popoli, schiatte o gruppi sociali" ([66]), si traduce dunque in uno scontro e nell'assoggettamento del più debole da parte di quello più forte ([67]). Da questo conflitto derivano le organizzazioni politiche, e in primo luogo lo Stato, che può quindi definirsi sociologicamente "come una pluralità di gruppi sociali, preposti e subordinati", o come l'organizzazione del potere di un gruppo minoritario rispetto al numero, ma organizzato, "che controbilancia la scarsità numerica col maggior peso della disciplina militare e della superiorità intellettuale" ([68]).

Gumplowicz critica quindi le concezioni di carattere teologico, razionalistico e contrattualistico, alla Rousseau**,** denunciando in particolare l'errore della giurisprudenza che reclama lo Stato "esclusivamente per sé, quale prodotto dal diritto" ([69]). Egli distingue quindi chiaramente, nello studio dell'organizzazione politica, la prospettiva delle forze attive che producono la riunione dei gruppi sociali da quella dei rapporti individuali creati da tale annessione, e assegna la prima alla scienza dello stato, quale parte integrante della sociologia, e la seconda alla giurisprudenza. Mentre infatti la sociologia ha per oggetto "la posizione complessiva e le condizioni degli elementi sociali, componenti lo Stato, compresi i rapporti reciproci da esso creati" la giurisprudenza "abbraccia precipuamente i rapporti individuali, creati dalle condizioni complessive, tutto quel sistema di punti di contatto, che risultano per i singoli individui nelle condizioni complessive degli elementi sociali" ([70]). Chiarendo questa ripartizione di compiti, con una delle sue tante

---

([66]) *Il concetto sociologico dello stato*, cit., p. 168-169. Il confronto è con Marx e i suoi seguaci, a cui Gumplowicz riconosce qui di aver ammesso che la molla 'materialistica' di ogni evoluzione storica non era soltanto 'economica' ma comprendeva tutte quelle cause che agiscono concretamente nella storia, come la "fede, la nazionalità, il bisogno di libertà" che "lungi dall'essere inconciliabili col materialismo storico, gli appartengono necessariamente". Poco oltre peraltro scrive, contraddicendosi, che per aver trascurato "tutti i moventi dell'azione storica", il materialismo storico si è dimostrato insufficiente a spiegare il corso dell'intera evoluzione storica di tutti i tempi e di tutti i luoghi (p. 171).

([67]) L'antagonismo fra gruppi eterogenei, "siano essi nazionali o sociali", costituisce dunque lo strumento analitico di una ricerca storica che "non è né materialista, né idealista, ma bensì sociologica", vale a dire fondata sul metodo induttivo quale "l'unico veramente scientifico". Cfr. *Il concetto sociologico dello stato*, cit., p. 170.

([68]) *Compendio di sociologia*, cit., p. 109.

([69]) *Il concetto sociologico dello stato*, cit., pp. 29-30.

([70]) *Il concetto sociologico dello stato*, cit., p. 31; Nel *Compendio di sociologia*, dopo avere criticato per la loro oscurità le troppe definizioni del concetto di Stato, comprese quelle espresse da R. von JHERING in *Der Zweck im Recht*, Gumplowicz ne definisce le due caratteristiche sempre ricorrenti, affermando che "ogni Stato è la somma delle istituzioni che hanno lo scopo di *dominio* degli uni sugli altri"...e che "lo stato è dunque l'organizzazione del potere di una minoranza su una maggioranza", op. cit., p. 111.

metafore, Gumplowicz paragona lo Stato ad un vasto castello, circondato da colline, selve e burroni, che si presenta al di fuori, come un complesso di diverse parti aggiunte e fabbricate in tempi diversi, e tutte in reciproca comunicazione, "parte mediante colonnati aperti, parte per anditi coperti, parte per passaggi segreti, usci noti soltanto a chi vi è pratico". Il giurista è paragonabile all'uomo nato nel castello, o condottovi con gli occhi bendati, che nel castello ha trascorso tutta la vita e nulla sa di quanto vi è all'esterno, e il cui "occhio miope, aguzzato ai bui meandri da talpa della giurisprudenza, non gli serve più quando si tratti di abbracciare con lo guardo lo stato nel suo complesso ... nelle sue relazione presenti e passate con gli altri stati e con l'umanità"; il sociologo invece con lo sguardo abbraccia tutto il paesaggio che circonda l'edificio e, anche se sulla sua struttura non può fare che delle supposizioni, ne spiega i nessi giuridici interni come risultano necessariamente dalla posizione e dalle qualità esteriori (71).

Circa dunque la "noiosa controversia dei rapporti fra le due discipline", sociologia e scienza giuridica differiscono per oggetto e per metodo, ma, "poiché l'edificio non fu costruito su misura degli anditi interni, ma in rapporto al suo contorno, soltanto la sociologia si può considerare "razionale e scientifica", mentre "tutte le chiacchiere dei giuristi sullo Stato, partendo dal diritto, non sono che il giudizio che un cieco può dare dei colori", e le formule giuridiche sulla personalità dello Stato, sulla formazione di volontà collettiva dalle volontà singole dei cittadini, sulla sua organicità...non sono altro che "un gergo erudito di termini di cattivo gusto, col quale si cerca di imporsi ai profani" e che "tradisce in fondo solo la vacuità intellettuale dei suoi autori" (72).

---

(71) *Il concetto sociologico dello Stato*, cit., pp. 30-34. V. Pocar sottolinea la rilevanza di questa chiara distinzione tra il concetto sociologico e il concetto giuridico di stato, a cui Gumplowicz dedica appunto come opera apposita *Il concetto sociologico dello stato*, e vede nella distinzione fra giurisprudenza, che considera il fenomeno dello stato dall'interno, e la sociologia che lo considera dall'esterno una "singolare anticipazione del modo cui Hart distingue tra il punto di vista della sociologia e quello della giurisprudenza" , V. POCAR, *Diritto e conflitto sociale nel pensiero di Ludwig Gumplowicz*, cit., p. 29. Si potrebbe aggiungere che per il giurista polacco la giurisprudenza non è soltanto distinta dalla scienza dello stato, ma anche subordinata ad essa, così come la sociologia è il fondamento di ogni scienza riguardante il vivere sociale.

(72) Nell'asprezza di questi giudizi riecheggia probabilmente l'amarezza del docente emarginato da "tutta la congrega ufficiale dei giuristi, alleata ai professori tedeschi di diritto pubblico", ai quali Gumplowicz oppone Ratzel e Ratzenhofer che riconoscono l'importanza di una scienza sociologica dello Stato. *Il concetto sociologico dello stato*, cit., p. 173. Friedrich RATZEL (1844-1904) naturalista e etnologo tedesco, docente di geografia a Monaco e a Lipsia si occupò delle relazioni fra gruppi etnici e relazioni ambientali e la sua *Anhtropogeographie* (2 vol., 1882-1891) è fra le opere ripetutamente citate da Gumplowicz. G. RATZENHOFER (Vienna, 1842-1904),

La scienza dello stato, o sociologia, studia dunque i fatti riguardanti la genesi, sempre conflittuale, perché "nessuna forma statale può venire alla luce senza violenza, senza distruzioni, senza lotte aspre, senza spargimento di sangue" ([73]), dell'organizzazione politica e trova suoi precursori in Machiavelli, in Montesquieu e soprattutto in Ferguson che ben si può chiamare "il primo sociologo" per essersi adoperato "con intelletto veramente scientifico, intorno all'indagine delle cause dell'evoluzione sociale" ([74]). L' azione dello stato, come quella di ogni altro fenomeno sociale, è retta da leggi costanti che ne determinano sempre e dovunque due tendenze semplici, anche se concretizzate in modi molteplici secondo le diversità delle condizioni locali: la prima, verso l'esterno, lo orienta alla conquista, nelle sue varie forme, come respingere gli attacchi, aumentare la propria potenza, allargare il proprio territorio; la seconda verso l'interno è invece regolata dalle posizioni assunte dagli elementi sociali mossi dalla preoccupazione per l'esistenza, e dal conseguente impulso ad aumentare il proprio potere. Il conflitto non cessa con il costituirsi dello stato, ma permane sia nella lotta verso i popoli stranieri sia nello scontro fra dominanti e dominati, che, inizialmente definiti in base alla eterogeneità etnica ([75]), sono successiva-

---

dopo una carriera militare, si dedicò a studi sociologici, elaborando una teoria del processo sociale di tipo conflittuale, influenzata dallo stesso Gumplowicz e da Spencer e alla cui interpretazione A. Small dedicherà ben sedici capitoli del suo *General Sociology* (1905) . Tra le opere di Ratzenhofer v.: *Wesen und Zweck der Politik* (3 voll., 1893), *Die soziologische Erkenntnis*: *Positive Philosophie des socialen Lebens* (1898); *Soziologie*, 1907. Gumplowicz lo cita frequentemente e gli rende un particolare tributo di stima in occasione della morte, avvenuta improvvisamente l'8 ottobre 1904 sul piroscafo nel ritorno dal congresso di sociologia di Saint Louis. V., *La sociologia e Gustavo Ratzenhofer*, cit.

([73]) *Compendio di sociologia*, cit., p.238; *Il concetto sociologico dello stato*, cit., p. 134: Ai filosofi e ai giuristi che si sono sempre rifiutati di riconoscere questa origine dello stato, Gumplowicz contrappone gli antichi miti che fanno tutti riferimento alla conquista.

([74]) In merito alla classica distinzione fra diritto come variabile dipendente o come variabile indipendente dalla società, è interessante notare che Gumplowicz opta decisamente per la prima, e a Montesquieu, "che dà capitale importanza alla legislazione...attribuendo alle leggi una forza formatrice e trasformatrice della società umana", contrappone Ferguson che "non prende le mosse da condizioni naturali fittizie e da un diritto naturale esistente solo nei sogni, ma dalle condizioni reali dei *popoli naturali*...e tenta di rintracciare il nesso causale, che esiste nell'evoluzione sociale", *Il concetto sociologico dello stato*, cit., pp. 84-85.

([75]) *Compendio di sociologia*, cit., p. 113: "*Mai e in nessun luogo sono sorti stati se non mediante l'assoggettamento di tribù forestiere da parte di una o più tribù alleate e unite* (in corsivo nel testo)...Conseguentemente...su tutto il globo terrestre non esistono stati senza un'originaria eterogeneità etnica tra dominanti e dominati e solo lo sviluppo sociale dello Stato porta all'avvicinamento sociale e all'*amalgamazione nazionale*".

mente riportati alle classi e ceti che, si sviluppano gradualmente con la divisione del lavoro finalizzata al soddisfacimento dei bisogni ([76]). Già ne *La lutte des races* Gumplowicz si pronunciava per l'impossibilità di considerare "i popoli" come elementi etnici invariabili, dato che, se pure ancora visibile in certi stati, quali l'Austria, la Russia, l'Inghilterra, l'eterogeneità etnica diminuisce ordinariamente nel corso della storia segnato da un continuo processo di fusione e amalgamazione dei gruppi. Dall'eterogeneità etnica derivano peraltro altre forme di disuguaglianze attraverso la costituzione dei ceti e delle classi professionali, inizialmente signori e contadini e poi via via mercanti, borghesi cittadini, sacerdoti, intellettuali, secondo un processo di divisione del lavoro che, anche nella società attuale, resta libero soltanto in apparenza ([77]). Nel *Compendio di sociologia*, se pure mantenuta sullo sfondo, l'originaria distinzione etnica perde importanza, mentre il processo di divisione del lavoro viene piuttosto riportato al naturale impulso di soddisfare sempre maggiori bisogni, e allo stato, che l'organizza in modo coattivo, anche se pacifico, attraverso l'ordinamento giuridico ([78]). Il conflitto, originariamente fondato su una distinzione di tipo etnico viene quindi a trasformarsi in una dinamica fra ceti professionali, classi economiche e partiti, in cui i gruppi dominanti tenderanno ad usare i dominati nel modo più produttivo, attraverso l' oppressione e lo sfruttamento, e questi ultimi si sforzeranno a loro volta di accrescere la capacità di opporsi e di ridurre la propria soggezione ([79]).

Lo stato, definito "nel modo più esatto e generale", "e contro le varie teorie filosofiche e giuridiche", sulla base di due semplici caratteristiche, come "organizzazione del potere" e come "somma delle istituzioni che hanno per

---

([76]) *Compendio di sociologia*, cit., p. 120 ss.

([77]) *La lutte des races*, cit., pp. 210 ss.: p. 216: Jamais... ce que l'on a appelé la division sociale du travail, c'est-à-dire la séparation des branches professionnelles, ne s'est accomplie librement. Partout et toujours, ce qui a amené cette division sociale du travail et la répartition des professions, cela a été une contrainte physique et des causes naturelles impérieuses... . Et c'est encore un beau trait de la nature humaine, que cette nécessité «d'exploiter» n'ait jamais été erxercée que contre des *étrangers*. C'était des tribus étrangères que l'on subjuguait et que l'on contraignait à un travail d'esclaves; «c'était des tribus étrangères que l'on exploitait par le commerce et par l'activité dea artisans...».

([78]) *Compendio di sociologia*, cit. p. 117 e 121:"In tal modo l'impulso, sempre attivo, al soddisfacimento dei bisogni non viene mai a mancare del possente pungolo della lotta, cioè dell'eterogeneità dei gruppi umani, sia che questa consista nelle naturali differenze di forma, di colore, di odore sia che consista nell'alimentazione, nel costume e nella religione, sia infine nel patrimonio, nella posizione, nella professione, nelle attività e nell'interesse.".

([79]) *Compendio di sociologia*, cit., p. 126: "Dove ai dominati, nell'interesse della collettività intera, vengono accordati anche i più modesti diritti e funzioni, questi vengono usati come leve per allargare l'ambito dei propri diritti ed abbattere le barriere che li limitano".

scopo il dominio di una minoranza su una maggioranza ([80]), tende dunque in sostanza, con modalità variabili secondo le contingenze, al semplice dominio, che, fondato inizialmente sulla relazione dicotomica fra vincitori e vinti, viene poi a complicarsi in una pluralistica dinamica fra gruppi, portatori di interessi divergenti ([81]).

La volontà che governa lo stato è dunque un'attività economica comune che si compie sotto la costituzione del potere, dove alla maggioranza dominata incombe il maggior peso, anzi in concreto tutto il peso del lavoro non libero, mentre i dominanti recano, con prestazioni libere, il loro contributo non meno prezioso per il mantenimento della collettività statale.

Gli stati si costituiscono, e si sviluppano, secondo la legge naturale della periodicità, passando da "periodi di frazionamento particolaristico...a periodi di universalistica concentrazione" ([82]) del potere fino alla sua inevitabile dissoluzione, integrandosi in formazioni sempre più ampie "senza varietà e differenze di culture", fino ad esaurirsi, e a sparire, a essere ricoperti "dalle nuove sabbie" di masse umane che tendono alla loro distruzione, in un ciclo che eternamente si rinnova ([83]).

([80]) *Compendio di sociologia*, cit., p. 111; *Philosophisches Staatsrecht*, Wien 1887, p. 106 ss; *Il concetto sociologico dello stato*, cit., p. 161: "L'essenza e il significato del concetto sociologico dello Stato stanno nel considerare lo Stato, come una pluralità di elementi sociali che combattono senza posa. In queste lotte generali e reciproche consiste la vita dello Stato, e in esse va svolgendosi la sua evoluzione progressiva."

([81]) *Compendio di sociologia*, cit., p. 128. "Lo sviluppo economico e i fatti della storia creano una pluralità di classi e ceti e il continuo *sforzo politico* di tutte le classi, poi, crea un ordinamento statale complesso e un diritto pubblico complesso in virtù del quale tra coloro che stanno in alto e quelli che stanno più in basso...si inseriscono e si sviluppano ceti e classi intermedi che sono *relativamente* dominati..."; *Il concetto sociologico dello stato*, cit., p. 157: "Senza la lotta continua, alimentata dai motivi e dai fattori più vari e disparati, non può esservi Stato alcuno...e il compito supremo dello Stato consiste nel regolare e nell'ordinare legalmente quella lotta".

([82]) *Compendio di sociologia*, cit., p. 68

([83]) L. Gumplowicz, *Staat und Menschheit*, "Die Propyläen", anno V, 3; rec. in *Rivista italiana di sociologia*, 1906, fasc. nov-dic., p. 814. Sulla ciclicità della storia, v. *Compendio di sociologia*, cit., p. 257-259. A proposito dei "processi storici" che si svolgono nella penisola italica, il giurista polacco scrive: "Il Piemonte, facendosi banditore di una nuova idea, l'unità nazionale, riesce ad abbattere la dominazione della Roma dei papi e quella dei di lei alleati... . L'avvenire vedrà probabilmente di nuovo una lotta delle diverse "regioni" d'Italia contro la supremazia di Roma. Si conierà a questo fine una nuova parola d'ordine. Si dirà che "l'unità nazionale" è solo un manto per gli interessi egoistici e che l'indipendenza e l'autonomia delle singole regioni è un'idea più alta e che con ciò l'unità spirituale d'Italia non patirà danno alcuno, anzi andrà incontro ad un nuovo rinascimento. In breve, con nuove parole d'ordine, sotto forme sempre nuove, si svolge sempre la stessa lotta fra i centri di potere di un dato territorio", *Il concetto sociologico dello Stato*, cit., pp. 211-212.

Se queste "organizzazioni coercitive che noi chiamiamo Stati" sono organizzazioni del potere, i cui fini sono l'esercizio del dominio e lo sfruttamento da parte di coloro che comandano su coloro che lavorano e ubbidiscono ([84]), Gumplowicz vede anche che "l'uso della violenza non può essere durevole", e che la situazione creata dalla forza tende naturalmente a cambiare natura e a trasformarsi in un ordine che produce abitudine, costume e diritto. Poiché "ogni potenza economica e sociale tende al dominio giuridico, non essendo quest'ultimo che l'espressione e la forma della prima" ([85]), il diritto non deriva né dall'animo dell'individuo, né da una volontà complessiva fittizia, né tanto meno da una volontà collettiva o dallo "spirito del popolo",ma dagli elementi sociali che formano lo Stato", così che l'ordinamento giuridico altro non è che ordinamento di ineguaglianza fondato sulla disparità delle forze ([86]). È quindi un "grossolano errore" considerare il diritto come "giustizia distributiva" ed è "illusorio" credere che possa esistere un diritto uguale per tutti. Sempre e dovunque infatti l"essenza del diritto, che è unicamente forma dell'ordinamento dello stato, è pensabile solo nello Stato e può esistere soltanto nello Stato, consiste in una relazione in cui una minoranza dominante, che vuole vivere meglio di quanto potrebbe senza i servizi della maggioranza dominata, sfrutta quest'ultima ([87]).

Il diritto, creazione sociale ([88]), forma di vita collettiva prodotta dallo scontro di gruppi eterogenei e di forza ineguale, "reca sempre in fronte il marchio di questo peccato originale"; nato dalla disuguaglianza, come immagine speculare dello Stato da cui trae origine, esso mira a mantenere e consolidare tale ineguaglianza" instaurando la *signoria* del più forte sul più

([84]) *Il concetto sociologico dello Stato*, cit., p. 179. Lo sfruttamento è manifesto e chiaramente percepibile quando è conseguenza di azioni collettive, quelle cioè attuate dallo stato verso l'esterno (guerra di conquista, riduzione in schiavitù dei vinti), mentre è meno manifesto, ma non meno reale, quando è conseguenza delle azioni sociali interne...tra il gruppo dominante e il gruppo dominato. Cfr. V. POCAR, *Diritto e conflitto sociale nel pensiero di Ludwig Gumplowicz*, cit., p. 30.

([85]) *Il concetto sociologico dello stato*, cit., p. 56.

([86]) *Compendio di sociologia*, cit, pp. 215 ss.: "Il diritto è una *creazione sociale*, vale a dire una forma di vita collettiva *prodotta dallo scontro tra gruppi sociali eterogenei e di forza ineguale*. Tale diversità e tale ineguaglianza sono i presupposti necessari di qualsivoglia diritto".

([87]) *Compendio di sociologia*, cit., p. 216: "*Non esiste diritto* che non sia l'espressione dell'ineguaglianza giacché ogni diritto è il tramite tra elementi sociali diseguali". p. 218: "Al di fuori di questo (Stato) non vi è diritto, eminentemente istituto dello stato, carne della sua carne... . Ogni diritto è una particella di stato e contiene, per così dire, una particella di potere statale".

([88]) Il diritto, come tutti gli avvenimenti storici, è dunque anzitutto un fenomeno sociale, generato dalla cooperazione, "o per dire meglio dall'azione e reazione di almeno due gruppi sociali", *Il concetto sociologico dello stato*, cit., p. 182.

debole." ([89]). Di fronte all'affermazione di A. Menger che "l'ordinamento giuridico non è altro che una somma di rapporti di potenza", Gumplowicz si stupisce che il giurista austriaco si lamenti dell'ingiustizia e della violenza del diritto, senza comprendere che "parificare in diritto le donne agli uomini, sradicare dai codici i privilegi del possessore, ... abolire la proprietà privata e personale, elevare le posizioni delle classi lavoratrici fino a un livello al quale gli imprenditori preferirebbero diventare operai, ... eliminare tutte le ingiustizie "significa eliminare lo Stato, che non è altro che una garanzia della totalità, resa possibile dall'ineguaglianza sociale" ([90]). Circa lo stretto legame fra diritto, stato e coercizione, con un'altra delle sue tante e vivaci metafore, che lasciano anche intravedere le ragioni della sua popolarità fra gli studenti, Gumplowicz paragona il potere statale a "una grande cisterna"da cui "il diritto si distribuisce, "come in una canalizzazione idrica", così che "basta girare il rubinetto dell'esecuzione ed ecco il potere e la forza dello stato" ([91]).

Se in campo pubblicistico sempre e dappertutto l'ordinamento giuridico è stato "il contrario della libertà e dell'uguaglianza, e tale doveva essere per la natura della cosa", in quanto espressione dei reali rapporti di potere tra gli elementi sociali dello stato ([92]), il discorso non cambia in campo privatistico, in cui "il diritto di famiglia sottomette la donna e i figli alla signoria del padre... il diritto di proprietà regola l'ineguaglianza tra il possidente e l'impossidente in relazione all'oggetto della proprietà, il diritto successorio l'ineguaglianza tra l'erede e tutti coloro che non ereditano e il diritto obbligatorio l'ineguaglianza tra il creditore e il debitore in relazione all'oggetto dell'obbligazione" ([93]). Contro i giuristi che, "tentando la quadratura del cerchio", pensano di poter eliminare tutte le disuguaglianze appellandosi al "governo della legge", il

---

([89]) *Compendio di sociologia,* cit., p. 216 .

([90]) *Il concetto sociologico dello stato*, cit., p. 145. Se "lo Stato è una somma di rapporti di potenza riconosciuti durevolmente", come Menger stesso riconosce", allora "l'ineguaglianza sta nella sua natura, non potendovi essere rapporti di potenza che là dove regna l'ineguaglianza". Gumplowicz concorda peraltro con il socialismo giuridico per una prospettiva di riforme e perfezionamenti e "postulati ragionevoli che si possono attuare nello Stato". Sul socialismo giuridico, v. V. Pocar, *Anton Menger, l'austromarxismo e la scienza sociale del diritto*, in "Filosofia e società", 6, 1974, pp. 153-171.

([91]) *Compendio di sociologia*, cit., p. 218.

([92]) *Compendio di sociologia*, cit., p. 221.

([93]) *Compendio, di sociologia*, cit., p. 216 e p. 116; *Il concetto sociologico dello stato*, cit., pp. 143-144: "Non v'è un istituto di diritto privato che non porti. in sé le tracce incontestabili dell'esser sorto dalla pressione e dalla contropressione di gruppi sociali e che non porti in fronte oggi ancora, per la posizione più vantaggiosa del gruppo sociale più potente, le stimmate di Caino, il marchio immutabile di ogni diritto.".

sociologo polacco evidenzia quel "qualcuno" che confeziona, promuove, mette in esecuzione, interpreta la legge stessa, e quindi gestisce il potere, essendo peraltro a sua volta, oltre che condizionato dalla pubblica opinione, espressione e portavoce del gruppo egemone ([94]). Nello Stato non è quindi promulgabile alcuna legge che non sia la conseguenza di una lotta sociale e l'espressione della vittoria di un partito e della sconfitta di un altro ([95]). Come Gumplowicz scrive in *Was ist Recht?,* ogni diritto non è che un compromesso fra due o più gruppi, un armistizio, "una sosta in un'eterna lotta" in cui "tutti i partiti acconsentono sempre al compromesso soltanto se vi sono costretti, col pensiero recondito di esigere dalla controparte l'adempimento degli obblighi...e di sottrarsi, quanto prima sia possibile, all'obbligo contratto" ([96]).

Il diritto, trasformazione della forza, strumento di dominio del gruppo egemone, presenta peraltro la caratteristica che, comunque venga stabilito, e "per quanto grande, vasto e comprensivo lo si faccia", deve avere un limite da cui comincia il dovere e al tempo stesso il diritto di un altro" ([97]); esso non può quindi mai essere arbitrio e, recando in sé l'idea di argine al potere dei più forti, costituisce il seme di un rapporto reciproco ([98]).

Derivato dalla contropressione che i gruppi dominati riescono ad esercitare su quelli dominanti limitandone il potere, il diritto, costituito sulla base di una contrattazione, segna la linea di demarcazione fra i reciproci rapporti di forza, venendo in questo modo a costituire "la rappresentazione visibile e conoscibile della struttura dello stato stesso" ([99]).

Basta gettare uno sguardo all'opera legislativa dei parlamenti odierni – scrive

---

([94]) *Il concetto sociologico dello Stato*, cit., pp. 146-147.

([95]) *Il concetto sociologico dello Stato*, cit., p. 160-161 "La legge in apparenza più pacifica è l'armistizio momentaneo di un periodo di lotta. ... Persino se il ministro dell'istruzione emana un'ordinanza per l'abolizione nei ginnasi dei temi greci scritti, anche questa è la fine di una lotta e parecchi professori di filologia hanno versato sul campo di battaglia il loro sangue migliore".

([96]) *Was ist Recht?*, in *Sociologische Essays*, 1899, cit., vol. IV, pp. 1-11; cfr. *Il concetto sociologico dello stato*, cit., p. 182. "Questa, prosegue Gumplowicz, è la storia del costituzionalismo europeo degli ultimi cinquant'anni...Tutto lo sviluppo del costituzionalismo è prodotto dallo sforzo di sfruttare le esistenti sanzioni a vantaggio proprio e a svantaggio degli avversari."

([97]) *Compendio di sociologia,* cit., p. 164.

([98]) Come nota V. Ferrari, Gumplowicz, pur deciso a collegare diritto a forza, ha visto con lucidità che la trasformazione del puro arbitrio in diritto, in relazioni perfino totalmente squilibrate, implica una concessione all'antagonista.. V. Ferrari, *Funzioni del diritto*, cit., p. 80.

([99]) *Il concetto sociologico dello Stato*, cit, p. 161: "Nella lotta eterna degli elementi sociali la legislazione è un manometro che, funzionando automaticamente, ci indica la posizione momentanea dei partiti combattenti." Cfr. V. Pocar, *Diritto e conflitto sociale in Gumplowicz*, cit., p. 34.

Gumplowicz — per vedere che il diritto industriale, il diritto di fabbrica, la legislazione a tutela degli operai sorgono per la pressione e contropressione di due partiti, rappresentanti di due gruppi sociali, ... che nella laboriosa lotta parlamentare e extraparlamentare stringono quei compromessi e quelle reciproche "delimitazioni di potenza nelle quali consiste appunto il diritto" ([100]). Gumplowicz esemplifica questa instabilità del diritto, conseguente alla sua origine sociale ([101]), con lo scontro fra due divisioni militari che avanzano e retrocedono non in modo uniforme ma "secondo linee a zig a zag", oppure, ricorrendo alla fisica, con la pressione variabile, secondo il peso e il volume, esercitata reciprocamente da due corpi elastici, di diverso grado di durezza. Nello stesso modo si costituisce il sistema giuridico in uno Stato nel quale non solo due corpi vengono in contatto, ma una quantità di corpi eterogenei di varia consistenza vengono contemporaneamente compressi da forze superiori, "demarcando... un sistema di linee a zig zag ", che dipende "dai diversi gradi di durezza dei singoli corpi" ([102]).

Gumplowicz respinge ogni riferimento a un preteso diritto naturale il cui "*spirito* aleggia tuttavia sulle *acque* della giurisprudenza" ([103]) in cui si parla ancora di "diritti innati dell'uomo", dedotti dall'idea dell'uomo come "creatura libera e razionale" o fatti risalire all'"idea di giustizia". Tali deduzioni, "pur sempre giusnaturalistiche malgrado il fallimento del giusnaturalismo", e inammissibili perché contrarie al metodo induttivo di ogni scienza, sono infatti arbitrarie, assurde e false e si fondano sulla deificazione e sovrastima, "quanto mai irrazionali" del valore dell'uomo e della sua vita ([104]). Del resto libertà ed uguaglianza, quali pretesi diritti naturali, sono la negazione dello

---

([100]) *Il concetto sociologico dello stato*, cit., p. 140.

([101]) Sulla instabilità del diritto, v. *Compendio di sociologia*, cit. p. 225-226: "Come... il nuovo diritto aperse la strada alla nuova morale e la creò, così *ora* la nuova morale è il più robusto sostegno del nuovo diritto, fino a quando, nell'eterno volgersi delle cose terrene, nuovi fatti e nuove situazioni non creino un nuovo diritto ancora, cui la residua morale dovrà essere sacrificata".

([102]) *Il concetto sociologico dello stato*, cit., p. 141.

([103]) *Compendio di sociologia*, cit., p. 218; *Il concetto sociologico dello stato*, cit., p. 128.

([104]) *Compendio di sociologia*, cit., p. 219. Nell'opera del sociologo polacco si trovano frequenti riferimenti alla "sopravvalutazione della vita" presente nella cultura moderna. Per es., nel *Compendio di sociologia*, critica quella "tendenza intellettuale artificiosa" che "ha fatto dimenticare il modesto valore della vita... Un'illusione funesta fa sì che, proprio nelle nazioni civili, il bene della vita sembri d'eccessivo valore, sicché la sua perdita è deplorata come una 'grande sventura', ed eccessiva è la preoccupazione di conservarla... . Eppure... quanto modesto deve stimarsi questo valore! Un terremoto... un uragano marino... un'epidemia... e centinaia di migliaia di vite sono sacrificate." (p. 240). Analoghe considerazioni si trovano in altri scritti, come *La lutte des races*, in cui Gumplowicz denuncia l'illusione dell'uomo che si crede artefice della storia, mentre non è che "un atomo dell'universo sprovvisto di volontà" (p. 20), o *Il concetto sociologico dello stato*, cit, in cui definisce l'uomo "atomo di polvere" (p. 12)

Stato, che pure comporta mali inevitabili, ma che è l' unica alternativa possibile all'anarchia che, "senza offrire sia pur il minimo bene", è "il *potenziamento* smisurato degli stessi mali inevitabili anche nello stato", di cui il maggiore "è rappresentato dagli uomini stessi, dalla loro stupidità, e dalla loro abiezione" ([105]).

Gumplowicz non definisce la giustizia, perché di essa non si può sapere nulla, ma considera "l'idea" che gli uomini possono averne" come una "semplice astrazione del diritto *dello stato*, che regge e cade insieme al suo fondamento" ([106]). Il senso del giusto deriva infatti dal gruppo, che non produce e plasma soltanto i pensieri, le concezioni, le idee del singolo, ma anche la convinzione della validità del comportamento che esso impone, e inculca" nella mente dei suoi membri modi di comportarsi, aspirazioni, principi che si riferiscono a tutti i settori della vita ([107]).

Finché il gruppo è semplice, come avviene nell'orda primitiva, esso guida il singolo come "una stella polare", indicandogli cosa è giusto, conveniente e lecito e fonda il consenso fra i suoi membri ([108]). Lo scontro fra due o più gruppi sociali, producendo l'organizzazione dello stato, comporta anche l'urto fra diverse concezioni della giustizia, e rende necessario il costituirsi di una nuova morale ([109]), "adeguata alla comunità sociale complessa" e "all'ordinamento statale appena fondato". Spetta allora al diritto, che ha per presupposto necessario l'organizzazione del potere, produrre nuove regole valide per tutti i membri; ponendosi inizialmente come comando dei dominanti, sostenuto dalla violenza e dalla coazione, esso genera in seguito nuove pratiche, nuove abitudini e, creando una nuova morale, in funzione degli interessi e dei bisogni della nuova collettività variamente composta dal punto di vista etnico e sociale, rende possibile, almeno in via provvisoria, un consenso, "una vita parallela" tra i gruppi che compongono lo stato ([110]).

([105]) *Compendio di sociologia*, cit., p. 219; *Il concetto sociologico dello stato*, cit., pp. 43 ss.

([106]) *Compendio di sociologia*, cit., p. 220.

([107]) *Compendio di sociologia*, cit., p. 200: "(la morale) non è altro che *la convinzione, instillata dal gruppo sociale nella mente dei suoi membri, della validità del comportamento ch' esso loro impone*"; p 205. "...tutti i sentimenti morali dell'individuo si sviluppano solo nell'ambito del suo gruppo sociale, tramite l'influenza che questo esercita sull'individuo stesso".

([108]) *Compendio di sociologia*, cit., p. 200.

([109]) Per Gumplowicz la morale coincide con il costume, inteso come regolarità di comportamenti condivisi dai membri di un gruppo sociale perché appresi attraverso l'educazione, mantenuti attraverso l'abitudine e ritenuti convenienti al soddisfacimento dei bisogni.

([110]) *Compendio di sociologia*, cit., p. 225-226: "Come tuttavia il nuovo diritto aperse la strada alla nuova morale e la creò, così *ora* la nuova morale è il più robusto sostegno del nuovo diritto, fino a quando, nell'eterno volgersi delle cose terrene,

Alle obiezioni che è il diritto a derivare dalla morale e non viceversa, Gumplowicz replica che questo è vero soltanto in apparenza, perchè un diritto che sembra spazzato via dalla morale, è in realtà già un "diritto tarlato", "paravento dietro il quale si svolgevano altri *rapporti* e altri *fatti*", diritto formale e scritto, dietro cui esiste già un diritto "da tempo richiesto dai fatti e dalle situazioni e già entrato nella coscienza morale" e pronto a trovare la sua espressione e validità nella legge (111). Non è questo un diritto naturale, un diritto di ragione che esiste indipendentemente dal tempo e dalla situazione, ma un diritto che di volta in volta sta nella situazione di fatto e nasce da questa, dunque naturale e razionale appunto perché vi corrisponde (112).

5. *Gruppi etnici e razze*

Questi contenuti, pur così sommariamente esposti, sono sufficienti a mostrare che Gumplowicz è innanzitutto un autore scomodo, le cui affermazioni sono spesso sgradevoli nella loro crudezza (113) e le cui tesi, dedotte anche, malgrado la pretesa scientificità, da assiomi non dimostrati, appaiono a volte contraddittorie (114) e comunque spesso datate (115).

Il pensiero del sociologo polacco si muove su alcune tematiche fondamentali, quali la scelta del metodo induttivo secondo il paradigma positivista,

---

nuovi fatti e nuove situazioni non creino un nuovo diritto ancora, cui la residua morale dovrà essere sacrificata". Sul punto, v. V. POCAR, *Diritto e conflitto sociale nel pensiero di Ludwig Gumplowicz*, cit., pp. 36-41.

(111) *Compendio di sociologia*, cit., p. 226-227.

(112) R. Treves osserva che, se per Gumplowicz non è ammissibile un diritto naturale e razionale sempre uguale a se stesso al di fuori o al di sopra dello stato, questo non esclude che si possa chiamare naturale o razionale quel diritto che di volta in volta è richiesto dalle circostanze ed è sollecitato dai bisogni concreti che variano secondo i tempi e i luoghi. , R. TREVES, *Sociologia del diritto. Origini, ricerche problemi*, cit.. p. 63 .

(113) H. E. Barnes sottolinea, fra i molti aspetti disastrosi della teoria di Gumplowicz la sua rappresentazione della guerra "as the main agency in political development and the reliable arbiter of the pretentions of national *Kultur*". Cfr. H. E. BARNES, *The social philosophy of Ludwig Gumplowicz. The struggles of races and social groups*, cit., p. 202.

(114) Già il contemporaneo Michelangelo Vaccaro rilevava le contraddizioni del giurista polacco, che, malgrado le pretese di scientificità, si appellava a indimostrate "esigenze irresistibili" poste nel cuore dell'uomo e "alla saggezza e previdenza della natura", M. VACCARO, *Le basi del diritto e dello stato*, cit., p. XXVII.

(115) Come peraltro osserva Pocar, "la caducità di buona parte delle dottrine gumplowicziane non vale dunque come motivo, né convincente né sufficiente", per giustificare l'oblio da parte dei sociologi. V. POCAR, *Introduzione* a *Compendio di sociologia*, cit., p. 6.

il poligenismo e lo sviluppo multiplo dei gruppi secondo leggi invariabili, la fondazione della scienza politica e giuridica sulla sociologia stessa, l'origine conflittuale e violenta dello Stato e le sue finalità di dominio, la natura sociale del diritto che, nato come compromesso, segna un "armistizio"temporaneo" fra gruppi sociali contrapposti, e sostituisce una nuova morale comune a quelle particolari dei singoli gruppi amalgamati all'interno dell'organizzazione politica. È superfluo sottolineare che molte di esse offrono spunti interessanti alla sociologia giuridica, come in particolare il carattere coercitivo del diritto, la sua relazione non soltanto con la forza ([116]) e con i gruppi di potere dietro il legislatore ma anche con la pubblica opinione e con tutti i soggetti che ne condizionano l'interpretazione e l'applicazione, nonché il rapporto del diritto con il costume e con la morale, oltre, naturalmente, alla definizione del rapporto fra sociologia e scienza giuridica,da Gumplowicz particolarmente riferita al problema dello stato.

Non essendo questa la sede per affrontare discorsi così ampi, mi limito a concludere con alcune osservazioni sui gruppi eterogenei dalle cui interazioni conflittuali hanno origine sia lo stato sia il diritto. Poiché su questo argomento, che in qualche misura può richiamare l'attuale dibattito sulle società multiculturali ([117]), si fonda l'interpretazione di un Gumplowicz "razzista" ([118]), è mia intenzione approfondire se e fino a quale punto le sue tesi siano annoverabili fra quelle che fanno derivare da differenze genetiche e culturali diversità antropologiche e comportamentali su cui fondare gerarchie sociali ([119]).

In primo luogo può esser opportuno confrontare Gumplowicz con l'evoluzionismo biosociologico ottocentesco, in particolare con la teoria di Ch. Darwin, sicuramente presente, sotto il profilo sia terminologico sia concettuale, negli scritti del giurista polacco ([120]). Numerosi sono infatti

---

([116]) Sul rapporto diritto e forza, v. da ultimo M. A. CATTANEO, *Diritto e forza, un delicato rapporto*. Cedam, Padova 2005.

([117]) F. BELVISI, *Società multiculturale, diritti, costituzione: una prospettiva realista*, Clueb, Bologna 2000.

([118]) All'epoca di Gumplowicz il termine di razzismo non esisteva, essendo comparso l'aggettivo "razzista" nel 1925 nella pubblicistica francese, ed essendo stato coniato il sostantivo "razzismo" nel 1927 dallo scrittore Edmond Vermeil. Cfr. Alfredo ALIETTI - Dario PADOVAN, *Sociologia del razzismo*, Carrocci, Roma 2000, p. 22. Il primo impiego scientifico del termine viene fatto risalire all'opera, di Ruth BENEDICT, *Rass and Racism*, 1945.

([119]) Sul razzismo, quale concetto che sfugge ad una definizione precisa, e sulle metamorfosi dei suoi significati nel mondo moderno, esiste una vastissima bibliografia. cfr. Imanuel Geiss, v. *Razzismo*, Enciclopedia delle scienze sociali, Istituto Scientifico Enciclopedia italiana, Roma vol. VII, 1997, p. 252 ss.

([120]) Il riferimento è soprattutto a *The Descent of Man*, New York, 1880, in cui Darwin, applica all'uomo la teoria evoluzionistica della selezione naturale dei più adatti.

nella sua opera i riferimenti alla "lotta per l'esistenza", mentre proprio sull'"impulso della propria affermazione...che impera incontrastato in ogni singolo organismo... nell'individuo, o nel gruppo o nella specie...quale legge di natura imprescindibile" ([121]), è fondata la teoria del conflitto fra i gruppi, la supremazia del più forte che costituisce lo stato e la contrattazione fra dominanti e dominati che origina il diritto. Già nella *Lutte des races*, il giurista polacco dichiara peraltro di non aderire del tutto alle tesi di Darwin in cui riconosce, insieme a molte verità, anche molte esagerazioni ed errori, annoverando fra le prime la dimostrazione che un gran numero di trasformazioni e modificazioni nei tipi degli organismi si verificano non soltanto attraverso l'adattamento e l'ereditarietà, ma anche per l'influenza di altri fattori, quali in primo luogo quelli ambientali, e fra i secondi la tesi delle trasformazioni delle specie attraverso una serie continua dagli organismi inferiori fino all'uomo ([122]). Gumplowicz prende comunque le distanze al darwinismo, denunciandolo come il "nuovo idolo"e paragonando i suoi sostenitori "ai nuovi addetti" che ne difendono i dogmi" "con cieco fanatismo", "condannando non come eretici, ma come dilettanti tutti coloro che non giurano sulla dottrina di Darwin dall'alfa all'omega" ([123]). Non è qui il luogo per seguire le pagine in cui nei vari scritti Gumplowicz esprime la sua adesione o la sua critica alle teorie di Darwin, essendo sufficiente ricordare che l'aver ripetutamente sottolineato la specificità del processo sociale rispetto a quello biologico respinge proprio il principio essenziale dell'applicazione della legge darwiniana dell'evoluzione al mutamento sociale ([124]). Non mi sembra quindi giustificata né l'osservazione di Barnes che vede in Gumplowicz il rappresentante più estremo dell'applicazione della biologia darwiniana all'interpretazione dei processi sociali" ([125]), né l'aspra critica di

---

([121]) *Il concetto sociologico dello stato*, cit., pp. 177-178.

([122]) *La lutte des races*, cit., p. 64 e 75. Gumplowicz condivide in proposito le critiche di Louis Agassiz, il naturalista svizzero, emigrato in America e professore alla Harvard University, che si occupò soprattutto di anatomia e biologia marina e fu contrario alla teoria dell'evoluzione. Come peraltro osserva M. Vaccaro, Gumplowicz, dando ragione ad Agassiz contro Darwin, dichiarandosi insomma per la fissità assoluta della specie, "si mette fuori del movimento scientifico moderno", *La legge ultima dell'evoluzione sociale*, cit., p. 298.

([123]) *La lutte des races*, cit., p. 65.

([124]) V. Pocar, *Introduzione*, p. 24: "...se è vero che Gumplowicz accoglie il concetto di lotta per l'esistenza, occorre però anche ricordare che la teoria del conflitto gumplwicziano non è spiegabile nei termini sociobiologici di lotta tra specie".

([125]) H. E. Barnes, *The social philosophy of Ludwig Gumplowicz*, cit., pp. 191 e 203. Lo stesso Barnes ammette peraltro che "Gumplowicz'sociological system is not simply an application of Darwinian biology to the operation of human society", v. *Gumplowicz*, in "International Encyclopedia of the Social Sciences", New York-London 1972, vol. 6, p 294.

Sorokin che riduce "il grossolano ed estremo sociologismo di Gumplowicz alle dichiarazioni di un biologo che basta prendere in considerazione i tessuti e non le cellule" ([126]).

Contro l'ipotesi di un'umanità discendente da un'unica coppia Gumplowicz sostiene che gli uomini si sono presentati all'origine come appartenenti a differenti razze, prospettando ([127]) il poligenismo come l'unica ipotesi verosimile, sia perché conforme alla legge naturale che, nella vita vegetale e animale fa discendere pochi individui da una grande molteplicità di germi ([128]), sia perché dimostrata dalle conoscenze etnologiche. Chiamando a proprio sostegno le testimonianze di un Voltaire ([129]), nonché dei naturalisti moderni, come lo svizzero Agassiz, egli definisce prive di basi scientifiche quelle teorie di successive emigrazioni di popolazioni dall'Asia verso l'Europa, su cui fra l'altro i tedeschi hanno creduto di fondare la loro pretesa discendenza ariana ([130]). Opponendosi a storici e glottologi che intendono provare l'ipotesi monogenetica sulla base dell'affinità delle lingue, Gumplowicz adduce esempi storici sia di un'unica razza che si serve di diverse lingue sia di razze differenti che parlano una sola lingua, al fine non soltanto di dimostrare infondato "l'accoppiamento fra etnologia e filologia", ma anche di prospettare la comunanza linguistica non quale punto di partenza, ma piuttosto quale punto di arrivo di popoli diversi che, amalgamandosi, hanno perduto le loro lingue originarie ([131]). Nessun valore scientifico hanno

---

([126]) Giustamente osserva Pocar che "La succinta esposizione del pensiero gumplowicziano fatta da Sorokin resta un bell'esempio di incomprensione" V. POCAR, *Introduzione*, cit., . 24 n. 8.

([127]) Ne *La lutte des races* egli pone in verità questa come un'ipotesi, invitando gli scienziati a darne conferma attraverso i fatti della storia, ma ne *Il concetto sociologico dello stato* afferma decisamente che "al pensiero scientifico non resta altra via di uscita che ammettere l'origine poligenica dell'umanità". Cfr. *La lutte des races*, cit., p. 54; *Il concetto sociologico dello stato*, cit., p. 69. V. nota n. 55, p. 49.

([128]) *La lutte des races*, cit., p. 42.

([129]) Cfr. per es. VOLTAIRE, v. Adam, in *Dictionnaire philosophique*, ed. Garnier, Paris 1967, pp.6-7 ; *Essai sur les moeurs*, Garnier, Paris 1963, vl. I, p. 6 « Il n'est permis qu'à un aveugle de douter que les blancs et les nègres, les Albinos, les Hottentotes, les Lapons, les Chinois, les Américains, soient des races entièrement diffèrentes ».

([130]) *Il concetto sociologico dello stato,* cit., pp. 70-71; *Le origini delle società umane*, cit., pp. 55-56. Sui processi culturali che in Germania, come in altri Paesi europei, preparavano nel secolo XIX il mito della razza ariana, v. L. POLIAKOV, *Le mithe arien. Essai sur les sources du racisme et des nationalismes*, Paris, 1971; trad. it., *Il mito ariano. Saggio sulle origini del razzismo e dei nazionalismi*, Editori Riuniti, Roma 1999.

([131]) *La lutte des races*, cit., pp. 86 ss.. Gumplowicz dedica molte pagine all'origine delle lingue, passando in rassegna un gran numero di filosofi, storici e glottologi e dimostrando quindi una vasta conoscenza della letteratura sull'argomento. Egli sostiene la "socialità del

dunque i concetti di razza indo-germanica, ariana, semita, mongola, perché "siffatte divisioni, costruite sui caratteri linguistici provvisori non sono adoperabili in via antropologica e etnografica" (132). Se il poligenismo poteva costituire all'epoca la base teorica per discriminazioni di tipo razziale (133), già ne *La lutte des races*, Gumplowicz dissocia la questione etica, dalle tesi scientifiche del monogenismo o del poligenismo, proponendo per l'unità del genere umano, con il suo corollario di dovere di fraternità e di reciproco amore universale, un fondamento diverso dalla discendenza fisica, quale la parentela intellettuale, vale a dire la "somiglianza essenziale delle attitudini intellettuali... che nessuno ha mai cercato di negare" (134). I gruppi umani, derivati da innumerevoli orde primitive, sorte in molti punti del globo e diramatisi per il mondo, hanno quindi sviluppato, in conformità alle diverse condizioni ambientali, caratteri differenti trasmissibili geneticamente, ma ulteriormente variabili sotto l'influenza di altri fattori esterni (135). Come del resto dimostra la storia, dall'antichità, al Medioevo all'età moderna, una grande varietà di tribù e di elementi sociali si sono avvicinati sempre di più, in un processo lento e continuo secondo la duplice tendenza, per cui mentre "orde e tribù umane eterogenee" diminuiscono di numero per effetto di fusioni, gli "amalgami etnici che ne conseguono aumentano e si propagano" (136). Poiché sarebbe difficile trovare oggi sulla terra popoli che non fossero il prodotto di questo processo di amalgamazione, l' 'unità del genere umano può quindi meglio collocarsi alla fine che all'origine dello sviluppo dell'umanità (137). Ne *La lutte des races*, trattando degli antropologi che pretendono "di dividere l'umanità in tribù e razze" sulla base di criteri

---

linguaggio insieme alla riduzione del numero delle lingue in seguito ai processi di assimilazione fra i gruppi". *Il concetto sociologico dello stato*, cit., p. 68: "... col progredire dell'evoluzione umana un numero infinito di lingue dei gruppi umani minori sparì senza lasciar traccia e...obbedendo a una legge onnipotente di assimilazione, complessi sempre maggiori di popolazioni per comprendersi scambievolmente assunsero lingue comuni".

(132) *La lutte des races*, cit.,, pp. 103 ss. *Il concetto sociologico dello stato*, cit.,p. 70

(133) L. Poliakov, *Il mito ariano*, cit., pp. 289 ss.

(134) *La lutte des races*, ci., p. 53: «Mais cette unité ne peut-elle reposer que sur la descendence physique? Ne peut-elle avoir une autre base: la parenté intellectuelle, c'est-à-dire la similitude essentielle des aptitudes intellectuelles? Personne n'a jamais essayé sérieusement de nier ces aptitudes, cette parenté intellectuelle entre toutes les races humaines».

(135) *Le origini delle società umane*, cit., p. 56.

(136) *La lutte des races*, cit., p-62.

(137) *La lutte des races*, cit., p 53: «...si l'histoire nous montre que les hommes, d'abord hostiles entre eux, ne se sont fondus que peu à peu, pourquoi l'unité des hommes, au lieu de devoir être placée à l'origine du développement de l'humanité, où en tous cas elle n'aurait duré que fort peu de temps, ne devrait-elle pas plutôt être renvoyée à la fin de ce développement, fin qui serait le but vers lequel il se dirige?».

fisiologici e anatomici, Gumplowicz sottolinea lo "scarso ruolo" che giocano le misurazione dei crani, dato che sulla formazione dei gruppi altri fattori, diversi da quelli fisici, hanno avuto un'influenza decisiva, così che in nessun modo quella di razza può considerarsi una nozione di scienza naturale ([138]). Nel *Compendio di sociologia* riprendendo l'argomento dei gruppi umani "già ripetutamente mescolati", Gumplowicz evita espressamente di riportare le caratteristiche delle differenze razziali "alla volta cranica e all'ossatura", e quindi ai tratti più sottili del volto umano...fino alle più sottili circonvoluzioni cerebrali"dato che si tratta di campi di ricerca "a noi ancora perfettamente ignoti" ([139]). Se "oggi non esistono più "razze" in senso antropologico, la comunanza o esclusione rispetto al gruppo non può neppure essere fondata su differenze relative alle capacità psichiche, perché, se pure, come Gumplowicz ipotizza ne *La lutte des races*, queste possono essere differenti, "è cosa molto dubbia se certe qualità psichiche di origine e di razza (delle quali però nulla possiamo sapere) abbiano un influsso sul comportamento e sull'azione di gruppi sociali" ([140]). Riprendendo quindi la tesi dell'evoluzione da gruppi primitivi molteplici verso una progressiva fusione di popoli e comunioni di razze, il giurista polacco finisce con l'addurre anche l' esempio dell'Italia moderna divenuta "una nazione" e "una lingua", dopo essere stata una pluralità di "piccoli popoli" che andavano agitandosi fin dal tempo della fondazione di Roma" ([141]). Ne *Il concetto sociologico dello stato*, in cui usa meno frequentemente il termine "razza",Gumplowicz riporta la disuguaglianza naturale fra i vari gruppi umani, e il mutamento sociale, piuttosto che a caratteri antropologici, a una molteplicità di fattori, quali le condizioni climatiche e ambientali, i mezzi disponibili per soddisfare i bisogni, la "differenza di condizioni di vita" che esercitano "un influsso decisivo, formante e trasformante sulle consuetudini, sui costumi e sul carattere degli uomini". Se è infine possibile qualificare le specie umane come "tipi costanti", è anche vero che un medesimo tipo può "attraversare un'evoluzione diversa" a

---

([138]) *La lutte des races*, cit., pp. 190-193 : «La race n'est pas le produit d'un simple processus naturel... mais elle est le *produit du processus historique* (in corsivo nel testo)... . La race est une unité qui, au cours de l'histoire, s'est produite dans le développement social et par lui... ».

([139]) *Compendio di sociologia*, cit., p 77.

([140]) *Il concetto sociologico dello stato*, cit., p. 188.

([141]) *Il concetto sociologico dello stato*, cit., p. 65. Anche a proposito dei Serbi e Croati Gumplowicz scrive che "antropologicamente parlando ognuna di queste razze è un miscuglio di elementi etnici più eterogenei, e se molti elementi alimentano fra questi due popoli l'odio di razza, in ognuno di essi scorre nelle vene lo stesso sangue, quantunque mescolato e hanno la stessa lingua se pur differenziata in diversi dialetti, *Le origini storiche dei Serbi e Croati*, cit.

seconda delle diverse condizioni e quindi anche a seconda dei diversi influssi che subisce, e della diversa azione che è in grado di esercitare" ([142]).

In conclusione, se indubbiamente Gumplowicz per significare l'eterogeneità dei gruppi impiega ripetutamente il termine razza ([143]), la sua insistenza sulla loro mescolanza nel mondo moderno, la negazione della fissità dei caratteri per via ereditaria, il rifiuto ad addentrarsi in considerazioni morfologiche, la puntualizzazione della rilevanza dei caratteri sociali e culturali nella definizione della diversità delle comunità umane, conducono a scartare una interpretazione razzista, in senso antropologico della sua opera ([144]).

Ne *La lutte des races* Gumplowicz cita più di una volta il francese Arthur de Gobineau ([145]), definendolo "autore perspicace", raccomandandone la lettura, condividendo con lui la tesi sia della rilevanza dei gruppi piuttosto che dei singoli individui sia dell'esistenza di comunità umane, prive della capacità di sviluppo, che restano in uno stato rudimentale e selvaggio ([146]). A de Gobineau, che fra i primi aveva sostenuto quell'origine eterogenea delle razze a lui tanto cara, Gumplowicz non risparmia peraltro critiche, rilevandone i molti errori, come quello, in particolare, di aver insistito sulla razza, trascurando i

---

([142]) *Il concetto sociologico dello stato*, cit., p. 125

([143]) Senza dilungarmi sui predecessori che dal mondo antico al secolo XVIII hanno toccato questa tematica, vorrei notare che il termine razza era diffuso fra i contemporanei, con tutte quelle ambiguità di significato che Enrico Morselli avrebbe rilevato nel 1911 in occasione del Congresso di Londra, E. MORSELLI, *Le razze umane e il sentimento di superiorità etnica*, in *Rivista italiana di sociologia*, 1911, fasc. maggio-agosto, pp. 321 ss. Sulle ambiguità del concetto di razza, v. G. F. ZANETTI, *La retorica della razza*, in "Filosofia politica", cit., pp. 437-446

([144]) *Il concetto sociologico dello stato*, cit., p. 114. V. Pocar, "per chiarezza dell'esposizione e per far anche giustizia di tanti equivoci", puntualizza che il termine razza viene usato da Gumplowicz in senso bio-antropologico solo in uno dei primi scritti, quale *Rasse und Staat. Eine Untersuchung über das Gesetz der Staatenbildung* (1875), mentre già in *Der Rassenkampf* (1882) chiarisce che il termine deve essere riferito 'a gruppi che non costituiscono un'unità antropologica, ma un'unità sociale'. Finalmente il concetto viene espunto anche sotto il profilo terminologico, e, ad esempio, nei *Soziologische Essays* (1898), l'espressione "razza" è sostituita definitivamente dall'espressione 'gruppo sociale'. *Diritto e conflitto sociale nel pensiero di Ludwig Gumplowicz*, cit., p. 31, n. 12. G. MORRA, osservando che in Germania l'opera "razziale" più nota fu "*La lutte des races*" di Ludwig Gumplowicz, scrive che "questa ha ben poco di razzista", *Razze & razzismo*, in "Studi cattolici", a. XXXVII, n. 394, dicembre 1993.

([145]) A. de GOBINEAU, *Essai sur l'inégalité des races humaines*, Parigi 1853-1855, ed. it., *Saggio sulla disuguaglianza delle razze umane*, Milano, Rizzoli 1997. Sul libro di de Gobineau, come "una specie di testo basilare per l'interpretazione storica in senso razziale", v. H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, Comunità, Milano 1989, pp. 238 ss.; L. POLIAKOV, *Il mito ariano*, cit., pp. 44 ss.

([146]) *La lutte des races*, cit., p. 34 e p. 62, n. 2.

fattori ambientali, quali per esempio il clima, che incidono sui comportamenti sociali ([147]).

Ma due argomenti sembrano rendere improponibile un accostamento fra il nobile francese e il nostro giurista polacco. In primo luogo, l'ispirazione di tipo letterario di de Gobineau, che, nel suo "romanzo delle origini", concepito sotto il trauma della rivoluzione parigina del '48, "sotto il cumulo dell'erudizione storica", intende far luce sul passato solo per mostrar che il senso della storia va "...dagli eroi di ieri" verso "i bruti degradati, sonnolenti e intorpiditi ... dell'umanità di domani" ([148]), non è confrontabile con l'intento "positivista" del giurista polacco. Il pessimismo del "*Saggio sull'ineguaglianza delle razze*", libro, che può essere letto come "discorso di poesia storica, traduzione di una straordinaria pulsione lirica e illustrazione di una fantastica visione romanzesca" ([149]), diverge totalmente da quello di Gumplowicz, che intende condurre un'opera di scienza,volta a determinare leggi generali dello sviluppo sociale, politico e storico. Se ne *La lutte des races* il giurista polacco esclude "dans l'ensemble du processus naturel de l'histoire", ogni possibilità di miglioramento, perché "les hommes sont toujours les mêmes", dichiarando illusorio ogni progresso sia attraverso la conoscenza sia tramite le invenzioni tecnologiche" ([150]), e ammettendone la possibilità soltanto qua e là, in certi periodi dell'eterno ciclo della storia, ne *Il concetto sociologico dello stato* sembra riconoscere la possibilità di cambiamenti in grado di migliorare le condizioni di vita, in una visione che, abbracciando tutte le nazioni, potremmo forse oggi definire "globale" ([151]). In secondo luogo, se il nobile francese

---

([147]) *La lutte des races*, cit., p. 13.

([148]) J Boissel, *Introduzione* a: A. de Gobineau, *Saggio sulla disuguaglianza delle razze umane,* cit., p. 10.

([149]) J. Boissel, *Introduzione*, cit., p. 11.

([150]) *La lutte des races*, pp. 346: «Il n'y a ni progrès ni recul...car les hommes sont toujours les mêmes...En effet l'invention électrotechnique la plus raffinée de l'époque moderne ne dépasse pas certainement, si peu que ce soit, l'invention du premier caractère runique, du premier signe graphiqe cunéiforme»; p. 347: «...La philosophie moderne, a-t-elle, dans la connaissance de la vie humaine, dépassé la vérité que l'Ecclésiaste a condensée dans cette courte phrase: «Tout est vanité»?.

([151]) *Il concetto sociologico dello stato*, cit., pp. 198 Definendo quello di "civiltà" come "il concetto più oscuro che ci sia", Gumplowicz la nega come grado superiore di perfezione morale e progresso spirituale di un popolo, ma la riconosce nel suo significato di progresso tecnico. "La civiltà consiste di fatto nell'aumento dei bisogni, nell'incremento della divisione del lavoro e nel maggior numero di invenzioni fatte allo scopo di soddisfare quei bisogni"; p. 201: "Gli storici della civiltà sbagliano in primo luogo ritenendo il concetto della civiltà un concetto morale e umanitario, cosa che assolutamente non è... . La civiltà, ...", non è né più né meno che un concetto puramente tecnico e specialmente tecnico-economico. La civiltà non è che il soddisfacimento dei nostri bisogni mediante un'estesa divisione del lavoro che abbraccia tutte le parti del mondo", *Il concetto sociologico dello stato*, cit., pp. 198-201.

vedeva nella mescolanza delle razze il fattore di decadenza di un popolo, il giurista polacco ne fa il motore del divenire storico, e della civiltà e, se si vuole, del progresso, che non è pura illusione, anche se destinato a non coinvolgere l'intera umanità e a regredire nell'andamento ciclico della storia ([152]).

Nell'opera del sociologo polacco, pur nelle tante descrizioni dei gruppi eterogenei e dei loro conflitti, non si trova eco delle affermazioni con cui de Gobineau traeva dalla differenza fra le razze le ragioni di un loro ordine gerarchico. In uno scritto del 1903, Gumplowicz, considerando la prospettiva della fondazione dello stato sulla teoria delle razze, così che "la più nobile sta al vertice e la più vile al fondo", veniva direttamente a confrontarsi con i sostenitori della superiorità della razza germanica ([153]). Il suo attacco non era rivolto direttamente contro il conte francese, che pure con l' affermazione della superiorità della razza bianca poteva considerarsi il fondatore di tale orientamento, ma contro coloro che al posto di questa mettevano quella germanica o, considerando la razza come base fisiologica della società, fondavano sulla stessa la stratificazione sociale. Definita la razza sulla base della continuità genealogica, Gumplowicz ribadiva che la sua"purezza" è "un'utopia" e "l'incrociamento la realtà", dato che "per di più oggidì tutti i popoli senza eccezione sono di razza mista". Egli demoliva quindi la base teorica di questa pretesa nuova scienza antropologica dello stato, che oltretutto "non si mette a servizio dell'umanità, ma soltanto della razza germanica settentrionale" ([154]). Sotto il profilo sociologico poi, di fronte alla prospettiva di "un super-allevamento" di una razza pura, con conseguente adozione "di mezzi non proprio idillici", quali l'emigrazione, la sterilità, il celibato e infine la distruzione diretta, Gumplowicz si chiedeva se questa è scienza, e opponeva come verità che "tutte le grandi imprese sono dei concerti orchestrali nei quali un numero infinito di razze suona i diversi strumenti, dalla cui cooperazione nascono quelle "grandi imprese" e quelle "creazioni", che, appunto perché sono grandi imprese e creazioni sociali non possono mettersi a conto di una sola delle razze cooperanti " ([155]).

La lettura degli scritti di Gumplowicz non mi sembrano quindi convalidare il giudizio di Jonas, da cui ero partita, che" *Fattori biologici generali, con*

([152]) Con la sua concezione del movimento ciclico della storia, Gumplowicz si ricollegava a un 'antica tradizione risalente a Polibio e quindi da G. B Vico.

([153]) L. GUMPLOWICZ, *L'Antropologia politica*, in: *Zukunft*, n. del 31 ottobre 1903, trad. it. in appendice a *Il concetto sociologico dello stato*, cit., pp. 255 ss..

([154]) *L'antropologia politica*, cit., p. 263.

([155]) *L'antropologia politica*, cit., p. 269. Sull'affermarsi di teorie eugenetiche in Germania nella seconda metà del sec. XVII; v.. L. POLIAKOV, op. cit., p. 332 ss.

cui si spiega lo sviluppo sociale, divengono qui qualità delle razze, da cui si deducono le origini della società e la sua legittimità" ([156]).

6. *Conclusione*

Gumplowicz ha inteso costruire una sociologia sistematica, come scienza pura su cui fondare la storia e la scienza della politica e del diritto, mentre il suo riferimento ai gruppi, se da un lato si riporta, come egli stesso riconosce, allo Spencer e prima ancora a Ferguson, non può nemmeno essere letto in modo totalizzante, come "annientamento del singolo" dato che egli stesso non esclude il possibile ruolo svolto da parte di personalità eccezionali" ([157]). È curioso per esempio leggere nelle sue pagine, in cui pure è espressa con estrema crudezza una visione tragica dell'umanità, non autrice della storia ma forse semplice mezzo di fini a lei estranei ([158]), anche un invito alle riforme. Se pure il "sommo bene della vita" è conoscere il vero senza lasciarsi attirare in una rete di seducenti illusioni" ([159]), Gumplowicz, mentre rifiuta come utopici i piani rivolti all'abolizione di tutte le disuguaglianze ([160]), riconosce che "le forme superiori dell'esistenza risultano dalla posizione giuridica sempre più solida dell'individuo, dalla creazione di un limite minimo di benessere materiale e dalla cura, che si assume lo Stato, che l'individuo non cada sotto quel livello, e infine da un minimo di educazione intellettuale, della quale ha cura lo Stato di fronte a ogni individuo" ([161]). In alcuni passi

---

([156]) F. JONAS, *Storia della sociologia* I. *Dall'Illuminismo alla fine dell'Ottocento*, cit., vol. I., p. 280.

([157]) "..non bisogna tarre la falsa conseguenza che le individualità debbano venire del tutto eliminate dalla storiografia...Le individualità hanno sempre una certa parte" Fra gli uomini politici la cui personalità giocò un ruolo di rilievo nell'interpretare i sentimenti dei gruppi, Gumplowicz cita Cavour e Bismarck. *Il concetto sociologico dello stato*, cit., p. 185.

([158]) *Il concetto sociologico dello stato*, cit., p. 223: "Forse l'umanità esiste all'unico scopo di preparare in modo adatto con la putrefazione dei corpi la crosta terrestre ad altri fini, e tutto ciò che essa intanto va facendo non è che una fatica vana e del tutto indifferente...".

([159]) Se la sociologia può soltanto conoscere ma non mutare le necessarie leggi della storia, preservando l'uomo dalle illusioni, non per questo può essere ritenuta una scienza inutile, perché, come Gumplowicz scrive concludendo *La lutte des races*, "... en définitive reconnaître la vérité est toujours un bonheur, et la vérité est le bien suprême auquel les hommes puissent prétendre ici-bas., op. cit., p. 352 .

([160]) L. GUMPLOWICZ, *Il concetto sociologico dello stato*, cit., p. 163.

([161]) *Il concetto sociologico dello stato*, cit., p. 164. Prosegue Gumplowicz scrivendo che "Dalla direzione seguita finora dall'evoluzione sociale è lecito trarre la conclusione, che tale direzione sarà continuata anche per l'avvenire" anche se però

l'assunzione dei gruppi, e non degli individui, come oggetto della ricerca sociologica, piuttosto che esprimere un "sociologismo estremo", sembra rispondere soprattutto ad un'esigenza metodologica, essendo più facile comprendere e dimostrare regolarità comportamentali dei primi piuttosto che dei secondi, dato che "Ciò che succede nell'anima dell'individuo può bensì essere oggetto di narrazioni poetiche...ma non può servire mai di base a una dimostrazione scientifica" ([162]). Se forse aveva ragione Colajanni nel vedere nell'insistenza con cui Gumplowicz sottolinea la dipendenza dell'individuo dal gruppo, una vigorosa e giusta critica all'eccessivo individualismo su cui Spencer e i suoi seguaci volevano fondare la sociologia ([163]), rimane comunque giustificata l'osservazione che il giurista polacco fu il primo a esplorare sistematicamente uno dei campi più fertili della ricerca sociologica ([164]), e a lui si ricollegherà A. Small, uno dei fondatori della Scuola di Chicago, sia per privilegiare modelli conflittualistici, sia per sostenere la centralità dei processi fra gruppi quali elementi primari della relazione sociale ([165]).

Le tematiche di Gumplowicz sono le stesse presenti nel dibattito contemporaneo, e in buona parte si rifanno a quelle di Ratzenhofer, mentre, per quanto riguarda le annotazioni etnologiche si può anche ricordare che in quegli stessi anni e sulla medesima *Rivista italiana di sociologia* venivano pubblicati gli scritti Mazzarella ([166]).

Barnes sottolinea il rigore concettuale di tipo hobbesiano con cui Gumplowicz, "senza timore" trae le conseguenze dalle proprie premesse teori-

---

"non si può rispondere con certezza scientifica alla domanda, se la direzione sarà la stessa in eterno oppure solamente sino a certi cataclismi storici". Nota Barnes che c'è ragione di credere che fu Lester Ward, nella visita fattagli nel 1903. ad indurre Gumplowicz ad ammettere la possibilità "of some degree of successful social guidance of institutional development and of competent government planning". H. E. BARNES, *The social philosophy of Ludwig Gumplowicz,* cit., p. 201.

([162]) *Il concetto sociologico dello stato*, cit., pp. 188.

([163]) N. COLAJANNI, *Un sociologo pessimista. Ludwig Gumplowicz,* cit. , pp. 205-206. Colajanni proponeva in proposito anche un accostamento all'italiano Carlo Cattaneo.

([164]) H. E. BARNES, *The social philosophy of Ludwig Gumplowicz. The struggles of races and social groups,* cit., p. 191

([165]) F. CRESPI, P. JEDLOWSKI, R. RAUTY, *La sociologia. Contesti storici e modelli culturali*, Laterza, Roma-Bari, 2000, p. 253.

([166]) Cfr. per es.: G. MAZZARELLA, *Le istituzioni giuridiche di alcuni popoli dell'Africa e dell'Oceania*, 1903, fasc. gennaio-aprile, pp. 288 ss.; *L'origine del prestito nel diritto indiano*, 1904, fasc. marzo-giugno, pp. 237 ss. ; *La genealogia del prestito nell'antico diritto indiano*, 1905, fasc. settembre-dicembre, pp. 523 ss.; *Il metodo negli studi di etnologia giuridica*, 1906, fasc. settembre-dicembre, pp. 585 ss..; *Il metodo negli studi di sociologia generale*, 1907, fasc. maggio-giugno 1907, pp. 410 ss.; *Le fonti dell'antico diritto indiano*, 1908, fasc. maggio-giugno, pp. 349 ss. . Su Giuseppe Mazzarella, v. C. FARALLI, A. FACCHI (a cura di),*L'etnologia giuridica di Giuseppe Mazzarella*, *(1868-1958) Antologia di scritti*, Unicopli, Milano 1998..

che ([167]), mentre E. Durkheim, recensendo il *Compendio di sociologia*, e pur riconoscendone alcuni pregi, vi notava, al di sotto di una logica inflessibile, una rigidità, che più che mai al lettore d'oggi sembra inadeguata alla flessibilità con cui gli esseri viventi "si piegano e si adattano alle nuove circostanze della vita" ([168]). L'opera del sociologo polacco contiene in realtà contraddizioni, già del resto rilevate da Michelangelo Vaccaro, e, come è stato ripetutamente sottolineato, rimane condizionata dall'ambiente storico e dalle vicende biografiche dell'Autore ([169]). A me sembra peraltro che, al di là del suo pessimismo, e della "rigidità" denunciata da Durkheim, essa presenti anche l'invito ad una ricerca interdisciplinare, condotta con rigore metodologico, priva di pregiudizi ideologici e aperta alla verifica dei fatti offerti dalla storia, con un'attenzione alla pluralità dei gruppi e delle culture che può meritare ancora oggi una qualche considerazione.

Quanto all'interesse degli scritti di Gumplowicz per la sociologia giuridica contemporanea, al di là degli ormai superati dibattiti scientifici e delle ingenuità dell'epistemologia positivistica, si può concordare con V. Tomeo che ha letto nell'opera del giurista polacco una concezione dello stato e del diritto, che, malgrado le sue origini teoriche e le sue radici culturali, e nonostante le contingenze sociali e politiche in cui fu elaborata, rimane esemplare secondo una prospettiva conflittualistica classica, in cui il mutamento e non l'equilibrio è la razionalità latente in ogni situazione sociale ([170]). Ricordando che Gumplowicz, accanto al conflitto esterno e interno fra i gruppi tratta anche della loro coesione, dapprima su base singenetica e poi fondata su abitudini e interessi condivisi, che ne vede la progressiva

---

([167]) H. E. Barnes, *The social philosophy of Ludwig Gumplowicz. The struggles of races and social groups* cit., p. 192: "Gumplowicz's whole system of sociology was thus limited and somewhat distorted by his presuppositions; but it cannot be denied that he fearlessly developed his deductions from the assumed premises with Hobbesian logic and clarity".

([168]) E. Durkheim, in "Revue philosophique", 1885, 20, p. 634.

([169]) Come scrive Barnes, "Gumplowicz'sociological system has long been regarded as the classic example of the influence of a writer's social and political environment upon his theory. The almost unique ethnic and cultural diversity and the continual struggle of national groups and social classes in Austria-Hungary, as well as the control of political authority by a minority in both states of the Dual Monarchy, unquestionably colored, if not entirely determined, the main lines of his whole sociological system, based, as it was, upon the premises of ethnic diversity, group and class conflict, the political sovereignty of a ruling minority, and the problems of national emancipation, cultural assimilation, and ethnic amalgamation. It is highly important that this should be kept in mind in estimating the validity of regarding Gumplowicz' propositions as sociological laws of universal applicability", H. E. Barnes, *The social philosophy of Ludwig Gumplowicz. The struggles of races and social groups*, cit. , p. 192

([170]) V. Tomeo, *Diritto come struttura del conflitto* , cit., pp. 74-76.

amalgamazione in unità sempre più estese e che infine attribuisce al diritto la funzione sociale di creare il consenso, o almeno la possibilità di una vita parallela, all'interno della collettività, si può considerare la sua opera utile anche a una riflessione sul carattere artificioso della separazione fra teorie macrosociologhe dell'integrazione e teorie macrosociologiche del conflitto ([171]). Non mi sembra invece che sarebbe lecito cogliervi un fondamento teorico per un'ideologia "razzista", rivolta a fondare discriminazioni su differenze antropologiche e culturali.

ABSTRACT

Ludwig Gumplowicz, polish professor of public law at the University of Graz from 1882 until 1908, is generally regarded as one of the founder of the sociological school of jurisprudence. He applied his doctrine of conflicting groups to an interpretation of the nature, development, and functioning of the state and of legislation. The State is a social phenomenon arised through the conquest of one ethnic group by another, and its unity is the product of social development. The legislation is the most effective way in order to moderate social and political ceaseless conflict of social groups and social classes. Gumplowicz' sociological system, based upon the struggle of ethnical groups, cannot be interpreted as a racial theory.

Ludwig Gumplowicz, professore polacco all'Università di Graz dal 1875 al 1908, è generalmente considerato uno dei fondatori della sociologia giuridica. Egli ha applicato la sua teoria del processo sociale inteso come interazione di gruppi in conflitto, all'interpretazione della natura, del funzionamento dello stato e del diritto. Lo stato è un fenomeno sociale sorto dalla conquista di un gruppo etnico su un altro e la sua unità è il prodotto di uno sviluppo sociale. La legislazione è lo strumento più idoneo a regolare l'incessante conflitto fra gruppi e classi sociali derivate dalla divisione del lavoro. Il sistema sociologico di Gumplowicz, basato sul poligenismo e sulla lotta fra gruppi etnici non può essere peraltro interpretato come un contributo alle teorie razziali.

([171]) V. POCAR, *Diritto, conflitto e integrazione: per superare una vecchia dicotomia*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", cit., pp. 217 ss.; V. FERRARI, *Lineamenti di sociologia del diritto*..., cit.,pp. 127 ss.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova serie. Vol. XIX (2005)

LUCETTA DESANTI

DE DOMO SUA NEMO EXTRAHI DEBET L'EPOCA TARDA

1. – Attraverso un precedente contributo, pubblicato nello scorso numero di questi Annali (1), ci siamo soffermati sulla immunità offerta dalla *domus* quale risalente manifestazione del diritto di asilo a Roma (2).

Come si è osservato, la dimensione di inviolabilità riconosciuta alla casa, che Cicerone fondava anzitutto sulle norme del *fas* (3), aveva condotto ad escludere la forzata estrazione del convenuto, implicitamente consentendogli di sfuggire al processo. Un'opinione giurisprudenziale maggioritaria, anzi, paventando il possibile epilogo della *manus iniectio*, insito nelle forme della antica *in ius vocatio*, avrebbe ritenuto inammissibile, in radice, lo stesso

---

(1) L. DESANTI, *De domo sua nemo extrahi debet*, in *Ann. Univ. Ferrara* – Sez. V Sc. giur., N.s., 18 (2004), 107 ss. L'indagine non ha potuto tenere conto di alcuni contributi pubblicati nello stesso anno. In particolare, si tratta di O. LICANDRO, *Domicilium habere. Persona e territorio nella disciplina del domicilio romano*, Torino 2004, spec. 379 ss. (ove peraltro sono fondamentalmente ribadite le opinioni avanzate dall'A. in un precedente saggio, *'In ius vocatio' e violazione di domicilio*, in *SDHI*, 57, 1991) e, con specifico riferimento a D. 47, 10, 23 (PAUL. 4 *ad ed.*), di P. GARBARINO, *Un'ipotesi di lettura di D.47.10.23 (Paul. 4* ad ed.*). Brevi note a proposito di in ius vocatio e presunta violazione di domicilio*, in *Scritti in ricordo di Barbara Bonfiglio*, Milano 2004, 238 ss.

(2) Da questo punto di vista, ci è sembrato di dovere aderire all'opinione di G. CRIFÒ, *s.v. Asilo (diritto di),* in *ED*, III, Milano 1958, 194 ss. e *Ricerche sull'exilium. L'origine dell'istituto e gli elementi della sua evoluzione*, in *Studi Betti*, II, Milano 1962, 251 ss. (diversamente, invece, O. LICANDRO, *Domicilium habere*, cit., 388 nt. 16). Gli stessi punti di contatto fra la disciplina dell'immunità domestica e quella dell'asilo ecclesiastico, su cui ci soffermeremo fra non molto, confermano del resto una simile prospettiva.

(3) CIC. *dom*. 41, 109: *Quid est sanctius, quid omni religione munitius quam domus uniuscuiusque civium? hic arae sunt, hic foci, hic di penates, hic sacra, religiones, caeremoniae continentur; hoc perfugium est ita sanctum omnibus, ut inde abripi neminem fas est.*

svolgimento di questo atto: *plerique putaverunt nullum de domo sua in ius vocari licere* ... ([4]).

Erano emerse, in seguito, delle posizioni più sfumate. Così, secondo il parere di Giuliano, condiviso e riportato da Paolo ([5]), la citazione si sarebbe correttamente svolta, sebbene il vocando si trovasse in casa, qualora costui avesse dato accesso al suo avversario o qualora si fosse reso visibile, e contattabile, *ex publico*: verosimilmente, in ambienti pubblicamente frequentabili, ancorché interni alla *domus*, nei quali l'attore avrebbe potuto raggiungerlo e convenirlo in giudizio ([6]). Lo stesso Gaio considerava pacificamente ammessa, al suo tempo, la in *ius vocatio ab ianua*, dalla porta di ingresso, così come dal *balineum* o dal *theatrum* ([7]). Il limite invalicabile, tuttavia, era pur sempre rappresentato dal divieto di *extrahere de domo sua*; di modo che il convenuto, per quanto regolarmente citato, non poteva essere estratto dalle pareti di casa: *sed etsi is qui domi est interdum vocari in ius potest, tamen de domo sua nemo extrahi debet* ([8]).

Questo, in estrema sintesi, il contenuto dell'immunità domestica che peraltro, a giudicare dalle testimonianze pervenuteci, sembrerebbe avere coinvolto lo specifico caso del convenuto in un processo privato, e dunque avere posseduto una portata alquanto circoscritta.

Se, in precedenza, abbiamo indagato le origini di questa disciplina e la sua evoluzione nei confini dell'epoca classica, ci soffermeremo ora sui successivi sviluppi, in epoca tarda, non privi di ragioni di interesse ma piuttosto trascurati dagli studi in argomento.

([4]) D. 2, 4, 18 (Gai. 1 *ad l. duod. tab.*): *Plerique putaverunt nullum de domo sua in ius vocari licere, quia domus tutissimum cuique refugium atque receptaculum sit, eumque qui inde in ius vocaret vim inferre videri*.

([5]) D. 2, 4, 19 (Paul. 1 *ad ed.*): *Satisque poenae subire eum, si non defendatur et latitet, certum est, quod mittitur adversarius in possessionem bonorum eius. sed si aditum ad se praestet aut ex publico conspiciatur, recte in ius vocari eum Iulianus ait*.

([6]) L. Desanti, *De domo sua*, cit., 118 ss. Al riguardo, abbiamo ritenuto di dovere rettificare l'opinione dominante, secondo la quale le parole *aut ex publico conspiciatur* rimanderebbero al caso del vocando che fosse stato intravisto dall'esterno, magari da una porta rimasta socchiusa o da una finestra. Né ci è parsa plausibile l'opinione di O. Licandro, *'In ius vocatio'*, cit., 254 s. (ora ribadita in Id., *Domicilium habere*, cit., 432 ss.) che vi ha scorto invece il riferimento a colui che, uscito dalle pareti domestiche, fosse comparso in luoghi pubblici.

([7]) D. 2, 4, 20 (Gai. 1 *ad l. duod. tab.*): *Sed etiam ab ianua et balineo et theatro nemo dubitat in ius vocari licere*.

([8]) D. 2, 4, 21 (Paul. 1 *ad ed.*) = D. 50, 17, 103 (Paul. 1 *ad ed.*): *Nemo de domo sua extrahi debet*. Analoghi princìpi risultano espressi, a proposito della *denuntiatio ad domum* prevista in materia di danno temuto, da D. 39, 2, 4, 5 (Ulp. 1 *ad ed.*), che dovrebbe recare l'opinione di Pomponio. Cfr. E. Stolfi, *Studi sui "Libri ad edictum" di Pomponio. I. Trasmissione e fonti*, Napoli 2002, 68 ss.

2. – Venendo dunque all'età del basso impero, il divieto di estrarre il convenuto dalle pareti domestiche appare anzitutto al centro di un provvedimento di Costantino. Si legga:

> CTh. 1, 22, 1 (316 Ian. 11) ([9]). Imp. Constant(inus) A. ad Domitium Celsum vicarium. Nemo iudex officialem ad eam domum, in qua materfamilias agit, cum aliquo praecepto aestimet esse mittendum, ut eandem in publicum protrahat, cum certum sit debita eius, quae intra domum considerato sexu semet contineat, domus eius vel cuiuscumque rei habita distractione publicis necessitatibus posse servari. Quod si quis in publicum matremfamilias posthac crediderit protrahendam, inter maximos reos citra ullam indulgentiam capitali poena vel exquisitis potius exitii suppliciis plectetur. Dat. III id. ianuar. Tres(viris) Sabino et Rufino conss.
>
> *Interpretatio*. Nullus iudicum matronam in domo sua residentem per quemcumque adparitorem ad publicum aestimet protrahendam, sed circa eam pro sexus reverentia conventio honesta servetur: cum, si quid eam debere constiterit, constrictis eius actoribus possit exsolvi. Nam si quis contra fecerit, summo supplicio se adficiendum esse cognoscat.

La costituzione, indirizzata al Vicario d'Africa, faceva divieto a qualsiasi giudice di inviare un ufficiale presso la dimora di una *materfamilias*, con l'ordine di farla uscire in pubblico: ovverosia, par di capire, con il precetto di estrarla dalle pareti domestiche onde condurla in giudizio ([10]). Difatti, quand'anche la donna fosse rimasta in casa per il pudore legato al sesso, era certo che i debiti da lei contratti, verosimilmente pubblici (*publicis necessitatibus*) ([11]), potevano essere soddisfatti altrimenti: attraverso la vendita della casa stessa, in cui dimorava, ovvero di qualche altro bene ([12]). Il

---

([9]) Il provvedimento è riportato in C. 1, 48, 1.

([10]) In questo senso, senz'altro, I. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis Iacobi Gothofredi ... opus posthumum ... opera et studio Antonii Marvilii ... Editio nova in VI. Tomos digesta ... variorumque observationibus aucta quibus adiecit suas Ioan. Dan. Ritter*, I, Lipsiae 1736, 63, *ad* CTh. 1, 10 (22), 1. Anche la *Interpretatio visigothica*, nel fare riferimento alla necessità di procedere ad una *conventio honesta* (*sed circa eam pro sexu reverentia conventio honesta servatur*), mostra che il provvedimento costantiniano concerneva la procedura di citazione in giudizio e non il momento dell'esecuzione.

([11]) In questo senso anche I. GOTHOFREDUS: *Codex Theodosianus*, I, cit., 62 ntt. h-i; 63, *ad* CTh. 1, 10 (22), 1.

([12]) Si è talvolta sostenuto che le parole *cum certum sit* ... introducessero una sorta di condizione: la donna, cioè, avrebbe potuto rimanere nella propria casa, rifiutandosi di recarsi in giudizio, purché fosse certo che avesse sufficienti sostanze per fare fronte ai debiti. Così, per esempio, C. DUPONT, *Les constitutions de Constantin et le droit privé au début du IVe Siècle. Les personnes*, Lille 1937 (rist. Roma 1968), 175: "Ainsi, la *materfamilias* ne pourra être expulsée de sa demeure pou le paiement de ses

giudice che avesse osato violare il divieto, annoverato tra i peggiori criminali e senza indulgenza alcuna, era condannato alla pena capitale, o meglio sarebbe stato messo a morte con 'raffinate' torture ([13]).

Sottostante al provvedimento, si intuisce anzitutto la comparsa – per lo meno nei confronti dei debitori pubblici – della cosiddetta *citatio realis* ([14]): una nuova forma di citazione, effettuata a cura dell'ufficiale giudiziario, che

---

impôtes, lorque les biens qu'elle possède en garantissent sûrement le montant: CTh. 1, 22, 1". Cfr. anche EAD., *Le droit criminel dans les Constitutions de Constantin. Les infractions*, Lille 1953, 92. In realtà, le parole in discorso dovevano piuttosto esprimere una giustificazione: chiarire, cioè, che si poteva prescindere dalla estrazione della donna e dalla sua comparizione in giudizio perché era certo che la soddisfazione delle pretese creditorie poteva essere raggiunta anche mediante la vendita dei beni. Un argomento del tutto simile, d'altra parte, era stato avanzato anche a proposito del più generale divieto di estrarre taluni dalla sua dimora: D. 2, 4, 19 (PAUL. 1 *ad ed.*): v. anche *infra*.

([13]) Le parole *vel exquisitis potius exitii suppliciis*, tuttavia, non sono state riportate nella versione del Codice giustinianeo.

([14]) La distinzione fra *citatio verbo tantum* (ossia limitata alla semplice intimazione a comparire) e *citatio re et verbo*, detta anche *citatio realis*, accompagnata dall'arresto del convenuto, appare esplicitata nella Glossa. Cfr. *Pandectarum seu Digestum vetus Iuris Civilis, Tomus primus, cum Accursii commentariis ...*, Venetiis 1581, ad D. 2, 4, 21, gl. *Nemo extrahi*: *... vocatio alia est verbo tantum, alia re et verbo*. In argomento, in particolare: TH. MUTHER, *Sequestration und Arrest in Römischen Recht*, Lipsia 1851 (rist. Amsterdam 1969), 336 ss.; M. A. BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozess*, III, Bonn 1866, 250 s.; A. STEINWENTER, *Studien zur Römischen Versäumnisverfahren*, München 1914, 162 ss.; F. WOESS, *Personalexekution und cessio bonorum im römischen Reichsrecht*, in *ZSS*, 43 (1922), spec. 512 ss.; L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, trad. ital., Milano 1938, 276 ss.; M. KASER, K. HACKL, *Das Römische Zivilprozessrecht*, München 1996[2], 574 e nt. 35.

Come si diceva, la costituzione di cui ci stiamo occupando prospetta la possibilità della citazione reale nei confronti dei debitori pubblici (in questo senso anche A. STEINWENTER, *Studien zur Römischen Versäumnisverfahren*, cit., 180 nt. 2: "Nicht auf privatprozess beziehen sich: C. Th. 1, 22, 1 (316) arg. *necessitates publicae*"). In effetti, le fonti giuridiche del IV secolo sembrano documentare l'applicazione dell'istituto soprattutto nell'ambito del processo penale [CTh. 8, 8, 2 (a. 379) = C. 3, 2, 1] o nell'ambito del processo fiscale [CTh. 11, 7, 3 (a. 320); CTh. 1, 16, 5 (a. 329, 362/363?)].

Per quel che riguarda invece il processo civile ordinario, la circostanza che l'*exsecutor*, incaricato della citazione, fosse legittimato ad arrestare il convenuto (come avverrà nel diritto giustinianeo: v. *infra*), parrebbe documentata con maggiore sicurezza da testimonianze più tarde, collocabili tra la fine del V secolo e gli inizi del VI (cfr. A. STEINWENTER, *Studien zur Römischen Versäumnisverfahren*, cit., 179 ss.). Per l'età di Costantino, un indizio in questa direzione potrebbe forse rintracciarsi in CTh. 13, 3, 1 *pr.* (a. 321/324), ove si dispone, rispetto a medici, grammatici, professori: *in ius etiam vocari eos vel pati iniuriam prohibemus*. Queste parole, però, non rimandano in modo univoco alla possibilità della citazione reale; e un più chiaro riferimento in questo senso emerge soltanto nella versione, interpolata, in C. 10, 53 (52), 6: *nec ad iudicium deduci vel exhiberi vel iniuriam pati.*

contemplava l'arresto e l'incarcerazione cautelare del convenuto ([15]), nonché, evidentemente, la sua estrazione dalle pareti domestiche, in deroga al principio *nemo de domo sua extrahi debet* ([16]). Costantino infatti, considerando il particolare caso della *materfamilias* ([17]), ha inteso riaffermare il

---

([15]) Si è peraltro discusso se l'arresto del convenuto dovesse essere sempre preventivamente autorizzato da un provvedimento del giudice (TH. MUTHER, *Sequestration und Arrest*, cit., 336 ss.) oppure no (M. A. BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozess*, III, cit., 250 s.; A. STEINWENTER, *Studien zur Römischen Versäumnisverfahren*, cit., 182 ss.). Questa seconda opinione appare, tuttavia, maggiormente condivisa. Cfr. M. KASER, K. HACKL, *Das Römische Zivilprozessrecht*, cit., 574 nt. 35. Contro l'uso smodato del carcere e altre simili vessazioni, nei confronti dei debitori pubblici, interverrà di lì a qualche anno lo stesso Costantino. CTh. 11, 7, 3 (320 Febr. 1 [Ian. 31]). *Imp. Constantinus A. ad populum. Nemo carcerem plumbatarumque verbera aut pondera aliaque ab insolentia iudicum repperta supplicia in debitorum solutionibus vel a perversis vel ab iratis iudicibus expavescat. Carcer poenalium, carcer hominum noxiorum est officialium et cum denotatione eorum iudicum, quorum de officio cohercitiores esse debebunt, qui contra hanc legem admiserint. Securi iuxta eam transeant solutores: vel certe, si quis tam alienus ab humano sensu est, ut hac indulgentia ad contumaciam abutatur, contineatur aperta et libera et in usus hominum constituta custodia militari. Si in obdurata nequitia permanebit, ad res eius omnemque substantiam cives eius accedant, solutionis obsequio cum substantiae proprietate suscepto. Qua facultate praebita omnes fore credimus proniores ad solvenda ea, quae ad nostri usus exercitus pro communi salute poscuntur. Dat. Kal. Feb. Constantino A. VI et Constantio Caes. Conss*. Cfr. anche un successivo provvedimento di Costanzo, in CTh. 11, 7, 7 (a. 353, 346?), di analogo contenuto.

([16]) Così anche I. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, I, cit., 63. L'inosservanza del principio è stata posta in relazione con il più generale attenuarsi, in epoca tarda, della dimensione di inviolabilità riconosciuta alla casa. In questa direzione, O. LICANDRO, *Domicilium habere*, cit., considera emblematico esempio di una simile tendenza un'altra costituzione di Costantino in materia di falso, CTh. 9, 21, 2 (a. 321 = C. 9, 24, 1), ove non soltanto si permetteva la perquisizione domiciliare, ma si sanciva addirittura la confisca della casa o del fondo in cui il falsario aveva commesso il reato. Un'eccezione venne prevista, peraltro, riguardo alle *viduae* e ai *pupilli*, da CTh. 9, 21, 4 (a. 329) = C. 9, 24, 1, 6). Secondo I. GOTHOFREDUS, *lc. ult. cit*., la *ratio* sottostante al provvedimento sarebbe stata sempre quella di garantire la riservatezza della donna, consentendole di permanere in casa; tuttavia, l'estensione di questa speciale *indulgentia* anche agli impuberi farebbe piuttosto scorgere l'esigenza di non "gettare sul lastrico" dei soggetti ritenuti deboli.

([17]) Sulla diversa portata assunta da questa espressione, in particolare: W. WOLODKIEWICZ, *Intorno al significato della nozione di mater familias*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, III, Milano 1983, 733 ss.; R. FIORI, *'Materfamilias'*, in *BIDR*, 96-97 (1993-1994), 455 ss.; P. GIUNTI, *Mores e interpretatio prudentium nella definizione di materfamilias (una qualifica tra conventio in manum e status di sui iuris)*, in *Nozione formazione interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor F. Gallo*, I, Napoli 301 ss. Conformemente alle tendenze del periodo, è verosimile che il termine *materfamilias*, nel provvedimento di Costantino, indicasse la donna *honesta*, di buoni costumi, non importa se sposata oppure no, secondo quanto si legge in D. 50, 16, 46, 1 (Ulp. 59 *ad ed*.).

principio in discorso, facendo divieto che la donna – sebbene gravata di debiti pubblici, e dunque passibile di arresto – fosse strappata dalla sua dimora.

La duplice giustificazione di tale disciplina è possibile cogliere dalle seguenti parole: ... *cum certum sit debita eius, quae intra domum considerato sexu semet contineat, domus eius vel cuiuscumque rei habita distractione publicis necessitatibus posse servari* ([18]).

In primo luogo, esse tendevano a precisare che la latitanza della matrona, trattenutasi in casa, non avrebbe compromesso la soddisfazione del fisco. Di certo, infatti, i debiti da lei contratti si sarebbero potuti saldare tramite la vendita dei suoi beni. E, da questo punto di vista, non può sfuggire un'evidente assonanza con l'analoga giustificazione addotta da Paolo, intorno al divieto di *in ius vocari de domo*, in D. 2, 4, 19: *Satisque poenae subire eum, si non defendatur et latitet, certum est, quod mittitur adversarius in possessionem bonorum eius* ([19]).

Al tempo stesso, la locuzione *quae intra domum considerato sexu semet contineat* mette in evidenza la ragione di fondo che induceva a ritenere lecita la permanenza in casa della debitrice, e dunque ad escludere la citazione reale: la *materfamilias* infatti, si tratteneva *intra domum* non già allo scopo di sottrarsi alla giustizia, bensì a causa del naturale pudore femminile che impediva a lei di offrirsi al pubblico, nonché a giudici e ad ufficiali di trascinarvela ([20]). Per la stessa ragione l'imperatore, solamente un anno

---

([18]) Tale motivazione, peraltro, è stata giudicata inadeguata, e riferibile a una glossa, da S. SOLAZZI, *Glossemi e interpolazioni nel Codice Teodosiano*, in *SDHI*, 10 (1944), ora in ID., *Scritti di diritto romano*, IV, Napoli 1963, 475 s. A giudizio dell'A., in particolare, Costantino non avrebbe avuto bisogno di giustificarsi sotto il profilo della garanzia del credito, giacché questa sarebbe rimasta intatta. Difatti, quando la donna, ritiratasi in casa, non fosse comparsa in giudizio, nel processo *extra ordinem* sarebbe stata giudicata in contumacia, facendosi luogo al *pignus in causa iudicati captum*; nel processo ordinario, avrebbe subito la *missio in bona* e la vendita di tutto il patrimonio. A noi sembra invece che una simile precisazione, nel caso di specie, non sarebbe stata inopportuna. Si trattava infatti di sottolineare che il divieto di *protrahere in publicum* la *mater familias*, sia pure traducendosi nella concessione di un privilegio, non avrebbe però compromesso le aspettative del fisco.

([19]) L'assonanza è già stata notata, del resto, da I. GOTHOFREDUS, lc. ult. cit.: *"De domo igitur sua materfamilias seu matrona extrahi hac l. prohibetur, ea quoque ratione, quae hic redditur; cui respondet omnino illa in l. 19 D. de in ius vocando. Satisque poenae subire eum, si non defendatur et latitet, certum est quod mittitur adversarius in possessionem bonorum eius"*. Allo stesso modo, là dove si ingiunge al giudice di non ordinare all'ufficiale l'estrazione della donna, e dunque – come si precisa nella *Interpretatio* – di attenersi ad una *conventio honesta*, si può cogliere una certa analogia rispetto a quanto osservava Ulpiano, D. 39, 2, 4, 5, circa la *denuntiatio ad domum* prevista in materia di danno temuto: ... *verecunde autem praetorem denuntiari iubere, non extrahi de domo sua*.

([20]) Cfr. J. CUJACIUS, *Commentarius in Tit. XVII De diversis regulis Juris antiqui*, in *Opera*, VI, ad Par. Fabrot. edit., Prati 1838, col 1979, ad l. II: *"Sic licet mas domo ab*

prima e sempre rivolgendosi all'Africa, aveva ribadito che i mariti avevano facoltà di rappresentare in giudizio le mogli, onde evitare loro il contatto con le riunioni maschili *in contumeliam matronalis pudoris* (21). Inoltre, di lì a qualche anno, concederà alle giovani che richiedessero la *venia aetatis* – *propter pudorem ac verecundiam* – di non comparire *in coetu publico* e di avvalersi di un procuratore (22).

Alla base di tutti questi provvedimenti, come pure di ulteriori costituzioni giustinianee di analogo tenore (23), si può scorgere una comune concezione della donna lontana, forse, dalla realtà di ogni giorno (24), ma ispirata,

---

apparitoribus extrahi possit mulier tamen non potest educi, l. 1 C. de offic. divers. jud., cum proprium sit mulieris domo se continere". I. GOTHOFREDUS, *lc. ult. cit.*, respinge la ricostruzione di BARONIUS (*Annalium Ecclesiasticorum* tomo III. anno 316. num. 71), a parere del quale il provvedimento sarebbe stato occasionato dagli abusi perpetrati nei confronti delle donne cristiane.

(21) C. 2, 12, 21. *Imp. Constantinus A. ad concilium provinciae Africae. Maritus citra mandatum in rebus uxoris cum sollemni satisdatione et alia observatione intercedendi habeat liberam facultatem, ne feminae persequendae litis obtentu in contumeliam matronalis pudoris inreverenter inruant nec conventibus virorum vel iudiciis interesse cogantur. 1. Sin autem mandatum susceperit, licet maritus sit, id solum exsequi debet, quod procuratio emissa praescripserit. PP. IIII id. Mart. Hadrumeto Constantino A. IIII et Licinio IIII conss.* (a. 315). Sulla connessione del provvedimento con CTh. 1, 22, 1, in esame: J. GAUDEMET, *Constitutions constantiniennes destinée à l'Afrique*, in AA. VV., *Institutions, société et vie politique dans l'empire romaine au IVe siècle ap. J.-C.*, Rome 1992, 346. C'è da dire che Costantino, al riguardo, sembrerebbe avere ribadito un principio già enunciato in epoca classica, come emerge da D. 46, 7, 3, 3 (ULP. 77 *ad ed.*). In argomento, inoltre, J. BEAUCAMP, *Le statut de la femme à Byzance (4e-7e siècle). I. Le droit impérial*, Paris 1990, 137 s.

(22) CTh. 2, 17, 1, 1 = C. 2, 44, 2. *Imp. Constantinus A. ad Verinum: ... Has vero propter pudorem ac verecundiam in coetu publico demonstrari testibus non cogimus, sed percepta aetatis venia annos tantum probare tabellis vel testibus misso procuratore concedimus: ut etiam ipsae in omnibus contractibus tale ius habeant, quale viros habere praescripsimus*. (a. 321 [324]). Cfr. J. BEAUCAMP, *Le statut de la femme à Byrance*, cit., 136.

(23) Così, in C. 2, 55, 6, (a. 531), si stabiliva che le donne rimanessero separate *ab omni iudiciale agmine*. Ancora, in C. 2, 58 (59), 2, 1 (a. 531), si permetteva alle donne di prestare il giuramento *de calumnia* senza allontanarsi da casa: *Sin autem vel dignitas vel sexus personae non concesserit eam ad iudicem pervenire, in domo litigantis sacramentum procedere, altera videlicet parte vel procuratore eius praesente*. Cfr. Nov. Iust. 124, 1 (a. 544). Infine, in C. 8, 37, 14, 1 (a. 532), si approvava la consuetudine di concludere contratti attraverso l'intermediazione di schiavi, soprattutto nel caso delle donne che, in ragione del pudore legato al sesso, non potevano mostrarsi in pubblico: *... forte propter personas dignitate excelsas vel mulieres, quas naturalis pudor non omnibus perperam sese manifestare concedit ...* . Cfr. J. BEAUCAMP, *Le statut de la femme à Byzance*, cit., 137 s.

(24) Si è infatti osservato che la donna romana, progressivamente emancipatasi dal modello della tradizione, in realtà prendeva parte alla vita pubblica, partecipando a riunioni conviviali, oppure assistendo a giochi, spettacoli circensi e teatrali. Alcune

verosimilmente, a radicati modelli. Per un verso, all'immagine tradizionale della matrona antica: sposa e madre virtuosa, casta, pia, incline a ritirarsi nella propria casa a filare la lana (25), riluttante ad apparire e a parlare in pubblico (26); per altro verso, all'ideale ascetico proposto dal pensiero cristiano, in cui le donne pudiche e vereconde – significativamente dette οἰκοῦροι nelle lettere di S. Paolo (27) – apparivano chiamate ad una vita modesta e quieta, racchiusa fra le pareti domestiche (28).

---

donne, addirittura, si erano spinte a occupare spazi tradizionalmente riservati agli uomini, per esempio dedicandosi alla cultura, e in special modo alla filosofia, oppure esercitando la professione di avvocato (cfr. E. CANTARELLA, *Passato prossimo. Donne romane da Tacita a Sulpicia*, Milano 1996, 92 ss.). Sul punto, fra i numerosi contributi dedicati al ruolo e all'immagine della donna romana, cfr.: E. CANTARELLA, *L'ambiguo malanno: condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana*, Roma 1986, 145 ss.; C. PETROCELLI, *La stola e il silenzio. Sulla condizione femminile nel mondo romano,* Palermo 1989, spec. 216 ss. e 270 ss.; J. MARTIN, *La famiglia come cornice per i rapporti tra i sessi*, in AA. VV., *Maschile e femminile: genere e ruoli nelle culture antiche*, a cura di M. BETTINI, Roma 1993, 84 ss.; S. TREGGIARI, *Roman Marriage*. Iusti Coniuges *from the Time of Cicero to the Time of Ulpian*, Oxford 1991, 414 ss.; A. ARJAVA, *Women and Law in Late Antiquity*, Oxford 1998², 243 ss. Di recente, F. CENERINI, *La donna romana. Modelli e realtà*, Bologna 2002.

(25) Quali esempi emblematici, si pensi a due celebri luoghi, il cosiddetto "elogio di Claudia" (*CIL*, VI, 15346) e la *laudatio Turiae* (*FIRA*, III, Firenze 1943, n. 69, 209 ss.). Il modello della donna essenzialmente dedita alle attività domestiche, e in special modo a filare la lana, rievocato dalle stesse cerimonie nuziali (due ancelle della sposa, prima di entrare in casa, recavano fuso e canocchia: PLIN. nat. 8, 194) e posto alla base del patto d'unione con le Sabine (PLUT. Rom. 15, 5 e 15, 9), appare riproposto, nel corso del tempo, da numerose testimonianze (per esempio: LIV. 1, 57, 7-10; TIB. 1, 3, 85-87; 2, 1, 9-10 e 61-66; OV. *fast*. 2, 741-4; VERG. *aen*. 8, 407-413; HOR. *carm*. 3, 15, 13-16). Come lamentava Columella (*de re rust*. 12 *praef*. 7-10), tale modello appariva in realtà superato; ma la sua persistenza, per lo meno a livello ideale, è documentata ancora per il IV secolo d. C. Si veda, per esempio, AUS. *parent*. 2: ... *morigerae uxoris virtus cui contigit omnis, fama pudicitiae lanificaeque manus coniugiique fides et natos cura regendi et gravitas comis laetaque serietas*. In argomento, in particolare, C. PETROCELLI, *La stola e il silenzio*, cit., 96 ss. e 270 ss.

(26) Si esclude però che la casa romana contemplasse un gineceo come la casa greca, ossia uno spazio riservato alle donne e nel quale costoro vivessero segregate. In particolare, A. ZACCARIA RUGGIU, *Spazio privato e spazio pubblico nella città romana* (Collection de l'École française de Rome n. 219), Rome 1995, 289 ss. spec., 307 ss. Eloquente, in questo senso, è CORN. NEP. *de exc. duc. exter. gent. praef*. 6-7: Q*uem enim Romanorum pudet uxorem ducere in convivium? Aut cuius non mater familias primum locum tenet aedium atque in celebritate versatur? Quod multo fiat aliter in Graecia. Nam neque in convivium adhibetur nisi propinquorum, neque sedet nisi in interiore parte aedium, quae gynaeconitis appellatur, quo nemo accedit nisi propinqua cognatione coniunctus*.

(27) S. PAOLO, *ad Tit*. 2, 5.

(28) Particolarmente significativo risulta un brano di S. Ambrogio, che – in modo sostanzialmente analogo a Costantino – depreca il fatto di trarre in giudizio una vedova, costringendola ad abbandonare la riservatezza della sua dimora ed offren-

La casa, dunque, già ricettacolo e rifugio per ogni cittadino, rispetto alla matrona finiva per assumere un particolare valore: quello di spazio naturale a lei riservato, un luogo di "confino" e nel contempo una sorta di "regno", entro il quale ella aveva sì il "dovere" di ritirarsi (29), ma anche il "diritto" di permanere, godendo pertanto di assoluta immunità.

In effetti, CTh. 1, 22,1, sia pure per certi aspetti ricollegandosi al più risalente principio che proibiva di sottoporre la matrona alla *manus iniectio*, per condurla forzatamente in giudizio (30), non sanciva il generale divieto di arrestare o incarcerare la donna, come farà invece Giustiniano (31); ma sanciva, per l'appunto, la più specifica proibizione di condurla fuori dalla propria casa, riaffermando nella sua pienezza il divieto di *extrahere de domo* (32). In un certo senso, il privilegio personale, legato allo *status* femminile, si intrecciava con l'immunità locale riconosciuta alla casa. Così la *domus* – ormai vulnerabile di fronte alla *citatio realis* – tornava ad essere *sanctum perfugium* nei confronti della matrona; e l'intangibilità di quest'ultima, d'altronde, appariva garantita *intra domum*.

3. – Se è vero che i debitori pubblici erano di regola trattati con maggiore asprezza, pare tuttavia di capire che la possibilità di subire l'immediato arresto e l'incarcerazione, anche cautelare, abbia progressivamente coinvolto gli stessi debitori privati (33), e, più in generale, i convenuti in giudizio

---

dola al pubblico. AMBR. *in Psalm. 118 serm*. 16, 7, in MIGNE, PL, 15, col. 1426: ... *Vicinae viduae jura temerasti: coegisti eam quae aut dolorem suum, aut pudorem secretis clausa parietibus fovere deberet, prosilire in publicum, inverecundius quam injustius litigare: oculus tuus partus iniquitatis est factus*.
Intorno all'ideale della quiete domestica nel pensiero cristiano, per esempio: GREG. NAZ. *carm*. 2, 2, 6, in MIGNE, PG, 37, col. 1542 ss; JO. CHRYS. *propter forn*., in MIGNE, PG, 51, col. 211 e *qual. duc. ux*. III, in MIGNE, PG, 51, col. 236.

(29) Significativa, in questo senso, è un'altra costituzione di Costantino, repressiva del *crimen raptus*, che sanzionava la stessa fanciulla rapita suo malgrado, perché colpevole di non essere rimasta in casa sino al giorno delle nozze. CTh. 9, 24, 1, 2 (a. 320): ... *cum neque his impunitas praestanda sit, quae rapiuntur invitae, cum et domi se usque ad coniunctionis diem servare potuerint* ... .

(30) VAL. MAX. 2, 1, n. 5: .. *matronali verecundiae, ne in ius vocanti matronam, corpus eius attingere liceret, ut inviolata manus alienae stolae tactu relinqueretur*. Tale principio, peraltro, appare confermato anche da talune testimonianze della pratica. Per esempio: P. Flor. 61 (85 d.C.), in L. MITTEIS, *Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde*, II, Leipzig-Berlin 1912, n. 80.

(31) Nov. Iust. 134, 9 (a. 556).

(32) Così osservava, esattamente, I. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, lc. ult. cit.: *"Neque tamen haec lex nostra, quod vulgo credunt Interpretes, ad incarcerationem pertinet, id est, non vetat matremfamilias incarcerari, sed tantum domo extrahi"*.

(33) Sul dilagare della detenzione dei debitori, cfr. V. NERI, *I marginali nell'Occidente tardoantico. Poveri, 'infames' e criminali nella nascente società cristiana,* Bari

mediante il processo ordinario ([34]). Pur in assenza di precise attestazioni al riguardo, non pare azzardato supporre che il divieto di citare taluno dalla propria casa, e comunque di estrarlo da essa, venisse in molti casi disatteso. E, a indiretta conferma di ciò, potrebbe deporre la nuova tendenza a cercare rifugio in ulteriori luoghi, almeno di fatto ritenuti più sicuri, come le dimore dei potenti e soprattutto le chiese ([35]).

Di certo, una volta che l'asilo ecclesiastico ebbe ottenuto riconoscimento ([36]), i sacri recinti costituirono per ogni debitore, pubblico o privato (e persino per il criminale) un luogo inviolabile: dal quale costui, in ogni caso, non

---

1998, 435 ss. La preponderanza del fenomeno ha fatto sì che le fonti dell'epoca, in molti casi, si riferiscano specificamente al debitore (pubblico o privato) anziché menzionare, più in generale, il convenuto in giudizio.

([34]) Per esempio, ciò potrebbe desumersi da una costituzione di Zenone, C. 1, 3, 32 (33), 6 (a. 472), che sottraeva i chierici alle violenze degli *exsecutores*: violenze verosimilmente riferibili non soltanto alla fase di esecuzione (così, F. WOESS, *Personalexekution und cessio bonorum*, cit., 490 s.) ma anche a quella della introduzione della lite (L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, cit., 311 nt. 7; cfr. anche L. Syro-Rom. 118) e che potevano altresì consistere nella forzata estrazione del convenuto (così infatti A. STEINWENTER, *Studien zur Römischen Versäumnisverfahren*, cit., 182). Cfr. anche P. Lips. Inv. Nr. 244 (a. 462), in L. MITTEIS, *Grundzüge und Chrestomathie*, cit., n.71.

([35]) Significativamente, un provvedimento di Zenone ingiungeva ai giudici civili e militari, usciti di carica, di rimanere per cinquanta giorni nella città in cui avevano operato, vietando loro di celarsi in casa, entro i sacri confini delle chiese o presso le case di potenti. C. 1, 49, 1, 1 (a. 479): *Sed per id tempus praesides quidem et consulares nec non correctores in metropoli, spectabiles vero iudices tam civiles quam militares in civitatibus administratae dioceseos illustrioribus publice, nec domi vel intra sacrosanctos terminos vel regiones aut potentes domos latitantes, sed in celeberrimis locis ante omnium quos nuper gubernaverant ora versentur* ... . La propria casa, probabilmente intesa come semplice rifugio di fatto, nel quale celarsi per sfuggire alla giustizia, appariva affiancata ai luoghi ecclesiastici e alle *potentes domus*. Sull'asilo offerto presso i *potentiores*, inoltre: CTh. 12, 1, 6 = C. 5, 5, 3 (a. 319); CTh. 12, 1, 50 (a. 362); CTh. 12, 1, 146 (a. 395). Cfr. G. SANTUCCI, *"Potentiores" e abusi processuali*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, XI, in onore di F. B. J. Wubbe, Napoli 1996, 328. Per quel che concerne l'asilo ecclesiastico v. *infra*.

([36]) Ciò si fa risalire, per l'Occidente, a una legge di Onorio del 409, CTh. 16, 8, 19 (a. 409) = C. 1, 12, 2, cui si deve aggiungere Sirm 13 (a. 419), di Onorio e Teodosio; per l'Oriente, ad un provvedimento di Teodosio: CTh. 9, 45, 4 *pr*. (a. 431) = C. 1, 9, 3. Intorno all'asilo ecclesiastico si vedano, in particolare: F. MARTROYE, *L'asile et la législation impériale du IVe au VIe siècle*, in Mémoires de la Société Nationale des Antiquaires de France, V, 1918, 159 ss.; P. TIMBAL DUCLAUX DE MARTIN, *Le droit d'asile*, Paris 1939; B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, I, Milano 1952, 387 ss.; J. GAUDEMET, *L'église dans l'empire romain, IVe-Ve siècles*, Paris 1958, 282 ss.; A. DUCLOUX, *L'Eglise, l'asile et l'aide aux condamnés d'après la constitution du 27 juillet 398*, in *RHD*, 69 (1991), 141 ss. e EAD., *Ad ecclesiam confugere. Naissance du droit d'asile dans les églises (IVe – milieu du Ve s.)*, Paris 1994; A. D. MANFREDINI, *Debitori pubblici e privati 'in ecclesiam confugientes' da Teodosio e Giustiniano*, in *Rivista di Diritto romano*, 2 (2002), 305 ss. (nonché, dello stesso A., *'Ad ecclesiam confugere', 'ad statuas confugere' nell'età di Teodosio I*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, VI, Città di Castello 1986, 39 ss.).

poteva venire estratto per essere tradotto in giudizio (né per essere sottoposto a esecuzione personale). L'*omnium commune perfugium*, al tempo di Cicerone identificato nella *domus* di ciascun cittadino, nelle parole di Agostino di Ippona era ormai rappresentato dalla chiesa, ossia dalla *domus Dei* (37).

A questo punto, però, i princìpi a suo tempo enunciati riguardo alla casa privata e al divieto di *in ius vocari de domo*, appaiono significativamente riaffiorare nella legislazione in materia e, in particolare, in una legge di Leone del 466 (38), riportata in C. 1, 12, 6 (39).

Il provvedimento, cui si attribuisce il merito di avere fissato per la prima volta "un vero e proprio regime positivo del diritto d'asilo" (40), stabiliva anzitutto, nel *principium* (41), che il *confuga orthodoxae fidei* di qualsiasi condizione, pena la sanzione capitale, non potesse essere estratto dai confini della chiesa (eccezion fatta per la città di Costantinopoli), senza che vescovi o economi dovessero pagare per lui (42), e anzi con l'obbligo, per gli ecclesiastici, di non espellerlo e di provvedere al suo sostentamento (43). Successiva-

---

(37) AUG. *Sermo Morin Guelferbytanus* 25, *P.L.S.* 2, col. 608-609: *Fratres, propter eos qui confugiunt ad munimentum matris ecclesiae, propter ipsum omnium commune refugium, nolite pigri et segnes esse frequentare matrem vestram et non recedere de ecclesia: sollicita est enim, ne quid indisciplinata multitudo audeat ... Sed ne quid indisciplinata audeat multitudo, debetis frequentare matrem vestram: quia sicut dixi, non unius aut duorum hominum hoc est, sed commune refugium*. Testo e traduzione in A. DUCLOUX, *Ad ecclesiam confugere*, cit., 172 s. e 282 s.

(38) Dubbi, circa la datazione della legge, sono espressi da F. MARTROYE, *L'asile et la législation imperiale*, cit., 231.

(39) Una sintesi si legge pure in B. 5, 1, 14. *Constitutiones iungendae*: C. 1, 3, 27; C. 9, 30, 2.

(40) A. S. SCARCELLA, *La legislazione di Leone I*, Milano 1997, 244 s. Su questo provvedimento, in particolare, A. D. MANFREDINI, *Debitori pubblici e privati*, cit., 310 ss. Cfr. anche A. M. DEMICHELI, *L'Editto XIII di Giustiniano. In tema di amministrazione e fiscalità dell'Egitto bizantino*, Torino 2000, 89 s.

(41) C. 1, 12, 6 *pr. Imp. Leo A. Erythrio pp. Praesenti lege decernimus per omnia loca valitura (excepta hac urbe regia, in qua nos divinitate propitia degentes, quotiens usus exegerit, invocati singulis causis atque personis praesentanea constituta praestamus) nullos penitus cuiuscumque condicionis de sacrosanctis ecclesiis orthodoxae fidei expelli aut tradi vel protrahi confugas nec pro his venerabiles episcopos aut religiosos oeconomos exigi, quae debeantur ab eis: qui hoc moliri aut facere aut nuda saltim cogitatione atque tractatu ausi fuerint temptare, capitali et ultima supplicii animadversione plectendi sunt. ex his ergo locis eorumque finibus, quos anteriorum legum praescripta sanxerunt, nullos expelli aut eici aliquando patimur nec in ipsis ecclesiis reverendis ita quemquam detineri atque constringi, ut ei aliquid aut victualium rerum aut vestis negetur aut requies*.

(42) CTh. 9, 45, 1 (a. 392) e CTh. 9, 45, 3 (a. 398) imponevano invece a costoro di pagare il debito del *confuga*, se decidevano di non consegnarlo.

(43) Si è esattamente osservato che tale obbligo attribuiva all'immunità ecclesiastica una finalità assistenziale, gestita sotto il controllo dello stato: A. D. MANFREDINI, *Debitori pubblici e privati*, cit., 311 s.

mente, disciplinava lo svolgimento del processo contro i debitori e l'esecuzione ([44]), dettando ulteriori norme riguardo a fideiussori e debitori accessorii ([45]). Ancora, disponeva che i *confugientes* appartenenti alla *familia* (servi, *adscripticii*, liberti) fossero riconsegnati ai padroni ([46]); infine, imponeva ai chierici di ricercare la causa della fuga e di trasmettere all'autorità giudiziaria le generalità dei rifugiati ([47]).

Soffermiamoci, dunque, sulle norme relative al processo, che dovrebbero riflettere una delle prime applicazioni della procedura *per libellum* ([48]) e, in particolare, sulla dettagliata regolamentazione concernente la citazione in giudizio prevista ai paragrafi 1 e 2:

> C. 1, 12, 6, 1-2: Sed si quidem ipsi refugae apparent publice et se in sacris locis offerunt quaerentibus conveniendos, ipsi, servata locis reverentia, iudicum quibus subiacent sententiis moneantur, responsum daturi, quale sibi quisque perspexerit convenire. 2. Quod si in finibus ecclesiasticis latitant, religiosus oeconomus seu defensor ecclesiae vel certe, quem his negotiis commodiorem auctoritas episcopalis elegerit, reconditam latentemque personam decenter sine ullo incommodo monitus, intra fines ecclesiae si invenitur, praesentet.

Si distinguevano, al riguardo, due fattispecie. Al par. 1, si faceva il caso in cui i *refugae* comparissero pubblicamente, offrendosi agli incaricati di convenirli: in tale ipotesi, sarebbero stati "ammoniti" attraverso i decreti dei giudici competenti ([49]), ossia avrebbero ricevuto il mandato di comparizione, e avrebbero risposto nei termini ritenuti più opportuni. Al par. 2, si considerava invece l'eventualità che i rifugiati si tenessero nascosti nei confini ecclesiastici, volendo perciò sottrarsi alla citazione. In tal caso si prescriveva all'economo, al *defensor ecclesiae*, o ad altra persona scelta dal vescovo, di presentare il fuggitivo se lo avessero trovato: sempre che ciò avvenisse *decenter sine ullo incommodo*.

A parte il tentativo affidato ai religiosi di rintracciare i *refugae* onde permetterne comunque la citazione, previsto al par. 2, la disciplina del par. 1 ricalcava in modo evidente le regole individuate dai giuristi a proposito

---

([44]) Per la citazione: C. 1, 12, 6, 1-2; per il processo e l'esecuzione: C. 1, 12, 6, 3-7.

([45]) C. 1, 12, 6, 8.

([46]) C. 1, 12, 6, 9.

([47]) C. 1, 12, 6, 10.

([48]) A. Steinwenter, *Studien zur Römischen Versäumnisverfahren*, cit., 42; U. Zilletti, *Studi sul processo civile giustinianeo*, Milano 1965, 22 nt. 47.

([49]) Sulla *sententia commonitoria*, cui allude il provvedimento, M. Kaser, K. Hackl, *Das Römische Zivilprozessrecht*, cit., 571 con ntt. 8 e 10.

della citazione dall'interno della casa, e, in particolare, da un passo di Paolo recante l'opinione di Giuliano ([50]). Si confrontino, infatti:

D. 2, 4, 19 (Paul. 1 *ad ed.*): ... sed si aditum ad se praestet aut ex publico conspiciatur, recte in ius vocari eum Iulianus ait.

C. 1, 12, 6, 1: Sed si quidem ipsi refugae apparent publice et se in sacris locis offerunt quaerentibus conveniendos, ipsi, servata locis reverentia, iudicum quibus subiacent sententiis moneantur, responsum daturi, quale sibi quisque perspexerit convenire.

La citazione dall'interno della propria casa, di regola vietata, sarebbe stata tuttavia consentita qualora il vocando avesse dato accesso all'attore o qualora si fosse lasciato contattare *ex publico* (D. 2, 4, 19). Analogamente, la citazione dall'interno della chiesa era autorizzata allorché i rifugiati fossero pubblicamente apparsi (*si quidem ipsi refugae apparent publice*), rendendosi così reperibili e disponibili alla citazione ([51]).

La legge di Leone in esame, peraltro, conferma in modo assai più chiaro quanto avevamo intuito a proposito della *domus* e di D. 2, 4, 19 ([52]). Il caso dei *refugae* "pubblicamente apparsi" non era quello dei fuggitivi che si mostrassero all'esterno, magari affacciandosi da una finestra, o che addirittura uscissero in luoghi pubblici esterni. Si trattava invece di coloro che – sia pure permanendo nei sacri recinti – comparissero in zone pubblicamente frequentate, offrendosi – sempre *in sacris locis* – agli incaricati di convenirli: *... et se in sacris locis offerunt quaerentibus conveniendos* ([53]).

([50]) La similitudine fra le due testimonianze, e più in generale fra la disciplina della citazione dalla casa e dalla chiesa, non è sfuggita agli antichi interpreti. Si veda, in particolare, D. GOTOFREDO, in *Corpus Iuris Civilis ... cum notis integris ... Dionysii Gothofredi JC.*, II, Amstelodami, Lugd. Batavorum 1663, *ad* C. 9, 12, 6, 39 nt. 21 (*monitus*): *Id est, citatus in civili judicio. Citari seu vocari in Ecclesia quis potest, at non extrahi aut rapi. Vis asyli haec est, ut inde inviti non extrahantur. Sic invitus nemo domo extrahitur, l. 18 ff de in jus. Si quis tamen aditum ad se praebuerit, aut ex publico conspectus fuerit, in jus vocari poterit, l. 19 ad tit.*

([51]) Si potrebbe semmai osservare che in D. 2, 4, 19 (PAUL. 1 *ad ed.*) sembrerebbero contemplate due differenti ipotesi: quella del citando che *aditum ad se praestat*, ossia che dà accesso all'attore nelle proprie stanze, e quella del citando che *ex publico conspiciatur*, che cioè si lascia contattare pubblicamente in zone liberamente accessibili. In C. 1, 12, 6, 1, invece, sembrerebbe prevista l'unitaria fattispecie del rifugiato che, comparendo pubblicamente, acconsente perciò al contatto con gli *exsecutores* e alla conseguente citazione.

([52]) V. *retro*, nt. 6.

([53]) In questa direzione, fondamentalmente, anche A. D. MANFREDINI, *Debitori pubblici e privati*, cit., 313.

Del resto, anche lo spazio ecclesiastico, analogamente allo spazio domestico, si presentava come un complesso articolato che, accanto al tempio propriamente detto, comprendente l'altare e l'*oratorium* (54), abbracciava una serie di luoghi ulteriori – cellette, case, orti, bagni, cortili, portici –, a loro volta coperti dall'immunità ecclesiastica in forza di una legge di Teodosio II (55) ma certamente non contraddistinti dalla medesima dimensione di sacralità e inviolabilità riconosciuta al santuario. Inoltre, se alcuni di questi

---

(54) Il *sacrarium*, ossia la parte del tempio prossima all'altare, era accessibile ai soli sacerdoti o agli iniziati agli ordini sacri (cfr. GREG. NAZ. *orat*. 26 p. 472, in MIGNE, *PG*, 35, col. 1228 s.); l'*oratorium* era invece destinato alla preghiera.

(55) CTh. 9, 45, 4 *pr*. (a. 431): *Impp. Theod(osius) et Val(entini)anus AA. Antiocho P(raefecto) P(raetorio). Pateant summi dei templa timentibus; nec sola altaria et oratorium templi circumiectum, qui ecclesias quadripertito intrinsecus parietum saeptu concludit, ad tuitionem confugientium sancimus esse proposita, sed usque ad extremas fores ecclesiae, quas oratum gestiens populus primas ingreditur, confugientibus aram salutis esse praecipimus, ut inter templi quem parietum describsimus cinctum et post loca publica ianuas primas ecclesiae quidquid fuerit interiacens sive in cellulis sive in domibus hortulis balneis areis atque porticibus, confugas interioris templi vice tueatur. Nec in extrahendos eos conetur quisquam sacrilegas manus inmittere, ne qui hoc ausus sit, cum discrimen suum videat, ad expetendam opem ipse quoque confugiat. Hanc autem spatii latitudinem ideo indulgemus, ne in ipso dei templo et sacrosanctis altaribus confugientium quemquam manere vel vescere, cubare vel pernoctare liceat: ipsis hoc clericis religionis causa vetantibus, ipsis, qui configiunt, pietatis ratione servantibus*. Il provvedimento (che ci è pervenuto, in versione greca, anche attraverso gli Atti del concilio di Efeso e in C. 1, 12, 3) aveva esteso l'asilo oltre gli altari e il tempio in senso stretto, sino a ricomprendere tutti i luoghi posti nella cinta muraria sino alle porte estreme della chiesa; lo scopo, invero, non era propriamente quello di offrire maggiore protezione ai fuggitivi, bensì di evitarne la permanenza nei luoghi sacri: in parallelo, si vietava infatti a costoro di trattenersi *in ipso dei templo et sacrosanctis altaribus*. In argomento, cfr. l'ampio commento di I. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis Iacobi Gothofredi ... opus posthumum ... opera et studio Antonii Marvilii ... Editio nova in VI. Tomos digesta ... variorumque observationibus aucta quibus adiecit suas Ioan. Dan. Ritter*, III, Leipzig 1736-43, *ad* CTh. 9, 45, 4. Più di recente, per tutti, A. DUCLOUX, *Ad ecclesiam confugere*, cit., 207 ss., special. 231 ss.

Un complesso ecclesiastico del tutto corrispondente a quello contemplato dalla costituzione di Teodosio si trova descritto in EUS. *Vita Const*. 4, 59, in MIGNE, *PG*, 20, col. 1209 s.: Ἔκφρασις ἔτι τοῦ αὐτοῦ μαρτυρίου. Καὶ ὁ μὲν νεὼς ὧδε σὺν πολλῇ βασιλέως φιλοτιμίᾳ σπουδῆς ἡξιοῦτο· ἀμφὶ δὲ τοῦτον αἴθριος ἦν αὐλὴ παμμεγέθης, εἰς ἀέρα καθαρὸν ἀναπεπταμένη· ἐν τετραπλεύρῳ δὲ ταύτῃ στοαὶ διέτρεχον, μέσον αὐτῷ νεῷ τὸ αἴθριον ἀπολαμβάνουσαί· οἶκοί τε Βασίλειοι ταῖς στοαῖς, λουτρά τε καὶ ἀνακαμπτήρια παρεξετείνετο, ἄλλα τε πλεῖστα καταγώγια τοῖς τοῦ τόπου φρουροῖς ἐπιτηδείως εἰργασμένα. (*Descriptio ejusdem martyrii. Ac templum quidem ipsum maximo imperatoris studio hunc in modum exornabatur. Circa ipsum templum ingens erat area, libero ac patente desuper coelo. Cujus ad quatuor latera porticus erant sibi invicem conjunctae, quae aream in medio sitam una cum ipso templo circumcingebant. Praeterea basilicae, lavacra, diversoria et alia plurima habitacula ad usum eorum qui locum custodiebant, porticibus applicita, earum longitudinem aequabant*).

luoghi dovevano risultare comunque riservati e inaccessibili (in particolare, le abitazioni del clero e del vescovo, le eventuali celle dei monaci o le case dei custodi) ([56]), è ragionevole supporre che altri ambienti, situati allo scoperto e destinati al passaggio (per esempio, i cortili, i portici, i giardini), dovessero essere liberamente frequentabili ([57]): non soltanto dal popolo dei fedeli che si recava a pregare, ma anche da artigiani, fornitori, contadini, stallieri, mercanti, e dunque dagli stessi *exsecutores*. Ciò spiega come mai i fuggitivi, sia pure rimanendo nei confini della chiesa, potessero *publice apparere*, incontrare gli ufficiali giudiziari e – anche grazie alla dimensione "pubblica" riconosciuta a simili ambienti – venire legittimamente convenuti ([58]).

Dall'asilo ecclesiastico, tuttavia, non si poteva venire estratti. La stessa legge di Teodosio II, sopra ricordata, lo aveva ribadito con fermezza ([59]): *Nec in extrahendos eos conetur quisquam sacrilegas manus inmittere, ne qui hoc ausus sit, cum discrimen suum videat, ad expetendam opem ipse quoque confugiat*.

Pertanto, se Paolo aveva precisato che la *in ius vocatio de domo*, là dove ammessa, non poteva tuttavia condurre all'estrazione del convenuto ([60]),

---

([56]) Ciò si desume, del resto, dalle disposizioni concernenti i latitanti di cui in C. 1, 12, 6, 2. Infatti, la ricerca dei fuggitivi che si tenevano nascosti, probabilmente all'interno di edifici, era demandata alle persone espressamente indicate dalla legge (l'economo, il *defensor ecclesiae*, un eventuale incaricato dal vescovo): a riprova del fatto che simili spazi erano sottratti all'accesso degli ufficiali giudiziari.

([57]) Va peraltro sottolineato che la stessa legge di Teodosio in CTh. 9, 45, 4 *pr.*, nel ridefinire lo spazio compreso dall'asilo ecclesiastico, ha individuato quale estremo limite le prime porte della chiesa situate dopo "luoghi pubblici" non meglio identificati: ... *ut inter templi quem parietum describsimus cinctum et post loca publica ianuas primas ecclesiae quidquid fuerit interiacens sive in cellulis sive in domibus hortulis balneis areis atque porticibus, confugas interioris templi vice tueatur*. Lo stesso si legge nella versione greca del provvedimento, ove compare la locuzione τῶν πρώτων μετὰ τοὺς δημοσίους τόπους τῆς ἐκκλησίας θυρῶν (=C. 1, 12, 3 *pr.*). È possibile che i "luoghi pubblici" di cui si fa parola dovessero identificarsi con i luoghi esterni alla chiesa, immediatamente precedenti alle porte di ingresso. Ma non si può neppure escludere che si trattasse invece di "luoghi pubblici" collocati all'interno del perimetro ecclesiastico, subito prima delle estreme porte. Oltretutto, il provvedimento – nel descrivere l'ambito spaziale in cui si estendeva l'asilo – sembrerebbe procedere dal centro (il tempio) verso la periferia (le estreme porte); e ciò potrebbe suffragare l'idea che i *loca publica* in discorso, per l'appunto, precedessero le porte dall'interno della cinta muraria.

([58]) Anche la *in ius vocatio* poteva svolgersi essenzialmente da un luogo pubblico: proprio per questa ragione, la stessa *in ius vocatio de domo* veniva autorizzata allorché il vocando comparisse in ambienti pubblicamente accessibili, per esempio la *ianua*, significativamente accostata da Gaio al *balineum* e al *theatrum*: D. 2, 4, 20 (Gai. 1 *ad l. duod. tab.*).

([59]) CTh. 9, 45, 4 *pr.* (a. 431).

([60]) D. 2, 4, 21 (Paul. 1 *ad ed.*): *Sed etsi is qui domi est interdum vocari in ius potest, tamen de domo sua nemo extrahi debet*. Cfr. D. 50, 17, 103 (Paul. 1 *ad ed.*), nonché D. 39, 2, 4, 5 (Ulp. 1 *ad ed.*).

anche la citazione dall'interno della chiesa, doveva ridursi ad una semplice intimazione che non compromettesse il rispetto dovuto alla sacralità del luogo. Così, riguardo ai *refugae* pubblicamente comparsi e offertisi *in sacris locis* agli ufficiali giudiziari, si legge che essi saranno convenuti *servata locis reverentia*: come si diceva, con la necessaria reverenza, che escludeva l'uso della forza e la violenta estrazione; e lo stesso dicasi per i *refugae* rimasti latitanti, rintracciati e presentati dai religiosi, la cui citazione avrebbe dovuto svolgersi *decenter sine ullo incommodo* ([61]).

4. – Il divieto di citare in giudizio taluno dalla propria casa e comunque di estrarlo da essa, per quanto forse affievolitosi nella pratica dell'epoca tarda, è stato ribadito all'interno del *Corpus Iuris*. Se la legge costantiniana sopra esaminata, concernente lo speciale caso della *mater familias*, appare accolta nel *Codex* ([62]), la disciplina generale emerge invece dal Digesto, e soprattutto da D. 2, 4 *de in ius vocando*, ove figurano i principali passi giurisprudenziali in argomento: D. 2, 4, 18 e 20 (Gai. 1 *ad l. duod. tab.*) e D. 2, 4, 19 e 21 (Paul. 1 *ad ed.*). I brani di Gaio e Paolo, smembrati e presentati alternativamente, offrono una trattazione compiuta della materia: il divieto di *in ius vocari de domo sua*, le relative eccezioni, l'invalicabile proibizione di *extrahere de domo* ([63]):

([61]) Coerentemente, come si apprende dal par. 3, il citato in giudizio con azione civile, per un debito pubblico o privato, non era costretto a costituirsi in giudizio personalmente, ma poteva farlo anche a mezzo di un procuratore: *Cum autem monitus fuerit in publico privatove contractu actione civili, in eius sit arbitrio sive per se seu, si magis elegerit, instructo sollemniter procuratore directo in eius iudicis cuius pulsatur sententiis, examine respondere*. In caso, invece, di rifiuto o ritardo, il processo avrebbe avuto luogo, verosimilmente, secondo il rito contumaciale (C. 1. 12. 6. 4: *Sed si hoc facere detractat aut differt, iudiciorum legumque solitus ordo servetur*). Cfr., in particolare: A. STEINWENTER, *Studien zur Römischen Versäumnisverfahren*, cit., 138; L. ARU, *Il processo civile contumaciale. Studio di diritto romano*, Roma 1934 (rist. Roma 1971), 183 s.; G. PROVERA, *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*, Torino 1970, 219; A. S. SCARCELLA, *La legislazione di Leone I*, cit., 243; A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla contumacia nelle cognitiones extra ordinem*. I, Milano 1998, 146; A. D. MANFREDINI, *Debitori pubblici e privati*, cit., 313.

([62]) C. 1, 48, 1.

([63]) A giudizio di O. LICANDRO, *'In ius vocatio'*, cit., 262 s. e *Domicilium habere*, cit., 444 nt. 137, quelle che i giustinianei presenterebbero come eccezioni al divieto dovevano corrispondere, in realtà, a diversi punti di vista dei giuristi classici, che risulterebbero inevitabilmente appiattiti nella trattazione del Digesto. In particolare, la possibilità di citare in giudizio il vocando che *aditum ad se praestet aut ex publico conspiciatur*, contemplata da Giuliano e Paolo (D. 2, 4, 19), non sarebbe stata invece ammessa da Gaio, favorevole all'assolutezza del divieto. A noi è parso tuttavia che lo stesso Gaio, nel ricordare la certa legittimità della *in ius vocatio ab ianua* (D. 2, 4, 20), ritenesse correttamente citabile chi fosse comparso in ambienti "pubblici", quali la porta di casa.

D. 2, 4, 18 (Gai. 1 *ad l. duod. tab.*): Plerique putaverunt nullum de domo sua in ius vocari licere, quia domus tutissimum cuique refugium atque receptaculum sit, eumque qui inde in ius vocaret vim inferre videri.

D. 2, 4, 19 (Paul. 1 *ad ed.*): Satisque poenae subire eum, si non defendatur et latitet, certum est, quod mittitur adversarius in possessionem bonorum eius. sed si aditum ad se praestet aut ex publico conspiciatur, recte in ius vocari eum Iulianus ait.

D. 2, 4, 20 (Gai. 1 *ad l. duod. tab.*): Sed etiam ab ianua et balineo et theatro nemo dubitat in ius vocari licere.

D. 2, 4, 21 (Paul. 1 *ad ed.*) ([64]): Sed etsi is qui domi est interdum vocari in ius potest, tamen de domo sua nemo extrahi debet.

È peraltro opinione condivisa che le regole espresse in D. 2, 4, in tema di *in ius vocatio*, alla luce del diritto giustinianeo finissero per riferirsi alla nuova forma di introduzione della lite, il cosiddetto processo per libello, e dunque per assumere un rinnovato valore ([65]).

È noto che la citazione, nel sistema di tale procedura, era notificata dall'*executor*, organo ufficiale della cancelleria del tribunale, il quale, fra l'altro, poteva senz'altro procedere alla cosiddetta *citatio realis* ([66]). Il convenuto, infatti, era tenuto a garantire di comparire e rimanere in giudizio sino alla fine del procedimento (*cautio iudicio sisti*) ([67]); e, in caso di rifiuto o di

---

([64]) Cfr. D. 50, 17, 103 (PAUL. 1 *ad ed.*): *Nemo de domo sua extrahi debet*.

([65]) Per tutti: A. STEINWENTER, *Studien zur Römischen Versäumnisverfahren*, cit., 180 nt. 1; A.-J. BOYÉ, *La denuntiatio introductive d'instance sous le Principat*, Bordeaux 1922, 145 nt. 44 e 273 nt. 6; L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, cit., 273 nt. 18. Sul processo per libello, fra gli altri: A. STEINWENTER, *Studien zur Römischen Versäumnisverfahren*, cit., 163 ss. ; P. COLLINET, *La procédure par libelle*, Paris 1932; E. BALOGH, *Beiträge zum justinianischen Libellprozess*, in *Studi Riccobono*, II, Palermo 1936, 447 ss.; L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, cit., 273 ss.; E. BETTI, *Struttura e funzione processuale dei libelli conventionis e contradictionis, in Atti del congresso internazionale di diritto romano. Roma*, II, Pavia 1935, 143 ss.; A. STEINWENTER, *Die Anfänge des Libellprozesses*, in *SDHI*, 1 (1935), 130 ss. e ID., *Zur Gliederung des Verfahrens im Libellprozess*, in *Festschrift für L. Wenger*, I, München 1944, 180 ss.; M. KASER, K. HACKL, *Das Römische Zivilprozessrecht*, cit., 570 ss.; U. ZILLETTI, *Studi sul processo civile giustinianeo*, cit., 7 ss.; D. SIMON, *Untersuchungen zum justinianischen Zivilprozess*, München 1966, 37 ss. Per le origini di tale procedura, nella prassi del V secolo, cfr. inoltre A. E. GIFFARD, *Etudes sur la procédure civile du bas-empire*, in *RHD*, 14 (1935), 239 ss. e in *RHD*, 15 (1936), 98 ss.

([66]) V. *retro*, nt. 14 con letteratura ivi riportata.

([67]) Inst. 4, 11, 2; D. 2, 8; D. 2, 10; D. 2, 11. Peraltro, i proprietari di immobili di sufficiente valore e talune persone privilegiate potevano prestare una *cautio iuratoria* senza necessità della fideiussione: C. 3, 2, 4, 3 (a. 530) = C. 1, 4, 26, 11; C. 10, 11, 8, 7 (s. d.); C. 12, 29 (30), 3b (Zeno); C. 12, 21 (22), 8, 1 (a. 484); C. 12, 1, 17 (a. 485-486?). In

impossibilità di prestare tale garanzia, l'*exsecutor* avrebbe avuto facoltà di trarlo in arresto, sottoponendolo alla carcerazione preventiva (68).

In questo quadro, le prescrizioni inerenti alla *in ius vocatio de domo*, ormai non più indirizzate al privato avversario, bensì agli *exsecutores* (69), tendevano evidentemente a porre dei limiti all'attività di questi funzionari; i cui frequenti abusi, del resto, sollecitavano non di rado l'intervento repressivo della legislazione imperiale (70). Così, il divieto di citare in giudizio chi si

---

argomento, fra gli altri: A. E. GIFFARD, *Notes sur la date d'apparition des "fideiussores sistendi causa"*, in *SDHI*, 2 (1936), 16 ss.; G. I. LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem. I. Premesse di metodo, i cosiddetti rimedi pretori*, Bologna 1965, 369 ss.; M. KASER, K. HACKL, *Das Römische Zivilprozessrecht*, cit., 573 s.
È opinione comune che la *cautio iudicio sisti* e il *fideiussor iudicio sistendi causa* abbiano avuto origine in epoca tarda e che, nei passi del Digesto, tengano luogo del *vadimonium* e del *vindex*. Per tutti: M. KASER, K. HACKL, *lc. ult. cit*. Non è mancato, però, chi ha scorto le radici degli istituti in discorso già nel diritto di epoca classica: S. TAFARO, *Fideiussor sistendi causa*, in *Labeo*, 22 (1976), 232 ss. e M. LEMOSSE, *Cautio iudicio sisti*, in *RHD*, 73 (1995), 59 ss.

(68) La custodia cautelare nell'ambito del processo civile, in età giustinianea, risulta anzitutto al centro di un editto attribuito al prefetto del pretorio Archelao: Ed. praef. praet. XXVIII, *De his, qui ob pecuniarias causas in carcerem coniiciuntur* (C. E. ZACHARIAE, *Anecdota*, III, Lipsiae 1843, 276). La questione è stata affrontata, inoltre, in C. 9, 4, 6, 3 (a. 530), provvedimento in parte riprodotto in C. 1, 4, 22, che si occupava congiuntamente dell'incarcerazione preventiva nel processo civile e criminale. In argomento, in particolare: R. BONINI, *Ricerche di diritto giustinianeo*, Milano 1990², 191 ss.; M. A. MESSANA, *Riflessioni storico-comparative in tema di carcerazione preventiva (A proposito di D.48,19,8,9 – Ulp. 9 de off. proc.)*, in *AUPA*, 41 (1991), 140 ss.; A. LOVATO, *Il carcere nel diritto penale romano. Dai Severi a Giustiniano*, Bari 1994, 220 ss. Non va inoltre dimenticato il fenomeno della reclusione nelle carceri private, al centro di ripetuti interventi repressivi della legislazione imperiale, anche in epoca giustinianea: CTh. 9, 4, 11, 1 (a. 388); C. 9, 5, 1 (a. 486); C. 9, 5, 2 (519) = C. 1, 4, 23. Si veda, per tutti: O. ROBINSON, *Private prisons*, in *RIDA*, 15 (1968), 389 ss.

(69) Diversamente J. CUJACIUS, *Commentarius in Tit. XVI De verb. signific. Lib. L. Digest*., ad l. XLVI, in *Opera*, VI, Prati 1838, col. 1647, a parere del quale il divieto di *extrahere de domo* – assoluto nei confronti delle *matresfamilias*, in forza di C. 1, 48, 1 – riguardo ai maschi non avrebbe vincolato l'*exsecutor*, ma solamente l'avversario privato. Se così fosse, il fine della norma sarebbe stato verosimilmente quello di impedire all'attore di "farsi giustizia da sé". In effetti, il diritto giustinianeo non ha mancato di sanzionare simili comportamenti [Nov. Iust. 52, 1 (a. 537); Nov. Iust. 60, *praef*.-1 (a. 537); Nov. Iust. 115, 5, 1 (a. 542); App. 4, 2]: R. BONINI, *Comportamenti illegali del creditore e perdita dell'azione o del diritto (nelle Novelle giustinianee)*, in *SDHI*, 40 (1974), 111 ss. Tuttavia, la connessione fra il divieto di *extrahere de domo* e lo svolgimento della citazione lascia supporre che i destinatari di tale interdizione fossero piuttosto gli *exsecutores*, preposti al compimento dell'atto.

(70) Significativa, in tal senso, è una legge di Leone in C. 1, 3, 32 (33), 6 (a. 472), richiamata pure in Lib. Syro-Rom. 118, la quale sanzionava il compimento di atti ingiuriosi e violenti persino nei confronti dei chierici; Nov. Iust. 79 *praef*. (a. 539) lamentava invece la consuetudine degli *executores* di penetrare nei sacri luoghi per trarre forzatamente in giudizio i monaci e le religiose.

trovasse nella propria casa, a meno che non lo avesse consentito o fosse uscito allo scoperto – sulla scorta di D. 2, 4, 18 e D. 2, 4, 19 –, significava proibire a costoro di eseguire forzatamente la citazione irrompendo nelle altrui abitazioni. Soprattutto, escludere la possibilità di *extrahere de domo* il convenuto, sancita in D. 2, 4, 21, significava impedirne l'arresto. In definitiva, la *citatio realis* – fra le pareti domestiche – rimaneva esclusa.

C'è poi da dire che il principio in discorso, sempre all'interno del Digesto, è stato ribadito sotto il titolo *de diversis regulis iuris antiqui* (71):

> D. 50, 17, 103 (Paul. 1 *ad ed.*): Nemo de domo sua extrahi debet.

I compilatori, rielaborando il frammento paolino in D. 2, 4, 19 (Paul. 1 *ad ed.*), ne hanno tratto una massima che – avulsa dall'originario contesto – finiva per assumere un significato del tutto ambiguo e all'apparenza assai lato (72), quasi a sancire l'assoluta proibizione, per chiunque, di estrarre chicchessia dalla propria casa, a qualunque titolo (73). Tuttavia, se è vero che le *regulae iuris*, nella prospettiva del Digesto, non apparivano idonee a introdurre nuovo diritto, ma rappresentavano semmai dei princìpi-guida capaci di orientare verso più dettagliate disposizioni positive (74), si deve credere che la *regula* in discorso esprimesse propriamente la disciplina enunciata in D. 2, 4, 18-21, sotto il titolo *de in ius vocando*.

Se così è, dovremmo concludere che il divieto di *extrahere de domo*, anche nel diritto ultimo, avrebbe fondamentalmente riguardato lo specifico ambito della citazione nel processo privato e che la portata dell'immunità domestica, di conseguenza, sarebbe rimasta alquanto circoscritta (75).

---

(71) Su questo titolo e sul suo incerto valore, per tutti, P. STEIN, *Regulae iuris. From juristic rules to legal maxims*, Edinburgh 1966, 114 ss.

(72) In questo senso anche P. STEIN, *Regulae iuris*, cit., 120.

(73) Dunque, non solamente per esigenze di carattere processuale, ma anche quale mero atto di violenza privata.

(74) Ciò si evincerebbe, del resto, dal noto passo collocato in apertura del titolo, D. 50, 17, 1 (PAUL. 16 *ad Plaut.*): *Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. ...* . In argomento, in particolare, B. SCHMIDLIN, *Die Römischen Rechtsregeln. Versuche einer Typologie*, Köln-Wien 1970, 7 ss. Sul significato assunto dalle *regulae iuris* già a partire dal tardo periodo classico, cfr. inoltre, fra gli altri: P. STEIN, *Lo svolgimento storico della nozione di "regula iuris" nel diritto romano*, in *Antologia giuridica romanistica ed antiquaria*, Milano 1968, 105 ss.

(75) In questo senso, G. SALVIOLI, *La casa e la sua inviolabilità in Italia dopo il secolo XIII*, in *Studi giuridici in onore di F. Serafini*, Firenze 1892, 392 s. Secondo l'A., il diritto romano – a differenza di quello germanico – avrebbe riconosciuto alla casa una limitata funzione protettiva. Il sentimento dell'inviolabilità domiciliare si sarebbe tradotto nel punire l'ingresso violento nella casa altrui e, per l'appunto, "nel vietare di trarre fuori di casa propria alcuno per condurlo in giudizio, e furono queste poche massime isolate che servirono di base ai giuristi italiani per le loro dottrine".

In effetti, è del tutto improbabile che una simile immunità fosse garantita ai criminali, i quali del resto – nella disciplina delle Novelle – sono stati altresì esclusi dall'asilo ecclesiastico ([76]).

Eccezion fatta per la *mater familias*, che sulla scorta della legge costantiniana in C. 1, 48, 1 non poteva essere estratta di casa neppure in ragione di *publicae necessitates* ([77]), è inoltre dubbio che il divieto di *extrahere de domo* tutelasse i debitori fiscali. Di certo, secondo quanto si apprende da una *constitutio dispersa*, pervenutaci attraverso l'*Epitome Athanasii* ([78]), costoro, quando si fossero nascosti all'interno della propria abitazione, dovevano essere ricercati e pubblicamente esibiti – pertanto estratti ([79]) – per essere sottoposti a *exactio*:

> App. IV, 1 ([80]): Μηδεὶς τῶν ἀρχόντων ἢ τῶν λογοθετῶν ἢ τῶν ἄλλων τῶν τὰ δημόσια πραττόντων μητευέτω οἶκόν τινος προφάσει δημοσίων ὀφλημάτων, ἀλλ' εἴπερ οἴεται τοὺς ὑπευθόνους ἔνδον τῶν οἴκων κρύπτεσθαι, δημοσίοις κεχρησθω προσώποις πρὸς τὴν τοίτων ἀναζήτησιν· καὶ εἴπερ εὗρεν αὐτούς, δημοσίᾳ παραγέτω καὶ τὴν εἴσπραξιν ποιείσθω μηδαμῶς τοῖς οἴκοις παρενοχλῶν. εἰ δὲ καὶ στρατιωτικῆς δεηθείη βοηθείας πρὸς τὴν ἐξάνυσιν τῶν δημοσίων, μὴ κεχρήσθω νεολέκτοις στρατιώταις πρὸς τοῦτο, ἀλλὰ τοῖς ἐν πράγμασι τετριμμένοις καὶ τὴν πολιτικὴν τάξιν ἐπισταμένοις καὶ τὴν εἴσπραξιν οὐκ ἐν τοῖς οἴκοις, ἀλλὰ δημοσίᾳ ποιουμένοις μετὰ τῆς πρεπούσης καθοσιώσεως.

Il provvedimento, nel proibire la requisizione delle case quale mezzo per soddisfare i debiti pubblici ([81]), e nel prescrivere che l'esazione, soprattutto se

---

([76]) Nov. Iust. 17, 7 *pr*. (a. 535); Nov. Iust. 37 (a. 535); Nov. Iust. 117, 15, 1 (a. 542).

([77]) Lo stesso Giustiniano, di lì a qualche anno, avrebbe senz'altro proibito l'arresto delle donne (anche al di fuori della *domus*), convenute per debiti fiscali o privati: Nov. Iust. 134, 9 (a. 556).

([78]) ATHAN. 20, 5 (G. E. HEIMBACH, *Anekdota*, I, Lipsiae 1838, 176 s.).

([79]) Si noti fra l'altro la coincidenza fra le parole della Novella – δημοσίᾳ παραγέτω (*publice producat*) – e la corrispondente espressione in C. 1, 48, 1 – *ut eandem in publicum protrahat* –, a designare l'estrazione del debitore pubblico rifugiatosi in casa.

([80]) Trad. lat. (ed. SCHOELL-KROLL, Hildesheim 1993[13]): *Nemo magistratuum aut rationalium aut ceterorum qui publica tractant metato domum cuiusquam propter debita publica, sed si debitores intra domos abscondi existimat, publicis utatur personis ad eos indagandos; atque si eos invenit, publice producat et exactionem faciat nullo modo domos molestans. Si vero etiam militari indigeat auxilio ad publicorum exactionem, non utatur ad hoc militibus modo conscriptis, sed eis qui in rebus triti sint et rei publicae ordinem cognitum habeant et exactionem non in domibus, sed publice faciant cum debita devotione*.

([81]) Il *metatum* (o *mitaton*), cui si fa riferimento nel contesto, consisteva più propriamente nell'obbligo, imposto ai cittadini, di concedere una porzione della propria casa per dare alloggio ai militari: CTh. 7, 8; Nov. Theod. 25; C. 12, 40; Nov. Iust. 130, 9 (a. 545). Sul provvedimento giustinianeo in esame, N. VAN DER WAL,

compiuta con l'ausilio militare, avesse luogo al di fuori di esse, esprimeva, in un certo senso, il persistente sentimento di rispetto nei confronti della *domus*. Ciò tuttavia, par di capire, non impediva l'estrazione del debitore pubblico. Questa misura, nella prospettiva del legislatore, serviva anzi a contemperare la improrogabile necessità della riscossione dei tributi con l'inviolabilità della casa e il mantenimento della quiete domestica ([82]).

ABSTRACT

The essay deals with an aspect of the immunity that the *domus* guaranteed. It concerns the prohibition from leading compulsorily the person who sought refuge inside the house. The rule, pertinent to the civil suit, has been examined with reference to post-classical and justinianian age. Principal texts: CTh. 1, 22, 1; C. 1, 12, 6, 1-2; D. 2, 4, 18 (Gai. 1 *ad l. duod. tab.*); D. 2, 4, 19 (Paul. 1 *ad ed.*); D. 2, 4, 20 (Gai. 1 *ad l. duod. tab.*); D. 2, 4, 21 (Paul. 1 *ad ed.*); D. 50, 17, 103 (Paul. 1 *ad ed.*); Nov. Iust. App. IV, 1.

Si considera un aspetto della immunità che la *domus* assicurava, ossia il divieto di condurre forzatamente in giudizio chi si rifugiava al suo interno. La regola, relativa alle cause civili, è stata esaminata con riferimento all'età postclassica e giustinianea. Testi principali: CTh. 1, 22, 1; C. 1, 12, 6, 1-2; D. 2, 4, 18 (Gai. 1 *ad l. duod. tab.*); D. 2, 4, 19 (Paul. 1 *ad ed.*); D. 2, 4, 20 (Gai. 1 *ad l. duod. tab.*); D. 2, 4, 21 (Paul. 1 *ad ed.*); D. 50, 17, 103 (Paul. 1 *ad ed.*); Nov. Iust. App. IV, 1.

Manuale Novellarum Justiniani. Aperçus systématique du contenu des Novelles de Justinien, Groningen – Amsterdam 1964, 31 n. 176.

([82]) Anche riguardo all'asilo ecclesiastico la posizione dei debitori pubblici (equiparata a quella dei debitori privati in forza di C. 1, 12, 6), sembrerebbe avere subìto un inasprimento nella legislazione novellare. Nov. Iust. 17, 7, 1 (a. 535), infatti, allo scopo di impedire a costoro di sottrarsi alla riscossione dei tributi, permetteva lo svolgimento dell'esazione fiscale anche all'interno dei sacri confini, purché nel rispetto della dignità dei luoghi. Il provvedimento, invero, non parrebbe avere decretato l'espulsione dei debitori pubblici (così come stabilito per i criminali); anche se il suo significato non è del tutto chiaro e incontroverso. Per una discussione in argomento: A. D. MANFREDINI, *Debitori pubblici e privati*, cit., 321 s., con letteratura riportata alla nt. 120.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova serie. Vol. XIX (2005)

PAOLO FERRETTI

ESISTERE E NASCERE: I DUE FUOCHI DEL PENSIERO GIURISPRUDENZIALE CLASSICO IN TEMA DI CONCEPITI

Da che punto in poi un essere è davvero un essere?
... da che punto un essere umano è umano?
I. Calvino, *La giornata d'uno scrutatore*

SOMMARIO: 1. L'identità giuridica del concepito: le diverse interpretazioni avanzate in dottrina. — 2. Un passo di Giuliano [D. 1, 5, 26 (IUL. 69 *dig.*)] e la lettura proposta da Lamberti, che aderisce all'interpretazione avanzata da Albertario. — 3. Giuliano [D. 1, 5, 26 (IUL. 69 *dig.*)]: l'indagine sull'identità giuridica del concepito e l"accertamento' della sua esistenza. — 4. Segue. Ancora Giuliano [D. 38, 16, 6 (IUL. 59 *dig.*)], Celso [D. 38, 16, 7 (CELS. 28 *dig.*); D. 50, 17, 187 (CELS. 16 *dig.*)], Terenzio Clemente [D. 50, 16, 153 (TER. CLEM. 11 *ad leg. Iul. et Pap.*)] e Ulpiano [D. 38, 8, 1, 8 (ULP. 46 *ad edict.*)]. — 5. Le fonti che documenterebbero l'inesistenza del concepito: *in rerum natura non esse* [GAI. 2, 203; D. 30, 24 *pr.* (POMP. 5 *ad Sab.*); D. 7, 7, 1 (PAUL. 2 *ad edict.*)]. — 6. Paolo [D. 1, 5, 7 (PAUL. *l. s. de port., quae lib. damn. conc.*); D. 50, 16, 231 (PAUL. *l.s. ad sc. Tert.*)] e Modestino [D. 27, 1, 2, 6 (MODEST. 2 *excusat.*)]: l'equiparazione del concepito al nato e i *commoda ipsius partus*. — 7. Due fonti in cui il concepito è definito *homo non recte* [D. 35, 2, 9, 1 (PAP. 19 *quaest.*)] e *mulieris portio vel viscerum* [D. 25, 4, 1, 1 (UP. 24 *ad edict.*)]. — 8. Ricapitolazione: il concepito tra esistenza e nascita.

1. L'identità giuridica del concepito: le diverse interpretazioni avanzate in dottrina.

Sull'identità giuridica del concepito la dottrina è divisa. Ciò può forse dipendere dalle fonti (1) che, a detta della maggior parte degli stu-

(1) Cfr., ad esempio, GAI. 1, 147; D. 1, 5, 7 (PAUL. *l.s. de port., quae lib. damn. conc.*); D. 1, 5, 26 (IUL. 69 *dig.*); D. 25, 4, 1, 1 (ULP. 24 *ad edict.*); D. 35, 2, 9, 1 (PAP. 19 *quaest*); D. 37, 9, 1 *pr.* (ULP. 41 *ad edict.*); D. 38, 16, 1, 8 (ULP. 12 *ad Sab.*); D. 38, 16, 7 (CELS. 28 *dig.*); D. 50, 16, 153 (TER. CLEM. 11 *ad leg. Iul. et Pap.*); D. 50, 16, 231 (PAUL. *l.s. ad sen. Tert.*); D. 50, 17, 187 (CELS. 16 *dig.*).

diosi ([2]), sembrerebbero contraddittorie: "molti testi del diritto romano dicono precisamente, che l'infante in questo stato non è ancora uomo, che esso non ha ancora esistenza a sé, ma deve essere considerato solo come parte del corpo materno. Altri testi invece equiparano tale infante a quello già nato" ([3]). In questo contesto, le espressioni *in rerum natura esse* e *in rerum natura non esse* ([4]), riferite al nascituro, rinvierebbero rispettivamente alla sua 'esistenza' e al contempo alla sua 'inesistenza'.

È nostra intenzione unirci a quanti hanno tentato di dare risposta a questa 'contraddizione', cercando non solo di risalire alla verosimile soluzione adottata dalla giurisprudenza classica, ma altresì di mettere in luce il percorso interpretativo dalla stessa seguito.

Prima di farlo, tuttavia, è opportuno dare brevemente conto delle diverse opinioni fino ad ora avanzate. Savigny ([5]), e con lui molti altri ([6]), optano per ritenere che la regola affermatasi nel diritto romano sia quella secondo cui il concepito "non è ancora uomo, che esso non ha ancora esistenza a sé, ma che deve essere considerato solo come parte del corpo materno ([7]). Questa regola

---

([2]) Cfr., tra gli altri, F.C. SAVIGNY, *Sistema di diritto romano attuale*, trad. it. a cura di V. Scialoja (*System des heutigen römischen Rechts*), II, Torino 1888, 11; B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. it. a cura di E. Fadda e P.E. Bensa (*Lehrbuch des Pandektenrechts*, VIII Auflage), I, Torino 1902, 215 e 215 note 2 e 3; C. FADDA, *Diritto delle persone e della famiglia*, Napoli 1910, 16 ss.; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1917[6], 35 ss.; E. ALBERTARIO, *Conceptus pro iam nato habetur (Linee di una ricerca storico–dommatica)*, in *BIDR* 33 (1923), riprodotto, in versione riveduta e integrata da una *Postilla* [IDEM, *Conceptus pro iam nato habetur (Postilla)*, in *AG* 99 (1928), 151 ss.], in IDEM, *Studi di diritto romano*, I, Milano 1933, 1 ss. (da ora citato come *Studi*); C.A. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano 1937, 66 ss.; C. ARNÒ, *Partus nondum editus*, in *Atti del IV Congresso Nazionale di Studi Romani*, IV, Roma 1938, 84 ss.; B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, II, Milano 1952, 339; G.G. ARCHI, s.v. *Concepimento* (diritto romano), in *ED* VIII (1961), 356; W. WALDSTEIN, *Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen*, in *ANRW* 15 (1976), 34 n. 113; G. GANDOLFI, s.v. *Nascituro* (storia), in *ED* XXVII (1977), 532; F. TODESCAN, *Diritto e realtà. Storia e teoria della fictio iuris*, Padova 1979, 67 s.; M. BALESTRI FUMAGALLI, *'Spes vitae'*, in *SDHI* 49 (1983), 341 s.; J. GAUDEMET, *Membrum, persona, status*, in *SDHI* 61 (1995), 3 n. 4; Á. GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, *Nasciturus, el status jurídico del concebido*, in *Seminarios Complutenses de derecho romano* IX-X (1997-1998), 282 s.

([3]) F.C. SAVIGNY, *Sistema*, cit., II, 11.

([4]) Su queste espressioni, cfr. *infra*.

([5]) F.C. SAVIGNY, *Sistema*, cit., II, 11 ss.

([6]) Cfr., tra gli altri, C. FADDA, *Diritto delle persone*, cit., 22; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 38; E. NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, Milano 1971, 397; J. PLESCIA, *The Development of the Doctrine of Boni Mores in Roman Law*, in *RIDA* 34 (1987), 292 s.

([7]) F.C. SAVIGNY, *Sistema*, cit., II, 11.

non trova smentita in quei testi che, solo apparentemente, sembrerebbero affermare il contrario; in questi passi, infatti, sarebbe documentato il ricorso, da parte della giurisprudenza, all'artificio della finzione — supporre il concepito già nato —, al fine di attribuire rilevanza, non all'"inesistente concepito' (8), bensì all'"imminente vita reale dell'infante" (9), alla "speranza" o alla "possibilità di una persona" (10), al fatto di essere una "persona eventuale, *in fieri*" (11), alla "'*spes*' ch'esso rappresenta... ma, fuor del raggio di quella opportunità, resta vero e si afferma che prima della nascita un uomo ancor non esiste, perché sul piano e biologico e giuridico un semplice feto od embrione non è tale" (12).

Rispetto all'indirizzo appena esposto, ci sembra possibile cogliere una sfumatura diversa in un'altra interpretazione (13) — sostenuta tra gli altri da

---

(8) B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., I, 153 s., il quale, dopo aver precisato che "il concetto del diritto romano è il seguente... Il feto nell'utero materno non è ancora uomo", conclude che i diritti che vengono devoluti ad un individuo a partire dal momento della nascita, si devono qualificare, nel tempo anteriore al parto, come diritti "privi di soggetto".

(9) F.C. SAVIGNY, *Sistema*, cit., II, 11 s., secondo cui i giuristi non avrebbero potuto dare protezione a chi "non può avere né proprietà, né crediti, né debiti... né tutore, né esser chiamato pupillo"; il diritto, pertanto, non dovette provvedere direttamente all'"insussistente' concepito, ma alla "imminente vita reale dell'infante" attraverso un artificio giuridico — fingere che 'esista chi non esiste' —, al fine, da un lato, di preservare questa "imminente vita" da distruzione e, dall'altro, di assegnare diritti che il concepito avrebbe poi acquistato al momento della nascita.

(10) C. FADDA, *Diritto delle persone*, cit., 22. Di "*spes hominis*", Fadda aveva già scritto in *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, I, Napoli 1900, 140. Di "speranza di una vita" scrive A. SACCHI, s.v. *Curator ventri datus*, in *DI* VIII, parte IV (1899-1903), 912; di "*spes nascendi*" parlano, tra gli altri, F. LANFRANCHI, s.v. *Nascituri* (diritto romano), in *NNDI* XI (1965), 13; Á. GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, *Nasciturus*, cit., 288 ss.

(11) P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 38, secondo cui "il vero principio" che emerge dalle fonti giuridiche è che "il concepito non è attualmente persona... ma una persona eventuale, *in fieri*". I passi da cui risulterebbe il contrario devono essere presi con cautela; infatti, se così non si facesse, suggerisce l'autorevole studioso, le massime in questione risulterebbero "false e in contraddizione con altre enunciate dai Romani stessi, le quali negano la personalità del nascituro". Si allinea M. ROBERTI, *Svolgimento storico del diritto privato in Italia*, Milano 1928, 65, secondo cui il diritto romano "ammise esistere in potenza un subietto giuridico attualmente *portio matris*".

(12) E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 397.

(13) Cfr., tra gli altri, B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, cit., II, 339; G.G. ARCHI, s.v. *Concepimento*, cit., 354 ss.; F. LANFRANCHI, s.v. *Nascituri*, cit., 13 s.; B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1965[4], 113 s.; G. IMPALLOMENI, s.v. *Persona fisica* (diritto romano), in *NNDI* 12 (1965), ora in IDEM, *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova 1996, 134; B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979, 12; IDEM, s.v. *Persona* (diritto romano), in *ED* XXXIII (1983), 170; G.

Archi, Gaudemet, Albanese e Pugliese ([14]) —, la quale, benché concordi sul fatto che il concepito fosse ritenuto *in rerum natura non esse*, cioè inesistente, pensa che il diritto, soltanto a partire da una certa epoca ([15]) e limitatamente a circoscritti settori, abbia iniziato ad occuparsi del nascituro in quanto tale (e non per l'intrinseca speranza di trasformarsi in uomo), riconoscendogli alcune aspettative. Dunque, a quanto pare di capire, i giuristi, una volta stabilita la regola — il nascituro non è *in rerum natura*, il nascituro non ha vita propria —, vi avrebbero derogato in determinati casi.

A questi indirizzi può forse avvicinarsi la lettura, che ha finito con l'influenzare la maggior parte degli studi successivi ([16]), di Albertario ([17]) il

---

PUGLIESE, *Il ciclo della vita individuale nell'esperienza giuridica romana*, in *Atti dei Convegni Lincei*, Giornate lincee sul tema *'Il diritto e la vita materiale'* (Roma, 28-29 maggio 1982), Roma 1984, 55 ss.; I. NUÑEZ PAZ, *Algunas consideraciones en torno al 'repudium' y al 'divortium'*, in *BIDR* 91 (1988), 720 n. 25; J. GAUDEMET, *Membrum*, cit., 3; I. CARRASCO DE PAULA, *Il rispetto dovuto all'embrione umano: prospettiva storico-dottrinale*, in AA.VV., *Identità e statuto dell'embrione umano*, Città del Vaticano 1998, 10 s.

([14]) Cfr. nota precedente.

([15]) Collega il mutamento alla tarda giurisprudenza classica G.G. ARCHI, s.v. *Concepimento*, cit., 355.

([16]) Cfr., tra gli altri, U. ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, Milano 1937, 36 n. 17; A. TORRENT, *Interpretacion de la "voluntas testatoris" en la jurisprudencia republicana: la "causa curiana"*, in *AHDE* 39 (1969), 203; F. TODESCAN, *Diritto e realtà*, cit., 66 ss., il quale, dopo aver ribadito la distinzione tra condizione fisiologica e condizione giuridica del nascituro, nota come "tra l'orizzonte ideologico degli scopi perseguiti (in termini tecnici il *commodum* del concepito) e l'ordine espresso dalla «natura dei fatti» si apre una frattura: e la «realtà giuridica» viene costruita saldando questa frattura attraverso l'ormai consueto ricorso alla *fictio*"; M. BALESTRI FUMAGALLI, *'Spes vitae'*, cit., 342, nel cui studio viene messa in luce la posizione della madre; Y. THOMAS, *Le «ventre». Corps maternel, droit paternel*, in *Le genre humain* 14 (1986), 215 ss., che scrive, a proposito del concepito, di "pure abstraction", di "sujet virtuel", trasformato dai giuristi, attraverso l'impiego della finzione, in "sujet de droit"; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Infans conceptus. Existence physique et existence juridique*, in *NRD* 72 (1994), 499 ss.; F. LAMBERTI, *Studi sui «postumi» nell'esperienza giuridica romana*, I, Napoli 1996, 45 ss.; EADEM, *Studi sui «postumi» nell'esperienza giuridica romana*, 2. *Profili del regime classico*, Milano 2001, 50 ss., che lega la rilevanza giuridica del concepito, fisiologicamente *res* o *portio viscerum*, ad un raffinato lavorìo giurisprudenziale attraverso il quale si riuscì a dare per realizzata una circostanza inesistente, cioè il fatto che il nascituro non fosse *in rerum natura*. A queste letture si avvicina quella avanzata da J.-P. BAUD, *Il caso della mano rubata. Una storia giuridica del corpo*, trad. it., Milano 2003, 72 s., secondo cui, pur iniziando la persona ad esistere soltanto dopo la nascita, era possibile per il diritto farla "nascere prima del corpo": "se era in gioco l'interesse del neonato, il diritto permetteva di far risalire l'apparizione della sua persona al momento del suo concepimento"; la distinzione fondamentale tra "l'essere giuridico e l'essere fisico" di una persona, consentì dunque al giurista, "manipolatore della vita", di decidere, in funzione degli interessi da difendere, il momento in cui considerarla esistente sulla scena del diritto.

([17]) E. ALBERTARIO, *Studi*, cit., I, 1 ss. Sul saggio, si veda la recensione di V. ARANGIO-RUIZ, in *AG* 113 (1935), 71 ss.

quale individua, tra tutte le testimonianze giuridiche in tema di nascituro, due gruppi di testi. Nell'uno ([18]) sarebbe espressa "la condizione fisiologica" del concepito, secondo la quale il nascituro non è ritenuto esistere, non è ritenuto *in rerum natura*; nell'altro ([19]), invece, verrebbe esposta "la condizione giuridica", secondo la quale lo stesso concepito è considerato come se esistesse, come se fosse *in rerum natura* ([20]). I due gruppi di testi, pertanto, anziché contraddirsi, si illuminerebbero reciprocamente: "I testi del secondo gruppo non pongono l'affermazione assoluta, in antitesi all'assoluta negativa, che abbiamo sorpresa nei testi del primo gruppo. Non dicono, insomma, che il concepito *est in rerum natura*, *est in rebus humanis*. Sottintendono la nozione fisiologica, ma pongono la nozione giuridica affermando che, per quanto sotto l'aspetto fisiologico il concepito non è *in rerum natura* o *in rebus humanis*, nell'ordinamento giuridico ciò non ostante è considerato come se esistesse, come se fosse *in rerum natura* o *in rebus humanis*" ([21]).

Il tentativo di individuare due gruppi di testi, al fine di risolvere la 'contraddizione' delle fonti in tema di concepito, si incontra anche in altri studiosi. Maschi ([22]), sulla base tuttavia di un non esaustivo esame delle fonti ([23]), distingue sulla base del fatto che il concepito venga preso in considerazione quale "oggetto di diritti" oppure quale "soggetto di diritti" ([24]). Quando è preso in considerazione quale "oggetto di diritti", il nascituto è equiparato ad una cosa e ritenuto "non ancora esistente"; viceversa, quando è preso in considerazione quale "soggetto di diritti", il concepito è posto sullo stesso piano dei nati, secondo il principio "*conceptus pro iam nato habetur*".

([18]) E. Albertario, *Studi*, cit., I, 5 s., indica, in questo ordine, Gai. 2, 203; D. 30, 24 *pr*. (Pomp. 5 *ad Sab*.); D. 38, 16, 1, 8 (Ulp. 12 *ad Sab*.); D. 37, 9, 1 *pr*. (Ulp. 41 *ad edict*.); D. 44, 2, 7, 3 (Ulp. 75 *ad edict*.); D. 7,7,1 (Paul. 2 *ad edict*.); D. 25, 4, 1, 1 (Ulp. 24 *ad edict*.); D. 35, 2, 9, 1 (Pap. 19 *quaest*.).

([19]) E. Albertario, *Studi*, cit., I, 7, menziona, in questo ordine, D. 1, 5, 26 (Iul. 69 *dig*.); D. 38, 16, 7 (Cels. 28 *dig*.); Gai. 1, 147; D. 1, 5, 7 (Paul. *l.s. de port., quae liberis damnatorum conceduntur*).

([20]) Tuttavia, come è già stato rilevato [E. Bianchi, *Fictio iuris. Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea*, Padova 1997, 430 n.613], Albertario non parla di finzione.

([21]) E. Albertario, *Studi*, cit., I, 6 s.

([22]) C.A. Maschi, *La concezione naturalistica del diritto*, cit., 66 ss.

([23]) C.A. Maschi, *La concezione naturalistica del diritto*, cit., 66 ss., si limita infatti a citare Gai. 2, 203; D. 7, 7, 1 (Paul. 2 *ad edict*.); D. 30, 24 *pr*. (Pomp. 5 *ad Sab*.); D. 1, 5, 26 (Iul. 69 *dig*.); D. 38, 16, 6 (Iul. 59 *dig*.); D. 38, 16, 7 (Cels. 28 *dig*.).

([24]) Sulla possibile distinzione tra concepito "oggetto di diritti" e concepito "soggetto di diritti", di veda la decisa critica di G.G. Archi, s.v. *Concepimento*, cit., 354.

Anche Arnò (25) intravvede due distinti insiemi di testi, ma li riporta ad una controversia tra opposte correnti giurisprudenziali, quella dei muciani e quella dei serviani (26). I seguaci di Mucio avrebbero sostenuto il principio secondo cui "*nasciturus non pro nato habetur*" (27), mentre i seguaci di Servio avrebbero avanzato il principio secondo cui "*conceptus pro iam nato habetur*" (28).

Infine, è opportuno dare conto di quell'indirizzo secondo cui il concepito fosse *in rerum natura*. La Pira, nel noto articolo in tema di aborto (29), non esita a collegare alla "giurisprudenza romana creativa del tempo augusteo" il principio secondo cui il concepito fosse un essere umano: "*Qui in utero sunt... intelliguntur in rerum natura esse* (D. 1, 5, 26) (i concepiti sono da considerare come già esistenti, già nati); *Nasciturus pro jam nato habetur* (D. 1, 5, 7) (il nascituro è da considerare già nato)". Il concetto è approfondito da Waldstein e da Catalano. Il primo giunge ad individuare nel concepito "eine neue Person" (30), mentre Catalano (31), dopo aver definito "principio di carattere gene-

---

(25) C. ARNÒ, *Partus nondum editus*, cit., 84 ss.

(26) I giustinianei, secondo C. ARNÒ, *Partus nondum editus*, cit., 87 ss., cercarono di conciliare le due opposte correnti giurisprudenziali, adottando da un lato la concezione muciana, ma, dall'altro, temperandola con il principio del *commodum*.

(27) Secondo Marcello [Marcello citato da Ulpiano in D. 28, 3, 36 *pr*. (ULP. 10 *ad Sab*.) e in D. 41, 3, 10, 2 (ULP. 16 *ad edict*.)] e Ulpiano [D. 25, 4, 1, 1 (ULP. 24 *ad edict*.); D. 37, 9, 1 *pr*. (ULP. 41 *ad edict*.); D. 38, 16, 1, 8 (ULP. 12 ad *Sab*.)], giuristi appartenenti alla corrente muciana, il nascituro sarebbe soltanto *mulieris portio vel viscerum*, non ancora *in rebus humanis*.

(28) Giuliano [D. 1, 5, 26 (IUL. 69 *dig*.); D. 38,16,6 (IUL. 59 *dig*.)], Terenzio Clemente [D. 50, 16, 153 (CLEMENT. 11 *ad leg. Iul. et Pap*.)], Gaio (GAI. 1, 147) e Paolo [D. 1, 5, 7 (PAUL. *l.s. de port., quae liberis damnatorum conceduntur*); D. 5,4,3 (PAUL. 17 *ad Plaut*.); D. 48, 19, 38, 5 (PAUL. 5 *sent*.); D. 50, 16, 231 (PAUL. *l.s. ad sen. cons. Tert*.)] individuerebbero nel concepito, pur attraverso l'artifizio della finzione, un essere umano "con personalità autonoma e distinta".

(29) G. LA PIRA, *Di fronte all'aborto*, in *L'osservatore Romano*, 19-20 marzo 1976, ora in IDEM, *Il sentiero di Isaia*, Firenze 1979², 661 ss. Per un approfondimento del pensiero lapiriano, si veda, per tutti, P. CATALANO, *Alcuni concetti e principi giuridici romani secondo Giorgio La Pira*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (Padova - Venezia - Treviso, 14-15-16 giugno 2001)*, I, Padova 2003, 61 ss.

(30) W. WALDSTEIN, *Das Menschenrecht zum Leben*, Berlin 1982, 21. Cfr. anche IDEM, *Zur Stellung des nasciturus in römischen Recht*, in *A bonis bona discere, Festgabe für János Zlinszky*, Miskolc 1998, 48 ss.

(31) P. CATALANO, *Osservazioni sulla "persona" dei nascituri alla luce del diritto romano (da Giuliano a Teixeira de Freitas*), in *Rassegna di diritto civile*, 1988, 1, ora in IDEM, *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, Torino 1990, 202 ss., il quale fa notare come l'introduzione dei concetti di 'persona', 'personalità', 'soggetto di diritto', 'capacità giuridica', abbia comportato "un capovolgimento dei

rale" la parità tra concepito e nato, avanza l'ipotesi che tale principio si sia venuto a formare attraverso "la constatazione di una realtà da parte dell'interprete" ([32]): la regola della parità tra concepito e nato non sarebbe la conseguenza di una finzione ([33]), cioè di una costruzione imperativa, ma di un 'riconoscimento' ([34]) della realtà ([35]).

2. Un passo di Giuliano [D. 1, 5, 26 (Iul. 69 *dig.*)] e la lettura proposta da Lamberti, che aderisce all'interpretazione avanzata da Albertario.

In questo spazio, affollato di ipotesi interpretative, noi pensiamo che sia possibile avanzare, nel solco di quelle da ultimo viste, una ulteriore lettura.

Iniziamo da un passo di Giuliano, passo che, pur in materia di *lex Iulia de maritandis ordinibus* ([36]), pare avere un respiro di carattere generale:

> D. 1, 5, 26 (Iul. 69 *dig.*): Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse. nam et legitimae hereditates his restituuntur: et si praegnas mulier ab hostibus capta sit, id quod natum erit postliminium habet, item patris vel matris condicionem sequitur:

---

principi e delle norme: si è passati dalla 'parità ontologica' alla eccezionale parificazione legislativa"; Idem, *Il nascituro tra diritto romano e diritti statali*, in AA.VV., *Culture giuridiche e diritti del nascituro*, a cura di A. Tarantino, Milano 1997, 87 ss.; Idem, *Il concepito "soggetto di diritto" secondo il sistema giuridico romano*, relazione tenuta il 31 gennaio 2005 al Convegno '*Procreazione assistita: problemi e prospettive*' (consultabile su http://www.comitatoscienzaevita.it/documenti.php). Seguono questo indirizzo anche M.V. Sanna, *Conceptus pro iam nato habetur e nozione di frutto*, in *Il diritto giustinianeo fra tradizione classica e innovazione*, *Atti del Convegno, Cagliari, 13-14 ottobre 2000*, Torino 2003, 250 ss.; M.P. Baccari, *Concetti ulpianei per il "diritto di famiglia"*, Torino 2000, 121 ss.; Eadem, *Concepito: l'antico diritto per il nuovo millennio*, Torino 2004, 1 ss.; Eadem, *Sette note per la vita*, in *SDHI* 70 (2004), 507 ss.

([32]) P. Catalano, *Diritto e persone*, cit., 203.

([33]) A favore del fatto che i giuristi romani non abbiano utilizzato lo strumento della finzione in materia di concepiti, si veda, tra gli altri, E. Bianchi, *Fictio iuris*, cit., 430 n. 613; Á. Gómez-Iglesias Casal, *Nasciturus*, cit., 285 s. e 293.

([34]) P. Catalano, *Diritto e persone*, cit., 203 s., richiama A. Teixeira de Freitas, *Código Civil Esboço* (7 volumi, 1860-1865), ed. Ministério da Justiça in 2 volumi, Brasilia 1983, I, 83 ss., il quale a proposito di un passo di Giuliano (D. 1, 5, 26) intende il verbo *intellegere* nel senso di riconoscere la realtà.

([35]) A sostegno di questa interpretazione, P. Catalano, *Diritto e persone*, cit., 196 ss; Idem, *Il nascituro tra diritto romano*, cit., 90, pone l'accento sulla concreta terminologia impiegata dalla giurisprudenza a proposito del concepito (*qui in utero est* e *partus*, utilizzato per esprimere la continuità tra il nascituro e il nato attraverso il partorire).

([36]) O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, I, Leipzig 1889, 474.

> praeterea si ancilla praegnas subrepta fuerit, quamvis apud bonae fidei emptorem pepererit, id quod natum erit tamquam furtivum usu non capitur: his consequens est, ut libertus quoque, quamdiu patroni filius nasci possit, eo iure sit, quo sunt qui patronos habent ([37]).

Giuliano informa che il concepito ([38]) è ritenuto in quasi tutto il diritto civile *in rerum natura*: egli, infatti, è contemplato nella successione legittima; se una donna incinta è catturata dai nemici, al nato è concesso il postliminio, cioè il diritto di essere restituito nella condizione che aveva al tempo del concepimento, secondo lo stato del padre o della madre; se una schiava incinta è stata sottratta, sebbene abbia partorito presso un compratore di buona fede, il nato ([39]), come fosse furtivo, non può essere acquistato per usucapione; il diritto di patronato non si estingue *quamdiu patroni filius nasci possit*, cioè a causa dell'esistenza di un figlio, concepito, del *patronus*.

Secondo Lamberti, che aderisce alla teoria di Albertario il quale colloca il passo in questione tra i testi esprimenti la "condizione giuridica" ([40]) del

---

([37]) Secondo alcuni studiosi il testo sarebbe interpolato. Tra questi, ad esempio, S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, Roma 1928², 186 n. 2; E. ALBERTARIO, *Studi*, cit., I, 21, con riguardo a *in toto paene*, *id quod natum erit*, *vel matris*; G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, in *ZSS* 65 (1948), 341, limitatamente a *paene*; M. BARTOŠEK, *La spes en droit romain*, in *RIDA* 2 (1949), 28, rispetto a *in toto paene*, *et legitimae hereditates his restituuntur*, *id quod natum erit*, *vel matris*; G.G. ARCHI, s.v. *Concepimento*, cit., 356; M. MEINHART, *D. 50, 16, 231. Ein Beitrag zur Lehre vom Intestaterbrecht des ungeborenen Kindes*, in *ZSS* 82 (1965), 209 n. 78; E. BUND, *Untersuchungen zur Methode Julians*, Köln-Graz 1965, 15, con riferimento a *in toto paene* e a *vel matris*; Á. GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, *Nasciturus*, cit., 312. A favore della sostanziale genuinità del passo, si sono invece schierati, ad esempio, V. ARANGIO-RUIZ, *Recensione* a E. Albertario, *Studi*, cit., 79; G. GANDOLFI, s.v. *Nascituro*, cit., 530 ss.; B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 13 n. 29, il quale giudica "senza fondamento" i sospetti sul frammento; M.V. SANNA, *Conceptus pro iam nato habetur*, cit., 220 ss.

([38]) Sull'uso dei diversi termini — *qui in utero est*, *qui in ventre est*, *conceptus*, *qui conceptus est*, *persona concepta*, *filii adhuc in utero*, *uterus*, *venter*, *partus* — impiegati per indicare il concepito, rimandiamo, per tutti, a G. FONTANA, *Qui in utero sunt. Concetti antichi e condizione giuridica del nascituro nella codificazione di Giustiniano*, Torino 1994, 1 ss.

([39]) Dal fatto che nel testo sia impiegato il neutro (*id quod natum erit*), B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 11 n. 18, trae la conseguenza — "affrettatamente", secondo P. CATALANO, *Diritto e persone*, cit., 220 — che il nascituro non fosse considerato *persona*. Sul punto, occorre dare conto dell'interessante studio condotto da G. FONTANA, *Qui in utero sunt*, cit., 45 ss., il quale, oltre ad evidenziare l'uso del neutro per indicare tanto i nascituri quanto i nati (appunto in D. 1, 5, 26, oltre a D. 40, 5, 41, 5; D. 43, 33, 1 *pr.*), fa notare che il neutro potrebbe essere dovuto alla trattazione di problematiche inerenti all'incertezza del numero dei concepiti (D. 5, 4, 3) o del loro sesso (D. 28, 2, 25, 1; D. 37, 9, 1, 8).

([40]) Secondo la "condizione fisiologica", invece, il nascituro non sarebbe stato *in rerum natura*, bensì parte delle viscere materne.

nascituro, il frammento documenterebbe una nuova finzione: supporre il concepito *in rerum natura*. Infatti, benché i precedenti di questa finzione possano individuarsi in una finzione più antica — sulla quale, peraltro, sono stati sollevati non pochi dubbi ([41]) —, riguardante la concessione al concepito (alla morte dell'ereditando) delle stesse prerogative del *suus* già nato, la sua "compiuta espressione" dovrebbe farsi risalire proprio a Giuliano.

Le situazioni descritte nella seconda parte del testo (da *nam et legitimae hereditates* alla fine), pertanto, dovrebbero leggersi come esemplificazione ([42]) di taluni ambiti in cui il diritto civile, affermatasi la *fictio*, avrebbe proceduto alla attribuzione di diritti in capo al nascituro: "i concepiti «devono intendersi» (*intelleguntur*) *in rerum natura* ed è in virtù di tale operazione intellettuale che li si ammette fra gli *heredes legitimi*" ([43]).

Dunque, Giuliano e, con lui, altri giuristi adrianei ([44]), non si sarebbero discostati dalla convinzione che il concepito fosse una mera parte delle viscere materne e lo avrebbero 'finto' *in rerum natura* per il prodursi di una serie di conseguenze giuridiche. In questo modo, conclude Lamberti, "non è la vita, la realtà, ad essere presupposto del diritto, ma è il diritto che infonde la sua ragion d'essere (giuridica) ad una data 'realtà'" ([45]).

Questo indirizzo porta a conferma dell'opinione sostenuta un noto passo di Paolo ([46]), in cui sarebbe documentata la medesima finzione; il concepito, benché non ancora esistente, viene reputato come se fosse *in rebus humanis*:

> D. 1, 5, 7 (PAUL. *l.s. de port., quae lib. damn. conc.*): Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit.

([41]) Cfr., ad esempio, le decise critiche avanzate da E. BIANCHI, *Fictio iuris*, cit., 275 n.246, 431 n. 613; A.D. MANFREDINI, *Recensione* a Lamberti, *Studi sui «postumi»*, cit., in *Iura* 52 [2001 (ma pubblicato nel 2005)], 262 s.

([42]) Più precisamente, secondo F. LAMBERTI, *Studi sui «postumi»*, cit., 2, 50 s., le diverse ipotesi prospettate nella seconda parte del testo dovrebbero leggersi come 'derivazione' (dalla finzione) di "una serie di conseguenze... per il prodursi di effetti giuridici in vari ambiti" oppure come 'esplicitazione' del "frutto di soluzioni già rinvenute dalla *iuris prudentia* anteriore".

([43]) F. LAMBERTI, *Studi sui «postumi»*, cit., I, 70.

([44]) Celso [D. 50, 17, 187 (CELS. 60 *dig.*)] e Terenzio Clemente [D. 50, 16, 153 (TER. CLEM. 11 *ad l. Iul. et Pap.*)].

([45]) F. LAMBERTI, *Studi sui «postumi»*, cit., I, 52 s.

([46]) F. LAMBERTI, *Studi sui «postumi»*, cit., I, 52 s., dopo aver riportato il passo di Paolo, commenta: "Tale posizione intellettuale si rinviene per la prima volta in Giuliano, e nei giuristi della sua cerchia".

Dunque, pur in assenza di una terminologia condivisa — ad esempio, Giuliano ([47]) impiega le espressioni *in rerum natura*, mentre Paolo ([48]) *in rebus humanis* —, la posizione intellettuale di Giuliano ([49]) sarebbe stata la stessa di Paolo ([50]).

Noi, invece, crediamo, proprio sulla base di una differente terminologia ([51]), che il concetto espresso nel passo di Paolo ([52]) sia diverso da quello che si legge nel testo di Giuliano ([53]). In altri termini, ci pare che la riflessione dei giuristi si muovesse su piani differenti, benchè uno di questi (quello di Giuliano ([54])) risulti implicito nell'altro (quello di Paolo ([55])).

Il pensiero giurisprudenziale, in tema di concepiti, risulterebbe così connotato da due distinti momenti, forse di poco successivi l'uno all'altro, forse addirittura contemporanei ([56]).

3. Giuliano [D. 1, 5, 26 (Iul. 69 *dig.*)]: l'indagine sull'identità giuridica del concepito e l'"accertamento' della sua esistenza.

Prima di rileggere il frammento giulianeo, è opportuno fare una breve premessa, necessaria per la piena comprensione del testo. È noto che il diritto

---

([47]) D. 1,5,26 (Iul. 69 *dig.*).

([48]) D. 1, 5, 7 (Paul. *l.s. de port., quae lib. damn. conc.*). Riguardo a queste espressioni, F. Lamberti, *Studi sui «postumi»*, cit., I, 45 ss., ravvisa soltanto una "sfumatura di significato"; infatti, mentre i termini *in rerum natura esse* (più antichi e già diffusi nel linguaggio giurisprudenziale della tarda repubblica) sono pervasi da una "intonazione pragmatica, da un'intensa connessione al dato oggettivo", i termini *in rebus humanis esse* (locuzione molto frequente in Paolo e Ulpiano e ricorrente in età postclassica) rinviano, benché anch'essi pervasi da una intrinseca materialità, all'"umanità dell'oggetto", alla "sua attinenza all'ambito degli esseri umani". Ciò non toglie che entrambe le espressioni facciano riferimento "all'esistenza o inesistenza materiale di una persona o di un bene, o alla scomparsa del soggetto o del bene dalla realtà materiale".

([49]) D. 1,5,26 (Iul. 69 *dig.*).

([50]) D. 1, 5, 7 (Paul. *l.s. de port., quae lib. damn. conc.*).

([51]) In particolare, non riteniamo corretta la sostentuta equivalenza semantica, nei frammenti dei due giuristi, delle espressioni *in rerum natura* [D. 1, 5, 26 (Iul. 69 *dig.*)] e *in rebus humanis* [D. 1, 5, 7 (Paul. *l.s. de port., quae lib. damn. conc.*)].

([52]) D. 1, 5, 7 (Paul. *l.s. de port., quae lib. damn. conc.*).

([53]) D. 1, 5, 26 (Iul. 69 *dig.*).

([54]) D. 1, 5, 26 (Iul. 69 *dig.*).

([55]) D. 1, 5, 7 (Paul. *l.s. de port., quae lib. damn. conc.*).

([56]) Secondo C. Castello, *Sulla condizione del figlio concepito legittimamente e illegittimamente nel diritto romano*, in *RIDA* 4 (1950), 267 ss., l'idea del *commodum* si sarebbe venuta affermando a partire da Adriano, vale a dire nell'età in cui è documentata la riflessione giurisprudenziale sull'esistenza del concepito.

abbia iniziato ad occuparsi del concepito fin da epoca remota (57), benché, come è stato suggerito (58), le ragioni di questo interessamento debbano inizialmente ricercarsi, forse più che nel nascituro stesso, nel vantaggio del *pater* o della *familia* di appartenenza.

Si pensi, senza alcuna pretesa di esaustività e senza l'osservanza di un preciso ordine temporale, alla legge regia (59) che vietava di seppellire la donna, morta incinta, prima che le fosse estratto il parto, o alla celebre legge di Numa (60) che, con ogni verosimiglianza, calcolava in dieci mesi il periodo di vedovanza in rapporto alla vita intrauterina del nascituro (61). Ancora, alla legge delle XII Tavole (62) che ammetteva il concepito a succedere come *suus heres* o che, come alcuni (63) pensano, lo includeva tra i figli legittimi. A ciò si aggiunga il successivo riconoscimento dei diritti dell'agnato concepito prima della morte dell'ereditando (64), la nomina al ventre di un curatore con il compito di stabilirne gli alimenti e di salvaguardarne gli interessi (65),

---

(57) Cfr., ad esempio, il richiamo alle leggi regie da parte di Plutarco (*Numa* 12, 3) e di Marcello [D. 11, 8, 2 (MARCELL. 28 *dig.*)].

(58) G.G. ARCHI, s.v. *Concepimento*, cit., 354 s.

(59) D. 11, 8, 2 (MARCELL. 28 *dig.*). Con riferimento a questa legge, E. COSTA, *Storia del diritto romano privato. Dalle origini alle compilazioni giustinianee*, Torino 1925², 161, scrive di una "tutela risalente del diritto del concepito alla vita".

(60) PLUT., *Numa* 12,3.

(61) Non sono tuttavia mancate differenti interpretazioni. Ad esempio, è stato sostenuto che il lutto della vedova debba essere ricondotto ad una prescrizione di natura religiosa volta a perpetuare, benché in limiti temporali determinati, l'esclusiva appartenenza della donna al marito. Seguendo questa opinione, pertanto, la legge di Numa non avrebbe, nemmeno implicitamente, previsto la figura del concepito: i *decem menses* si sarebbero configurati come limite astrattamente stabilito alla sopravvivenza del potere del marito defunto. Per approfondimenti, si veda, tra gli altri, E. VOLTERRA, *Osservazioni sull'obbligo del lutto nell'editto pretorio*, in *RISG* 70 (1933), ora in IDEM, *Scritti giuridici*, I, Napoli 1991, 449 ss.; IDEM, *Un'osservazione in tema di impedimenti matrimoniali*, in *Studi Albertoni*, Padova 1935, ora in IDEM, *Scritti*, cit., I, 477 ss.; M. HUMBERT, *Le remariage à Rome. Étude d'histoire juridique et sociale*, Milano 1972, 113 ss.; J.F. GARDNER, *Women in Roman Law and Society*, London 1986, 51 ss.; P. GIUNTI, *Adulterio e leggi regie. Un reato fra storia e propaganda*, Milano 1990, 104 ss.; J.-U. KRAUSE, *Witwen und Weisen im römischen Reich*, 1. *Verwitwung und Wiederverheiratung*, Stuttgart 1994, 74 ss.

(62) Cfr. GELL. 3, 16, 12; GAI. 3, 1-4; D. 1, 5, 26 (IUL. 69 *dig.*); D. 38, 16, 6 (IUL. 59 *dig.*); D. 38, 16, 3, 9.11 (ULP. 14 *ad Sab.*).

(63) Cfr., per tutti, R. ASTOLFI, *Sabino e i postumi*, in *Iura* 50 [1999 (ma pubblicato nel 2003)], 153.

(64) Cfr., ad esempio, GAI. 2, 241; D. 5, 4, 3 (PAUL. 17 *ad Plaut.*); D. 30, 127 (PAUL. *l.s. de iure codicill.*); D. 5, 2, 6 *pr.* (ULP. 14 *ad edict.*); D. 29, 2, 30, 1 (ULP. 8 *ad Sab.*); D. 38, 16, 2 *pr.* (ULP. 13 *ad Sab.*).

(65) Cfr., ad esempio, D. 37, 9, 5 (GAI. 14 *ad edict.*); D. 37, 9, 1, 21-22 (ULP. 41 *ad edict.*).

l'ammissione della madre alla *missio in possessionem ventris nomine* in preparazione della *bonorum possessio* spettante al figlio una volta nato (66), la possibilità del figlio concepito di succedere alla madre in forza del senatoconsulto Orfiziano (67), l'obbligo del testatore di istituire o di diseredare in maniera esplicita il figlio concepito in vita ma nato dopo la sua morte (68), la facoltà del *pater* di nominare un tutore al figlio o al nipote soltanto concepiti (69), la libertà concessa al concepito da madre libera benché poi partorito dalla donna divenuta schiava (70), la cittadinanza e la soggezione alla patria potestà accordate al concepito da donna unita secondo un giusto matrimonio, benché la donna stessa, in attesa di partorire, sia stata privata della cittadinanza (71). Infine, non possiamo tacere della circostanza che fosse proibito sottoporre a pena di morte, ad altra pena o a tortura la donna incinta fino al momento in cui il concepito non fosse nato (72), che dovesse essere differita l'accusa di adulterio contro la donna gravida (73), che fossero sanzionati coloro i quali avessero somministrato, *etsi dolo non faciant*, sostanze idonee a provocare l'aborto (74), che fosse punita la madre che volontariamente avesse esercitato violenza al suo corpo in modo tale da uccidere il nascituro (75).

---

(66) Cfr., tra gli altri, D. 37, 9, 10 (PAUL. 7 *quaest*.); D. 5, 2, 6 *pr*. (ULP. 14 *ad edict*.); D. 37, 9, 7 *pr*. (ULP. 47 *ad edict*.); D. 38, 8, 1, 8 (ULP. 46 *ad edict*.).

(67) Cfr. D. 38, 8, 1, 9 (ULP. 46 *ad edict*.); D. 38, 17, 1, 5 (ULP. 12 *ad Sab*.).

(68) Cfr., tra gli altri, GAI. 2, 130-132; D. 28, 2, 29 *pr*.-1 (SCAEV. 6 *quaest*.).

(69) Cfr., ad esempio, D. 50, 17, 73, 1 (Q. MUC. *l.s.* *ὅρων*); GAI. 1, 147. Per quanto concerne i discendenti, la nomina del tutore da parte del *pater* poteva essere validamente disposta soltanto nel caso in cui questi si trovassero sotto la sua potestà e fossero *sui heredes*, cioè destinati a divenire *sui iuris* dopo il suo decesso (GAI. 1, 146); sul punto, si veda, per tutti e con altra bibliografia, L. DESANTI, *De confirmando tutore vel curatore*, Milano 1995, 73 s.

(70) Cfr. D. 1, 5, 18 (ULP. 27 *ad Sab*.).

(71) Cfr. D. 1, 5, 18 (ULP. 27 *ad Sab*.).

(72) Cfr. D. 1, 5, 18 (ULP. 27 *ad Sab*.); D. 48,19,3 (ULP. 14 *ad Sab*.).

(73) Cfr. D. 37, 9, 8 (PAUL. 1 *de adult*.).

(74) Cfr. D. 48, 19, 38, 5 (PAUL. 5 *sent*.).

(75) Cfr. D. 48, 8, 8 (ULP. 33 *ad edict*.); D. 47, 11, 4 (MARCIAN. 1 *reg*.), in cui è posto l'accento sul fatto che la donna, procurandosi l'aborto, abbia 'defraudato il marito dei figli'; un accenno al marito si rinviene anche in D. 48, 19, 39 (TRYPH. 10 *disp*.). Sul valore di D. 48, 8, 8 all'interno della Compilazione giustinianea, si veda, tra gli altri e con opinioni diverse, C. FERRINI, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, estratto dall'*Enciclopedia del Diritto Penale Italiano*, a cura di E. Pessina, I (1905), citato dall'ed. anast. Roma 1976 (*Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*), 386 s.; E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 609 ss.; U. BRASIELLO, *Sulla ricostruzione dei crimini in diritto romano. Cenni sull'evoluzione dell'omicidio*, in *SDHI* 42 (1976), 258 s.

Questa brevissima incursione nell'ambito giuridico documenta che fin dalle origini si è venuto formando, in maniera alluvionale e probabilmente senza una *ratio* comune, un corpo sempre più consistente di disposizioni riguardanti il nascituro.

Tenendo fermo questo dato, rileggiamo il passo giulianeo:

> D. 1, 5, 26 (IUL. 69 *dig.*): Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse. nam et legitimae hereditates his restituuntur: et si praegnas mulier ab hostibus capta sit, id quod natum erit postliminium habet, item patris vel matris condicionem sequitur: praeterea si ancilla praegnas subrepta fuerit, quamvis apud bonae fidei emptorem pepererit, id quod natum erit tamquam furtivum usu non capitur: his consequens est, ut libertus quoque, quamdiu patroni filius nasci possit, eo iure sit, quo sunt qui patronos habent.

La prima parte del passo contiene una affermazione di carattere generale, secondo la quale *qui in utero sunt* sono ritenuti in quasi tutto il diritto civile *in rerum natura*. La seconda parte, invece, racchiude una elencazione di situazioni riguardanti il concepito: è contemplato nella successione legittima; al figlio, nato in prigionia, ma concepito in libertà, è concesso il postliminio e, tornato in patria, segue la condizione del padre, nel caso in cui sia stato concepito in matrimonio, o della madre, nel caso in cui sia stato concepito fuori del matrimonio ([76]); il figlio della schiava, già concepito al momento della sottrazione della madre, non può essere, una volta nato, usucapito *tamquam furtivus* dal compratore di buona fede; il liberto, il cui patrono sia deceduto, si trova nella situazione di coloro i quali hanno patroni fino al momento in cui *patroni filius nasci possit*, cioè a causa della presenza di un nascituro ([77]).

Nonostante l'andamento del testo, ci pare che quest'ultima parte non debba leggersi come la conseguenza esemplificativa dell'asserzione iniziale ([78]). Al contrario, ci pare che debba intendersi come il presupposto su cui si

---

([76]) Riguardo al nato da schiava, G. PUGLIESE, *Il ciclo della vita individuale*, cit., 65 s., nota che la situazione enunciata nel passo di Giuliano (D. 1, 5, 26) costituiva una deroga alla regola secondo cui il figlio di madre schiava avrebbe dovuto seguire la condizione della madre al momento della nascita (un'altra deroga si leggerebbe in un testo di Ulpiano riportato in D. 1, 5, 18). Il cambiamento della regola — perché il figlio nascesse libero sarebbe bastato che la madre fosse stata libera anche un solo momento tra il concepimento e la nascita — è documentato in D. 1, 5, 5, 2-3 (MARCIAN. 1 *inst.*) e in I. 1,4 *pr*.

([77]) G. PUGLIESE, *Il ciclo della vita individuale*, cit., 64, dopo aver descritto le situazioni elencate nel passo di Giuliano (D. 1, 5, 26), così commenta: "la differenza quindi tra concepito e non concepito è macroscopica".

([78]) Come vorrebbe l'opinione sopra criticata: F. LAMBERTI, *Studi sui «postumi»*, cit., I, 52 ss.; EADEM, *Studi sui «postumi»*, cit., 2, 50 s.

fonda l'affermazione iniziale; l'elencazione documenterebbe, cioè, una attività di ricerca, una indagine conoscitiva, compiuta dal giurista al fine di acquisire dati e informazioni intorno al concepito.

È la prima parte del testo, pertanto, a doversi comprendere quale conseguenza dell'elencazione successiva, e non l'inverso. Altrimenti detto, l'*intellegere in rerum natura esse* rifletterebbe il risultato (79) di una precedente attività di ricognizione — in cui la posizione di Giuliano appare sfumata: il giurista sembra porsi quale scrutatore esterno che si limita ad osservare il diritto civile e a trarvi quella che potrebbe essere definita una necessitata conclusione —, dalla quale emerge che il nascituro è considerato, in quasi tutto il diritto civile, esistere (*in rerum natura* esse = esistere). E le espressioni *in rerum natura* sembrano incontrovertibilmente approdare a questo significato (80).

Non ci sembra dunque condivisibile che "i concepiti «devono intendersi» (*intelleguntur*) *in rerum natura* ed è in virtù di tale operazione intellettuale che

---

(79) Ci sembra pertanto condivisibile parlare di 'riconoscimento' (A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Código Civil Esboço*, cit., I, 83 ss., citato da P. CATALANO, *Diritto e persone*, cit., 203) o di 'constatazione' (P. CATALANO, *Diritto e persone*, cit., 203).

(80) Cfr. *VIR*, V, s.v. *Res*, 106 s. Con riferimento alle persone è frequente l'uso delle espressioni *in rerum natura* (*non esse*, *esse desinere*) per designare la fine dell'esistenza: D. 12, 2, 30, 1 (PAUL. 18 *ad edict.*); D. 12, 6, 32 *pr.* (IUL. 10 *dig.*); D. 15, 2, 3 (POMP. 4 *ad Q. Muc.*); D. 28, 5, 60 (59), 6 (CELS. 16 *dig.*); D. 30, 16 *pr.* (POMP. 5 *ad Sab.*); D. 36, 2, 22 *pr.* (POMP. 5 *ad Q. Muc.*); D. 40, 5, 54 (MAEC. 16 *fideic.*). Con riguardo a cose, schiavi o diritti, rinviano alla loro esistenza D. 20, 1, 13, 5 (MARCIAN. *l.s. ad form. hyp.*); D. 30, 69, 5 (GAI. 2 *de leg. ad edict. praet.*); D. 35, 1, 40, 4 (IAV. 2 *ex post. Lab.*); D. 38, 1, 20 *pr.* (PAUL. 40 *ad edict.*); D. 41, 2, 3, 21 (PAUL. 54 *ad edict.*); D. 42, 2, 8 (PAUL. 4 *ad Sab.*); D. 46, 3, 98, 8 (PAUL. 15 *quaest.*); rinviano, invece, alla loro inesistenza (o al cessare della loro esistenza), ad esempio, D. 5, 3, 21 (GAI. 6 *ad edict. prov.*); D. 15, 3, 19 (PAUL. 4 *quaest.*); D. 18, 4, 1 (POMP. 9 *ad Sab.*); D. 23, 3, 14 (ULP. 34 *ad edict.*); D. 24, 1, 50, 1 (IAV. 13 *epist.*); D. 25, 2, 17, 2 (ULP. 30 *ad edict.*); D. 26, 7, 61 (POMP. 20 epist.); D. 30, 48, 1 (POMP. 6 *ad Sab.*); D. 30, 84, 7 (IUL. 33 *dig.*); D. 30, 108, 10 (AFRIC. 5 *quaest.*); D. 32, 37, 3 (Scaev. 18 *dig.*); D. 33, 2, 6 (POMP. 15 *ad Sab.*); D. 33, 6, 7, 1 (IAV. 2 *ex post. Lab.*); D. 38, 1, 9 *pr.* (ULP. 34 *ad Sab.*); D. 42, 2, 3 (PAUL. 9 *ad Plaut.*); D. 50, 17, 135 (ULP. 23 *ad edict.*).

Sul fatto che in D. 1, 5, 26, le espressioni *in rerum natura* fossero utilizzate nell'accezione di esistenza, si veda, tra gli altri, G. BRINI, *Il presunto concepito come futuro soggetto di suoi diritti nel diritto romano*, in *MAB*, cl. Scienze Morali, serie II, V-VII (1920-1923), 228; P. DIDIER, *Les diverses conceptions du droit naturel à l'oeuvre dans la jurisprudence romaine des IIe et IIIe siècles*, in *SDHI* 47 (1981), 213 s.; G. FONTANA, *Qui in utero sunt*, cit., 22. Ciò non significa tuttavia che in altri contesti le espressioni *in rerum natura* fossero impiegate per indicare il fatto della nascita; in questa accezione, infatti, i termini sembrano usati da Paolo in D. 37, 6, 2 *pr.* (PAUL. 41 *ad edict.*): *Cum emancipati filii nomine nepotem postumum post avi mortem editum dicimus bonorum possessionem accipere oportere, necessarium erit dicere bona sua eum conferre, licet non potest dici mortis tempore avi bona habuisse, qui ipse nondum in rerum natura erat. igitur sive hereditatem a patre sive legatum acceperit, hoc conferre debebit*.

li si ammette fra gli *heredes legitimi*" ([81]). All'opposto, è perché al concepito sono riconosciuti determinati diritti che egli in quasi tutto il diritto civile è ritenuto, e non può essere altrimenti, *in rerum natura esse*.

In conclusione, il testo documenta, a nostro avviso, una riflessione (a noi giunta attraverso Giuliano, ma niente esclude che possa essere stata più risalente) sull'identità del concepito, riflessione che Giuliano compie, è bene ribadirlo ancora una volta, non attraverso nozioni metagiuridiche estrapolate da contesti filosofici o biologici ([82]), bensì attraverso uno strumentario esclusivamente giuridico. Sono le singole regole del diritto, e solo le singole regole del diritto, il mezzo conoscitivo utilizzato ed è da queste, e solo da queste, che egli 'apprende' che il nascituro, *in toto paene iure civili*, esiste.

4. Segue. Ancora Giuliano [D. 38, 16, 6 (Iul. 59 *dig.*)], Celso [D. 38, 16, 7 (Cels. 28 *dig.*); D. 50, 17, 187 (Cels. 16 *dig.*)], Terenzio Clemente [D. 50, 16, 153 (Ter. Clem. 11 *ad leg. Iul. et Pap.*)] e Ulpiano [D. 38, 8, 1, 8 (Ulp. 46 *ad edict.*)].

A sostegno della lettura avanzata — il concepito è *in rerum natura* = il concepito esiste —, si pone anche il seguente testo giulianeo, in cui non solo viene svelato un settore di indagine (*legitima hereditas* ([83])) richiamato nel passo ([84]) appena visto, ma altresì confermato l'utilizzo dei termini *in rerum natura* nell'accezione di 'esistenza':

> D. 38, 16, 6 (Iul. 59 *dig.*): Titius exheredato filio extraneum heredem sub condicione instituit: quaesitum est, si post mortem patris pendente condicione filius uxorem duxisset et filium procreasset et decessisset, deinde condicio instituti heredis defecisset, an ad hunc postumum nepotem legitima hereditas avi pertineret. respondit: qui post mortem avi sui concipitur, is neque legitimam hereditatem eius tamquam suus heres neque bonorum possessionem tamquam cognatus accipere potest, quia lex duodecim tabularum eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cuius bonis quaeritur, in rerum natura fuerit,

---

([81]) F. Lamberti, *Studi sui «postumi»*, cit., I, 70.

([82]) Per quanto concerne le trattazioni mediche e filosofiche antiche sul concepito, rimandiamo, per tutti, a E. Nardi, *Procurato aborto*, cit., 1 ss.; E. Koch, *Der nasciturus als Rechtsgut. Historische Lehren und Begründungen*, in *Cupido legum*, Frankfurt 1985, 87 ss.

([83]) O. Lenel, *Palingenesia*, cit., I, 465.

([84]) D. 1,5,26 (Iul. 69 *dig.*).

Tizio, dopo aver diseredato il figlio, ha istituito un erede estraneo sotto condizione. Dopo la morte del padre e pendente ancora la condizione, il figlio diseredato si è sposato, ha avuto un figlio e quindi è deceduto; poi, la condizione dell'erede istituito è venuta meno. *Quaesitum est* se al nipote postumo spetti l'eredità legittima dell'avo. *Respondit*: colui il quale è concepito dopo la morte dell'avo non può ricevere la legittima eredità come *suus heres* né il possesso dei beni come *cognatus* ([85]), poiché la legge delle XII Tavole chiama all'eredità soltanto colui il quale, al momento della morte dell'ereditando, è *in rerum natura*.

Se la legge decemvirale è citata per escludere dalla eredità legittima colui il quale non fosse stato ancora concepito al momento della morte dell'ereditando, implicitamente significa che la medesima legge *vocat ad hereditatem* colui il quale fosse stato già concepito al momento della morte dell'ereditando medesimo ([86]).

E questo perché, spiega Giuliano, la *lex duodecim tabularum eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cuius bonis quaeritur, in rerum natura fuerit*. Ne discende che se il non concepito (al decesso del *de cuius*) non sarebbe stato chiamato perché non *in rerum natura*, il concepito (al decesso del *de cuius*) sarebbe stato chiamato perché *in rerum natura* ([87]), cioè in quanto esistente.

Dunque, le espressioni *in rerum natura* dovevano rimandare, in questa ipotesi, al fatto dell'esistenza, e non a quello della nascita ([88]).

([85]) Il riferimento alla *bonorum possessio* è stato ritenuto interpolato da E. ALBERTARIO, *Studi*, cit., I, 16 e n. 4. In senso contrario, si pronuncia F. LAMBERTI, *Studi sui «postumi»*, cit., I, 66 ss., la quale argomenta non solo sulla mancanza di mende formali, ma anche su una serie di indizi testuali (D. 28, 3, 6 *pr*.; D. 38, 2, 47, 3; D. 38, 16, 8 *pr*.).

([86]) Sul punto, molto lucida ed efficace si rivela l'analisi di F. LAMBERTI, *Studi sui «postumi»*, cit., I, 69, secondo cui il fatto che la *ratio* della decisione giulianea risiedesse nel mancato concepimento risulta da tre ordini di ragioni: "a) dalla precisazione che il figlio aveva preso moglie e procreato *post mortem patris*; b) dal seguito del pensiero giulianeo, contenuto in D. 38, 16, 8 *pr*. che (...) trattava dei concepiti dopo la morte del *de cuius*, soggetti che, secondo Giuliano, solo impropriamente potevano dirsi *cognati*; c) dal fatto che, in altro squarcio dei *Digesta* giulianei, posto dai compilatori in una sede dove erano collocate enunciazioni giurisprudenziali di principio *de statu hominum* (D. 1.5), il giurista risultava (...) aver chiare le idee sulla posizione *ab intestato* dei concepiti".

([87]) Cfr., sul punto, V. SCARANO USSANI, *L'utilità e la certezza. Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano*, Milano 1987, 128 s., nota come la frase finale di D. 38, 16, 6 fosse "estremamente precisa e ricomprendeva, senza richiedere ulteriori chiarimenti, anche il concepito".

([88]) Che le espressioni *in rerum natura esse* non rinviassero alla nascita è certificato dalla circostanza che, se così fosse, ogni nascituro sarebbe stato escluso, e non soltanto quello concepito dopo la morte dell'ereditando. Le medesime espressioni, pertanto, dovevano rinviare al fatto, più ampio, dell'esistenza, la quale si sarebbe verificata fin dal momento del concepimento (avvenuto prima della morte del *de cuius*).

Che questo concetto — il nascituro esiste — avesse raggiunto, almeno in età adrianea, un elevato grado di condivisione sembra documentato dalla circostanza che venga ribadito, pur attraverso l'impiego di una diversa terminologia e secondo differenti prospettive, da altri giuristi:

> D. 38, 16, 7 (CELS. 28 *dig.*): vel si vivo eo conceptus est, quia conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur ([89]).

Celso ([90]), dopo aver riportato una regola a noi non pervenuta a favore del concepito, individua la *ratio* della medesima nel fatto che il nascituro sia stimato *quodammodo in rerum natura esse*.

L'impossibilità di conoscere l'integrale contesto porta con sé l'impossibilità di trarre conclusioni sicure ([91]). Ciò che possiamo riscontrare è la consonanza terminologica tra i frammenti giulianei ([92]) sopra visti e quello celsino: Giuliano affermava che il concepito è ritenuto *in toto paene iure civili in rerum natura esse*, Celso che il concepito è stimato *quodammodo in rerum natura*.

Forse, proprio sul presupposto della sostanziale omogeneità semantica, si potrebbe risalire al significato che Celso intendeva attribuire all'*in rerum natura* facendolo precedere dal *quodammodo*, da alcuni studiosi peraltro ritenuto una aggiunta giustinianea ([93]). Si potrebbe, cioè, intravvedere nel *quodammodo* il riflesso di un condiviso percorso intellettuale ([94]): Celso, inserendo l'avverbio in

---

([89]) Il passo è stato inserito dai giustinianei subito dopo quello di Giuliano, riportato in D. 38, 16, 6 (IUL. 59 *dig.*).

([90]) Sulle concordanze tra il pensiero di Celso e quello di Giuliano, si veda, per tutti, H. BUHL, *Salvius Julianus*, Heidelberg 1886, 42 ss.; E. BUND, *Salvius Iulianus, Leben und Werk*, in *ANRW*. II.15, Berlin-New York 1976, 442.

([91]) Non ci pare suffragata da adeguati elementi probatori l'ipotesi avanzata da F. LAMBERTI, *Studi sui «postumi»*, cit., I, 71 ss., secondo cui Giuliano (D. 38, 16, 6) doveva affermare, nel testo 'tagliato' dai compilatori, che la legge delle XII Tavole prevedesse la delazione legittima per i soli già nati e che fosse da attribuirsi all'interpretazione giurisprudenziale l'estensione di tali disposizioni ai postumi, concepiti al tempo della morte dell'ereditando: "La digressione di Giuliano doveva essere, ai loro scopi, troppo ampia e articolata, per cui preferirono sostituirvi il laconico *dictum* di Celso. In più ai compilatori interessava probabilmente ricollegare senza soluzione di continuità il diritto dei concepiti alle Dodici tavole: da qui il 'taglio' di qualsiasi cenno alla posteriore *interpretatio*". In senso contrario, V. SCARANO USSANI, *L'utilità e la certezza*, cit., 129 (cfr. nota 87).

([92]) D. 1, 5, 26 (IUL. 69 *dig.*); D. 38, 16, 6 (IUL. 59 *dig.*).

([93]) Così, per tutti, E. ALBERTARIO, *Studi*, cit., I, 26. *Contra*, F. LAMBERTI, *Studi sui «postumi»*, cit., I, 70 n. 49.

([94]) *Contra*, V. SCARANO USSANI, *L'utilità e la certezza*, cit., 129, il quale crede che Giuliano e Celso fossero divisi nel modo di considerare il nascituro e, in particolare, che il termine *quodammodo* sia segno di "una scarsa sensibilità 'giusnaturalistica' nel più giovane".

questione, avrebbe voluto sottintendere che secondo la prospettiva giuridica (vale a dire in base a tutte le situazioni in cui era attribuito rilievo al concepimento) il nascituro fosse stimato 'in un certo modo' esistente ([95]).

Ancora:

> D. 50, 17, 187 (CELS. 16 *dig.*): Si quis praegnantem uxorem reliquit, non videtur sine liberis decessisse.

Celso informa che colui il quale sia morto lasciando la moglie incinta, non sembra essere deceduto senza figli ([96]).

Questa affermazione è stata associata alla condizione *'si sine liberis decesserit'* ([97]), con la conseguenza che sarebbe bastata la sola presenza di un concepito ad escludere il verificarsi della condizione medesima. In altri termini, colui il quale avesse lasciato la moglie incinta non sarebbe risultato deceduto 'senza figli' ([98]).

Sempre a favore dell'esistenza del concepito si pronuncia Terenzio Clemente ([99]), il quale, a commento della *lex Iulia et Papia* ([100]), sostiene che deve considerarsi presente al momento della morte del padre *qui in utero relictus est* ([101]):

> D. 50, 16, 153 (TER. CLEM. 11 *ad leg. Iul. et Pap.*): Intellegendus est mortis tempore fuisse, qui in utero relictus est.

([95]) A proposito del *quodammodo*, P. CERAMI, *La concezione celsina del ius*, in *AUPA* XXXVIII (1985), 38 n. 74, ritiene che il termine presupponga "uno sviluppo giurisprudenziale basato sul *bonum et aequum*".

([96]) Su questo concetto, si veda anche Ulpiano in D. 50, 16, 164 *pr.* (ULP. 15 *ad Sab.*): *Nomen 'filiarum' et in postumam cadere quaestionis non est*...

([97]) O. LENEL, *Palingenesia*, cit., I, 149 n.1.

([98]) A sostegno di questa lettura si potrebbe richiamare D. 25, 4, 4 (SCAEV. 20 *dig.*): *Is a quo, si sine liberis decessisset, quidquid ad eum ex bonis pervenisset, sorori fideicommissum relictum erat, decessit postuma herede instituta et substitutis aliis: quaesitum est, cum uxor defuncti praegnatem se dicat, an sorori procuratorive eius secundum formam edicti ventrem inspicere et partum custodire permittendum sit. respondi in eiusmodi specie, de qua quaereretur, posse videri ad eius, cui fideicommissum datum esset, sollicitudinem perspiciendum idque causa cognita statuendum*. Sul testo, si veda, da ultima L. DESANTI, *Restitutionis post mortem onus. I fedecommessi da restituirsi dopo la morte dell'onerato*, Milano 2003, 65 s.

([99]) Sul fatto che Terenzio Clemente facesse parte degli allievi di Giuliano, si veda, tra gli altri, A. GUARINO, *Salvius Iulianus. Profilo bio-bibliografico*, Catania 1945, ora in IDEM, *Pagine di diritto romano*, V, Napoli 1994, 183 ss., 249; A.M. HONORÉ, *Julian's Circle*, in *RHD* 32 (1964), 1 ss., 18 ss.; E. BUND, *Salvius Iulianus*, cit., 408 ss., 443.

([100]) O. LENEL, *Palingenesia*, cit., II, 340, il quale richiama, a proposito dei *bona libertorum*, Giuliano (D. 1,5,26).

([101]) Concordiamo con la lettura avanzata da L. DESANTI, *Restitutionis post mortem onus*, cit., 64 s.: "... il figlio *in utero relicto*, ossia solamente concepito, si considerava esistente al tempo della morte del padre".

Infine, è utile richiamare il frammento di un giurista più tardo, il quale ribadisce, attraverso il termine *animax*, la concezione ora vista:

> D. 38, 8, 1, 8 (ULP. 46 *ad edict.*): Si quis proximior cognatus nasci speretur, in ea condicione est, ut dici debeat obstare eum sequentibus: sed ubi natus non est, admittemus eum, qui post ventrem proximus videbatur. sed hoc ita demum erit accipiendum, si hic qui in utero esse dicitur vivo eo de cuius bonorum possessione agitur fuit conceptus, nam si post mortem, neque obstabit alii neque ipse admittetur, quia non fuit proximus cognatus ei, quo vivo nondum animax fuerit.

Il giurista, in materia di *bonorum possessio sine tabulis* ([102]), informa, a proposito dell'*ordo unde cognati*, che le delazioni ereditarie vengono sospese fino al momento in cui si continua a sperare la nascita di un erede postumo, qui individuato nel *proximus cognatus*.

Tuttavia, precisa Ulpiano, questa regola vale a condizione che il nascituro sia stato concepito prima della morte dell'ereditando; in caso contrario, infatti, non sarebbe di ostacolo ad altri né potrebbe egli stesso essere ammesso, in quanto non *proximus cognatus*. E questo perché, spiega il giurista, il non concepito è *nondum animax*. E se il non concepito è *nondum animax*, il concepito non può che essere definito *animax*, vale a dire esistente ([103]).

5. Le fonti che documenterebbero l'inesistenza del concepito: *in rerum natura non esse* [GAI. 2, 203; D. 30, 24 *pr.* (POMP. 5 *ad Sab.*); D. 7, 7, 1 (PAUL. 2 *ad edict.*)].

A questo punto, non possiamo tralasciare alcune testimonianze le quali sono richiamate dall'opinione da noi criticata a sostegno del fatto che, dal punto di vista fisiologico, il concepito fosse considerato *in rerum natura non esse*, cioè inesistente (e da qui l'obbligato ricorso alla finzione ([104]) —

([102]) O. LENEL, *Palingenesia*, cit., II, 722.

([103]) Cfr., ad esempio, anche D. 28, 3, 6 *pr.* (ULP. 10 *ad Sab.*): *... si mortis avi tempore in utero nepos fuit...*

([104]) Per quanto concerne la finzione, questa sarebbe documentata dalla particolare terminologia impiegata dai giuristi, terminologia che rifletterebbe "il linguaggio tipico dell'estensione per finzione" (F. LAMBERTI, *Studi sui «postumi»*, cit., I, 51 n. 98): Celso, ad esempio, si avvale della particella *si* [D. 50, 17, 187 (CELS. 16 *dig.*)], Gaio di *pro* (GAI. 1, 147), Paolo di *ac si* [D. 1, 5, 7 (PAUL. *l.s. de port., quae lib. damn. conc.*)] e di *pro* [D. 50, 16, 231 (PAUL. *l.s. ad sc. Tert.*)], Ulpiano di *pro* [D. 37, 9, 7 *pr.* (ULP. 47 *ad edict.*)]. Ma l'argomentazione, così almeno pare, sarebbe fondata soltanto nel caso in cui i termini appena visti appartenessero 'in via esclusiva' al linguaggio dell'estensione per finzione. Così invece non è. Accordiamo le dimostrazione a due notissimi testi: D. 1, 3, 32, 1 (IUL. 84 *dig.*): *Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine*

supporre che esista chi non esiste — per il prodursi di una serie di conseguenze giuridiche ([105])):

---

ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur. Giuliano, in un testo sul quale gravano sospetti di alterazione, non vuole certo fingere legge l'inveterara consudetudine allorché scrive *pro lege custoditur*. Al contrario, come è stato autorevolmente detto [A. GUARINO, *Giuliano e la consuetudine*, in *Labeo* 35 (1989), ora in IDEM, *Pagine di diritto romano*, cit., V, 376], il giurista vuole verosimilmente sottolineare che l'*inveterata consuetudo* si osserva "come sostitutiva della legge" [tra i numerosssimi studiosi che hanno esaminato il passo, si veda, G. LOMBARDI, *Sul titolo 'quae sit longa consuetudo' (8, 52 [53]) nel Codice giustinianeo*, in *SDHI* 18 (1952), 40 ss.; G. STÜHFF, *Vulgarrecht im Kaiserrecht unter besonderer Berücksichtingung der Gesetzgebung Konstantins des Großen*, Weimar 1966, 43 ss.; B. SCHMIEDEL, *Consuetudo im klassischen und nachklassischen römischen Recht*, Graz-Köln 1966, 42 ss.; L. BOVE, *La consuetudine in diritto romano. I. Dalla repubblica all'età dei Severi*, Napoli 1971, 106 ss.; A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*, Napoli 1980[4], 292 s.; F. GALLO, *Produzione del diritto e sovranità popolare nel pensiero di Giuliano (a proposito di D. 1, 3, 32)*, in *Iura* 36 (1985), 70 ss.; V. SCARANO USSANI, *L'utilità e la certezza*, cit., 90 ss.; A. GUARINO, *Giuliano e la consuetudine*, cit., 368 ss.; F. GALLO, *La sovranità popolare quale fondamento della produzione del diritto in D. 1, 3, 32: teoria giulianea o manipolazione postclassica?*, in *BIDR* 94-95 (1991-1992), 1 ss.; F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto*, Torino 1993, 55 ss.; E. DOVERE, *Ermogeniano e la nozione di «consuetudo»*, in *SDHI* 62 (1996), 130 ss.]

Passiamo al termine *ac si*, leggendo GAI. 2, 41: *Nam si tibi rem mancipi neque mancipauero neque in iure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex iure Quiritium uero mea permanebit, donec tu eam possidendo usucapias: semel enim impleta usucapione proinde pleno iure incipit, id est et in bonis et ex iure Quiritium tua res esse, ac si ea mancipata uel in iure cessa <esset*. Gaio prospetta l'ipotesi in cui una *res mancipi* non sia stata oggetto di *mancipatio* né di *in iure cessio*, bensì di semplice *traditio*. La conseguenza, a tutti nota, è che la proprietà civile permane in capo al tradente fino al momento in cui non sia compiuto il tempo della usucapione. Solo allora, infatti, il possessore della cosa diventa proprietario civile, *ac si* la cosa sia stata oggetto di *mancipatio* o di *in iure cessio*, cioè trasferita con un negozio idoneo allo scopo. Anche in questo caso, ci sembra evidente che l'impiego dei termini *ac si* non rimanda alla finzione, cioè ad un procedimento in forza del quale si finge che la cosa sia stata *mancipata vel in iure cessa*. Al contrario, il giurista si limita a parificare, quanto ad effetti, *usucapio*, *mancipatio* e *in iure cessio* [sul testo, si veda, ad esempio, F. GALLO, *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano*, Torino 1955, 82 s.; G. DIÓDI, *'In bonis esse' und 'nudum ius Quiritium'*, in *Studi Volterra*, II, Milano 1971, 133 ss.; P. ZAMORANI, *Gaio e la distinzione «res corporales» «res incorporales»*, in *Labeo* 20 (1974), 368 s.; F. GORIA, *Osservazioni sulle prospettive comparatistiche nelle Istituzioni di Gaio*, in *Il modello di Gaio nella formazione del giurista, Atti del Convegno torinese, 4-5 maggio 1978*, Milano 1981, 314 ss.; H. ANKUM, M. VAN GESSEL-DE ROO, E. POOL, *Die verschiedenen Bedeutungen des Ausdrucks in bonis alicuius esse/in bonis habere im klassischen römischen Recht*, in *ZSS* 104 (1987), 240 ss.; *ZSS* 105 (1988), 380 ss.; *ZSS* 107 (1990), 156 ss.; L. VACCA, *Il c.d. duplex dominium e l'actio Publiciana*, in *La proprietà e le proprietà*, Milano 1988, 40; F. GALLO, *Un nuovo approccio per lo studio del ius honorarium*, in *SDHI* 62 (1996), 8 s.].

([105]) Dunque, nessuna antinomia secondo E. ALBERTARIO, *Studi*, cit., I, 5 s. In alcuni testi sarebbe documentata la "condizione fisiologica" del concepito (condizio-

Gai. 2, 203: Ea quoque res quae in rerum natura non est, si modo futura est, per damnationem legari potest, uelut FRUCTUS QUI IN ILLO FUNDO NATI ERUNT, AUT QUOD EX ILLA ANCILLA NATUM ERIT.

D. 30, 24 pr. (POMP. 5 *ad Sab.*): Quod in rerum natura adhuc non sit, legari posse, veluti 'quidquid illa ancilla peperisset', constitit: vel ita 'ex vino quod in fundo meo natum est' vel 'fetus tantum dato'.

D. 7, 7, 1 (PAUL. 2 *ad edict.*): Opera in actu consistit nec ante in rerum natura est, quam si dies venit, quo praestanda est, quemadmodum cum stipulamur 'quod ex Arethusa natum erit'.

Occorre innanzitutto rilevare che tutti e tre i frammenti non vertono in maniera specifica sul concepito, bensì sul fatto che, attraverso un legato o una stipulazione, si può obbligare alla consegna di un bene che ancora *in rerum natura non esse*, come i frutti che verranno prodotti nel fondo o i figli che saranno partoriti da una schiava (106).

Non solo. Ma nessuno dei tre testi menziona esplicitamente il concepito: Gaio scrive di *quod ex illa ancilla natum erit* (107), Pomponio di *quidquid illa ancilla peperisset* (108), Paolo di *quod ex Arethusa natum erit* (109).

Ci sembra, pertanto, verosimile che i giuristi, in un contesto riguardante gli atti di disposizione di cose future (110), riferissero le espressioni *in rerum natura non esse* non ai concepiti, bensì a coloro che non erano stati ancora concepiti (111).

---

ne secondo la quale il nascituro non è *in rerum natura*), mentre in altri sarebbe documentata la "condizione giuridica" dello stesso (condizione secondo la quale il nascituro è finto *in rerum natura*).

(106) In argomento, si veda, tra gli altri, P. PESCANI, *Le «operae libertorum»*, Trieste 1967, 91; V. KURZ, *«Emptio rei speratae» «pura» oder «sub condicione»?*, in *Labeo* 20 (1974), 201 ss.; O. BEHRENDS, *Le due giurisprudenze romane e le forme delle loro argomentazioni*, in *Index* 12 (1983-1984), 205 e 222 n.97a; W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn - München - Wien - Zürich 1990, 102; F. CUENA BOY, *La idea de rerum natura como criterio básico de la imposibilidad física de la prestación*, in *RIDA* 40 (1993), 253 ss.

(107) GAI. 2, 203.

(108) D. 30, 24 *pr.* (Pomp. 5 *ad Sab.*).

(109) D. 7, 7, 1 (Paul. 2 *ad edict.*).

(110) Cfr. la lettura avanzata da G. FONTANA, *Qui in utero sunt*, cit., 27, secondo cui i giuristi si sarebbero limitati a porre l'accento "sull'astratta idoneità della schiava, della quale si dispone, a generare figli e non ancora gravida al momento del perfezionamento del negozio".

(111) Così, per tutti, C. FADDA, *Diritto delle persone*, cit., 23: "... qui non si tratta di colui che è già concepito, ma di colui che la schiava potrà concepire".

In rerum natura non esse, dunque, nel significato di inesistenza dovuta al mancato concepimento ([112]).

6. Paolo [D. 1, 5, 7 (PAUL. *l.s. de port., quae lib. damn. conc.*); D. 50, 16, 231 (PAUL. *l.s. ad sc. Tert.*)] e Modestino [D. 27, 1, 2, 6 (MODEST. 2 *excusat.*)]: l'equiparazione del concepito al nato e i *commoda ipsius partus*.

Messo in luce quello che crediamo essere stato il primo momento della riflessione giurisprudenziale sull'identità del concepito, vale a dire l'accertamento della sua 'esistenza', occorre passare al momento successivo, che risulta documentato in un frammento paolino:

> D. 1, 5, 7 (PAUL. *l.s. de port., quae lib. damn. conc.*): Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit.

([112]) Tuttavia, sulla base della circostanza che le espressioni *in rerum natura non esse* siano contrapposte a *quod ex illa ancilla natum erit* (GAI. 2,203), a *quidquid illa ancilla peperisset* [D. 30, 24 *pr*. (POMP. 5 *ad Sab.*)], a *quod ex Arethusa natum erit* [D. 7, 7, 1 (PAUL. 2 *ad edict.*)], non ci sembra da escludere che in questi luoghi i giuristi impiegassero i termini *in rerum natura* nell'accezione di nascita (cfr. C.A. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto*, cit., 67), e non in quello di mera esistenza. In questa prospettiva, acquisterebbe significato anche la mancata precisazione intorno all'oggetto (concepiti, non concepiti, concepiti e non concepiti) del legato e della stipulazione. Infatti, tutti, concepiti e non concepiti, sono da definirsi, rispetto alla futura nascita, *in rerum natura non esse*. A sostegno di questa lettura, depone un passo di Paolo: D. 45, 1, 73 *pr*. (PAUL. 24 *ad edict.*): *Interdum pura stipulatio ex re ipsa dilationem capit, veluti si id quod in utero sit aut fructus futuros aut domum aedificari stipulatus sit: tunc enim incipit actio, cum ea per rerum naturam praestari potest. sic qui Carthagini dari stipulatur, cum Romae sit, tacite tempus complecti videtur, quo perveniri Carthaginem potest. item si operas a liberto quis stipulatus sit, non ante dies earum cedit, quam indictae fuerint nec sint praestitae* [cfr., sul passo, tra gli altri, C.A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico*, Milano 1969, 56 s., 159 s.; V. KURZ, «*Emptio rei speratae*», cit., 202 ss.; R. KNÜTEL, *Stipulatio und pacta*, in *Festschrift Kaser zum 70. Geburtstag*, München 1976, 204 n. 12; M. TALAMANCA, *"Conventio" e "stipulatio" nel sistema dei contratti romani*, in *Le droit romain et sa reception en Europe*, Varsavia 1978, 214 ss.; F. CUENA BOY, *La idea de rerum natura*, cit., 253 ss.]. Il giurista interviene a proposito del momento in cui una obbligazione di *dare* diventi esigibile e, quindi, generi responsabilità. Nel caso in cui non sia stato stabilito alcun termine, è noto, l'esigibilità è immediata, tranne il caso in cui un'altra circostanza comporti una dilazione fino a quando la stipulazione possa essere eseguita *per rerum naturam*. È questa l'ipotesi esposta da Paolo: l'oggetto della promessa impone una dilazione alla *pura stipulatio*, come ad esempio se siano stati stipulati i frutti futuri, l'edificazione di una *domus*, *id quod in utero sit*. Essendo evidente che il concepito non può essere prestato se non dal momento della nascita, ci pare altrettanto evidente che le espressioni *per rerum naturam* siano da Paolo impiegate proprio nell'accezione di nascita.

Paolo, scrivendo in tema di *portiones quae liberis damnatorum conceduntur*, asserisce (è da supporre riguardo al concetto di *liberi* ([113])) che colui il quale è nell'utero è osservato come se fosse *in rebus humanis* ogniqualvolta si tratti dei vantaggi ([114]) dello stesso parto, benché ad altri, prima della nascita, in nessun modo sia utile.

Abbiamo sopra detto che alcuni studiosi ([115]) vedono nel testo paolino l'applicazione di una finzione: il concepito "non è ancora venuto ad esistenza" ([116]), ma, rispetto al *commodum* dello stesso, viene 'finto' già nato ([117]).

([113]) Così, tra gli altri, F. STELLA MARANCA, *Intorno al fr. 7 Dig. 1.5 De statu hominum*, in *BIDR* 42 (1934), 239 ss., in particolare 251 ss.; G. GANDOLFI, s.v. *Nascituro*, cit., 533, che richiama un testo di Callistrato riportato in D. 48, 20, 1, 1 (CALL. 1 *de iur. fisc. et pop.*): *Etiam si qui ante concepti et post damnationem nati sunt, portiones ex bonis patrum damnatorum accipiunt*.

([114]) È nota l'interpretazione avanzata da E. ALBERTARIO, *Studi*, cit., I, 3 ss., in particolare 23 (di recente riproposta da Á. GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, *Nasciturus*, cit., 281 ss.), secondo cui i giuristi classici avrebbero preso in considerazione soltanto i concepiti *ex iustis nuptiis*, con la conseguenza che il criterio del *commodum* di D. 1, 5, 7 sarebbe da ascrivere ai giustinianei. In questa luce, lo studioso pensa che il termine *commoda* sia una aggiunta compilatoria (da sostituire con un originario "*quotiens ex iustis nuptiis conceptus est*") e il periodo finale (da *quamquam* alla fine) il relativo commento (quest'ultima parte è ritenuta interpolata anche da G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen 1913, 139). Invece, secondo S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 188 n. 5, l'innovazione bizantina sarebbe consistita nel generalizzare (con l'introduzione del *commodum*) un principio ("il nascituro vale per nato") già insito nelle soluzioni adottate dai classici riguardo al concepito. Anche O.M. PÉTER, *"Si rixati fuerint viri et percusserit quis mulierem praegnantem". Il valore della vita del nascituro e l'aborto nei diritti dell'antichità*, in *SDHI* 58 (1992), 225, riporta al diritto giustinianeo il criterio del *commodum* [è altresì noto che alcuni studiosi hanno attribuito tale mutamento all'influsso cristiano: si veda, ad esempio, M. ROBERTI, *Il nascituro e l'età nelle fonti patristiche*, in *AG* 91 (1924), 71 ss.; IDEM, *«Nasciturus pro iam nato habetur» nelle fonti cristiane primitive*, in *Cristianesimo e diritto romano*, Milano 1935, 65 ss.; A. INGOGLIA, *A proposito dell'influenza delle fonti cristiane primitive sulla condizione giuridica del nasciturus*, in *Diritto canonico e comparazione. Giornate canonostiche di studio – Venezia 22-23 maggio 1991*, Torino 1992, 260 ss.]. Contro le ipotesi interpolazionistiche, si sono schierati, tra gli altri, V. ARANGIO-RUIZ, *Recensione* a E. Albertario, *Studi*, cit., 78 s.; C. CASTELLO, *Sulla condizione del figlio concepito legittimamente*, cit., 267 ss.; G. GANDOLFI, s.v. *Nascituro*, cit., 532 ss.; M.V. SANNA, *Conceptus pro iam nato habetur*, cit., 217 ss.

([115]) Cfr., ad esempio, F.C. SAVIGNY, *Sistema*, cit., II, 12; M. MEINHART, *D. 50, 16, 231*, cit., 198 ss.; U. ROBBE, *La «hereditas iacet» e il significato della «hereditas» in diritto romano*, Milano 1975, 157 e n. 165; F. TODESCAN, *Diritto e realtà*, cit., 66 ss.; Y. THOMAS, *Le «ventre»*, cit., 215 s.; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Infans conceptus*, cit., 499 ss.; F. LAMBERTI, *Studi sui «postumi»*, cit., I, 52 s.; F. LAMBERTI, *Studi sui «postumi»*, cit., 2, 53 ss.

([116]) F. LAMBERTI, *Studi sui «postumi»*, cit., I, 52.

([117]) Paolo, dunque, come Giuliano (D. 1,5,26).

Premesso che le espressioni *in rebus humanis esse*, per opinione universalmente accolta ([118]), rinviano, almeno in questo contesto — ma, a nostro avviso, in via generale nei luoghi in cui sono impiegate con riferimento alle persone ([119]) (come testimoniano i passi ([120]) che vedremo tra poco) —, al fatto della 'nascita', veniamo al commento del passo.

Noi pensiamo che il frammento di Paolo non documenti il ricorso del giurista alla finzione ([121]), resasi necessaria in quanto, come alcuni studiosi ([122]) assumono, fosse concezione indiscussa che il nascituro non avesse vita propria. Al contrario, il giurista si farebbe portavoce, sulla diffusa,

---

([118]) Cfr., ad esempio, J. DOMAT, *Le leggi civili nel lor ordine naturale*, trad. it. (*Les Lois civiles dans leur ordre naturel*), I, Venezia 1805[3], 193; R.G. POTHIER, *Le Pandette di Giustiniano disposte in nuovo ordine*, vers. it., I, Venezia 1833, 46; F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, trad. it. (*Ausführliche Erläuterung der Pandekten*), I, Milano 1888, 482 e n. 83; F.C. SAVIGNY, *Sistema*, cit., II, 11 s.; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 188 e n. 5; E. ALBERTARIO, *Studi*, cit., I, 4 e 7; C. ARNÒ, *Partus nondum editus*, cit., 86 e 89; C. CASTELLO, *Sulla condizione del figlio concepito legittimamente*, cit., 290 s.; G. IMPALLOMENI, s.v. *Persona fisica*, cit., 134; E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 388 e 463; U. ROBBE, *La «hereditas iacet»*, cit., 157 e n. 165; G. LA PIRA, *Di fronte all'aborto*, cit., 662; B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 13 e n. 29; W. WALDSTEIN, *Das Menschenrecht*, cit., 21; P. CATALANO, *Diritto e persone*, cit., 204; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Infans conceptus*, cit., 499; F. LAMBERTI, *Studi sui «postumi»*, cit., I, 52 s.; E. BIANCHI, *Fictio iuris*, cit., 431 n. 613; Á. GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, *Nasciturus*, cit., 293; M.V. SANNA, *Conceptus pro iam nato habetur*, cit., 218.

([119]) In questa prospettiva, è opportuno rilevare che le espressioni *in rebus humanis* risultano prevalentemente riferite alle persone: D. 1, 5, 7 (PAUL. *l.s. de port., quae lib. damn. conc.*); D. 5, 2, 17 *pr.* (PAUL. 2 *quaest.*); D. 21, 1, 23, 3 (ULP. 1 *ad edict. aed. cur.*); D. 28, 3, 6, 1 (ULP. 10 *ad Sab.*); D. 28, 6, 10, 1 (ULP. 4 *ad Sab.*); D. 29, 7, 14 *pr.*-1 (SCAEV. 8 *quaest.*); D. 33, 1, 20, 1 (SCAEV. 18 *dig.*); D. 34, 8, 4 *pr.* (ULP. 13 *ad l. Iul. et Pap.*); D. 37, 4, 8, 5 (ULP. 40 *ad edict.*); D. 37, 5, 10, 2 (ULP. 40 *ad edict.*); D. 37, 9, 1 *pr.* (ULP. 41 *ad edict.*); D. 37, 9, 7 *pr.* (ULP. 47 *ad edict.*); D. 38, 16, 1, 8 (ULP. 12 *ad Sab.*); D. 40, 5, 24, 4 (ULP. 5 *fideic.*); D. 49, 8, 2 *pr.*-1 (PAUL. 3 *resp.*); D. 50, 16, 164 *pr.* (ULP. 15 *ad Sab.*). Non mancano tuttavia frammenti nei quali le suddette espressioni riguardano le cose: D. 4, 2, 14, 5 (ULP. 11 *ad edict.*); D. 10, 2, 24 *pr.* (ULP. 19 *ad edict.*); D. 13, 1, 8 *pr.* (ULP. 27 *ad edict.*); D. 13, 1, 20 (TRYPH. 15 *disput.*); D. 13, 3, 3 (ULP. 27 *ad edict.*); D. 44, 2, 7, 3 (ULP. 75 *ad edict.*); D. 45, 1, 91, 1 (PAUL. 17 *ad Plaut.*); D. 46, 2, 31 *pr.* (VENUL. 3 *disp.*); D. 46, 3, 107 (POMP. 2 *ench.*); D. 47, 2, 50 *pr.* (ULP. 37 *ad edict.*); D. 50, 16, 13, 3 (ULP. 7 *ad edict.*). In argomento, G. FONTANA, *Qui in utero sunt*, cit., 28, sostiene che le espressioni *in rebus humanis*, con riguardo al concepito, non sono mai impiegate nel significato di esistenza, ma appunto in quello di nascita.

([120]) Si tratta, ad esempio, di D. 37, 9, 1 *pr.* (ULP. 41 *ad edict.*); D. 37, 9, 7 *pr.* (ULP. 47 *ad edict.*); D. 38, 16, 1, 8 (ULP. 12 *ad Sab.*).

([121]) Che nel passo di Paolo non vi sia traccia di finzione, è sostenuto, tra gli altri, da M. GARCIA GARRIDO, *Sobre los verdaderos límites de la ficción en derecho romano*, in *AHDE* 27-28 (1957-1958), 339; P. CATALANO, *Diritto e persone*, cit., 204; E. BIANCHI, *Fictio iuris*, cit., 431 n. 613; Á. GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, *Nasciturus*, cit., 293.

([122]) Cfr. gli studiosi richiamati alla nota 115.

acquisita e condivisa concezione che il nascituro fosse *in rerum natura*, di una regola — verosimilmente più risalente (123) e soltanto riferita da Paolo — volta a disciplinare lo stato del concepito.

La regola vuole che il concepito sia trattato al pari del già nato (*in rebus humanis esse* = nascita (124)) nel caso in cui venga in rilievo il suo, e non l'altrui, *commodum* (125). È la regola dell'equiparazione del nascituro al nato nelle situazioni connotate da un vantaggio del primo.

Altrimenti detto, a noi pare che tra l'idea che il concepito esista, documentata perlomeno in età adrianea (126), e questa, riferita da Paolo (127), sia possibile scorgere uno stretto legame. Ci sembra possibile, cioè, che una volta consolidatasi l'idea dell'esistenza del nascituro (128), i giuristi, forse sollecitati da privati che invocavano questa 'esistenza' a loro beneficio, si siano interrogati sul modo attraverso cui affrontare i casi che si sarebbero loro presentati. Da Paolo (129) apprendiamo che l'archetipo, il modello di riferimento fu individuato nel già nato, vale a dire in colui verso il quale il diritto aveva da sempre e principalmente rivolto la sua attenzione: l'esistenza del concepito come l'esistenza del nato. Ma con un limite, il *commodum*: che il nascituro fosse trattato come il nato ogniqualvolta venisse in considerazione il suo, e non l'altrui, vantaggio.

Questa concezione è ribadita dal giurista in:

---

(123) Come abbiamo già accennato, secondo C. CASTELLO, *Sulla condizione del figlio concepito legittimamente*, cit., 267 ss., l'idea del *commodum* si sarebbe venuta affermando a partire da Adriano. L'insigne studioso richiama, a sostegno della ipotesi avanzata, le seguenti fonti: GAI. 1, 77; GAI. 1, 30; Gai. 1,92; D. 1,5,18 (ULP. 27 *ad Sab*.). A queste può aggiungersi D. 37, 9, 8 (PAUL. 1 *de adult*.): *Si ventris nomine mulier missa sit in possessionem, divus Hadrianus Calpurnio Flacco differendam accusationem adulterii rescripsit, ne quod praeiudicium fieret nato*.

(124) A sostegno di questa lettura, vale a dire della circostanza che sia il nascere il fatto assunto da Paolo per individuare la disciplina del concepito, pare deporre il periodo finale, in cui si legge l'esplicito riferimento alla nascita per escludere che il concepito medesimo possa essere di utilità ad altri: il nascituro è parificato al nato nel caso in cui venga in considerazione il suo *commodum*, mentre non lo è nel caso in cui venga in considerazione il *commodum* altrui.

(125) Il passo è così inteso, ad esempio, da W. WALDSTEIN, *Das Menschenrecht*, cit., 21; P. CATALANO, *Diritto e persone*, cit., 204, secondo cui il *commodum* del concepito è stato "criterio guida e limite dello sviluppo del principio della parità di nascituro e nato"; E. BIANCHI, *Fictio iuris*, cit., 431 n. 613.

(126) D. 1, 5, 26 (IUL. 69 *dig*.); D. 38,16,6 (IUL. 59 *dig*.); D. 38, 16, 7 (CELS. 28 *dig*.); D. 50, 17, 187 (CELS. 16 *dig*.); D. 50, 16, 153 (Ter. CLEM. 11 *ad leg. Iul. et Pap*.).

(127) D. 1, 5, 7.

(128) Forse in età adrianea, come parrebbe desumersi dai passi sopra visti (cfr. nota 123).

(129) D. 1, 5, 7.

> D. 50, 16, 231 (PAUL. *l.s. ad sc. Tert.*): Quod dicimus eum, qui nasci speratur, pro superstite esse, tunc verum est, cum de ipsius iure quaeritur: aliis autem non prodest nisi natus (130).

Paolo, in materia di senatoconsulto Tertulliano (131), ripete il concetto sopra visto, ma, nel farlo, impiega il termine *superstes*: il concepito sia trattato come *superstes* nei casi in cui venga in considerazione il suo diritto (132).

In conclusione, non ci pare infondato ritenere che nel testo paolino non sia documentato il ricorso alla finzione, rimedio, come è noto, utilizzato al fine di dare per esistente ciò che per il diritto non esiste (133), bensì all'equiparazione (134), sul presupposto di una già accertata esistenza del concepito: il nascituro è disciplinato alla pari del nato tutte le volte in cui venga in considerazione il suo *commodum*.

---

(130) E. ALBERTARIO, *Studi*, cit., I, 24 (cfr. nota 114), riscrive il testo nel seguente modo: "*Qui nasci speratur, pro iam nato habetur, <si ex iustis nuptiis conceptus est>*".

(131) Cfr., per tutti, V. ARANGIO-RUIZ, *Recensione* a E. Albertario, *Studi*, cit., 78, il quale nota che avrebbero potuto sorgere due questioni: se si potesse tener conto, per usufruire della disciplina introdotta dal SC, oltre che dei figli nati anche di quelli concepiti; se, avendo il marito lasciato incinta la donna ed essendo nato morto il frutto del concepimento, si dovesse devolvere, in virtù del principio *conceptus pro iam nato habetur*, alla medesima donna l'eredità.

(132) Nel testo riportato in D. 1, 5, 7 Paolo si serve del termine *commodum*, mentre in quello inserito in D. 50, 16, 231 del termine *ius*. Sul punto, G. GANDOLFI, s.v. *Nascituro*, cit., 531, riconduce la differenza (sottolineando anche l'impiego del termine *superstes*) al fatto che in D. 50, 16, 231 Paolo parrebbe alludere alla chiamata alla successione legittima.

(133) Sul concetto di finzione, ci limitiamo a richiamare, tra i moltissimi studiosi che se ne sono occupati, G. DEMELIUS, *Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung. Eine juristische Untersuchung*, Weimar 1858; R. DEKKERS, *La fiction juridique. Étude de droit romain et de droit comparé*, Paris 1931; U. ROBBE, *La fictio iuris e la finzione di adempimento della condizione nel Diritto Romano*, in *Scritti Pugliatti*, IV, Milano 1978, 625 ss.; F. TODESCAN, *Diritto e realtà*, cit., 1 ss.; A. DOS SANTOS JUSTO, *A "Fictio Iuris" no Dereito Romano*, in *Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra*, Suplemento 32, Coimbra 1989; Y. THOMAS, «*Fictio legis*». *L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales*, in *Droits. Revue française de théorie juridique* 21 (1995), 17 ss.; E. BIANCHI, *Fictio iuris*, cit., 1 ss., con altra bibliografia.

(134) Sulla differenza tra 'finzione' ed 'equiparazione', si legga quanto scrive, a proposito dell'equiparazione disposta da norme, S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, rist. inalt., Milano 1983, 214: "Anzitutto, è da notare che frequentemente una norma giuridica equipara una realtà che riconosce e considera come tale ad un'altra diversa. Tale equiparazione non si risolve in una finzione, giacché non dà per esistente o, viceversa, per inesistente ciò che rispettivamente non esiste o esiste, ma neppure implica una vera e propria modificazione della realtà alla quale si attribuiscono, a certi effetti, trattamenti propri di un'altra realtà".

Del resto, l'impiego delle espressioni *in rebus humanis esse* nel significato di nascita, e non in quello di mera esistenza, si rinviene anche presso altri giuristi:

> D. 37, 9, 1 pr. (ULP. 41 *ad edict.*): Sicuti liberorum eorum, qui iam in rebus humanis sunt, curam praetor habuit, ita etiam eos, qui nondum nati sint, propter spem nascendi non neglexit. nam et hac parte edicti eos tuitus est, dum ventrem mittit in possessionem vice contra tabulas bonorum possessionis.

> D. 38, 16, 1, 8 (ULP. 12 *ad Sab.*): Sciendum est autem nepotes et deinceps interdum, etiamsi parentes eos mortis tempore praecesserunt, tamen posse suos heredes existere, quamvis successio in suis heredibus non sit. quod ita procedit. si pater familias testamento facto decesserit exheredato filio, mox deliberante herede instituto filius decessit, postea deinde repudiavit heres institutus: nepos poterit suus heres esse, ut et Marcellus libro decimo scripsit, quoniam nec delata est filio hereditas. idem erit dicendum et si filius ex asse sub condicione, quae fuit in arbitrio ipsius, vel nepos sub omni institutus non impleta condicione decesserint: nam dicendum erit suos posse succedere, si modo mortis testatoris tempore vel in rebus humanis vel saltem concepti fuerint: idque et Iuliano et Marcello placet.

Entrambi i passi sono stati richiamati da Albertario (135) e da Lamberti (136) a favore della circostanza che in questi sarebbe documentato in modo "lampante lo stacco fra la condizione fiosiologica del già nato, e quella del concepito" (137): il nascituro non sarebbe *in rerum natura* o *in rebus humanis* (138), al contrario del già nato.

Secondo noi, invece, i passi riportati non avvalorano questa lettura. Nel primo testo, escerpito dal libro 41 *ad edictum* in materia di *bonorum possessio* (139), Ulpiano affianca, in relazione all'attività del pretore, due categorie di soggetti: i *liberi qui iam in rebus humanis sunt* ed *ii qui nondum nati sint*: 'come il pretore ha avuto cura di coloro i quali *iam in*

---

(135) E. ALBERTARIO, *Studi*, cit., I, 5 s.

(136) F. LAMBERTI, *Studi sui «postumi»*, cit., I, 45 ss., in particolare 45 n. 74 e 51 s.

(137) F. LAMBERTI, *Studi sui «postumi»*, cit., I, 45 n. 74.

(138) Entrambe le espressioni, secondo F. LAMBERTI, *Studi sui «postumi»*, cit., I, 47, sarebbero relative al fatto dell'esistenza o della inesistenza materiale di una persona.

(139) O. LENEL, *Palingenesia*, cit., II, 701.

rebus humanis sunt, così non ha trascurato, a causa della speranza di nascita ([140]), anche coloro i quali *nondum nati sint*'.

Ci pare che il significato delle espressioni *in rebus humanis esse* possa essere determinato soltanto attraverso l'altro termine del periodo, vale a dire attraverso *qui nondum nati sint*. Ci sembra, cioè, che la giustapposizione ulpianea possa essere spiegata solo assumendo a nucleo della medesima lo stesso fatto, il *nasci*; un fatto che in un caso si è 'non ancora' verificato (*qui nondum nati sint*) e, nell'altro, si è 'già' verificato (*qui iam in rebus humanis sunt*). Tutto il discorso ruota attorno al nascere, *nondum* per alcuni e *iam* per altri, *nondum* per i concepiti, *iam* per i nati.

Pertanto, Ulpiano non avrebbe voluto accostare individui esistenti ad individui inesistenti, bensì soltanto informare che l'intervento pretorio si è estrinsecato tanto verso coloro che ancora non erano nati (*qui nondum nati sint*), cioè i concepiti ([141]), quanto verso coloro che erano già nati (*qui iam in rebus humanis sunt*).

In rebus humanis esse nell'accezione di 'nascita', dunque. E che Ulpiano impiegasse i termini *in rebus humanis esse* nel significato di nascita emerge anche dal secondo passo, tratto dal libro 12 *ad Sabinum* in tema di *sui heredes* ([142]).

Del testo a noi interessa il periodo conclusivo, laddove Ulpiano ricorda la regola sopra vista ([143]), vale a dire che per succedere come *sui heredes* occorre essere, al tempo della morte dell'ereditando, *vel in rebus humanis vel saltem concepti*, cioè nati o perlomeno concepiti.

Anche in questo caso il giurista non vuole affiancare 'individui esistenti' ad 'individui inesistenti', ma soltanto precisare che possono succedere come *sui* tanto coloro i quali sono già nati (*in rebus humanis fuerint* ([144])) quanto

---

([140]) Per un attento esame dei testi in cui si fa menzione della *spes nascendi*, rimandiamo a M. Bartošek, *La spes*, cit., 19 ss., secondo cui la 'speranza di nascere' avrebbe costituito la ragione dei vantaggi della condizione giuridica del concepito. In argomento, M.P. Baccari, *Concetti ulpianei*, cit., 122, fa opportunamente notare che "il riferimento alla *spes nascendi* indica il riconoscimento del diritto perché egli deve nascere (...) e non una *spes* di essere".

([141]) Che si tratti dei concepiti risulta anche dal successivo riferimento alla *spes nascendi*, D. 37, 9, 1 *pr*. (Ulp. 41 *ad edict*.): ... *curam praetor habuit, ita etiam eos, qui nondum nati sint, propter spem nascendi non neglexit*... Cfr., per tutti, P. Cerami, *La concezione celsina del ius*, cit., 38 n. 73, che scrive di equiparazione tra nascituri e *liberi qui iam in rebus humanis sunt*.

([142]) O. Lenel, *Palingenesia*, cit., II, 1043 s.

([143]) D. 38,16,6 (Iul. 59 *dig*.).

([144]) Del resto, per sapere che Ulpiano utilizzasse *in rebus humanis esse* nell'accezione di nascita, e non in quello di mera esistenza, è sufficiente richiamare Giuliano (D. 38, 16, 6) il quale osservava che il concepito è chiamato all'eredità perché *in rerum natura esse*. Se quindi Giuliano pensava il nascituro *in rerum natura esse*,

coloro che, pur non essendo nati, sono perlomeno concepiti (*saltem concepti fuerint*), cosa del resto nota fin dalla legge delle XII Tavole ([145]).

Dunque, *in rebus humanis esse* ancora nel significato di nascita ([146]).

Lo stesso concetto è ribadito da Ulpiano in un passo tratto dal libro 47 *ad edictum*, in materia di *bonorum possessio sine tabulis* ([147]), passo nel quale si rinvengono le espressioni *in rebus humanis esse* e *superstes*, ovvero le stesse espressioni impiegate da Paolo ([148]):

> D. 37, 9, 7 *pr*. (ULP. 47 *ad edict*.): Ubicumque ab intestato admittitur quis, illic et venter admittitur, scilicet si talis fuerit is qui in utero est, ut, si in rebus humanis esset, bonorum possessionem petere posset: ut in omnibus partibus edicti pro superstite habeatur is qui in utero est.

Il giurista informa che in qualunque caso *ab intestato admittitur quis*, si ammette del pari anche il concepito, purché questo sia tale da poter domandare, se fosse nato ([149]), il possesso dei beni ([150]). In altri termini, il pretore riconosceva, in tutti i casi in cui "al nato dovesse concedersi *ab intestato* una *bonorum possessio* (...), al nascituro la *missio ventris nomine*" ([151]).

Dunque, conclude Ulpiano, in tutte le parti dell'editto il concepito si ha *pro superstite*.

Un'ultima conferma del fatto che Paolo impiegasse le espressioni *in rebus humanis esse* nel significato di nascita, e non in quello di esistenza, ci perviene da Modestino il quale, nel ribadire la regola paolina ([152]) ed il suo

---

cioè esistente, e per questo lo ammetteva a succedere, ci sembra alquanto improbabile che Ulpiano considerasse il nascituro non *in rebus humanis esse*, e, ciononostante, continuasse ad ammetterlo a succedere.

([145]) D. 38, 16, 6 (IUL. 59 *dig*.); Gai. 3,1-4; D. 38, 16, 3, 9.11 (ULP. 14 *ad Sab*.).

([146]) Lo stesso deve dirsi rispetto ad un altro passo ulpianeo, D. 44, 2, 7, 3 (ULP. 75 *ad edict*.): *De fructibus eadem quaestio est et de partu: haec enim nondum erant in rebus humanis, sed ex ea re sunt, quae petita est: magisque est, ut ista exceptio non noceat. plane si in restitutionem vel fructus vel etiam partus venerunt aestimatique sunt, consequens erit dicere exceptionem obiciendam*.

([147]) O. LENEL, *Palingenesia*, cit., II, 724.

([148]) D. 1, 5, 7 (PAUL. *l.s. de port., quae lib. damn. conc*.) e D. 50, 16, 231 (PAUL *l.s. ad sc. Tert*.).

([149]) Così, per tutti, R.G. POTHIER, *Le Pandette di Giustiniano*, cit., IV, 887.

([150]) Cfr. anche D. 37, 9, 10 (PAUL. 7 *quaest*.): *Postumus natus quocumque tempore, qui tamen testatoris morte conceptus iam erit, potest agnoscere bonorum possessionem: nam et ventrem praetor ex omnibus partibus edicti mittit in possessionem bonorum, non missurus scilicet, si ei nato daturus non esset bonorum possessionem*.

([151]) F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, cit., XXXVII-XXXVIII, p. quarta, 35.

([152]) D. 1, 5, 7; D. 50, 16, 231.

probabile recepimento da parte della cancelleria imperiale, avvicina *ὁ δὲ ἐν τῇ γαστρὶ* a *οἱ ἤδη γεγενημένοι*:

> D. 27, 1, 2, 6 (MODEST. 2 *excusat.*): Ὁ δὲ ἐν τῇ γαστρὶ ὢν εἰ καὶ ἐν πολλοῖς μέρεσιν τοῦ νόμου συγκρίνεται τοῖς ἤδη γεγενημένοις, ὅμως οὔτε ἐν τῇ παρούσῃ ζητήσει οὔτε ἐν ταῖς λοιπαῖς πολιτικαῖς λειτουργίαις συναίρεται τῷ πατρί· καὶ τοῦτο εἴρηται διατάξει τοῦ θειοτάτου Σεβήρου.

Modestino, in tema di *excusationes*, informa che il concepito è parificato al nato in molte parti del diritto, ma che il medesimo concepito non è di giovamento al padre rispetto ai *munera civilia*, come è detto in una costituzione di Severo.

In altri termini, il nascituro è equiparato al nato (*ὁ ἤδη γεγενημένος*) laddove venga in considerazione il suo, e non l'altrui, *commodum*.

Rimane da affrontare, in relazione alla regola riferita da Paolo, l'ambito di applicazione della medesima. È noto che in età giustinianea la regola, collocata nel primo (titolo V, *de statu hominum*) e nell'ultimo libro (titolo XVI, *de verborum significatione*) del Digesto, assume il rango di principio di carattere generale ([153]). Per l'età classica, invece, non si hanno certezze.

Forse, come è stato avanzato ([154]), la disciplina enunciata da Paolo operava soltanto in ipotesi determinate. Tuttavia, se pensiamo alle ragioni in forza delle quali tale disciplina è sorta, potremmo giungere a conclusioni diverse ([155]).

([153]) Sulla disciplina del concepito nella compilazione giustinianea, si veda, da ultimi, P. CATALANO, *Diritto e persone*, cit., 195 ss.; P. FERRETTI, *Diritto romano e diritto europeo: alcune considerazioni in tema di qui in utero sunt*, in *AUFE, Sez. Scienze Giuridiche*, N.S., XIII (1999), 97 ss. Per quanto riguarda il rapporto tra la disciplina del diritto romano e quella delle moderne codificazioni, europee e non, alcuni riferimenti si rinvengono, oltreché negli autori già citati, anche in A. WACKE, *Conceptus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur*, in *Juristische Arbeitsblätter* 1981, 549 s.; W. WALDSTEIN, *Das Menschenrecht*, cit., 17 ss.; P. PÉDROT, *Le statut juridique de l'embryon et du foetus humain en droit comparé*, in *La Semaine Juridique* 1991, I-Doctrine, 26 ss.; P. CATALANO, *Il nascituro tra diritto romano e diritti statali*, cit., 87 ss.; Á. GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, *Nasciturus*, cit., 288 ss.; J.M. BLANCH NOUGUÉS, *Der Ungeborene (nasciturus) im römischen, spanischen und iberoamerikanischen Recht. Ein Wertungsproblem im Lichte der Rechtstradition*, in *OIR* 6 (2000), 102 ss.; F.B. D'ESSEAUX, *Esistere per il diritto. La tutela giuridica del non nato*, Milano 2001; E. GIACOBBE, *Il concepito come persona in senso giuridico*, Torino 2003, 1 ss.; M.P. BACCARI, *Concepito: l'antico diritto per il nuovo millennio*, cit., 1 ss.

([154]) F. LAMBERTI, *Studi sui «postumi»*, cit., II, 54.

([155]) Che la regola riferita da Paolo si applicasse in molti settori del diritto è sostenuto, ad esempio, da M. BARTOŠEK, *La spes*, cit., 28.

Abbiamo sopra detto che i giuristi, una volta accertata l'esistenza del concepito, si sarebbero interrogati sul regime da attribuire a questa 'esistenza' o, per meglio dire, avrebbero cercato un criterio uniforme attraverso cui risolvere i casi che si sarebbero loro presentati. In questo contesto, gli stessi giuristi, forse guidati dal diritto esistente che in molte situazioni riconosceva già rilevanza al concepimento (156) o da decisioni imperiali favorevoli al nascituro (157), individuarono la regola nell'equiparazione del concepito al già nato, sempreché venisse in considerazione il suo *commodum*.

Se così è, allora non ci pare da escludere che Paolo (158) e Modestino (159) enunciassero una regola che, lungi dall'essere connotata dall'occasionalità e dall'essere limitata a particolari settori, aveva ormai assunto il carattere della generalità.

In altri termini, mentre l'accertamento dell'esistenza del nascituro era radicato nel presente, cioè nel diritto in vigore, l'equiparazione del concepito al nato sembra proiettata nel futuro, nel diritto che sarà.

A sostegno di questa ipotesi milita più di un elemento. Innanzitutto, il modo in cui la regola viene formulata; in particolare, le proposizioni *quotiens de commodis ipsius partus quaeritur* e *quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit* sembrano distinguere, in relazione a 'tutte' le situazioni, quelle in cui in cui venga in considerazione il vantaggio del concepito e quelle in cui venga viceversa in considerazione il vantaggio di un terzo. Poi, non ci pare da sottovalure la circostanza che la regola sia richiamata in diversi luoghi: Paolo la citava in materia di *portiones quae liberis damnatorum conceduntur* (160) e di *senatus consultum Tertullianum* (161), Modestino di *excusationes* (162) e Papiniano, come vedremo tra poco, pare menzionarla in tema di *lex Falcidia* (163). Ancora, non può essere sottovalutato il fatto che Gaio, rispetto ai postumi, notasse la loro assimilazione ai nati in molte

---

(156) Cfr., ad esempio, l'elencazione prospettata da Giuliano in D. 1, 5, 26 (Iul. 69 *dig.*), oppure il fatto che Paolo riferisse già agli antichi giuristi la circostanza di aver riservato al concepito *in tempus nascendi omnia iura integra* [D. 5, 4, 3 (Paul. 17 *ad Plaut.*)].

(157) Cfr., ad esempio, i dati che si leggono in Gai. 1, 30; Gai. 1,77; Gai. 1,92; D. 1, 5, 18 (Ulp. 27 *ad Sab.*); D. 37, 9, 8 (Paul. 1 *de adult.*).

(158) D. 1, 5, 7; D. 50, 16, 231.

(159) D. 27, 1, 2, 6.

(160) D. 1, 5, 7 (Paul. *l.s. de port., quae lib. damn. conc.*).

(161) D. 50, 16, 231 (Paul. *l.s. ad sc. Tert.*).

(162) D. 27, 1, 2, 6 (Modest. 2 *excusat.*).

(163) D. 35, 2, 9, 1 (Pap. 19 *quaest.*).

situazioni (164); e infine che Ulpiano e Modestino affermassero che l'equiparazione tra concepiti e nati operava, rispettivamente, *in omnibus partibus edicti* (165) ed *ἐν πολλοῖς μέρεσιν τοῦ νόμου* (166).

7. Due fonti in cui il concepito è definito *homo non recte* [D. 35, 2, 9, 1 (PAP. 19 *quaest.*)] e *mulieris portio vel viscerum* [D. 25, 4, 1, 1 (ULP. 24 *ad edict.*)].

Terminiamo con due testi (167), in cui il concepito è definito quale *homo non recte* (168) e *mulieris portio vel viscerum* (169):

> D. 35, 2, 9 (PAP. 19 *quaest.*): In Falcidia placuit, ut fructus postea percepti, qui maturi mortis tempore fuerunt, augeant hereditatis aestimationem fundi nomine, qui videtur illo in tempore fuisse pretiosior. 1 Circa ventrem ancillae nulla temporis admissa distinctio est nec immerito, quia partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur.

Papiniano, nel libro 19 *Quaestionum*, richiama il regime della *lex Falcidia* che, come è noto, imponeva al testatore di non disporre legati, cui si aggiungono poi fedecommessi (170), per una quota superiore ai tre quarti dell'asse ereditario, allo scopo di consentire all'erede di ottenere almeno un quarto dell'asse medesimo e di spingerlo così a non rifiutare l'eredità. Per il

---

(164) GAI. 1, 147: *Cum tamen in compluribus aliis causis postumi pro iam natis habeantur, et in hac causa placuit non minus postumis quam iam natis testamento tutores dari posse, si modo in ea causa sint, ut si vivis nobis nascantur, in potestate nostra fiant. Hos <enim> etiam heredes instituere possumus, cum extraneos postumos heredes instituere permissum non sit*. Sull'uso e sul significato del termine *postumus* negli scritti gaiani, si veda, da ultima, M. LUBRANO, *Persona e homo nell'opera di Gaio. Elementi concettuali del sistema giuridico romano*, Torino 2002, 173 ss.

(165) D. 37, 9, 7 *pr.* (ULP. 47 *ad edict.*).

(166) D. 27, 1, 2, 6 (MODEST. 2 *excusat.*).

(167) Cfr. M.V. SANNA, *Conceptus pro iam nato habetur*, cit., 253, la quale giudica "eccessivo" il voler ricavare dai due frammenti riportati nel testo (D. 35, 2, 9, 1 e D. 25, 4, 1, 1) la dimostrazione che il concepito fosse soltanto una parte della madre.

(168) D. 35, 2, 9 (PAP. 19 *quaest.*).

(169) D. 25, 4, 1, 1 (ULP. 24 *ad edict.*).

(170) È a tutti nota l'estensione delle disposizioni introdotte dalla *lex Falcidia* ad opera del senatoconsulto Pegasiano. In argomento, si veda, ad esempio, C. FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommessi secondo il diritto romano con riguardo all'attuale giurisprudenza*, Milano 1889, 421 ss.; G. IMPALLOMENI, *Prospettive in tema di fedecommesso*, in *Conferenze romanistiche*, 2, Milano 1967, ora in IDEM, *Scritti di diritto romano*, cit., 173 ss.; P. VOCI, s.v. *Fedecommesso* (diritto romano), in *ED* XVII (1968), 106 s.; U. MANTHE, *Das senatus consultum Pegasianum*, Berlin 1989, 76 ss.

computo della quota occorreva accertare il valore del patrimonio al netto dei debiti e ciò veniva attuato al momento della morte dell'ereditando ([171]).

Nel calcolo, secondo il parere di Papiniano, rientrano anche i frutti maturi al tempo del decesso del *de cuius*, ma non ancora percepiti. La regola non riguarda invece il *venter ancillae*, rispetto al quale non deve operare alcuna distinzione, in quanto il concepito, prima della nascita, *homo non recte fuisse dicitur*.

Dunque, il nascituro *homo non recte fuisse*. Questa affermazione, come è stato autorevolmente suggerito ([172]), potrebbe leggersi quale eccezione ai principi, sopra visti, dell'esistenza e dell'equiparazione del concepito al nato, eccezione dovuta "alla valutazione (non solo economica) del parto della serva" ([173]).

Tuttavia, non è da escludere una diversa interpretazione ([174]) che risale alla Glossa ([175]), la quale mette in relazione il periodo *homo non recte fuisse* con la regola dell'equiparazione del nascituro al nato. L'equiparazione, come abbiamo visto sopra ([176]), operava esclusivamente alla presenza dei *commoda* del concepito. Infatti, nel caso in cui venisse in considerazione non il vantaggio del nascituro, ma quello di un terzo, la regola dell'equiparazione non avrebbe trovato applicazione. Questo non significa che il concepito fosse ritenuto 'inesistente', ma soltanto che, in questo caso, non gli si poteva applicare la disciplina dell'individuo già nato ([177]).

([171]) Cfr., in argomento, ad esempio, F. BONIFACIO, *Ricerche sulla lex Falcidia de legatis*, Napoli 1948, 1 ss.; G. GROSSO, *I legati nel diritto romano. Parte generale*, Torino 1962², 339 ss.; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, Milano 1963², 755 ss.; V. MANNINO, *Il calcolo della «quarta hereditatis» e la volontà del testatore*, Napoli 1989, 1 ss.; D. SCHANBACHER, *Ratio legis Falcidiae. Die falzidische Rechnung bei Zusammentreffen mehrerer Erbschaften in einer Hand*, Berlin 1995.

([172]) P. CATALANO, *Diritto e persone*, cit., 206.

([173]) P. CATALANO, *Diritto e persone*, cit., 206.

([174]) Ancora diversa l'interpretazione avanzata da G. BRINI, *Il presunto concepito*, cit., 180 s., il quale collega l'affermazione di Papiniano alla celebre *sententia* di Bruto sul *partus ancillae* [secondo la quale, come è noto, un uomo non avrebbe potuto essere considerato frutto per un altro uomo (D. 7, 1, 68 *pr.*); in argomento, ci limitiamo a segnalare, nella sterminata letteratura, R. CARDILLI, *La nozione giuridica di fructus*, Napoli 2000, 84 ss., con ricche indicazioni bibliografiche a p. 85 n. 23)] e finisce per reputare tale affermazione coincidente con quella di TERT., *apol.* 9,8: "... *homo est et qui est futurus*" (in Migne, *PL*, I, 319 s.).

([175]) Glossa *Secutum, ad l. Saepe ita comparatum, de verborum et rerum significatione* (D. 50, 16, 53). L'interpretazione che si legge nella Glossa è ribadita poi da J. CUJACIUS, *Commentarius in Lib. XIX Quaest. Aemilii Papiniani, ad L. IX. ad leg. Falcid.*, in IDEM, *Opera*, Par. Fabrot. edit., IV, Prati 1837, 1397.

([176]) Cfr. par. 6.

([177]) Che il termine *homo* sia impiegato nel testo per indicare il nato (da schiava) è sostenuto, tra gli altri, da G. GANDOLFI, s.v. *Nascita* (storia), in *ED* XXVII (1977), 507; M. BALESTRI FUMAGALLI, *'Spes vitae'*, cit., 342 n. 23.

A ben vedere, l'ipotesi prevista da Papiniano riguarda proprio una situazione in cui non veniva in rilievo il *commodum* del nascituro "sed haeredis et legatoriorum commodo, et incommodo" ([178]).

Ne discende, pertanto, che le espressioni *homo non recte dicitur*, impiegate da Papiniano per motivare l'esclusione del concepito dalla valutazione dell'asse ereditario, non si riferirebbero alla "condizione fisiologica" del nascituro, ma confermerebbero la regola secondo cui il concepito non poteva essere equiparato all'uomo già nato laddove si trattasse del *commodum* altrui. Papiniamo, dunque, come Paolo.

Passiamo ora ad un frammento ulpianeo:

> D. 25, 4, 1 pr.-1 (ULP. 24 *ad edict.*): Temporibus divorum fratrum cum hoc incidisset, ut maritus quidem praegnatem mulierem diceret, uxor negaret, consulti Valerio Prisciano praetori urbano rescripserunt in haec verba: 'Novam rem desiderare Rutilius Severus videtur, ut uxori, quae ab eo diverterat et se non esse praegnatem profiteatur, custodem apponat, et ideo nemo mirabitur, si nos quoque novum consilium et remedium suggeramus. igitur si perstat in eadem postulatione, commodissimum est eligi honestissimae feminae domum, in qua Domitia veniat, et ibi tres obstetrices probatae et artis et fidei, quae a te adsumptae fuerint, eam inspiciant. et si quidem vel omnes vel duae renuntiaverint praegnatem videri, tunc persuadendum mulieri erit, ut perinde custodem admittat, atque si ipsa hoc desiderasset: quod si enixa non fuerit, sciat maritus ad invidiam existimationemque suam pertinere, ut non immerito possit videri captasse hoc ad aliquam mulieris iniuriam. si autem vel omnes vel plures non esse gravidam renuntiaverint, nulla causa custodiendi erit'. 1 Ex hoc rescripto evidentissime apparet senatus consulta de liberis agnoscendis locum non habuisse, si mulier dissimularet se praegnatem vel etiam negaret, nec immerito: partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum. post editum plane partum a muliere iam potest maritus iure suo filium per interdictum desiderare aut exhiberi sibi aut ducere permitti. extra ordinem igitur princeps in causa necessaria subvenit ([179]).

([178]) Glossa *Secutum*, cit. (D. 50, 16, 53).

([179]) Non ci sembrano significative le proposte di interpolazione avanzate in dottrina. Tra queste, ad esempio, B. KÜBLER, *Über das Ius liberorum der Frauen und die Vormundschaft der Mutter, ein Beitrag zur Geschichte der Rezeption des römischen Rechts in Ägypten*, in *ZSS* 31 (1910), 184 n.3, che modifica i termini *honestissima femina* con *stolata femina*; E. ALBERTARIO, *Studi*, cit., I, 6 n.1, il quale ipotizza che *vel viscerum* possa essere un glossema; G. BESELER, *Beiträge*, cit., II, 122, che elimina *et remedium*.

Nel principio, Ulpiano informa di una questione sollevata al tempo dei *divi fratres*: un marito, dopo il divorzio, sosteneva che la donna fosse incinta e per questo chiedeva il permesso di inviare custodi, mentre la donna negava. Secondo Marco Aurelio e Lucio Vero si trattava di *nova res*, necessitante di un nuovo consiglio e rimedio: si sarebbe dovuto scegliere la casa di una *honestissima femina* per consentire alla ex moglie di essere visitata da tre ostetriche, di provata dottrina e fiducia, scelte dal pretore. Se tutte le levatrici o la maggioranza fossero state concordi sul fatto che la donna fosse incinta, questa avrebbe dovuto essere persuasa a ricevere il custode. Tuttavia, se poi la donna non avesse partorito, la reputazione del marito sarebbe stata compromessa, potendosi non a torto sospettare che egli avesse agito al fine di recare ingiuria alla moglie. Se, invece, tutte le ostetriche o la maggioranza fossero state concordi sul fatto che la donna non fosse incinta, non vi sarebbe stato alcun motivo di inviare i custodi.

Questo il contenuto del rescritto, da cui Ulpiano trae la conseguenza che i *senatus consulta de liberis agnoscendis* ([180]) non trovano applicazione nel caso in cui la moglie nasconda o neghi la gravidanza, in quanto il parto, prima di venire alla luce, *mulieris portio est vel viscerum*. Soltanto dopo che il bambino sia stato partorito, il marito può, attraverso un interdetto, chiedere che il figlio gli sia esibito o che gli sia permesso di prenderlo.

Riassunto il passo, veniamo al concepito. Nel testo, la frase *partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum* costituisce la motivazione di quanto precedentemente detto, ovvero della ragionevolezza del fatto che i senatoconsulti in questione non si applicassero nel caso in cui la donna nascondesse o negasse la gravidanza. Da ciò si desume, *a contrario*, che Ulpiano ritenesse ragionevole la circostanza che i senatoconsulti trovassero attuazione soltanto nel caso in cui la donna, sapendo di essere incinta, desse luogo alla procedura prevista.

([180]) Sulle diverse problematiche inerenti al passo e, più in generale, sui due senatoconsulti, il Planciano ed uno successivo rimasto senza nome, si veda, tra gli altri, J. DECLAREUIL, *Paternité et Filiation légitimes. Contribution à l'histoire de la famille légale à Rome*, in *Mélanges Girard, Études de droit romain dédiées à M.P.F. Girard à l'occasion du 60e anniversaire de sa naissance (26 octobre 1912)*, I, Paris 1912, 334 ss.; H. KRÜGER, *Das summatim cognoscere und das klassische Recht*, in *ZSS* 45 (1925), 60 ss.; F. LANFRANCHI, *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano, I, L' «agere ex Senatusconsultis de partu agnoscendo»*, Modena 1953, 1 ss.; M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1966, 284 n.71, 359 n. 60; E. VOLTERRA, s.v. *"Senatus consulta"*, in *NNDI* XVI (1969), 1072; D. MEDICUS, *Zur Funktion der 'interrogatio in iure'*, in *Studi Volterra*, cit., I, 465 s.; G. SCIASCIA, *Il senatoconsulto Planciano sui figli nati dopo il divorzio*, in *Atti del Seminario Romanistico Internazionale (Perugia-Spoleto-Todi, 11-14 ottobre 1971)*, Perugia 1972, 243 ss.; K. HACKL, *Die Feststellung der Vaterschaft und der väterlichen Gewalt*, in *ZSS* 90 (1973), 105 ss.; R. WITTMANN, *Die Entwicklungslinien der klassischen Injurienklage*, in *ZSS* 91 (1974), 352; N. PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d.C. L'efficacia processuale dei rescritti imperiali da Adriano ai Severi*, Milano 1974, 173 ss.; A. D'ORS, *Rescriptos y cognicion extraordinaria*, in *AHDE* 47 (1977), 9 s.

Al riguardo, è noto che i *senatus consulta de liberis agnoscendis* consentivano alla donna di denunciare la gravidanza al marito entro i trenta giorni dal momento dell'intervenuto divorzio, al fine di avviare un complesso procedimento, volto ad ottenere il riconoscimento e l'alimentazione del parto.

È questo il contesto (181) nel quale inserire l'affermazione secondo la quale *partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum*, ovvero l'argomentazione, come appena visto, su cui è costruito l'intero ragionamento ulpianeo: poiché il parto, prima di venire alla luce, è 'parte della donna', è ragionevole che i senatoconsulti *de liberis agnoscendis* si applichino soltanto su sua richiesta ed è altrettanto ragionevole che non si applichino nel caso in cui la donna neghi la gravidanza (182). In altri termini, la disciplina dei senatoconsulti si fonda sul fatto che solo la donna, e non il marito o altri ancora, sa di essere, o di non essere, incinta, perché il parto è *mulieris portio vel viscerum* (183).

Questa lettura trova conferma nel periodo finale del passo, laddove Ulpiano informa che il diritto del padre, di domandare l'esibizione o la presa del figlio, può trovare adeguata risposta soltanto dopo la nascita, cioè nel momento in cui il figlio medesimo cessa di essere 'parte del corpo della madre' (184).

In conclusione, nel testo ulpianeo non sarebbe riportata una affermazione avente carattere assoluto, e cioè che il concepito fosse, dal punto di vista fisiologico, 'inesistente', mera parte delle viscere materne. Al contrario, pare di capire che il giurista, nel giustificare la disciplina introdotta dai senatoconsulti *de liberis agnoscendis*, si limitasse ad esporne la *ratio*, individuata nel fatto che il concepito (*partus* (185)), fino al momento della nascita, è interno al corpo della madre.

---

(181) Concordiamo con G. BRINI, *Il presunto concepito*, cit., 183 s., il quale ammonisce contro il pericolo di ingiustificate generalizzazioni, dovute all'estrapolazione della frase dal relativo contesto.

(182) Cfr., per tutti, G. GANDOLFI, s.v. *Nascita*, cit., 508.

(183) Diversa la spiegazione offerta da W. WALDSTEIN, *Zur Stellung des nasciturus*, cit., 447 ss., il quale pensa, facendo leva sulla parte finale di D. 25, 4, 1, 1, che le espressioni *mulieris portio vel viscerum* debbano essere valutate in relazione al fatto che il concepito fosse assimilato al nato soltanto nel caso in cui venisse in considerazione il suo *commodum* (D. 1, 5, 7); poiché nel passo l'interesse sarebbe del padre (precisato nel periodo finale), e non del parto, il testo documenterebbe un caso in cui l'equiparazione non avrebbe operato.

(184) Prima della nascita, essendo ancora 'parte del corpo della madre', non sarebbe stato possibile al marito *per interdictum desiderare aut exhiberi sibi aut ducere permitti*.

(185) Dall'impiego del termine *partus*, W. WALDSTEIN, *Zur Stellung des nasciturus*, cit., 49, pensa che "mit dem eindeutig das selbstständig existierende ungeborene Kind angesprochen ist".

8. Ricapitolazione: il concepito tra 'esistenza' e 'nascita'.

Anche a noi, come alla maggior parte degli studiosi, è parso che la 'contraddizione' delle fonti, in materia di concepiti, sia soltanto apparente. Nessun *ius controversum* (186), pertanto. Ma nemmeno regola generale ed eccezioni (187), né condizione fisiologica e condizione giuridica del nascituro (188), né ancora distinzioni fondate sul concepito quale oggetto o soggetto di diritti (189).

Dai frammenti esaminati, infatti, sembra risultare che il pensiero giurisprudenziale abbia seguito, a partire da un insieme sempre più consistente di disposizioni riguardanti i nascituri — dalle leggi regie (190) alle costituzioni imperiali (191), attraverso altre leggi (192), senatoconsulti (193), editti (194) e responsi (195) —, un percorso unitario. Dall'accertamento dell'esistenza del concepito (*in rerum natura esse*), frutto di una attività ricognitiva operata nell'ambito giuridico (196), si sarebbe pervenuti alla regola dell'equiparazione del medesimo concepito al nato (*in rebus humanis esse*) ogniqualvolta *de commodis ipsius partus quaeritur* (197).

'Esistenza' e 'nascita', dunque. A noi sembrano questi i due fuochi della riflessione giurisprudenziale classica in tema di nascituri.

---

(186) Cfr., per tutti, C. ARNÒ, *Partus nondum editus*, cit., 84 ss.

(187) Cfr., tra gli altri, B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, cit., II, 339; G.G. ARCHI, s.v. *Concepimento*, cit., 354 ss.; G. IMPALLOMENI, s.v. *Persona fisica*, cit., 134; B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 12; IDEM, s.v. *Persona*, cit., 170; G. PUGLIESE, *Il ciclo della vita individuale*, cit., 55 ss.; J. GAUDEMET, *Membrum*, cit., 3.

(188) Cfr., tra gli altri, E. ALBERTARIO, *Studi*, cit., I, 1 ss.; F. TODESCAN, *Diritto e realtà*, cit., 66 ss.; M. BALESTRI FUMAGALLI, *'Spes vitae'*, cit., 342; F. LAMBERTI, *Studi sui «postumi»*, cit., I, 45 ss.; EADEM, *Studi sui «postumi»*, cit., 2, 50 ss.

(189) C.A. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto*, cit., 66 ss.

(190) Cfr. PLUT., *Numa* 12, 3; D. 11, 8, 2 (Marcell. 28 *dig.*).

(191) Cfr., a mero titolo di esempio (altrettanto deve dirsi per le note successive), le informazioni che si ricavano da D. 1, 5, 18; D. 27, 1, 2, 6; D. 48, 8, 8.

(192) Cfr. i richiami alla legge delle XII Tavole in GAI. 3, 1-4; D. 38, 16, 3, 9.11; D. 38, 16, 6.

(193) Si pensi ai *senatus consulta de liberis agnoscendis* (D. 25, 3), di cui abbiamo accennato nel testo (par. 7), o al sc. *Orphitianum* (D. 38, 8, 1, 9).

(194) È sufficiente rinviare a quanto si legge in D. 37, 9, 7 *pr.* (ULP. 47 *ad edict.*).

(195) Una affermazione di carattere generale si scorge in D. 5, 4, 3 (PAUL. 17 *ad Plaut.*).

(196) Giuliano in D. 1, 5, 26 (IUL. 69 *dig.*).

(197) Paolo in D. 1, 5, 7 (PAUL. *l.s. de port., quae lib. damn. conc.*) e in D. 50, 16, 231 (PAUL. *l.s. ad sc. Tert.*).

ABSTRACT

The author thinks that the classic jurisprudential reflection, about *qui in utero sunt*, has been developed around two fundamental concepts: the investigation of their 'existence' (*in rerum natura esse*) and their equalization to 'already born' (*in rebus humanis esse*), in the limit of the *commodum*. Principal texts (in the sequence of quotation): D. 1, 5, 26 (IUL. 69 *dig*.); D. 38, 16, 6 (IUL. 59 *dig*.); D. 38, 16, 7 (CELS. 28 *dig*.); D. 50, 17, 187 (CELS. 16 *dig*.); D. 50, 16, 153 (TER. CLEM. 11 *ad leg. IUL. et Pap*.); D. 38, 8, 1, 8 (ULP. 46 *ad edict*.)]; D. 1, 5, 7 (PAUL. *l.s. de port., quae lib. damn. conc.*); D. 50, 16, 231 (PAUL. *l.s. ad sc. Tert*.); D. 27, 1, 2, 6 (MODEST. 2 *excusat*.); D. 35, 2, 9, 1 (PAP. 19 *quaest*.); D. 25, 4, 1, 1 (ULP. 24 *ad edict*.).

L'autore pensa che la riflessione giurisprudenziale classica, in materia di *qui in utero sunt*, si sia sviluppata intorno a due concetti fondamentali: l'accertamento della loro 'esistenza' (*in rerum natura esse*) e la loro equiparazione ai 'già nati' (*in rebus humanis esse*), nel limite del *commodum*. Testi principali (in ordine di citazione): D. 1, 5, 26 (IUL. 69 *dig*.); D. 38, 16, 6 (IUL. 59 *dig*.); D. 38, 16, 7 (CELS. 28 *dig*.); D. 50, 17, 187 (CELS. 16 *dig*.); D. 50, 16, 153 (TER. CLEM. 11 *ad leg. Iul. et Pap*.); D. 38, 8, 1, 8 (ULP. 46 *ad edict*.)]; D. 1, 5, 7 (PAUL. *l.s. de port., quae lib. damn. conc.*); D. 50, 16, 231 (PAUL. *l.s. ad sc. Tert*.); D.27, 1, 2, 6 (MODEST. 2 *excusat*.); D. 35, 2, 9, 1 (PAP. 19 *quaest*.); D. 25, 4, 1, 1 (ULP. 24 *ad edict*.).

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova serie. Vol. XIX (2005)

NICOLA LUCCHI

Privatization of information and its transnational implications for intellectual property regimes: consequences for consumer protection and management of rights

SOMMARIO: 1. Introduction. — 2. Production and diffusion of digital content. — 3. Purpose of intellectual property rights: public interest or private benefit? — 4. Distribution of digital content: from mass market licenses to access contracts. — 5. Technological protection measures: privately legislated intellectual property rights? — 6. Technological features to protect access and rights control. — 7. Technological protection measures and consumer protection. — 8. Conclusions

1. *Introduction*

The production of digital information and the diffusion of interactive services are phenomena which have totally revolutionized the conditions of access to knowledge and the way of distribution of content (1). When information is recorded in digital format, the job of the copier is much easier. The copy of a digital work will be the same in terms of quality as the original because it is the exact copy of a machine readable binary digit code (a series of zeros and ones). The same effect will apply no matter how many generations of copies are created (2). Furthermore the speed with which copies may be disseminated is also increased thanks to the power of the internet (3). Within

(1) *See* COMM. ON INTELL. PROP. RIGHTS AND THE EMERGING INFO. INFRASTRUCTURE, NATIONAL RESEARCH COUNCIL, THE DIGITAL DILEMMA: INTELLECTUAL PROPERTY IN THE INFORMATION AGE, at ix (2000) [hereinafter DIGITAL DILEMMA] (discussing the different threats to the intellectual property rules and practice produced by digital technology and describing as a "digital dilemma" the technical, legal, political, economic and sociological issues connected to the advent of digital information).

(2) For a detailed taxonomy for digital media and their connected problems for regulation of traditional intellectual property regimes *see* Pamela Samuelson, *Digital Media and the Law*, 34 COMM. ACM 23 (1991).

(3) *See id.* at 24. DIGITAL DILEMMA, *supra* note 1, at 32.

this framework the introduction of digital rights management systems has completely extended the control of right holders over their digital content ([4]) contributing to upset the traditional settlement for intellectual property rights ([5]). Owners of the old technology, transnational corporation and policy makers have privatized the access to digital content using a combination of technological and contractual instruments ([6]). When both remedies work together any rights that a consumer may have under copyright law could be replaced by a unilaterally defined contractual term and condition.

This article argues that the anti-circumvention provisions for technological protection measures and digital rights management systems enacted in the United States in the Digital Millennium Copyright Act (hereinafter: DMCA) ([7]) and the similar provisions included in the Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society (hereafter: EUCD) ([8]), compromise the consumer's capacity to exercise legimitate rights, such as the private use exemption, by giving content owners extralegal protection for their works. These acts have designed a framework of legal protections for the technological measures that rights owners utilize to control the management of content ([9]). In fact, the legal protection against circumvention of technological protection measures has surreptitiously produced a form of right of access. Traditionally, intellectual property owners, have never held an unlimited control over the use of their works: in effect copyright and related rights are a legal concept that contains several provisions that limit the monopoly control granted to right holders. If these exclusive rights are transformed into a technological concept, courts no longer will be able to enforce these important limitations on intellectual property rights, and right-holders will be capable to use these extralegal protection measures to expand arbitrarily their control over con-

---

([4]) Jaques de Werra, *Acces Control or Freedom of Access?, in* DIGITAL RIGHTS MANAGEMENT: THE END OF COLLECTING SOCIETIES? 111 (Christoph Beat Graber et al., eds.) (2005).

([5]) Intellectual property is a frequently used term without a particularly concrete definition. In general terms, the expression "intellectual property" can be considered to include anything coming from the working of the human brain: such as ideas, concepts, inventions, stories, songs, etc. However, there is a basic difference between intellectual property and intellectual property rights. The latter, in fact, defines the issue to encompass those aspects of the topic which receive a measure of legal protection. *See e.g.*, IAN J. LLOYD, INFORMATION TECHNOLOGY LAW 304 (4th ed. 2004).

([6]) *See* de Werra, *supra* note 4, at 111.

([7]) 17 U.S.C. § 1201 (2000).

([8]) 2001 O.J. (L 167) 10.

([9]) *See* Matt Jackson, *Using Technology to Circumvent the Law: The DMCA's Push to Privatize Copyright,* 23 HASTINGS COMM. & ENT. L.J. 607, 608 (2001).

tent ([10]). This shift in power has significant implications because it implies an inappropriate delegation of governmental decision making to a non-governmental entity and a consequent privatization of the government's role of promotion of the arts and knowledge in the digital environment ([11]) encouraging, in the public interest, the open flow of information.

In order to balance this inequity, it is proposed to analyse different legal regimes adopted under U.S. and EC law, with particular attention paid to the relationship between contract law and copyright law. The article suggests seeing technological protection measures as a souped-up standard form contract with the power to privatize law enforcement. It also considers what impact legislation and technological protection policies can expect to have on digital content transaction and on the exercise of private use exception. Ultimately, it briefly considers whether European consumer protection law and United States doctrine of unconscionability are effective instruments to protect weak contractual party against the use of agreements that override private use exceptions granted under EC and U.S. law.

Considering this environment, the article is focused on business models, legal principles, and social practices associated with the use, distribution, and control of digital content. In particular it discusses the relationship between intellectual property law, technological protection measures and consumer protection in the globalized economy. More specifically it concentrates on the issues connected with the U.E. and U.S. implementation of technological protection measures (TPM) and digital rights management (DRM) systems, and their implication for the exercise of the private use exemption and the others legitimate user rights.

The first section of this research analyzes how the production of digital content has completely changed the conditions of access to knowledge. In particular it outlines how the balance that copyright law originally tried to establish has been jeopardized, and how, in response to the threats digitalization posed to copyright piracy, right-holders have managed to create a system where their creations are protected to the same extent as physical goods and where they exercise extensive control over access and use of their works, with consequent impairment of users' rights.

The second section considers how the content industry has developed licensing systems for online content distribution, imposing through technology excessive restrictions on the users' ability to enjoy the goods purchased and increasing the propertization of information ([12]). In particular, it reveals

---

([10]) *Id.*

([11]) *See* Shubha Ghosh, *Deprivatizing Copyright*, 54 CASE W. RES. 387, 395 (2003).

([12]) *See* Mark A. Lemley, *Romantic Authorship and the Rhetoric of Property* (reviewing James Boyle's Shamans, Software, and Spleens: Law and the Construction

the upsetting trend to convert technological protection measures into functional equivalents of privately legislated intellectual property rights ([13]) giving content owners extralegal protection for their works ([14]) and expanding control over beyond the legal limits ([15]).

The article concludes with a comparative overview of the adverse effects posed by using contractual arrangements, to expand intellectual property rights. It also proposes some possible solutions to contrast unfair commercial practice, in particular, it considers the possibility to apply analogically the provisions of general consumer protection law.

2. *Production and diffusion of digital contents*

The Internet, as a global medium, has the potential to reach an unlimited number of people instantaneously, with minimum expenses, and with no restrictions in terms of time and geographical limits ([16]). Ubiquitous networking and low-cost computing offer an environment where products that were typically distributed as physical goods can now be delivered completely in digital form ([17]). This transformation has extensive implications for the cost structure ([18]) and strategies of content intermediaries ([19]).

---

of the Information Society), 75 TEXAS L. REV. 873 (1997). (discussing how propertization of information gives creators of intellectual property rights more akin to traditional property and minimizes the public domain as an important actor in ensuring that intellectual property delivers the maximum aggregate benefit to society.)

([13]) *See* James R. Maxeiner, *Standard-Terms Contracting in the Global Electronic Age: European Alternatives*, 28 YALE J. INT'L L. 109 (2003); J.H. Reichman & Jonathan A. Franklin, *Privately Legislated Intellectual Property Rights: Reconciling Freedom of Contract with Public Good Uses of Information*, 147 U. PA. L. REV. 875, 878 (1999).

([14]) Matt Jackson, *Using Technology to Circumvent the Law: The DMCA's Push to Privatize Copyright*, 23 Hastings Comm. & Ent. L.J. 607, 608 (2001).

([15]) Andrea Ottolia & Dan Wielsch, *Mapping the Information Environment: Legal Aspects of Modularization and Digitization*, 6 YALE J. L. & TECH. 174 (2003).

([16]) *See* MANUEL CASTELLS, THE INTERNET GALAXY: REFLECTIONS ON THE INTERNET, BUSINESS, AND SOCIETY 2-5 (2001).

([17]) *See* DIGITAL DILEMMA, *supra* note 1, at 32 (observing that "information in digital form is largely liberated from the medium that carries it"); *see also* John M. Gallaugher et al., *Revenue Streams and Digital Content Providers: An Empirical Investigation,* 38 INFO. & MGMT. 473, 476 (2001).

([18]) Production of information goods have high fixed costs but low marginal costs, or "is costly to *produce* but cheap to *reproduce*." CARL SHAPIRO & HAL R. VARIAN, INFORMATION RULES – A STRATEGIC GUIDE TO THE NETWORK ECONOMY 3 (1999).

([19]) *See* George M. Giaglis et al., *The Role of Intermediaries in Electronic Marketplaces: Developing a Contingency Model*, 12 INFO. SYS. J. 231 (2002).

The digitization of content, in fact, combined with the increasing adoption of broadband distribution technologies, represents a revolution and a challenge that may be the greatest opportunity for the growth of new business and the transformation of the traditional distribution models (20). The consequences brought about in the content industry as a result of the new technologies are already before our eyes. For example, the combination of MP3 technology — compressing digital files up to 1/22nd of their original size and significantly reducing their storage space (21) — and peer-to-peer technology (ensuring independence from central servers so that file transfers occur directly through computers) has determined a substantial transformation in how intellectual creations are appropriated, used and distributed, maximizing the opportunities for the spread of culture, but also enhancing possibilities for illegal appropriation and distribution of pirated, counterfeit, and unauthorized products (22). One of the effects of this new settlement has been the possibility of a drastic shift in power: in fact the web can be converted into an inexpensive and widespread distribution medium (23).

In 1991, Pamela Samuelson prophetically proposed a detailed taxonomy for digital media (24). She categorized some fundamental features of digital media, emphasizing the connected problems for regulation of traditional intellectual property regimes. According to the author, "six characteristics of digital media seem likely to bring about significant changes in the law." (25).

A first characteristic of digital media is the ease of replication, that is the ease with which works in digital form can be replicated. This feature "poses a great many challenges for the law, especially for copyright law" (26). The second characteristic is the ease of transmission and the multiple use (27). This element implies that a single pirate copy can be "loaded into a computer booked up to a

---

(20) *See* SHAPIRO & VARIAN, *supra* note 18.

(21) *See generally* Dean S. Marks & Bruce H. Turnbull, *Technical Protection Measures: The Intersection of Technology, Law and Commercial Licenses*, 22 EUR. INTELL. PROP. REV. 198 (2000). The same article was presented at the Workshop on Implementation Issues of the WIPO Copyright Treaty (WCT) and the WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT), Geneva, Dec. 6-7, 1999. Dean S. Marks & Bruce H. Turnbull, *Technical Protection measures: The Intersection of Technology, Law and Commercial Licenses* (Dec. 6 & 7 1999), *available at* http://www.wipo.int/documents/en/meetings/1999/wct_wppt/pdf/imp99_3.pdf.

(22) *See* DIGITAL DILEMMA, *supra* note 1, at 90 (describing the industry consequences of the new technology).

(23) *Id.*

(24) *See* Samuelson, *supra* note 2, at 23.

(25) *Id.*

(26) *Id.*

(27) *Id.* at 24.

network of computers or a network of users of a large computer systems, each of whom can have ready and virtually simultaneous use of the same copy" ([28]). The combination of these first three properties offer an extremely troublesome challenge for copyright enforcement ([29]). Right-holders, in fact, are encouraged to erect barrier to restrict access "and to derive revenue more from uses than from sales of copies" ([30]). The third characteristic is the plasticity of digital media. Digital content, such as music, photos and computer programs, can be easily modified, ripped, mixed, manipulated and transformed until it became unrecognizable as derived from the original work ([31]). The fourth characteristic of digital media is the equivalence of works in digital form. Copyrighted works, when are in digital form, are less differentiated by type and more equivalent to one another because they are in the same medium ([32]). In other words, when works are digitalized there is a breakdown of copyright distinctions among different kinds of works ([33]). A new chance for legal problems is connected with the fifth characteristic of digital media, that is the compactness of works when expressed in digital form. This means that works are simply stored in computer memory as a sequence of zeros and ones, with the ability to store extremely complex data in a very small space. Besides, these contents cannot be "perceived or read by humans except with the aid of a user interface" ([34]). The sixth and closing characteristic is the so called "nonlinearity". It is connected with the potential to create new consulting and searching technique such as the linking navigation structures allowing users to easily find and browse the information they need, but also encouraging new intellectual property law questions ([35]).

In such a situation, it is evident that the owners of the old distribution technology are afraid of losing control over authors, composers, and performers because their role could become unnecessary ([36]). In fact, the intermediation of publishers, distributors, and record companies can be easily

---

([28]) *Id.*

([29]) *Id.*

([30]) *Id.*

([31]) *Id*. at 25.

([32]) *Id.* at 26. This equivalence of works in digital form "make increasingly easy to create a difficult to classify work by combining what have previously been thought of as separate categories of works". *See Id.*

([33]) Pamela Samuelson & Robert J. Glushko, *Intellectual Property Rights for Digital Library and Hypertext Publishing Systems*,6 HARV. J. LAW & TEC 237, 240 (1993).

([34]) *Id*. at 241.

([35]) *Id. See also* Samuelson, *supra* note 2, at 28.

([36]) Technology promotes the elimination of those individuals and organizations between end-users and originators. This concept is summarized by the term "disintermediation." *See* DIGITAL DILEMMA, *supra* note 1, at 90.

eliminated ([37]). In order to maintain their business, content intermediaries are obliged to make a radical change. The arrival of the new distribution systems is forcing suppliers to undergo an inevitable metamorphosis towards decentralization and disintermediation ([38]) in content management systems. Content intermediaries, alarmed by the inevitable process of elimination of their role in the transaction process, are resorting to very strict copyright protection measures ([39]).

Content providers have initially argued that any technological security measures used to distribute content through the Internet can eventually be circumvented and that, consequently, new legal protections for copyrighted works in the network environment are also required ([40]). Content providers also fail to perceive some positive aspects of the new distribution technology: in fact such technology can dramatically reduce production and distribution costs ([41]) because digital data are no longer inseparable from a physical carrier but could be represented as abstract strings and

---

([37]) *See* Alina M. Chircu & Robert J. Kauffman, *Strategies for Internet Middlemen in the Intermediation/Disintermediation/Reintermediation Cycle*, 9 ELECTRONIC MARKETS 109, 113 (1999).

([38]) For an overview of the disintermediation issues see George M. Giaglis et al., *Disintermediation, Reintermediation, or Cybermediation? The Future of Intermediaries in Electronic Marketplaces*, *in* PROCEEDINGS OF THE TWELFTH INTERNATIONAL BLED ELECTRONIC COMMERCE CONFERENCE, BLED, SLOVENIA, JUNE 7-9, 1999 at 389 (Stefan Klein, Joze Gricar & Andreja Pucihar eds., 1999); Michael D. Smith et al., *Understanding Digital Markets: Review and Assessment, in* UNDERSTANDING THE DIGITAL ECONOMY 99, 121 (Erik Brynjolfsson & Brian Kahin eds., 2000). *See also* LAWRENCE LESSIG, FREE CULTURE: HOW BIG MEDIA USES TECHNOLOGY AND THE LAW TO LOCK DOWN CULTURE AND CONTROL CREATIVITY 41 (2004).

([39]) However, some seem to prefer to preserve the *status quo*. The content industry, in fact, is lobbying to protect its supremacy. For a more general analysis about the various ways in which institutional features can facilitate or impede the improvement of legal rules, see Clayton P. Gillette, *Lock-In Effects in Law and Norms*, 78 B.U. L. REV. 813 (1998).

([40]) *See* Pamela Samuelson, *Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to be Revised*, 14 BERKELEY TECH. L. J. 519 (1999). *But see* Kamiel Koelman, *The Protection of Technological Measures vs. the Copyright Limitations*, *in* ADJUNCTS AND ALTERNATIVES TO COPYRIGHT: PROCEEDINGS OF THE ALAI CONGRESS JUNE 13-17, 2001, at 448 (Jane C. Ginsburg & June M. Besek eds., 2002).

([41]) *See* Yochai Benkler, *Net Regulation: Taking Stock and Looking Forward*, 71 U. COLO. L. REV. 1203, 1240 (2000). Reduced costs could increase the size of the surplus to be had from transactions involving contents. The challenge and opportunity for copyright owners is how this new marginal surplus will be distributed either in the form of increased profits or lower prices. *See* Michael W. Carroll, *Whose Music is it Anyway?: How we Came to View Musical Expression as a Form of Property*, 72 U. CIN. L. REV. 1405, 1413 (2004).

symbols ([42]). Technology, then, can promote ethics and the public good by reducing transactions costs ([43]). Digital products are also particularly well-structured for price discrimination, and consumers are often ready to pay for immediate online access to specific content: a large variety of contents, in fact, may be easily disaggregated and distributed on demand ([44]). "Digital content also benefits from the ability to exploit various strata of consumers that can be classified by intent-to-use and immediacy-of-need." ([45]). Finally, the migration of consumers to new media, the shifting expectations of consumers, the possibility to market to an increasingly diverse and stratified customer base, and the tangible differences of entirely digital vs. physical products, create a multitude of options for revenue generation ([46]).

Probably for these reasons, content providers are now looking with positive interest to "pay-per-view" or "pay-per-download" web services ([47]). At the same time many artists and authors seem to be convinced that it is possible to take advantage of the opportunity to directly expose themselves to the public even if the role currently played by major distribution companies is still a restraint to a complete transformation in the world of content circulation ([48]).

Conscious of the chance the Internet has to overtake the archaic monopolistic business model allowing authors to reach their audience autonomously, the content industry has been working towards the establishment of a safe infrastructure: looking to regional and global solutions in order to

---

([42]) DIGITAL DILEMMA, *supra* note 1, at 32 (observing that information in digital form is largely liberated from the medium that carries it).

([43]) *See generally* CASS R. SUNSTEIN, FREE MARKETS AND SOCIAL JUSTICE (1997). On the point of social norms, see also Eric A. Posner, *Efficient norms*, *in* THE NEW PALGRAVE DICTIONARY OF ECONOMICS AND THE LAW 19 (Peter Newman ed., 1998).

([44]) *See* Hal Varian, *Pricing Information Goods, in* PROCEEDINGS OF SCHOLARSHIP IN THE NEW INFORMATION ENVIRONMENT SYMPOSIUM (Carol Hughes ed., 1995).

([45]) *See* Gallaugher et al., *supra* note 17, at 479 (2001).

([46]) *Id.*

([47]) As demonstrated by the Apple iTunes experience, the real question is the requirement of new philosophy: if content providers identify and focus on the consumer needs instead of on business or control opportunities, innovation is possible. *See generally* Urs Gasser, *iTunes: How Copyright, Contract, and Technology Shape the Business of Digital Media - A Case Study* (Berkman Ctr. for Internet & Soc'y at Harvard Law School Research Publ'n No. 7, 2004), http://ssrn.com/abstract=556802.

([48]) For example, current technology allows non-professional musicians to make high quality recordings and distribute them through the Internet directly to the public, bypassing intermediaries and with significant reductions in terms of costs. *See* JOHN ALDERMAN, SONIC BOOM-NAPSTER, MP3, AND THE NEW PIONEERS OF MUSIC 64 (2002).

leverage resources, decrease cost, and increase the implementation of standardized technological protection measures ([49]). At the same time, the current efforts at building an effective copy security structure have demonstrated also the necessity to obtain laws that support protection technologies and prohibit the circumvention of technology protected works ([50]).

3. *Purpose of Intellectual Property Rights: Public interest or private benefit?*

International intellectual property law is a patchwork area of intersecting multilateral and bilateral agreements and their resulting harmonization of national laws ([51]). Changes in international intellectual property law are often correlated to changes in the media system ([52]). So, nowadays, we are observing very remarkable transformations originated by the use of new information technologies: ([53])in this framework, for example, new media have been making the territoriality of exclusive rights elastic ([54]). According to the legal tradition, the scope and use of intellectual property rights is justified because they encourage democratic principles promoting the diffusion of individual expres-

---

([49]) Regarding self-help measures and their purposes, see, e.g., Charles Clark, *The Answer To the Machine Is In the Machine*, *in* THE FUTURE OF COPYRIGHT IN A DIGITAL ENVIRONMENT 139 (P. Bernt Hugenholtz ed., 1996). *See also* Julie E. Cohen, *Copyright and the Jurisprudence of Self Help*, 13 BERKELEY TECH. L.J. 1089 (1998); David Friedman, *In Defense of Private Orderings*, 13 BERKELEY TECH.L.J. 1151 (1998) (commenting on Cohen, *supra* note 49); Kenneth W. Adam, *Self-help in the Digital Jungle*, *in* EXPANDING THE BOUNDARIES OF INTELLECTUAL PROPERTY: INNOVATION POLICY FOR THE KNOWLEDGE SOCIETY 103 (Rochelle C. Dreyfuss et al. eds., 2001) also in 28 J. LEGAL STUD. 393 (1999); and Mark Stefik, *Shifting the Possible: How Trusted Systems and Digital Property Rights Challenge Us to Rethink Digital Publishing*, 12 BERKELEY TECH. L.J. 137 (1997).

([50]) *See* Marks & Turnbull, *supra* note 21.

([51]) *See* Jonathan Franklin, International Intellectual Property Law, ASIL Guide to Electronic Resources for International Law, at http://www.asil.org/resource/ip1.htm (last visited on Jan. 31, 2006).

([52]) *See, e.g.*, Paul Edward Geller, *New Dynamics in International Copyright*, 16 COLUM.-VLA J.L. & ARTS 461 (1992).

([53]) *See* Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 430 (1984). The Court noted that:

> "copyright protection became necessary with the invention of the printing press and had its early beginnings in the British censorship laws. The fortunes of the law of copyright have always been closely connected with freedom of expression, on the one hand, and with technological improvements in means of dissemination, on the other."

Id. (quoting Benjamin Kaplan, An Unhurried View of Copyright vii-viii (1967).

([54]) *See* Geller, *supra* note 52, at 466.

sive works, preventing a monopoly and offering a defence against piracy ([55]).

Historically, the cradle of the IP system is considered the renaissance of northern Italy. A Venetian Law of 1474 ([56]) (the so called "Parte veneziana" ([57])), in fact, made the first systematic attempt to protect inventions by a form of patent, which granted an exclusive right to an individual for the first time ([58]). In the same century, the invention of movable type and the printing press by Johannes Gutenberg, around 1450, contributed to the birth of the first copyright system in the world. Copyright, in fact, is a form of intellectual property rights developed in response to the advent and rapid evolution of printing technology ([59]). It is an instrument to both control the quality of the material made public and to regulate trade, preventing works from being pirated ([60]). Past and present experience, in fact, demonstrates that knowledge and inventions have played an essential role in economic growth ([61])

([55]) LYMAN RAY PATTERSON, COPYRIGHT IN HISTORICAL PERSPECTIVE 14 (1968).

([56]) Venice was considered the first city in Europe in which the business of printing and publishing becomes significant and the precursor to the system of copyright. *See* PAUL F. GRENDLER, THE ROMAN INQUISITION AND THE VENETIAN PRESS 1540-1605 (1977); GEORGE PUTNAM, BOOKS AND THEIR MAKERS DURING THE MIDDLE AGES; A STUDY OF THE CONDITIONS OF THE PRODUCTION AND DISTRIBUTION OF LITERATURE FROM THE FALL OF THE ROMAN EMPIRE TO THE CLOSE OF THE SEVENTEENTH CENTURY 404-405 (1962). *See* EDWARD C. WALTERSCHEID, TO PROMOTE THE PROGRESS OF USEFUL ARTS: AMERICAN PATENT LAW AND ADMINISTRATION, 1798-1836 142 n. 110 (1998) (Italy provided exclusive rights to inventors for their inventions through the Venetian Law of 1474). England followed in 1623 with the Statute of Monopolies. *See id*.

([57]) *See* ADRIANO VANZETTI & VICENCENZO DI CATALDO, MANUALE DI DIRITTO INDUSTRIALE 265 (2000).

([58]) This first exclusive right was granted from the Republic of Venice to the printer of the Histories of Pliny the Elder. *See* RICHARD CROSBY DEWOLF, AN OUTLINE OF COPYRIGHT LAW 2 (1925) (reprint 1986).

([59]) *See* ELIZABETH EISENSTEIN, THE PRINTING PRESS AS AN AGENT OF CHANGE: COMMUNICATIONS AND CULTURAL TRANSFORMATIONS IN EARLY-MODERN EUROPE 27-29, 36 (1979); GILLIAN DAVIES, COPYRIGHT AND THE PUBLIC INTEREST 14 (2d ed. 2002).

([60]) *See* SIMON STOKES, DIGITAL COPYRIGHT- LAW AND PRACTICE 1 (2002). For a discussion over the history of copyright, see generally Christopher May, *The Venetian Moment: New Technologies, Legal Innovation and the Institutional Origins of Intellectual Property*, 20 PROMETHEUS 159 (2002), http://taylorandfrancis.metapress.com/index/QAAXAY05786CLA16.pdf; Daniel Burkitt, *Copyrighting Culture—The History and Cultural Specificity of the Western Model of Copyright*, 2 INTELL. PROP. Q. 146 (2001); BRAD SHERMAN & LIONEL BENTLY, THE MAKING OF MODERN INTELLECTUAL PROPERTY LAW (1999); OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT, U.S. CONGRESS, INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN AN AGE OF ELECTRONICS AND INFORMATION (1986); LYMAN RAY PATTERSON, COPYRIGHT IN HISTORICAL PERSPECTIVE (1968).

([61]) *See* Kamil Idris, *International Intellectual Property: Introduction*, 26 FORDHAM INT'L L.J. 209, 210 (2003); WIPO, Intellectual Property – A Power Tool for Economic Growth, http://www.wipo.int/about-wipo/en/dgo/wipo_pub_888/wipo_pub_888_1.htm#

and, at the same time, states have had another indispensable role "recognizing, conferring and protecting intellectual property rights." ([62]). Economists suggest exactly that the accumulation of knowledge is the driving force behind economic growth ([63]). However, despite the economic service fulfilled, when intellectual property rights (and copyright in particular) were first introduced, the main concern for legislators of common law as well as civil law countries ([64]) was to encourage "creativity, science and democ-

---

(last visited Feb. 1, 2006). Rapid knowledge creation, including the emergence of new technologies, resulted in policy changes regarding intellectual property and the adoption of new knowledge-asset management practices. One of the consequences of the emerging importance of IP and the new pattern of global trade that started in the beginning of the 1990s was the forging of a deliberate connection between the two. Some developed countries began to use trade measures to curb piracy of intellectual property rights abroad. Among other things, this led to the inclusion of the Agreement on the Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs) as one of the World Trade Organization (WTO) agreements resulting from the multilateral trade negotiations under the Uruguay Round. *See id.*

([62]) RONALD V. BETTIG, COPYRIGHT CULTURE: THE POLITICAL ECONOMY OF INTELLECTUAL PROPERTY 3 (1996).

([63]) *See* Paul Romer, *Increasing Returns and Long-Run Growth*, 94 J. POL. ECON. 1002 (1986). In this paper Romer proposes a model, quite different from the neoclassical economic theory, where economic growth is driven by the accumulation of knowledge. As pointed out by the author, this theory is based on "a model of long-term growth in which knowledge is assumed to be an input in production that has increasing marginal productivity. It is essentially a competitive equilibrium model with endogenous technological change."

([64]) The Common Law tradition emphasizes the economic role of copyright and the role played by the idea of 'public sphere' and was expressly purported to "promote the Progress of Science and useful Arts" (as later recognized in the American Constitution under Art. I, § 8, cl. 8), thus representing the essential incentive to encourage artists to produce more. In the civil law tradition, where works were considered a reflection of authors' personality, copyright was instead considered a way to reward artists for the contribution given to culture. This perception is reflected in the name "author-law"(-*droit d'auteur*) given to the topic by several continental systems. *See* Hector L. MacQueen, *Copyright and the Internet*, *in* LAW AND THE INTERNET–REGULATING CYBERSPACE 68-69, 182 (Lilian Edwards & Charlotte Waelde eds., 1997).

In the United States the original aim of copyright is codified in the U.S. CONST. art. I, § 8, cl. 8. However, it is necessary to remark about the substantial differences of approach in the historical foundations of the countries from the *droit d'auteur* tradition and countries from the copyright tradition. Several commentators remark about a movement of harmonization of copyright principles at an international level. *See, e.g.*, Gillian Davies, *The Convergence of Copyright and Authors' Rights—Reality or Chimera?*, 26 INT'L REV. OF INDUS. PROP. AND COPYRIGHT L. 964, 965 (1995) (observing that the Berne Convention had "provided a bridge" between the two systems); J.A.L. Sterling, *Creator's Right and the Bridge Between Author's Right and Copyright*, 29 INT'L REV. OF INDUS. PROP. AND COPYRIGHT L. 302 (1998). For an illustrative example of the differences between the two models compare TULLIO ASCARELLI, TEORIA DELLA CONCORRENZA E DEI BENI MATERIALI 355 (1960), and 1 PAUL GOLDSTEIN, COPYRIGHT: PRINCIPLES, LAW AND PRACTICE 317 (1989).

racy." ([65]). They indeed focused primarily on users' interests, according authors and publishers a level of protection just strong enough to encourage and reward them, but weak enough not to prevent free flow of culture and information ([66]).

In this sense, in the American tradition, the public granted authors a limited exclusive right in return for the prompt public dissemination of the work ([67]). But when authors realized they could make a living out of their work and publishing corporations spotted the right excuse for strengthening their position ([68]), the original focus of copyright law got lost. Policy talks started to lose ground, and to be slowly but steadily replaced by property talks ([69]).

([65]) See SIVA VAIDHYANATHAN, COPYRIGHTS AND COPYWRONGS-THE RISE OF INTELLECTUAL PROPERTY AND HOW IT THREATENS CREATIVITY 4 (2001). *See also generally* ROBERT P. MERGES ET AL., INTELLECTUAL PROPERTY IN THE NEW TECHNOLOGICAL AGE 15 (3rd ed. 2003) (Describing the economic incentive benefit of intellectual property protection and the necessity to encourage inventors, authors, and artists to invest in the process of creation).

([66]) *Id.* at 5. For a complete analysis on the democratic origin of copyright law and its importance in maintaining and furthering a democratic civil society, see Neil Weinstock Netanel, *Copyright and Democratic Civil Society*, 106 YALE L.J. 283 (1996); Mark Lemley, *The Economics of Improvement in Intellectual Property Law*, 75 TEX. L. REV. 989 (1997); Julie E. Cohen, *Lochner in Cyberspace: The New Economic Orthodoxy of Rights Management*, 97 MICH. L. REV. 462 (1998); and Pamela Samuelson, *Information as Property: Do Ruckelshaus and Carpenter Signal a Changing Direction in Intellectual Property Law?*, 38 CATH. U. L. REV. 365 (1989).

([67]) *See* JESSICA LITMAN, DIGITAL COPYRIGHT 78 (2001).

([68]) *See* VAIDHYANATHAN, *supra* note 65, at 38-41. This battle reached an important moment in England in 1709, with the enactment of the Statute of Anne recognizing publishers an extended monopoly for a further 21 years and authors' protection over their works for 14 years plus 14. Although both their positions had been made stronger, the Statute never meant to diminish the value and the centrality of the public's interests, and acted in support of the diffusion of culture. Before the Statute of Anne, England only knew the 1557 Stationers' Company Charter, granting publishers' monopoly over distribution of written works, but not a right of property over them. With *Millar v. Taylor* (1769), stationers obtained the recognition of authors' natural property right over their productions, implying the abolition of Statute of Anne's anti-monopolistic provisions and the recognition of a common law 'copyright' that existed in perpetuity. This condition only lasted until *Donaldson v. Beckett* (1774), when the absence of a perpetual right was ultimately maintained. For a detailed explanation of the controversy in *Millar v. Taylor* (1769) and *Donaldson v. Beckett* (1774), see Mark Rose, *The Author as Proprietor: Donaldson v. Beckett and the Genealogy of Modern Authorship*, *in* OF AUTHORS AND ORIGINS: ESSAYS ON COPYRIGHT LAW 23 (Brad Sherman & Alain Strouwel eds. 1994); MARK ROSE, AUTHORS AND OWNERS: THE INVENTION OF COPYRIGHT (1993).

([69]) *See* VAIDHYANATHAN, *supra* note 65, at 46-47. This quarrel, as already pointed out, concluded in England in 1709, with the enactment of the Statute of Anne

An important step in that direction was probably taken in the meeting of the World Intellectual Property Organization (WIPO) in 1976, when intellectual creations first got addressed in terms of "intellectual property" and an emphasis was primarily put on commercial exploitation ([70]). While the use of a new expression could seem just a terminological issue, changing the emphasis from property to economic potential, it degraded the works from being the "engine" of development to mere consumer goods ([71]). Their social value was reduced, while fair use and access to culture lost their original dimension as rights and became something closer to mere concepts ([72]). From that moment we can assert that intellectual property protection, despite the original requirement to serve the public interest and to encourage the open flow of information, started to advantage the private benefit expanding the scope and range of protection ([73]).

Actually, intellectual creations are cultural goods whose main value lies in their power to support the progress of society ([74]). They undoubtedly become commercial goods, protected to the same extent as tangible property and shaped in terms of usage right ([75]). With the exception ([76])

(entered into force in 1710). For existing works, "authors or their assigns" were granted the exclusive right of publication for 21 years from the effective date of April 10, 1710. For new works, the right ran for 14 years from the date of publication; the author, if living at the expiration of such term, was granted the privilege of renewal for 14 more years. For a comment about the reasons why information is not generally characterized as property, see Samuelson *supra* note 66, at 369.

([70]) *See* VAIDHYANATHAN, *supra* note 65, at 160. *See also* Francesca Calovi & Nicola Lucchi, *Pirateria Musicale: Tecnologia e Diritto*, 7/8 STUDIUM IURIS 1027 (2004).

([71]) For the analysis of the issue, see DEBORA J. HALBERT, INTELLECTUAL PROPERTY IN THE INFORMATION AGE: THE POLITICS OF EXPANDING OWNERSHIP RIGHTS (1999).

([72]) *See* Wendy J. Gordon, *Excuse and Justification in the Law of Fair Use: Commodification and Market Perspectives*, *in* THE COMMODIFICATION OF INFORMATION 149, 171-72 (Niva Elkin-Koren & Neil Weinstock Netanel eds., 2002). In particular, a great impulse towards the adoption of measures enhancing monopoly came in the mid-eighties from America, which was undergoing a fundamental transformation from industrial to information society, and—with the anxiety of maintaining international economic supremacy—brought copyright issues to the top of its agenda and of the whole international community. *See* HALBERT, *supra* note 71, at 77-81 (1999).

([73]) *See generally* Marci A. Hamilton, *The TRIPS Agreement: Imperialistic, Outdated, and Overprotective*, 29 VAND. J. TRANSNAT'L L. 613 (1996).

([74]) *See* William M. Landes & Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Copyright Law*, 18 J. LEGAL STUD. 325 (1989) [hereinafter "Landes & Posner, *Economic Analysis*"].

([75]) *See* JAN VAN DIJK, THE NETWORK SOCIETY: SOCIAL ASPECTS OF NEW MEDIA 133 (Leontine Spoorenberg trans., 1999) (1991).

([76]) The fair use exception in the United States copyright system is the most important exception to the right-holder's rights, and it often plays an intricate role

of fair use ([77]), unrestricted enjoyment of legitimately purchased works became minimized with the consequent impairment of the original copyright balance ([78]).

Common literature on intellectual property rights supports the thesis that they operate as an incentive to create and to make known new inventions or ideas ([79]). On the other hand, even if this theory could be applicable in a wide range of cases, it is essentially unsuccessful if we look to a range of effects arising from new legal institutions and the current technological framework ([80]). A result of this new condition is the dynamic effect that intellectual property rights have had on the market structure of the fields involved. They have significantly modified or conflicted with the original competitive

---

in the relation between freedom of expression and copyright. On the relations between copyright and freedom of expression, see Floyd Abrams, *First Amendment and Copyright*, 35 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 1 (1987); Robert C. Denicola, *Copyright and Free Speech: Constitutional Limitations on the Protection of Expression*, 67 CAL. L. REV. 283 (1979); Paul Goldstein, *Copyright and the First Amendment*, 70 COLUM. L. REV. 983, 1011-15 (1970); Lionel Sobel, *Copyright and the First Amendment: A Gathering Storm?,* 19 COPYRIGHT L. SYMP. (ASCAP) 43 (1971), *quoted in* Harper & Row, Publishers v. Nation Enters., 471 U.S. 539, 559 (1985). For a European perspective, see P. Bernt Hugenholtz, *Copyright and Freedom of Expression in Europe*, *in* EXPANDING THE BOUNDARIES OF INTELLECTUAL PROPERY, *supra* note 49, at 343.

([77]) Codified at 17 U.S.C. § 107 (2000).

([78]) In Europe, where copyright's features always appeared to be closer to those of a reward rather then a bargain, the 1886 Berne Convention represents a sort of cornerstone of the modern intellectual property order: by making copyright automatic and recognizing the existence of moral rights, it opened up the path for granting right holders a far better service then that given to their own public. Within the Common Law tradition, in those times still reluctant to criticize the "public sphere," the most outstanding example of this new trend is offered by Mark Twain, who revealed himself as one of the fiercest supporters of the strongest copyright protection possible. Stirred by the extensive piracy his works suffered overseas, and regardless of the interests of the other parties, Twain fought tenaciously for the recognition of perpetual protection, becoming one of the most eager advocates of "property talk." *See* PAUL MARRET, INFORMATION LAW IN PRACTICE, 146-50 (2d ed. 2002); VAIDHYANATHAN, *supra* note 65, at 57 & 71.

([79]) *See, e.g.,* Kenneth J. Arrow, *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention*, *in* THE RATE AND DIRECTION OF INVENTIVE ACTIVITY: ECONOMIC AND SOCIAL FACTORS 609 (Richard R. Nelson ed., 1962); Gillian K. Hadfield, *The Economics of Copyright: An Historical Perspective,* 38 COPYRIGHT L. SYMP. (ASCAP) 1 (1992); Landes & Posner, *Economic Analysis*, *supra* note 74. For a comparative description of different approaches, see William Fisher, *Theories of Intellectual Property*, *in* NEW ESSAYS IN THE LEGAL AND POLITICAL THEORY OF PROPERTY 168 (Stephen R. Munzer ed., 2001).

([80]) Giovanni B. Ramello, *Intellectual Property and the Markets of Ideas*, *in* THE ELGAR COMPANION TO LAW AND ECONOMICS, (Jürgen G. Backhaus ed., 2005), *available at* http://ssrn.com/abstract=597482.

process ([81]). In other words, they have shaped the characteristics of the market. So, if the logic underlying those rights is to remunerate a profitable idea or an invention with market power, thereby providing a sort of monopoly, we can also conclude that some intellectual rights, such as copyright, are unable to resolve the trade-off between private incentive and social welfare. On the contrary, they often amplify the inefficiency in economic systems ([82]). Furthermore, the economically efficient level of copyright protection is not easy to define, especially in the digital intellectual property debate, because some intellectual property rights, such as copyright, relate to very different creative works that include variable degrees of creative and artistic expression ([83]). Consequently, a single property regime may not create efficiency in markets for all of the different products ([84]).

In the last years, in fact, we have seen a shift from the idea of a bargain between the public and the author towards the standard economic model of a right granted in the measure required to stimulate production ([85]) and, recently, the new approach is towards extensive instrument to control access ([86]) and use ([87]). This transformation has been driven by the influence exerted by the printing and publishing industry, which in the pre-computer society had the necessary resources to enable large-scale reproduction and distribution of works ([88]). It consequently played a key role in the whole process of spreading culture ([89]). The industry secured its monopolistic

---

([81]) *Id.*

([82]) Giovanni B. Ramello, *Il diritto d'autore tra creatività e mercato*, 1 ECONOMIA PUBBLICA, 37-66 (2001).

([83]) CONGRESSIONAL BUDGET OFFICE, U.S. CONGRESS, COPYRIGHT ISSUES IN DIGITAL MEDIA viii (Aug. 2004), http://www.cbo.gov/showdoc.cfm?index=5738&sequence=0.

([84]) *Id.*

([85]) *See* Paul Goldstein, *Derivative Rights and Derivative Works in Copyright*, 30 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 209, 210 (1983); Wendy J. Gordon, *Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessors*, 82 COLUM. L. REV. 1600 (1982); Landes & Posner, *Economic Analysis*, *supra* note 74, at 335.

([86]) *See generally* Niva Elkin-Koren, *It's All About Control: Rethinking Copyright in the New Information Landscape*, *in* THE COMMODIFICATION OF INFORMATION 79 (Niva Elkin-Koren & Neil Weinstock Netanel eds., 2002); LITMAN, *supra* note 67, at 80.

([87]) *See* William M. Landes & Richard A. Posner, *Indefinitely Renewable Copyright*, 70 U. CHI. L. REV. 471, 475 (2003) (speculating that an infinite term of copyright, alternated by renewals, could be efficient); *see also* WILLIAM M. LANDES & RICHARD A. POSNER, THE ECONOMIC STRUCTURE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW 210-49 (2003).

([88]) *See* EISENSTEIN, *supra* note 59, at 17.

([89]) *See* 1 JOHN TEBBEL, A HISTORY OF BOOK PUBLISHING IN THE UNITED STATES, 245, 220-221 (1972); *cf.* Edward C. Walterscheid, *To Promote the Progress of Science and Useful Arts: The Anatomy of a Congressional Power*, 43 IDEA 1 (2003).

aspirations of gaining market control behind the pretext of ensuring their clients received adequate compensation for their efforts and the service done for their community. It took advantage of its role within society and its economic supremacy and lobbied for the adoption of regulations granting further control over works and allowing the creation of an entry barrier for unwanted competitors ([90]).

Unfortunately, the digital revolution and the dematerialization of works as result of digitization have demonstrated that the information product and its method of delivery are inseparable ([91]). At the same time, they have brought about a Copernican revolution in the traditional copyright system, demonstrating its unsuitability to control recent technological developments ([92]).

4. *Distribution of digital content: from mass market licenses to access Contracts*

The following question is about the fair means to protect digital intellectual property. As already seen, the revolution in information technology and digitalization of content have produced many new possibilities and challenges ([93]). First of all, they have determined the independence of

---

([90]) In 1995, the Clinton Administration's Information Infrastructure Task Force released a white paper on Intellectual Property and the National Information Infrastructure, where it expressly stated that further protection of right holders' interests was necessary to guarantee the development of the National Information Infrastructure and that, lacking appropriate control over their works, authors would have stopped producing and making them available to the wide public. INFORMATION INFRASTRUCTURE TASK FORCE, INTELLECTUAL PROPERTY AND THE NATIONAL INFORMATION INFRASTRUCTURE: THE REPORT OF THE WORKING GROUP ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS 10 (1995) *available at* http://www.cerebalaw.com/ipnii.txt. For a comment on the paper, see Pamela Samuelson, *The Copyright Grab*, WIRED, Jan. 1996, at 134, 135 (criticizing the white paper for misrepresenting judicial copyright precedent and extending copyright protection beyond traditional commercial applications).

([91]) *See, e.g.*, STAN DAVIS & CHRISTOPHER MEYER, BLUR: THE SPEED OF CHANGE IN THE CONNECTED ECONOMY 22 (1998). *See also* Raymond T. Nimmer, *Breaking Barriers: The Relation Between Contract And Intellectual Property Law*, 13 BERKELEY TECH. L.J. 827, 841-42 (1998).

([92]) *See* P. Bernt Hugenholtz, *Commentary: Copyright, Contract, and Code: What Will Remain of the Public Domain?*, 26 BROOK. J. INT'L L. 77, 78 (2000) (highlighting the concern that the traditional copyright system could not guarantee appropriate protection in the digital framework).

([93]) On the power of technology, see Joel R. Reidenberg, *Lex informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology*, 76 TEX. L. REV. 553 (1998); LAWRENCE LESSIG, CODE AND OTHER LAWS OF CYBERSPACE (1999).

content from the medium. As argued above, data travels digitally and there is no more need to aggregate them to a physical carrier ([94]). Digital distribution systems do not involve anymore tangible copies. At the same time, access contracts are became the ordinary mode of distribution of contents ([95]). This has caused a substantial transformation in the way people can use and consume information and in the way it is delivered ([96]). In fact, without the mediation of the material support, the restrictions posed by technological environment could have the effect to substantialize the offered product; and because these restrictions are governed by contractual agreements, the result is an equation where "the contract is the product" or it is merged into the product ([97]).

Secondly, the Internet allows information to be widely disseminated and readily accessed at incredible speed, with extremely low expense, and to directly connect the source and the end user without intermediation ([98]). The flexibility of digital media ([99]) allows people to easily copy, modify, and shift them in time and space ([100]). The newly acquired independence from the

---

([94]) *See* DIGITAL DILEMMA, *supra* note 1, at 32.

([95]) Raymond T. Nimmer, Breaking Barriers: The Relation Between Contract And Intellectual Property Law, 13 BERKELEY TECH. L.J. 827, 884 (1998).

([96]) *Id.* at 39.

([97]) *See* Alessandro Palmieri & Roberto Pardolesi, *Gli Access Contracts: Una Nuova Categoria per il Diritto dell'Età Digitale*, 7(2) RIV. DIR. PRIV., 265, 270 (2002). According to the authors' opinion:

> "Venuta meno la mediazione del supporto materiale le restrizioni di indole tecnologica – che si accompagnano, a seconda di come è disegnato il rapporto, all'entrata nel sistema automatizzato, alle attività eseguibili al suo interno, all'estrazione del materiale ivi dislocato e ai suoi eventuali impieghi in determinati contesti, digitalizzati e non, per il perseguimento di determinati obiettivi – finiscono per "sostanziare" il prodotto offerto; e, posto che restrizioni di tal fatta si prestano ad essere governate dalle clausole contrattuali, non è azzardato sostenere che, mai come nel campo dell'accesso, acquista pregnanza l'assimilazione veicolata dalla locuzione "the contract is the product".

Id. At 270.; *see* also Margaret J. Radin, *Online Standardization and the Integration of Text and Machine*, 70 FORDHAM L. REV. 1125, 1139 (2002). (arguing that in the "contract as product" view, the contract is part of the product, part of the collection of functional components, and not a separate text about that collection).

([98]) *See* CASTELLS, *supra* note 16; Chircu & Kauffman, *supra* note 37.

([99]) Digital media are instruments for the development of innovative perspectives on both media and culture. They can contribute to our understanding of social and cultural change. For a detailed analysis of digital media and their social implications, see DIGITAL MEDIA REVISITED: THEORETICAL AND CONCEPTUAL INNOVATION IN DIGITAL DOMAINS (Gunnar Liestøl et al. eds., 2003).

([100]) *Recording Industry Ass'n of America v. Diamond Multimedia Systems, Inc.*, 180 F.3d 1072 (9th Cir. 1999), gave recognition to the practice of "space-shifting" of music for personal use.

carriers secured by digitalization allows users to manipulate the information with the consequence that the "originality" of a work is threatened to be lost, with no certainty of what of the primitive product has still remained. Digital technologies have transformed the copyright environment and have given rise to a potentially huge market for content ([101]). The advent of broadband networks, and their capacity to transmit large dimensions of multimedia content at high speeds, emphasizes the importance of ensuring that digital content is available under the appropriate conditions to meet the interests of all stakeholders ([102]). Related to this, technologies are available to establish the correct incentives for this development. Incentives include a secure environment for ensuring remuneration of right-holders in the context of private copying, payment for online content and prevention of illegal copying ([103]).

As a result, many of the intellectual property rules and practices developed in the physical world are not suitable for the digital environment ([104]), and the issues connected with digitization of content are improved by the pervasiveness of the new information infrastructure.

Both the authors' and industry's prerogatives are in a difficult situation regarding copyright law. Until the advent of digitalization, it had been possible to ensure control over copying and distribution of tangible goods, by its nature susceptible of being counted and singularly identified. The function of copyright was upset by the same structure of the new technological framework which thickened the distinction between access and copying, strictly conditioning the former to the latter ([105]). The whole process now is indeed substantially different from that occurring with physical goods. Attempts to exercise the same level of copying control exercised on the physical world necessarily implies maintenance of total control over access, with possible negative repercussions on the free flow of information and the users' right ([106]).

The law governing online contracting is moving from copyright to access

---

([101]) *See* COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, EEUROPE 2005 ACTION PLAN: AN UPDATE (2004), http://europa.eu.int/information_society/eeurope/2005/doc/all_-about/com_eeurope_en.doc.

([102]) *Id.*

([103]) *See* Stefan Bechtold, *The Present and Future of Digital Rights Management - Musings on Emerging Legal Problems*, *in* DIGITAL RIGHTS MANAGEMENT - TECHNOLOGICAL, ECONOMIC, LEGAL AND POLITICAL ASPECTS 597 (Eberhard Becker et al. eds., 2003) (illustrating both problems and positive features of DRM).

([104]) DIGITAL DILEMMA, *supra* note 1, at ix.

([105]) *See* Samuelson, *supra* note 40; Neil Weinstock Netanel, *Locating Copyright Within the First Amendment Skein,* 54 STAN. L. REV. 1, 24 (2001).

([106]) See VAIDHYANATHAN, supra note 65, at 152.

right ([107]). Model acts have been proposed to simplify that rule and to conform it to current commercial practices ([108]). In the digital transactions, "access contracts" and "mass-market licenses" are the most common forms of commercial practice ([109]). The mass-market license is an electronic form contract, that is the standard, non-negotiable, license used by software and information provider in a "mass-market transaction." ([110]). It is used by companies instead of trying to negotiate a separate contract for each buyer, or licensee. On the other hand, an "access contract" is a contract to enter the information system of another to obtain information, or use that information system for specific purposes. ([111]). The peculiarity of access contracts is that

---

([107]) *See* de Werra, *supra* note 4, at 112; Thomas Heide, *Copyright in the EU and U.S.: What "Access-Right"*, 48 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 363 (2001) ; Jane Ginsburg, *From Having Copies to Experiencing Works: The Development of an Access Right in U.S. Copyright Law*, 50 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 113 (2003).

([108]) Rob Hassett, *Online contracting*, available at http://www.internetlegal.com/articles/online.htm (last visited on Feb, 5 2006).

([109]) The mass-market license and access contracts are a creation of the new Uniform Computer Information Transaction Act (UCITA). It governs these contracts with special rules relating to rights of access in Section 209 and 611. UCITA is a proposed law to create a clear and uniform set of rules to govern such areas as software licensing, online access, and other transactions in computer information. It is intended is to bring the same uniformity and certainty to the rules that apply to information technology transactions that the Uniform Commercial Code does for the sale of goods. In particular, UCITA attempts to clarify and/or codify rules regarding fair use, reverse engineering, consumer protection and warranties, shrink-wrap licenses, and their duration as well as the transferability of licenses. Up to now, UCITA has been adopted only in Maryland and Virginia. *See* National Conference of Commissioners on Uniform State Laws Legislative FactSheet, at http://www.nccusl.org/nccusl/uniformact_factsheets/uniformacts-fs-ucita.asp (last visited on Feb. 1, 2006); Uniform Computer Information Transactions Act, Wikipedia: The Free Encyclopedia, at http://en.wikipedia.org/wiki/UCITA (last modified Dec. 27, 2005)..

([110]) Section 102(a)(43) of UCITA defines a mass-market license as "a standard form used in a mass-market transaction." Under Section 102(a)(44), a mass-market transaction is "a consumer contract" or any other transaction with an end-user licensee if:

> the transaction is ... directed to the general public as a whole, including consumers, under substantially the same terms...;
> the licensee acquires the ... rights in a retail transaction under terms and in a quantity consistent with an ordinary transaction in a retail market; and
> the transaction is not: (I) a contract for redistribution or for public performance or public display of a copyrighted work; (II) a transaction in which the information is customized or otherwise specially prepared...; (III) a site license; or (IV) an access contract.

([111]) A "a contract to obtain by electronic means access to, or information from, an information processing system of another person, or the equivalent of such access." See UCITA 102(a)(1).

they do not depend on intellectual property rights: in fact owner of a computer system has a fundamental right, generally recognized in criminal and property law, to exclude others from access to its system ([112]). Furthermore, the fact that access to information is subject to an access contract does not itself create any informational rights; rather, the established rights to impose conditions on access to information make access contracts enforceable ([113]).

In this new phase of economics for digital networks, the basic code is no longer ownership of property bought and sold in markets, but rather access to services leased within networks of providers and users ([114]). In the digital environment, the exclusive right secured to authors is incorporating new feature called access right ([115]). A large number of modern services are delivered through electronic networks, and this new phenomenon is not restricted to online digital content. As pointed out by Jeremy Rifkin ([116]), president of the Foundation on Economic Trends ([117]), tangible things — cars, computers, office buildings, and catalogues — are also "dematerializing" into services. Ownership of such things is becoming a liability, something to outsource. In the new environment, markets are making way for networks, and ownership is steadily being replaced by access. Rifkin explains that we are living in an age where new digital media constitute a cultural and economic phenomenon, and where industries and consumers "are beginning to abandon the central reality of modern economic life — the market exchange of property between sellers and buyers." ([118]). On the contrary, he asserts

---

([112]) Jessica Litman, *The Tales that Article 2B Tells*, 13 Berkeley Tech. L.J. 931, 937 (citing U.C.C. § 2b-102, Reporter's Note 1. (Aug. 1, 1998 Draft).

([113]) *Id.*

([114]) Digital distribution systems do not involve tangible copies, and access contracts or mass market licenses are increasingly common methods of distribution. For a comparative study of this latter aspect within the Italian scene, see Alessandro Palmieri & Roberto Pardolesi, *Gli Access Contracts: Una Nuova Categoria per il Diritto dell'Età Digitale*, 7(2) RIV. DIR. PRIV., 265 (2002).

([115]) *See* Ginsburg, *supra* note 107, at 113. Accordingly to the author's opinion, "access right is an integral part of copyright, and therefore should be subject to exceptions and limitations analogous to those that constrain copy-right".

([116]) JEREMY RIFKIN, THE AGE OF ACCESS: THE NEW CULTURE OF HYPERCAPITALISM, WHERE ALL OF LIFE IS A PAID-FOR EXPERIENCE 74 (2000); *see also* DIGITAL DILEMMA, *supra* note 1, at 6-7.

([117]) The Foundation on Economic Trends is a non-profit organization whose mission is to examine emerging trends in science and technology and their impacts on the environment, the economy, culture and society. *See* http://www.foet.org (last visited on Feb. 5, 2006).

([118]) RIFKIN, *supra* note 116, at 4.

> Suppliers hold on to property in the new economy and lease, rent, or charge an admission fee, subscription, or membership dues for its short-term use. The exchange of property between sellers and buyers — the most important feature of the modern market system — gives way to short-term access between servers and clients operating in a network relationship ([119]).

Rifkin, then, describes the change of theory that the digital systems establish in the process of protection of the intellectual property rights. In this digital framework, in fact, the barrier is not constituted by the possession of the physical medium that encloses the work, but instead by the access to the contents. In the new network economy "both physical and intellectual property are more likely to be accessed by businesses rather than exchanged." ([120]). In the digital environment, providers able to collect important intellectual capital will be also able to wield power and "control over the conditions and terms by which users secure access to critical ideas, knowledge, and expertise." ([121]). The economic growth and development of the information society seems to imply an increased privatization of information and a consequential enclosure of the public domain. And, this privatization-propertization trend is transforming the Internet and other data networks in media for content distribution to passive consumers ([122]). On the academic front, several scholars have observed the adverse effects caused by the assumption that information is property in the traditional sense ([123]).

This issue is a new and troublesome trend likely to have strong implications in particular on users' rights, with special regard to fair use ([124]). Fair

---

([119]) *Id*. at 4-5.

([120]) *Id.* at 5.

([121]) *Id.*

([122]) Matt Jackson, *Using Technology to Circumvent the Law: The DMCA's Push to Privatize Copyright*, 23 HASTINGS COMM. & ENT. L.J. 607, 608 (2001)

([123]) *See* Pamela Samuelson, *Information as Property: Do Ruckelshaus and Carpenter Signal a Changing Direction in Intellectual Property Law?,* 38 CATH. U. L. REV. 365, 396-97 (1989); Rochelle Cooper Dreyfuss, *We Are Symbols and Inhabit Symbols, So Should We Be Paying Rent? Deconstructing the Lanham Act and Rights of Publicity,* 20 COLUM.-VLA. J.L. & ARTS 123, 140 (1996); I. Trotter Hardy, *Property (and Copyright) in Cyberspace*, 1996 U. CHI. LEGAL F. 217 (1996); Lemley, *supra* note 12 ,at 895-903; Dan Hunter, *Cyberspace as a Place and the Tragedy of the Digital Anticommons*, 91 CAL. L. REV. 439 (2003) (noting the effects of analogizing the internet to real property); Mark A. Lemley, *Place and Cyberspace*, 91 CAL. L. REV. 521 (2003); Richard A. Epstein, *Liberty Versus Property? Cracks in the Foundations of Copyright Law*, 42 SAN DIEGO L. REV. 1 (2005).

([124]) The fair use doctrine is codified at 17 U.S.C. § 107. It is "the precipitate of a series of decisions, beginning in the mid-nineteenth century, in which federal courts held that conduct seemingly proscribed by the copyright statute in force at the time did not give rise to liability." William Fisher III, *Reconstructing the Fair Use Doctrine*, 101 HARV. L. REV., 1661, 1663-64 (1988).

use, in fact, is a defense ([125]) recognized for certain acts that would otherwise amount to copyright infringement ([126]). The defense was introduced to balance the interests of opposing parties and to allow the limited use of intellectual works without having to ask for previous permission ([127]).

What we are saying is that the economic power is changing: it is shifting from "a propertied regime based on the idea of broadly distributed ownership to an access regime based on securing short-term limited use of assets controlled by networks of suppliers." ([128]). At the same time, the legal order will be obliged to shift from ownership to the access model ([129]).

In the meantime, content providers are confronting these new problems using and integrating models of technological protection measures ([130]) that ensure very high levels of digital media protection, creating a secure, digital environment for the production, management, and distribution of digital content, but with an impairment of a series of rights traditionally recognized for the consumer ([131]). As argued by Jane Ginsburg, "as we move to an access-

---

([125]) Fair use is not an affirmative right but a sort of defense. It is essentially a safety valve operating in the absence of licensing that can be structured in different ways but that is recognized by all modern copyright systems. *See* Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, 590 (1994); 3 Melville B. Nimmer & David Nimmer, *Nimmer on Copyright* 13.05[A], at 13-155 to 13- 156]. Whilst Common Law countries generally recognize a general defense, civil law countries generally provide a strict list of exceptions, even though at present there are no pure systems that adhere strictly to any of the above models. *See* LUCIE M.C.R. GUIBAULT, COPYRIGHT LIMITATIONS AND CONTRACTS: AN ANALYSIS OF THE CONTRACTUAL OVERRIDABILITY OF LIMITATIONS ON COPYRIGHT 19 (2002).

([126]) In the U.S. system there is a deep relation between fair use and free speech. On the argument, see Netanel, *supra* note 105; L. Ray Patterson, *Free Speech, Copyright, and Fair Use*, 40 VAND. L. REV. 1 (1987); Harry N. Rosenfield, *The Constitutional Dimensions of "Fair Use" in Copyright Law*, 50 NOTRE DAME L. REV. 790 (1975). For a European perspective, see Hugenholtz, *supra* note 76.

([127]) For interpretation and criticism of fair use doctrine, see Fisher, *supra* note 124 and Rosenfield, *supra* note 126. For an overview of the relationship between DRM and fair use, see Dan L. Burk & Julie E. Cohen, *Fair Use Infrastructure for Rights Management Systems*, 15 HARV. J. L. & TEC. 41, 48 (2001).

([128]) See RIFKIN, *supra* note 116, at 6.

([129]) *Id.* at 6-7.

([130]) The term was defined as "any process, treatment, mechanism or system that prevents or inhibits any of the acts covered by the rights under this Treaty." World Intellectual Property Organization, Basic Proposal for the Substantive Provisions of the Treaty on Certain Questions Concerning the Protection of Literary and Artistic Works to be Considered by the Diplomatic Conference, at Art. 13(3),(1996), http://www.wipo.int/documents/en/diplconf/pdf/4dc_e.pdf.

([131]) *See* Burk & Cohen, *supra* note 127, at 48; FRED VON LOHMANN, FAIR USE AND DIGITAL RIGHTS MANAGEMENT: PRELIMINARY THOUGHTS ON THE (IRRECONCILABLE?) TENSION BETWEEN THEM 3 (2002), http://www.eff.org/IP/DRM/cfp_fair_use_and_drm.pdf.

based world of distribution of copyrighted works, a copyright system that neglected access controls would make copyright illusory, and in the long run it would disserve consumers." ([132]). In other words, we have to accept that a modern and pragmatic intellectual property regime needs to regulate access. The real problem is how to enforce such restrictions and how to ensure the preservation of consumer rights.

The current impasse is due to the fact that technological protection measures arena is, at this time, much more like the Wild West. Even though technology is becoming highly developed, the market expansion for these systems is still at an early stage ([133]). While standards continue to reach greater levels of maturity and adaptation, content companies will most likely continue to use technological protection measures without taking care of the problem of interoperability and users' expectations ([134]). At the same time, this solution seems too simple a practice in which technology tries to replace the law ([135]).

So, the challenge is to achieve and maintain the balance, "offering enough control to motivate authors, inventors and publishers, but not so much control as to threaten important public policy goals." ([136]).

5. *Technological protection measures: privately legislated intellectual property rights*

As argued above, the extremely fast technological progress in information technologies has brought about new legislative and judicial attempts to restructure intellectual property rights for digital media and information, trying to balance the interests of both rights-holders and consumers.

See also Dan L. Burk, *Anticircumvention Misuse*, 50 UCLA L. REV. 1095, 1097 (2002) (arguing "that the new anti-circumvention right created by the statute constitutes a type of exclusive right quite separate from... the legal protection provided by copyright.").

([132]) *See* Ginsburg, *supra* note 107, at 123.

([133]) COMM'N OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, EUROPEAN UNION HIGH LEVEL GROUP ON DIGITAL RIGHTS MGMTS.: FINAL REPORT 6 (2004), http://europa.eu.int/information_society/eeurope/2005/all_about/digital_rights_man/doc/040709_hlg_drm_2nd_meeting_final_report.pdf [hereinafter EU GROUP ON DIGITAL RIGHTS MGMTS., FINAL REPORT]. *See generally* DIGITAL RIGHTS MANAGEMENT, *supra* note 103.

([134]) *See* Bechtold, *supra* note 103, at 609, 630.

([135]) On this opinion see LESSIG, *supra* note 93; Reidenberg, *supra* note 93; ANDREW L. SHAPIRO, THE CONTROL REVOLUTION: HOW THE INTERNET IS PUTTING INDIVIDUALS IN CHARGE AND CHANGING THE WORLD WE KNOW (1999).

([136]) DIGITAL DILEMMA, *supra* note 1, at 2.

Now, protection of intellectual property rights in the information society is essentially governed by different international conventions and the subsequent compliance of national legislative principles. This legislation, then, backs up the enforceability of privately generated norms ([137]). Acts, such as the DMCA and EUCD, recognize a legal status and explicit legal protection for "technological measures" and "copyright management information" hampering unauthorized uses and determining the conditions for legitimate use ([138]). Article 6(1) of the European Copyright Directive prohibits the circumvention of technological protection measures stipulating that "Member States shall provide adequate legal protection against the circumvention of any effective technological measures, which the person concerned carries out in the knowledge, or with reasonable grounds to know, that he or she is pursuing that objective" ([139]). Similarly the DMCA anticircumvention basic provision states: "No person shall circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title" ([140]).

These legislative enactments and the transition from analog to digital media have had a Copernican impact on intellectual property rights, consumers, and content industries. While in the past analog era, rights-holders applied physical barriers to control reproduction and distribution of their goods in order to prevent unauthorized copying and to enforce intellectual property law, in this new legal framework, the technological protection measures have found a formal recognition replacing the old physical barriers ([141]). This has the relevant advantage that technology is not subject to

---

([137]) *See* Elkin-Koren, *A Public Regarding Approach to Contracting over Copyright*, *in* EXPANDING THE BOUNDARIES OF INTELLECTUAL PROPERTY, *supra* note 49, at 191, 192.

([138]) *See* Stefan Bechtold, *Digital Rights Management in the United States and Europe,* 52 AM. J. COMP. L. 323, (2004). These systems are designed to prevent the easy copying of digital works. Both the acts protect the systems with a legal regime designed to ensure protection for the creative works. *See* Id. at 356. For a description of technological protection measures, their implications and uses, see Lionel S. Sobel, *DRM as an Enabler of Business Models: ISPs as Digital Retailers*, 18 BERKELEY TECH. L.J. 667, 667-68 (2003).

([139]) Council Directive 2001/29, art. 6(1), 2001 O.J. (L 167) 10, 17 (EC). The Article also allows for right-holders' compliance through "agreements between right-holders and other parties concerned," namely through contracts. For a critical overview of the Directive, see Séverine Dussollier, *Fair Use by Design in the European Copyright Directive of 2001,* 46 COMM. ACM 51 (2003). For further discussion on the complex structure of Article 6.4 of the E.U. Copyright Directive, see Alvise Maria Casellati, *The Evolution of Article 6.4 of the European Information Society Copyright Directive*, 24 COLUM.-VLA J.L. & ARTS 369, 372-77 (2001).

([140]) 17 U.S.C. 1201(a)(1)(A)

([141]) *See* LESSIG, *supra* note 93, at 136; Reidenberg *supra* note 93, at 567-68.

any legal limit and can regulate transactions in a much more powerful way ([142]). As a result, in order to prevent non-copyright holders from infringing upon the exclusive rights of the copyright holder, intellectual property law was amended to meet the needs of the highly technological world. The revision of current law, however, is much more difficult and complicated than in the past. The rapid advance and indiscriminate use of digital technology to control legally acquired digital creative works, on one hand could limit infringing distribution and have effects on innovation and economy, but on the other it could also have involuntary negative effects for consumer rights ([143]).

Since the development of the first technical protection system, technology has taken giant steps. The most recent measures — very effective in the protection of authors' rights — have enhanced the feasibility of new business models, in particular, enabling rights-holders to engage in differential pricing according to the specific uses made of their rights. However, the application of these measures is also one of the most troublesome sources of conflict between rights-holders and consumers ([144]).

The role technology can hold in protecting intellectual property can vary greatly: it can be used simply to prevent users from gaining access or engaging in definite uses, like copying, or it can be used to develop licensing business models where rights-holders determine at their own discretion terms and conditions for access and use of their works, and embed these rules in technical devices ([145]). In both cases, it nurtures the amount of control rights-holders exert over their productions, because, as has already been seen, technology is not subject to any legal limit and is able to control transactions much more strictly than a contract ([146]).

There are many expressions currently in use to indicate the expanding set

---

([142]) *See* Jacques de Werra, *Moving Beyond the Conflict Between Freedom of Contract and Copyright Policies: In Search of a New Global Policy for On-Line Information Licensing Transactions: A Comparative Analysis Between U.S. Law and European Law*, 25 COLUM. J.L. & ARTS 239, 251 (2003).

([143]) For more extensive treatment of the different threats posed by digital technologies to consumers rights, see, for example, Jack M. Balkin, *Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society*, 79 N.Y.U. L. REV. 1 (2004); Lee A. Bygrave, *DRM and Privacy. Legal Aspects in the European Union*, *in* DIGITAL RIGHTS MANAGEMENT, *supra* note 103, at 418; Julie E. Cohen, *DRM and Privacy*, 18 BERKELEY TECH. L.J. 575, 585 (2003); Pamela Samuelson, *DRM {and, or, vs.} the Law,* 46 COMM. ACM 41, 42-45 (2003); Burk & Cohen, *supra* note 127, 50-51.

([144]) *See* CONGRESSIONAL BUDGET OFFICE, U.S. CONGRESS, *supra* note 83, at 11-13.

([145]) *See, e.g.,* Pamela Samuelson, *Will the Copyright Office be Obsolete in the Twenty-First Century?*, 13 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 55, 61 (1994).

([146]) On the power of technology, see Reidenberg, *supra* note 93.

of technologies and systems designed to protect content from unauthorized copying and to facilitate monitoring the use of the products by consumers ([147]). The terms "self-help systems," "Digital Rights Managements Systems," "Technological Protection Measures," and "Automated Rights Management" all refer to automated systems able to protect and manage, individually, the distribution of digital works.

Prominent among the problems that could be connected with the use of these systems is the fact that any rights a consumer may have under copyright law could be replaced by unilaterally defined contractual terms and conditions in a sort a commercial agreement between the parties with a modifying consequence on the balance of rights ([148]). Moreover, these means can also control individually users' behavior presenting a powerful threat to freedom of expression as well as privacy ([149]).

Generally speaking, these measures are used to manage rights. According to the context, managing rights could embrace: a system that is used to secure and distribute protected contents or protected media files while the rights are defined during the protection step and issued as a usage license to consumers; a system that is used to control access to an online service; an accounting system that can track the rights issued and the royalties that are associated with those rights ([150]). Essentially, the combination of DRM and Technological Protection measures allow "the smooth, secure, trusted movement of digital works from creators and publishers to retailers and consumers." ([151]). The first step is always the creation of an original work, then the "eContent owner can then edit and finish the original work by aggregating it with other edited works. Utilizing DRM, publishers then assign rights to a digital work and stipulate fees and access conditions resulting in a license governing the

---

([147]) *See* Adam, *supra* note 49, at 104.

([148]) *See* WILLIAM ROSENBLATT ET AL., DIGITAL RIGHTS MANAGEMENT: BUSINESS AND TECHNOLOGY 46 (2002). *See also* Andrea Ottolia, *Preserving Users' Rights in DRM: Dealing with "Juridical Particularism" in the Information Society*, 35 INT'L REV. OF INDUS. PROP. & COPYRIGHT L. 491, 496-99 (2004). For comment on the replacing of a copyright system with a contract-based system, see Niva Elkin-Koren, *Copyright Policy and the Limits of Freedom of Contract*, 12 BERKELEY TECH. L.J. 93, 111 (1997).

([149]) *See* Cohen, *supra* note 143; Robin D. Gross, *Copyright Zealotry in a Digital World: Can Freedom of Speech Survive?,* in COPY FIGHTS: THE FUTURE OF INTELLECTUAL PROPERTY IN THE INFORMATION AGE 189, 190 (Adam Thierer & Wayne Crews eds., 2002). For a European perspective, see Bygrave, *supra* note 143.

([150]) *See* Digital Rights Management Terms, *at* http://www.xrml.org/reference/xrml_terms.asp. For a definition of DRM and its basic elements and features *see also generally* ROSENBLATT ET AL., *supra* note 148.

([151]) See ContentGuard, *XrML - The Technology Standard for Trusted Systems in the eContent*, http://www.xpert.co.kr/1com/2network/p2p/pds/0_WhitePaper.pdf#-search='The%20Technology%20Standard%20for%20trusted.

exercise of each specific right." ([152]). In this sense DRM enables "eTailers to establish prices associated with different business models and consumers" while, at the same time, users can "access digital content with a valid license, which will trigger an automated process for royalty payments." ([153]).

6. *Technological features to protect access and rights control*

The inclusion of copy protection devices is a feature of many digital media. A wide range of techniques is used in an attempt to guarantee that only the authorized user can make use of the content. In general it is possible to classify two different kinds of technological control measures: "access control" and "rights control." ([154]).

The first one deals with the concept of "who has access to what" and includes the types and number of operations that can be executed by users. In other words, access control measures provide a framework for the definition of authorization policies.

The second one limits a user's ability to exercise one of the rights of the content owner. These distinctions imply, for example, that those "who circumvent a rights control will not infringe the copyright owner's rights." ([155]). In this sense, access controls may enjoy stronger protection than rights controls and rights-holders could have more incentive to use access controls rather than rights controls in order to obtain the stronger legal protection against circumvention ([156]). However, technological protection systems could incorporate both types of control.

From a practical point of view, these systems can be characterized by different technology. Encryption is one of the basic features. It keeps content secure by scrambling ("encrypting") it and preventing it from being read until it is unscrambled with the appropriate decryption key ([157]). It is also parti-

---

([152]) *Id.*

([153]) *Id.*

([154]) For this distinction, see R. Anthony Reese, *Will Merging Access Controls and Rights Controls Undermine the Structure of Anticircumvention Law?*, 18 BERKELEY TECH. L.J. 619 (2003). *See also* Kamiel J. Koelman & Natali Helberger, *Protection of Technological Measures*, *in* COPYRIGHT AND ELECTRONIC COMMERCE: LEGAL ASPECTS OF ELECTRONIC COPYRIGHT MANAGEMENT 165 (P. Bernt Hugenholtz ed., 2000); Ottolia, *supra* note 148, at 493. As pointed out by the latter, "access control" measures allow the DRMS to function as a conditional access system while "rights control" measures allow the user who has obtained the access to carry out certain uses on it. *Id.*

([155]) Reese, *supra* note 154, at 624.

([156]) *Id.* at 641.

([157]) *See* DIGITAL DILEMMA, *supra* note 1, at 156-58. There are two different

cularly useful in preventing undesired access. Conversely, once access is gained, encryption provides no means of controlling how content is used, so that it could be copied in the decrypted format or passed along, together with its decryption key, and accessed by unauthorized users.

Digital watermarking is another technique used to authenticate, validate, and communicate information in digital media. It enables identification of the source, author, creator, owner, distributor, or authorized consumer of digital content. This protection system is based on the science of steganography or data hiding ([158]). Invisible data or information, imperceptible to human senses, are embedded in a digital media but detectable by appropriate software or devices. In fact, the invisible signal may include information about the identity of rights-holders or content providers, a serial number, the name of the author, or other information that a particular software or device could read to establish the exact origin of the digital data.

Even if it could be used for different purposes, like identifying the ownership, authenticating the content's integrity, ascertaining unauthorized distribution, or publication (fingerprinting) ([159]), there is not actually a type of watermarking capable of satisfying all its possible applications, and especially it cannot be used to prevent production of pirated copies. Pro-

---

encryption techniques, symmetric-key and public-key. In the former, the same key used to encrypt content is also used to decrypt it so that the key is universal and can be widely distributed. Choosing to rely on this techniques ensures higher speed in terms of computer processing, but it is also less secure if compared to public-key as if the key is intercepted during its transmission to the recipient and the code is broken, content becomes freely available. Public-key cryptography relies instead on two different keys, a public and a private one, the former being used to send content, the latter to decrypt it. Here, possession of the public key only is not sufficient to gain access to encrypted content. Generally, symmetric-keys are used to encrypt the message, whilst public-keys are used to send the key. The symmetric-key is used, for example, for pay-per-view television. For a full description of encryption technology, see *id.* at 283-95.

([158]) *See generally* CHUN-SHIEN LU, MULTIMEDIA SECURITY: STEGANOGRAPHY AND DIGITAL WATERMARKING TECHNIQUES FOR PROTECTION OF INTELLECTUAL PROPERTY (2005).

([159]) *See* DIGITAL DILEMMA supra note 1, at 296-299. Watermarks can be either "perceptible" or "imperceptible" by people, "fragile" or "robust." Fragile watermarking involves marking a file with a key associated to its creator. If the file has not been altered, using the same key to extract the file should result in obtaining the original watermark; otherwise will be obtained an error message, meaning that an alteration occurred. Robust watermarking works the same way but it makes provisions for changes to occur. If any alteration occurred, the watermark obtained after using the key to extract the file will only be "close" to the original. A particular kind of watermarking is fingerprinting. Here, digital objects are embedded with further information identifying the recipient. If the file is distributed without authorization, by extracting the original fingerprint it is possible to detect its original source.

grams like web-crawlers allow extensive searches over the Internet for documents digitally marked, and even though watermarking cannot control the use made of digitally marked works nor stop people from distributing them, unauthorized applications can be detected. With such evidence, rights-holders are then enabled to sue individuals for intellectual property rights infringement ([160]).

Finally, another type of protection measure is constituted by the "trusted systems." They strengthen content protection, involving both software and hardware in the control process by building security features like cryptographic signatures in personal computers. This solution would probably lead users to lose control over their machines, but it would also make copying more easily controlled by verifying that users are trustworthy ([161]). Trusted systems are essentially based on the principle of confidence between participants in an exchange, with the understanding that all parties concerned will accept certain rules. These rules are disposed to be related primarily with usage rights, such as the formats and the purposes for which the content may be used. In the case of encrypted and digitally signed CDs or DVDs, for example, in addition to this protection the same CD or DVD players could also be equipped with copy protection technology, so that they have to be played with a specific device able to verify the digital signature ([162]).

([160]) Content owners also rely on labeling, providing documents with a logo or a notice warning viewers about the uses allowed by the right holder. *Id.* at 299-300. Due to their purpose, they are generally visible, susceptible of alteration and do not offer enforcement of usage terms. *Id.* at 300.

([161]) *See* Jonathan Weinberg, *Hardware-Based ID, Rights Management, and Trusted Systems*, 52 STAN. L. REV. 1251, 1254-55 (2000). A step in this direction has already been made by the Trusted Computing Platform Alliance (TCPA) while Microsoft is currently preparing to release a version of Windows that would co-operate with TCPA technology. For a general discussion of TCPA, see DAVID SAFFORD, THE NEED FOR TCPA, IBM WATSON RESEARCH - GLOBAL SECURITY ANALYSIS LAB (Oct. 2002), http://www.research.ibm.com/gsal/tcpa/why_tcpa.pdf. A possible negative effect of such systems is little control of consumers over their computer, as well as invasion of privacy and blockage of innovation. Weinberg, *supra* note 161, at 1254-55.

([162]) *See* DIGITAL DILEMMA, *supra* note 1, at 167-71. A further example of a device embedded with "trusted system" is connected with Content Scrambling System (CSS). This is technology used by motion picture studios to encrypt DVD contents and to code contents with a geographic region feature. Only licensed devices — DVD players and DVD ROM drives, different for every region — can decrypt and play the DVD contents. The CSS decryption licenses, which permit consumer equipment manufacturers to embed keys to unlock the decrypted contents to play on their devices, require that content be sent only to authorized outputs. On the CSS technology and the Universal City Studios v. Corley lawsuit, see Nicola Lucchi, *Il Caso DeCSS: tra Libertà di Manifestazione del Pensiero e Diritto d'Autore*, 3 STUDIUM IURIS 381-88 (2002).

7. *Technological protection measures and consumer protection*

If we accept the thesis that contemporary transnational economy is in contrast with national legal orders, which are unable to rapidly conform to the changes of the society, we also have to accept the opinion that the contract is, without doubt, the principal instrument for legal innovation and legal standardization ([163]). In this sense acts like DMCA and EUCD are the typical examples that support this thesis. The consequent conclusion is that, because under current intellectual property law consumer's capacity to exercise legitimate rights or exceptions could be compromised, we need to concentrate on the aspects of consumer protection and fair contractual conditions. DRM- controlled applications, in fact, have the potential to formulate rules and to enforce contractual conditions ([164]), locking content beyond its copyright period or disrespecting existing exceptions, such as the right to make copies for private use ([165]). Therefore, contractual licensing of information or other standardized digital content transactions must be subject to the same legal limitations as other contracts, including the U.S. state law doctrine of unconscionability, general European consumer protection law and other traditional limitations on contractual rights ([166]). Consumer protection measures could play a useful role in reconciling the interest of intellectual property rights-holders and users. Unfortunately, the interaction between consumer protection and DRM, remain relatively unexplored because of early stage of the investigation among scholars ([167]).

As argued above, technological protection measures have a series of upsetting and unexpected uses. For example, most software programs are subject to End User License Agreements (hereafter: EULAs), and the common consumers'

([163]) *See* FRANCESCO GALGANO, LA GLOBALIZZAZIONE NELLO SPECCHIO DEL DIRITTO 93-94 (2005); On the relationship between Legal and Technical Standardization *see* Margaret J. Radin, Online Standardization and the Integration of Text and Machine, 70 FORDHAM L. REV. 1125, 1138 (2002).

([164]) *See extensively* GUIBAULT, *supra* note 125.

([165]) *See* Ottolia & Wielsch, *supra* note 15 (arguing that a contract or a license might be provided and signed by the user while acquiring the DRM).

([166]) *See* Association of American Publishers, *Contractual Licensing, Technological Measures and Copyright Law*, at http://www.publishers.org/home/abouta/copy/plicens.htm

([167]) A first interesting attempt has been made at the workshop entitled "Fair DRM Use" held on 28 May 2005 in Amsterdam. See Mara Rossini & Natali Helberger, *Fair DRM Use. Report on the 3rd INDICARE Workshop* Held on 28 May 2005 in Amsterdam; available at http://www.indicare.org/tiki-download_file.php?fileId=146; *see also* Lucie Guibault & Natali Helberger, *Consumer protection and Copyright Law*, available at http://www.ivir.nl/publications/other/copyrightlawconsumerprotection.pdf (last visited on Jan. 31, 2006).

attitude towards EULAs is to agree without reading them. But a EULA is a classic example of a contract of adhesion ([168]) that does not come as the result of a negotiation between the vendor and the user ([169]). A mass-market software company writes the EULA to license copies of their goods, so they can restrict their customers' rights of transfer and use. Essentially the only possibility for the end user is to take it or leave it. Well, DRM can be used to enforce EULA clauses or even policies that are not legally enforceable.

Generally, the use of technological protection measures could increase the power of rights-holders to set excessive conditions on the users. The combination of a contract and technological protection measures could represent a powerful mixture for a fully automated system of secure distribution, rights management, monitoring, and payment of protected content ([170]). So, DRM, *de facto*, could also be seen as the imposition of "unilaterally contractual terms and conditions." ([171]). When users access content protected by a technological protection measure, the content provider, in practice, imposes a contractual provision by a click-through or click-wrap ([172]) agreement ([173]).

"In this sense, technological protection measures can be considered a condition of the widespread use of contract-based distribution models on the Internet." ([174]). Therefore, the inequity that these measures introduce in the

---

([168]) *See* Robert A. Hillman & Jeffrey J. Rachlinski, *Standard-form Contracting in the Electronic Age*, 77 N.Y.U.L. REV. 429 (2002) (remarking the easy adaptation of traditional contract law to electronic transactions).

([169]) On EULA *see* John J.A. Burke, *Reinventing Contract*, 10 MURDOCH U. ELEC. J.L. 2, ¶ 18 (2003), http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v10n2/burke102_-text.html; Robert W. Gomulkiewicz & Mary L. Williamson, *A Brief Defense of Mass Market Software License Agreements*, 22 RUTGERS COMPUTER & TECH. L.J. 335 (1996).

([170]) *See* P. Bernt Hugenholtz, *Copyright and Electronic Commerce: An Introduction*, *in* COPYRIGHT AND ELECTRONIC COMMERCE, *supra* note 154, at 1, 2.

([171]) De Werra, *supra* note 142, at 244. Other commentators have criticized this approach. *See* Margaret Jane Radin, *Regulation by Contract, Regulation by Machine,* 160 J. INST. THEORETHICAL ECON. 1, 12 (2004) (stating that DRM is a replacement for contract).

([172]) Under this legal fiction, the consumer can agree to the terms of contract in a very similar way to the shrink-wrap license. On the latter form of licensing agreement, see Mark A. Lemley, *Intellectual Property and Shrinkwrap Licenses*, 68 S. CAL. L. REV. 1239 (1995).

([173]) Some commentators argue that, even if "DRM usage contracts are usually made over the Internet and are therefore not shrink-wrap licenses in the strict sense . . . [they could be] analogized . . . to their online counterpart: the so-called 'click-wrap' licenses." Bechtold, *supra* note 138, at 343 (remarking also that "[m]ost DRM usage contracts are such click-wrap licenses"). On the electronic contracting environment, see Hillman & Rachlinski, *supra* note 168, at 464.

([174]) De Werra, *supra* note 142, at 250.

different positions should be considered by policymakers if they want to support this kind of business model ([175]). Some commentators have reasonably argued that, unless the legislature clarifies the issue, "the copyright regime would succumb to mass-market licenses and technological measures." ([176]). It will be necessary, for example, to reconsider the norms protecting consumers and weak contracting parties, particularly dealing with a contract able to impose unlimited restrictions on the contents. As already done in other similar situations, it is necessary to rebalance the function of copyright law, or rather, to identify the limits of contracts as means to exploit intellectual property rights. Otherwise, the risk is that consumers will lose all the privileges granted under its regime ([177]).

One of the consequences of the use of technological protection measures is that any rights that consumers may have under copyright law could be replaced by a commercial agreement between the parties with a modifying consequence on the balance of rights ([178]). There is, then, an essential contradiction: if the technological measures against copying are legal, and, at the same time, the private copy is legal too, what kind of solution is possible? The issue is that users are not allowed to eliminate the legal protection to make their legal copies. In fact, even when consumers have the right to make private copies, technological protection measures can effectively hinder consumers in exercising these rights. The legal environment seems to support this bad practice because rights-holders are not legally obliged to assist a user in exercising his right of copying for private use. As a consequence, that right becomes illusory ([179]).

A possible solution could be to see DRM systems as means to put into effect a contract between the content provider and the end user in a very similar way to "shrink-wrap licenses" for computer software ([180]). The latter

---

([175]) For an European perspective on whether copyright limitations and exceptions can be contracted or overridden through contract law or technological protection devices see Lucie M.C.R. Guibault, *Contracts and Copyright Exemptions*, *in* COPYRIGHT AND ELECTRONIC COMMERCE, *supra* note 154, at 125, 149-52.

([176]) *Id.* at 160.

([177]) De Werra *supra* note 142, at 244.

([178]) ROSENBLATT ET AL., *supra* note 148, at 46.

([179]) *See* European Consumers' Organisation, *Digital Rights Management*, BEUC/X/025/2004, Sep. 15, 2004 [hereinafter DRM-BEUC Position Paper], http://europa.eu.int/information_society/eeurope/2005/all_about/digital_rights_man/doc/beuc.pdf.

([180]) *See* Bechtold, *supra* note 138, at 342 (arguing that DRM usage contracts are employed to establish contractual privity between providers and individual consumers in a mass market protecting content not only by technology, but also by contract). On the increasing use of licensing, see DIGITAL DILEMMA, *supra* note 1, at 34. But *see contra* Radin, *supra* note 171,at 12 (stating that DRM is a replacement for contract).

issue will be to set the limit on infringement, that is, if it could be identified as a simple contractual infringement concerning civil law with a private nature, or as a criminal offense. It is necessary to keep in mind the fact that the problem of intellectual property exceeds simple private agreements. It is essential to mention explicitly the contractual obligations of the content user.

Transactions supervised and enforced by technological protection measures in addition to this type of contract could alter the balance of rights between rights-holders and consumers ([181]), in particular because, in the U.S. systems, "some types of technologically-enforced rights transactions supersede the limits of fair use and the first sale doctrine." ([182]). Nevertheless, DRM, when seen as a contract, could be used to protect contents that are not subject to intellectual property rights protection ([183]), and could also erect barriers not only at the entrance level. DRM has the potential to set up an exit barrier because it does not know when copyright terms expire. Thereby it exercises the same control on works that should exit copyright, hampering their entry into the public domain and establishing a *de facto* unending copyright protection ([184]).

In general, a content transaction could be identified as license or as sale ([185]), but the controversial nature of the distinction between a license and sale, when applied to the technology world, could make this doctrinal dispute more confused ([186]). However, the main difference is that in the first case the content transaction falls under contract law while in the second it falls under copyright

---

([181]) *See* Dan L. Burk, *DNA Rules: Legal and Conceptual Implications of Biological "Lock-Out" Systems*, 92 Calif. L. Rev. 1553, 1564 (2004) (observing that implementing technical constraints on access to and use of digital information, a copyright owner can effectively supersede the rules of intellectual property law); ELKIN-KOREN, *supra* note 148.

([182]) Codified at 17 U.S.C. § 107 (1992); 17 U.S.C. § 109(a) (1997); ROSENBLATT et al., *supra* note 148, at 46.

([183]) *See* ProCD, Inc. v. Zeidenberg, 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996). In this case the court upheld a shrinkwrap license agreement that would protect the plaintiff's CD-ROMs of telephone listings from being posted on the Internet although the Supreme Court had said that this kind of material could not be protected by copyright. *See* Feist Publ'ns, Inc. v. Rural Tel. Servs. Co, 499 U.S. 340 (1991). On the argument and for examples of contractual terms that conflict with copyright law, see Mark A. Lemley, *Beyond Preemption: The Law and Policy of Intellectual Property Licensing*, 87 CAL. L. REV. 111, 125-26, 132 (1999). *See also* Elkin-Koren, *supra* note 148.

([184]) *See* John R. Therien, *Exorcising the Specter of a "Pay-Per-Use" Society: Toward Preserving Fair Use and the Public Domain in the Digital Age*, 16 BERKELEY TECH. L.J. 979, 994 (2001).

([185]) *See* Raymond T. Nimmer, *Intangibles Contracts: Thoughts of Hubs, Spokes, and Reinvigorating Article 2*, 35 WM. & MARY L. REV. 1337, 1345-46 (1994) (discussing distinctions between sales of tangible goods and licenses of intangible software under U.C.C. Article 2).

([186]) *See* RAYMOND T. NIMMER, THE LAW OF COMPUTER TECHNOLOGY: RIGHTS, LICENSES, LIABILITIES § 6:1 (3d ed. 1997).

law ([187]). In the United States systems, the relationship between copyright law and contract law is quite debated because copyright is a federal matter governed by federal law while contract law is state law, and states cannot limit or expand copyright rights through state law ([188]). In the United States system, in fact, the preemption doctrine is in force. It is a constitutional principle, codified in 17 U.S.C. 301, under which Congress may impose its intent to totally or partially supplant state law ([189]). In practice, states do not have the constitutional authority to legislate on some subject just to save the unifying function of federal law. In the copyright framework, preemption can have effect when federal law diverges from state contract law ([190]) in order to "guarantee[ ] a homogeneous federal copyright law system that does not leave any vague areas between state and federal protection." ([191]). This implies that in the United States this principle could be strictly related to the contractual extension of copyright rights beyond those granted by the Copyright Act, or the reduction of the rights that users have conventionally benefited from apart from contract ([192]).

In this sense, some commentators assert that preemption could play an important role in solving the conflict between contract and copyright law ([193]), but cannot and will not solve the problem alone ([194]).

([187]) *See* ROSENBLATT ET AL., *supra* note 148, at 48 (arguing that the tension between copyright and contract law affects the balance that copyright law seeks to strike).

([188]) The U.S. system uses the preemption doctrine, i.e. a constitutional principle codified in 17 U.S.C. § 301, stating that copyrighted material is governed exclusively by this title and it preempts "the common law or statutes of any State."

([189]) The principle derives from the Supremacy clause:

> This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.

U.S. CONST. art. VI, cl. 2.

([190]) On the relationship between copyright and contract law pre-emption, see Elkin-Koren, *supra* note 148; I. Trotter Hardy, *Contracts, Copyright, and Preemption in a Digital World*, 1 RICH. J.L. & TECH. 2 (1995), http://www.richmond.edu/jolt/v1i1/hardy.html; Lemley, *supra* note 183; Maureen A. O'Rourke, *Copyright Preemption After the ProCD Case: A Market-Based Approach,* 12 BERKELEY TECH. L.J. 53 (1997); Maureen A. O'Rourke, *Striking a Delicate Balance: Intellectual Property, Antitrust, Contract and Standardization in the Computer Industry*, 12 HARV. J.L. & TECH. 1 (1998); *see also* Nimmer, *supra* note 91.

([191]) Elkin-Koren, *supra* note 148, at 102 n. 45.

([192]) *See* Hardy, *supra* note 190.

([193]) One of the most eloquent court decisions applying the copyright preemption doctrine to contract law is the case ProCD, Inc. v. Zeidenberg, 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996). For a plain analysis of this decision, see Elkin-Koren, *supra* note 148.

([194]) *See* Lemley, *supra* note 183, at 136.

However, the main issue is to decide if DRM could be seen as a contract between buyer and seller. In this case, in the United States systems, federal copyright law is not involved because the relation is based on contract law. This also implies that, after the expiration of copyright, the right holder would no longer have any right under copyright law, but the contract could still be effective and enforceable despite the expiration. It is interesting to note that the problem concerning use of contracts to create a private copyright protection was already pointed out in the same DMCA Report. It stated that:

> [T]he movement at the state level toward resolving questions as to the enforceability of non-negotiated contracts coupled with legally-protected technological measures that give right holders the technological capability of imposing contractual provisions unilaterally, increases the possibility that right holders, rather than Congress, will determine the landscape of consumer privileges in the future ([195]).

On the other hand, in the EC system, the tension between contract law and copyright is much less perceived, probably because in Europe the regulation of contractual practices in the matter of copyright is not unusual, even if freedom of contract is the general rule while contractual restraints is the exception ([196]). However the relationship between copyright exemptions and usage contracts is still quite ambiguous ([197]): in fact, in addition to the mandatory provisions of the Directives on computer programs ([198]) and databases ([199]), the same copyright law suggests a "little guidance for the determination of the validity of a contract that restricts the lawful exercise of a limitation on copyright." ([200]). In this context, it is evident also in con-

---

([195]) U.S. COPYRIGHT OFFICE, DMCA SECTION 104 REPORT, at xxxi-ii (2001) *available at* http://www.egov.vic.gov.au/pdfs/sec-104-report-vol-1.pdf. This report was issued following the DMCA mandate of section 104, to evaluate the effects of the amendments made by the DMCA on the operation of sections 109 and 117 of the Copyright Act, with regard to digital technologies.

([196]) For a European point of view on the relation between contract and copyright law, see Lucie Guibault, *Pre-emption Issues in the Digital Environment: Can Copyright Limitations be Overriden by Contractual Agreements Under European Law*, *in* MOLENGRAFICA N. 11. EUROPEES PRIVAATRECHT. OPSTELLEN OVER INTERNATIONALE TRANSACTIES EN INTELLECTUELE EIGENDOM, 225, 226-27 (F.W. Grosheide & K. Boele-Woelki eds., 1998).

([197]) *See* Bechtold, *supra* note 138, at 366.

([198]) Council Directive 91/250/EEC, On the Legal Protection of Computer Programs, 1991 O.J. (L 122).

([199]) Council Directive 96/9/EC, On the Legal Protection of Databases, 2001 O.J. (L 167).

([200]) *See* GUIBAULT, *supra* note 125, at 214; *see also* de Werra, *supra* note 142, at 318.

tinental Europe that there is an increasing inclination within the market to create private copyright protection through contract (201). In addition, some commentators underlined that also copyright law can contribute to setting a standard of consumer protection, even if copyright law is not explicitly intended to protect consumers (202). For example the US Digital Millennium Copyright Act includes provisions stipulating exceptions to the protection of technological measures for reasons of privacy or parental control (203), provisions that are undoubtedly consumer-oriented (204). Moreover traces of consumer protection could be found also in the European copyright systems (205): in fact Art. 6.4 of the EUCD can be interpreted to serve some consumer interests because it encourages right-holders to voluntarily adopt any measure deemed necessary "to make available to the beneficiary of an exception or limitation..., the means of benefiting from that exception or limitation..." (206) and invites Member States to ensure compliance (207).

As observed by the Bureau Européen des Unions de Consommateurs (BEUC), the current course of DRM development "seems to aim at creating a new relationship between right holders and consumers, with altered consumer rights, freedoms and expectations and towards the general replacement of copyright law with contract law and codes." (208). The question is directly related to the cases in which the contract is shaped not as the consequence of negotiation between parties, but rather as a form of imposition of unilaterally defined contractual terms and conditions. In this case, in fact, the licensor is effectively using the contract, the license, to manage his

---

(201) For an analysis of this inclination within the European scene, see generally GIOVANNI PASCUZZI & ROBERTO CASO, I DIRITTI SULLE OPERE DIGITALI: COPYRIGHT STATUNITENSE E DIRITTO D'AUTORE ITALIANO (2002); ROBERTO CASO, DIGITAL RIGHTS MANAGEMENT: IL COMMERCIO DELLE INFORMAZIONI DIGITALI TRA CONTRATTO E DIRITTO D'AUTORE (2004).

(202) Pamela Samuelson, *quoted in Fair DRM Use*. Report on the 3rd INDICARE Workshop, *supra* note 167, at 12-13.

(203) *See* 17 U.S.C.A 1201(h), (i).

(204) *See* Samuelson, *supra* note 40, at 542 (arguing that DMCA created two consumer-oriented exceptions, one to enable parents to circumvent access controls when necessary to protect their children from accessing harmful material on the Internet, and the other to enable circumvention to protect personal privacy).

(205) *See* Rossini & Helberger, *supra* note 167, at 13.

(206) "...to the extent necessary to benefit from that exception or limitation and where that beneficiary has legal access to the protected work or subject-matter concerned." Council Directive 2001/29, art. 6, 2001 O.J. (L 167) 10, 17-18 (EC).

(207) For a detailed discussion on the structure of Article 6.4 of the E.U. Copyright Directive, see Alvise Maria Casellati, *supra* note 139, at 372-77.

(208) DRM-BEUC Position paper, *supra* note 179, at 3.

rights. Furthermore, in the DRM contract structure, technology has the power to enforce the terms of the contract without any support of the legal system, and, in general, it does not support business models based upon the first-sale doctrine ([209]), disabling consumers from reselling material.

What we see in the contractual structure of DRM is something similar to a standard form contract that is already popular in commercial and consumer transactions and particularly diffused in technological transfers, licensing intellectual property and service agreements ([210]).

The American legal system, generally, has allowed the use of these kinds of agreements and has enforced their terms ([211]). Federal and state legislatures have enacted statutes to protect the consumer against aggressive contracting and his own ignorance in certain transactions ([212]). Furthermore, in the common law systems there is in force the "doctrine of unconscionability" ([213])

([209]) *See* Burk, *supra* note 131, at 1100 (citing David Nimmer et. al., *The Metamorphosis of Contract into Expand*, 87 CAL. L. REV. 17, 137 (1999), arguing that licensing a work may be attractive to a copyright holder because the first sale doctrine does not apply if a copy of a work is leased rather than sold).

([210]) DRM has been defined as "a souped-up standard form contract". Ian Kerr & Jane Bailey, *The Implications of Digital Rights Management for Privacy and Freedom of Expression,* 2 INFO. COMM. & ETHICS IN SOC'Y, 87, 89 (2004).

([211]) For an overview of standard terms in American law, see EDWARD ALLAN FARNSWORTH, CONTRACTS (4th ed. 2004).

([212]) *See* BURKE, *supra* note 169.

([213]) Codified in UCC § 2-302 (1978).

> If the court as a matter of law finds the contract or any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result.
> When it is claimed or appears to the court that the contract or any clause thereof may be unconscionable the parties shall be afforded a reasonable opportunity to present evidence as to its commercial setting, purpose and effect to aid the court in making the determination.

Id.

It is found also in general contract law: see Restatement 2d of Contracts, § 208:

> If a contract or term thereof is unconscionable at the time the contract is made a court may refuse to enforce the contract, or may enforce the remainder of the contract without the unconscionable term, or may so limit the application of any unconscionable term as to avoid any unconscionable result.

For more regarding unconscionability, see Arthur Allen Leff, *Unconscionability and the Code-The Emperor's New Clause*, 115 U. PA. L. REV. 485, 505 (1967) (coining the terms "procedural" and "substantive" unconscionability); Richard Craswell, *Property Rules and Liability Rules in Unconscionability and Related Doctrines*, 60 U. CHI. L. REV. 1 (1993); Richard A. Epstein, *Unconscionability: A Critical Reappraisal*, 18 J. LAW & ECON. 293 (1975); Russell Korobkin, *Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability*, 70 U. CHI. L. REV. 1203, (2003); Eric A. Posner, *Contract Law in the Welfare State: A Defense of the Unconscionability Doctrine, Usury Laws, and Related Limitations*

with the effect of extending the protection of weak contractual parties as far as possible ([214]), giving judges the power to determine boundaries of this remedy ([215]). The doctrine of unconscionability provides a way for courts to control unfair contracts and contract conditions. It allows a court to prevent the enforcement of a contract, or specific provisions, if the judge, without any jury, finds that the contract or any part of the agreement has to have been unconscionable at the time that it was made. The problem with unconscionability as a legal doctrine comes in determining the meaning of the unconscionability. The U.C.C., in fact, does not define it. Courts have describe it as "an absence of meaningful choice on the part of one of the parties together with contract terms that are unreasonably favourable to the other party" ([216]). However, Courts have demonstrated a reluctance to find unconscionability in standard commercial transactions ([217]) but, it is indubitable that this institution may be able "to enlarge the spectrum of protection available to the consumer, being an incisive and effective legal instruments against

---

On The Freedom to Contract, 24 J. LEGAL STUD. 283 (1995); John A. Spanogle, *Analyzing Unconscionability Problems*, 117 U. PA. L. REV. 931 (1969); Carol B. Swanson, *Unconscionable Quandary: U.C.C. Article 2 and the Unconscionability Doctrine*, 31 N.M. L. REV. 359, 367 (2001). On the relation between contract and intellectual property, see Lemley, *supra* note 183, at 151-58 (1999); Nimmer, *supra* note 92.

([214]) *See* DAVID W. SLAWSON, BINDING PROMISES: THE LATE 20TH- CENTURY REFORMATION OF CONTRACT LAW 57 (1996) (describing the doctrine's introduction in the 1960s and subsequent adoption); *see also* Hillman & Rachlinski, *supra* note 168, at 456 (noting that unconscionability doctrine "affords courts considerable discretion to strike unfair terms directly rather than covertly by stretching less-applicable rules in order to reach a fair result").

([215]) *See* Cristiana Cicoria, *The Protection of the Weak Contractual Party in Italy vs. United States Doctrine of Unconscionability. A Comparative Analysis*, 3 GLOBAL JURIST ADVANCES (2003), *available at* http://www.bepress.com/gj/advances/vol3/iss3/art2. The doctrine of unconscionability is a doctrine of contract law that makes a contract term unenforceable when is demonstrated the occurrence of both procedural and substantive unfairness. *See* Black's Law Dictionary, 6th Ed., 1524. For the distinction of these two kind of unconscionability, see Leff, *supra* note 213, at 487-488.

([216]) Williams v. Walker-Furniture Co., 350 F.2d 445, 449 (D.C. Cir. 1965). Unconscionability has been recognized also as the absence of meaningful choice on the part of one party due to one-sided contract provisions, together with terms which are so oppressive that no reasonable person would make them and no fair and honest person would accept them. See Fanning v. Fritz's Pontiac-Cadillac-Buick. Inc., 322 S.C. 399, 472 S.E.2d 242, 245 (S.C. 1996).

([217]) JAMES J. WHITE & ROBERT S. SUMMERS., HANDBOOK OF THE LAW UNDER THE UNIFORM COMMERCIAL CODE 474 (2d ed. 1980) 474 ("findings of unconscionability should be rare in commercial settings"); *see also* Sandra J. Levin, *Examining Restraints on Freedom to Contract as an Approach to Purchaser Dissatisfaction in the Computer Industry*, 74 CAL. L. REV. 2101, 2108 (1986) (asserting that "courts have exhibited a reluctance to find unconscionability in standard commercial transactions"); Lewis A. Kornhauser, *Unconscionability in Standard Forms*, 64 CAL. L. REV. 1151, 1153-57 (1976).

unequal bargaining, and abuse of superior contractual position" ([218]). In addition to the unconscionability doctrine, also contract law offers guaranties and protection from potentially unfair clauses in standard form contracts ([219]). Particularly in the case of standardized agreements, the rule of the section 208 of the Restatement (second) of contracts permits the court to pass directly on the unconscionability of the contract or clause rather than to avoid unconscionable results by interpretation ([220]).

On the other hand, the EC framework is based on a set of rules incorporated in the Council Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts ([221]). This Directive invalidates standardized terms that are unfair and result in a significant imbalance of obligations between the parties to the detriment of the consumer ([222]). It also contains a non-exclusive grey list of unfair terms. The EC Directive sets only a minimum baseline, while every EC Member State has national consumer legislation that protects the adherent to standardized conditions. The Commission has, in fact, stated, that "general contractual terms and conditions aim to replace the legal solutions drawn up by the legislator and at the same time to replace the legal rules in force in the Community by unilaterally designed solutions with a view to maximizing the particular interests of one of the parties." ([223]). This Directive offers some level of protection only to consumer defined in the Regulations as "any natural person who, in contracts covered by these Regulations, is acting for purposes which are outside his trade, business or profession" ([224]). A term included in a standard form contract could be presumed unfair if it produces a "significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract to the detriment of the consumer" ([225]).

([218]) *See* Cicoria, *supra* note 215, at 7.

([219]) Restatement 2d of Contracts, § 208. *See generally* John E. Murray, Jr., *The Standardized Agreement Phenomena in the Restatement (Second) of Contracts*, 67 CORNELL L. REV. 735, 762-79 (1982).

([220]) Restatement 2d of Contracts, § 208 cmt. a.

([221]) Council Directive 93/13/EEC, On Unfair Terms in Consumer Contracts, 1993 O.J. (L95/29).

([222]) The Directive applies only to consumer transactions: i.e. those involving an individual who acquires products for her own personal consumption and not for business or professional use. *Id.*

([223]) Report from the Commission On the Implementation of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Terms in Consumer Contracts, at 13 (Apr. 27, 2000), *available at* http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/unf_cont_terms/uct03_en.pdf.

([224]) Council Directive 93/13/EEC, art. 2(b).

([225]) *See* GUIBAULT, *supra* note 125, at 254.

Also the Distance Contract Directive ([226]) and the Electronic Commerce Directive ([227]) could be applied to products and services offered through on-line contracting and that may include a DRM system ([228]). Both Directives, in fact, include transparency provisions that oblige the provider to comply with the requirements relating to the such information about the main characteristics of the goods or services, the prices, the right of withdrawal, the contract terms and the general conditions. In particular the Distance Contract Directive grants consumers the right to withdraw from certain contracts with a supplier when the contract formation takes place without physical presence of contractual parties ([229]). In this type of contract, the consumer must receive written confirmation or confirmation in another durable medium, such as electronic mail, at the time of performance of the contract. Supplier is obliged to inform consumer in writing about: arrangements for exercising the right of withdrawal; place to which the consumer may address complaints; information relating to after-sales service; conditions under which the contract may be rescinded ([230]). The Electronic Commerce Directive introduces legal certainty by requiring the exchange of certain information in connection with the conclusion of such contracts, in particular it requires online suppliers to inform consumers about the name, geographic and electronic address of the provider of the service ([231]), a clear and unambiguous indication of the price ([232]), indication on any relevant codes of conduct and information on how those codes can be consulted electronically ([233]) and, finally, the contract terms and general conditions provided to the recipient available in a way that allows him to store and reproduce them. Although these Directives does not expressly deal with copyright licenses, scholars suggest the possibility to

---

([226]) Council Directive 97/7/EC, On the Protection of Consumers in Respect of Distance Contracts, 1997 O.J. (L 144).

([227]) Council Directive 2000/31/EC, On Certain Legal Aspects of Information Society Services, in Particular Electronic Commerce, in the Internal Market 2000 O.J. (L 178).

([228]) *See* Guibault & Helberger, *supra* note 167, at 10-14; *See generally* Natali Helberger, *Digital Rights Management from a Consumer's Perspective*, 8 IRIS PLUS (2005), *available at* http://www.obs.coe.int/oea_publ/iris/iris_plus/iplus8_2005.pdf.en.

([229]) Council Directive 97/7/EC, art. 6.1.

([230]) To comply with this regulation, some European music stores have already granted customers the right to return downloaded digital music within seven days. *See* Gasser, *supra* note 47, at 21.

([231]) Council Directive 2000/31/EC, art. 5.1.

([232]) *Id.* at art. 5.2.

([233]) *Id.* at art. 10.2.

extend these regulations to goods and services offered through click-wrap licenses over the Internet ([234]).

If we can accept these patterns as a reasonable solution for the situation of conflict between the two opposing rights, we can probably find a resolution to intellectual property disputes over digital content, different from the difficult legislative options.

We have to decide if we want all content rights transactions to fall under contract instead of copyright law, and, if yes, we have to find remedies to protect the consumer's rights. "Consumer contracts governing the use of digital material," in particular, "must be fair and transparent" ([235]) and, probably, the application of general consumer protection law could immediately offer an effective solution to reduce imbalance between parties.

8. *Conclusions*

We have demonstrated how new communication technologies have increased the difficulties of maintaining a balance between the inherently contradictory interests of intellectual property rights-holders and the general public. In particular, we have observed how access to digital content and information is not only an economic problem, but also a cultural, social and political issue ([236]).

We have also illustrated that different forms of government intervention have not removed inequalities but, on the contrary, have brought about detrimental side effects for consumers because they have compromised the capacity to exercise legitimate consumer rights, such as the private use exemption, by giving content owners extralegal protection for their works. The legislative solutions under U.S. and EC law have expanded the legislative boundaries of intellectual property rights and embedded technical and contractual constraints into digital media ([237]). Furthermore, these acts have caused an inappropriate delegation of governmental decision making to a non-governmental entity with a consequent privatization of the government's role in protecting intellectual property and in setting technical standards for digital infrastructure and interoperability ([238]).

([234]) *See* GUIBAULT, *supra* note 125, at 302-304; Gasser, *supra* note 47, at 21-22.

([235]) DRM-BEUC Position Paper, *supra* note 179, at 3.

([236]) *See* Helberger, *supra*, note 228, at 3.

([237]) *See* BILL ROSENBLATT & GAIL DYKSTRA, INTEGRATING CONTENT MANAGEMENT WITH DIGITAL RIGHTS MANAGEMENT (2003), http://www.xrml.org/reference/CM-DRMwhitepaper.pdf.

([238]) *See* Ghosh, *supra* note 11, at 395;

The adopted legislation makes a persuasive argument for considering limits on freedom of contract ([239]) in the framework of intellectual property licensing agreements because contractual arrangements distort copyright policy ([240]) while technological protection measures ([241]) make possible "a regime that is very similar in its nature to a property regime." ([242]). In fact, when rights-holders are free to use contractual obligations to restrict use, and are then able to exercise their rights to prevent any use that is not subject to these restrictions, they can obtain an absolute monopoly over their works ([243]). In other words, we can assert that the privatization of information is the result of the powerful normative effect exerted by technology, but with the concurrent liability of government regulation. However, we have verified that obligations set out in current consumer protection law, especially European ones, could contribute, even if only partially, to provide information and protection in relation to transaction done by means of electronic instruments and involving DRM technology.

ABSTRACT

The article argues that the anti-circumvention provisions for technological protection measures and digital rights management systems enacted in the United States and in Europe compromise the consumer's capacity to exercise legitimate rights, such as the private use exemption, by giving content owners extralegal protection for their works. It also analyses how these acts have caused an inappropriate delegation of governmental decision making to a non-governmental entity with a consequent privatization of the government's role in protecting intellectual property and in setting technical standards for digital infrastructure and interoperability.

L'articolo osserva come le misure anti-elusione poste a difesa della misure tecnologiche di protezione e dei sistemi di gestione dei diritti digitali adottate sia negli Stati Uniti che in Europa a difesa dei contenuti digitali, compromettono l'esercizio, da parte dei consumatori, delle libere utilizzazioni delle opere dell'ingegno,

---

([239]) For a discussion of the different levels of freedom of contract, see MICHAEL J. TREBILCOCK, THE LIMITS OF FREEDOM OF CONTRACT (1997).

([240]) While "copyright law defines entitlements protected under a property rule, and therefore creates rights in rem . . . Contract law, by contrast, only creates rights against parties to the contract." Elkin-Koren, *supra* note 148, at 102. The same concept is demonstrated in the case ProCD, Inc. v. Zeidenberg, 86 F.3d 1447, 1454 (7th Cir. 1996).

([241]) See the distinction among access control and right control *supra* note 154, and accompanying text.

([242]) Elkin-Koren, *supra* note 148, at 104.

([243]) *Id.* at 112.

concedendo ai titolari dei diritti una tutela extra-giuridica. L'articolo analizza come tali provvedimenti normativi abbiano, di fatto, impropriamente delegato ai privati un potere di decisione tradizionalmente spettante allo stato, determinando una privatizzazione del potere di stabilire il grado di protezione dei diritti di proprietà intellettuale, nella scelta degli standard tecnici da adottare e nel grado di interoperabilità tra sistemi di protezione.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova serie. Vol. XIX (2005)

GIOVANNI TUZET

DIRITTO E LETTERATURA: FINZIONI A CONFRONTO

How is poetry to interpret valuable meanings of life, how to animate to the execution of them; how is it to be kept from the evils that threaten it, from the frivolous, the sensual, the artificial? [...] Truth, and truth alone, can do this.

(J. Dewey)

1. *L'arte della giurisprudenza e il potere delle lettere*

Perché scrivere su diritto e letteratura? Perché guardare al diritto in termini letterari? O perché, più curiosamente ancora, guardare alla letteratura in termini giuridici? Per pensare la letteratura con più rigore e il diritto con più immaginazione, è la ragione che trovo più suggestiva e preferisco. Ma non è la sola. Per arricchire la conoscenza del diritto attraverso la conoscenza della letteratura, è un'altra importante ragione.

Nel corso del Novecento ma non solo, molti autori hanno adottato questi approcci. L'idea da cui muovono gli studi su diritto e letteratura è quella di confrontare il diritto con altre discipline, le pratiche giuridiche con altre pratiche, il sapere giuridico con altri saperi, per metterne in luce aspetti altrimenti in ombra. Una delle forme in cui l'idea si è declinata è appunto quella di un confronto fra diritto e letteratura; negli Stati Uniti, dove l'idea ha conosciuto una particolare fioritura, si è dato il nome di *Law and Literature* alla corrente di studi che ne sono nati. Risalendo ai primi decenni del secolo scorso si possono ricordare i nomi di John Wigmore e Benjamin Cardozo; per venire ai nostri anni quelli di Richard Weisberg, Richard Posner e Richard Rorty (1). Più spesso si tratta di giuristi con interessi letterari che di letterati

(1) Per il dibattito americano, vedi G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto* (1995), ed. it. a cura di M. Barberis, Il Mulino, Bologna, 2001, cap. 8. Per una ricostruzione più ampia, comprendente le discussioni europee nel corso del Novecento, vedi A. SANSONE, *Diritto e letteratura. Un'introduzione generale*, Giuffrè, Milano, 2001.

con interessi giuridici. Ma non mancano linguisti che analizzano il linguaggio giuridico e la sua semiotica ([2]).

Si tratta di una corrente di studi omogenei nel metodo e nei contenuti? Niente affatto. Gli studi che si usano collocare in tale corrente sono molto diversi fra loro. Ciò nonostante una partizione generale può esserne fatta. Grosso modo, si possono distinguere due tipi di approcci: 1) l'approccio che studia il diritto *nella* letteratura (*Law in Literature*); 2) l'approccio che studia il diritto *come* letteratura (*Law as Literature*).

Il primo consiste nell'analisi, descrizione, interpretazione dei temi giuridici presenti in opere letterarie: descrizione di come i letterati vedono il diritto, dei problemi giuridici affrontati in certe opere, degli ideali giuridico-politici evocati attraverso scritti letterari. Ad esempio, lo studio dei profili giuridici di un'opera come *Il processo* di Kafka.

Il secondo approccio, invece, consiste nell'analisi e descrizione degli aspetti letterari delle pratiche giuridiche: descrizione delle tecniche retoriche degli avvocati, degli aspetti linguistici e letterari delle sentenze, degli aspetti estetici delle dottrine giuridiche. Ad esempio, in un contesto di *common law*, lo studio delle qualità letterarie di celebri opinioni giudiziali ([3]).

Ci si può chiedere quali siano le premesse di tali approcci. Secondo la ricostruzione di Gary Minda, il movimento noto come *Diritto e Letteratura* si definisce essenzialmente sulla base di due premesse: la prima consiste nell'aspetto etico del diritto, la seconda nella natura linguistica che accomuna diritto e letteratura.

> Una delle principali premesse dottrinali di questo movimento è che lo studio della letteratura è utile per analizzare la natura etica del diritto: che il pensiero e la pratica letterari hanno cose da dire sui temi umani nel diritto. Un'altra premessa è che diritto e letteratura sono intimamente collegati, poiché entrambi dipendono dal linguaggio e da un modo di leggere, scrivere e parlare che comporta pratiche interpretative simili ([4]).

La prima premessa è alla base della prospettiva del diritto *nella* letteratura. La seconda alla base della prospettiva del diritto *come* letteratura. La prima, secondo Minda, può dare luogo ad una *teoria letteraria del diritto*. La seconda ad una *teoria interpretativa del diritto* sul modello della critica

---

([2]) Si possono segnalare in tal senso, nella letteratura italiana recente, questi due lavori: B. MORTARA GARAVELLI, *Le parole e la giustizia. Divagazioni grammaticali e retoriche su testi giuridici italiani*, Einaudi, Torino, 2001; M.A. CORTELAZZO e F. PELLEGRINO, *Guida alla scrittura istituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 2003.

([3]) Si ritiene che John Wigmore abbia iniziato il filone di ricerche noto come *Law in Literature* e che Benjamin Cardozo abbia iniziato il filone noto come *Law as Literature* (cfr. A. SANSONE, *op. cit.*, pp. 15-18).

([4]) G. MINDA, *op. cit.*, p. 248.

letteraria ([5]). Analogamente, in uno dei pochi studi complessivi su diritto e letteratura apparsi nella letteratura italiana, Arianna Sansone definisce tale corrente attraverso la delimitazione del campo di indagine.

> Il campo del *diritto e letteratura* si occupa, in via generale, della ricognizione di aspetti della problematica e dell'esperienza giuridica esposti nelle opere letterarie e dell'esame del contributo della letteratura nella formazione della cultura giuridica. Esso si occupa, inoltre, della valutazione di ipotesi di estensione dei metodi della critica letteraria all'analisi del ragionamento giuridico e all'interpretazione della norma giuridica e della sentenza giudiziaria ([6]).

In questa definizione sono presenti entrambi gli approcci, il diritto *nella* letteratura e il diritto *come* letteratura. La distinzione è peraltro suscettibile di essere precisata o modificata sulla base di più articolate considerazioni. Minda ne precisa ad esempio tre forme ([7]):

a) la forma *letteraria*, che studia le rappresentazioni del diritto nelle opere letterarie (diritto *nella* letteratura);
b) la forma *interpretativa*, che studia le (comuni) modalità interpretative dei testi giuridici e letterari (una forma di diritto *come* letteratura);
c) la forma *narrativa*, che studia la struttura narrativa del diritto (un'altra forma di diritto *come* letteratura).

Per la terza di queste forme, in particolare, il diritto e le teorie giuridiche non sono che *storie* da leggere in connessione con altre storie. Sansone distingue invece cinque prospettive ([8]):

([5]) Sembra peraltro che l'attenzione di Minda sia rivolta piuttosto alla prima prospettiva. "Gli appartenenti al movimento credono che la fondamentale dimensione umana del diritto moderno possa essere scoperta attraverso lo studio dei grandi lavori della letteratura, della critica letteraria e dell'interpretazione narrativa. In entrambi i casi, il testo narrativo e gli studi letterari sono diventati strumenti efficaci per cogliere l'elemento umano mancante negli studi giuridici. Si potrebbe dire che il movimento «Diritto e letteratura» prosegua il progetto moderno dell'Illuminismo offrendo un fondamento unico ed umanistico al diritto: considerare seriamente l'umanità sottostante al diritto e all'interpretazione giudiziale. In questo modo gli esponenti del movimento «Diritto e letteratura» cercano di rendere il diritto più puro nelle sue aspirazioni. La prospettiva del movimento tenta di inserire i valori umani nel diritto, così da perfezionare gli studi dottrinali tradizionali" (G. MINDA, *op. cit.*, p. 264).

([6]) A. SANSONE, *op. cit.*, p. 1.

([7]) G. MINDA, *op. cit.*, p. 254.

([8]) A. SANSONE, *op. cit.*, cap. 3.

(i) la prospettiva di *storia* e *antropologia giuridica*, in cui la letteratura viene intesa come fonte di comprensione sia delle origini della regolamentazione normativa della convivenza sociale e politica, sia delle fondamentali nozioni giuridiche;
(ii) la prospettiva *sociologico-giuridica*, in cui la letteratura è considerata un terreno d'esame dei comportamenti sociali riferiti all'ordinamento giuridico e alle singole norme;
(iii) la prospettiva *filosofico-politica*, in cui la letteratura può essere strumento per costruire il senso di comunità e promuovere forme di solidarietà;
(iv) la prospettiva della *filosofia del diritto* che si occupa di *teoria della giustizia*, in cui la letteratura è concepita come campo di indagine sui fondamenti della giustizia, del diritto e dei principi giuridici che presiedono alla tutela dei diritti fondamentali;
(v) la prospettiva della *filosofia del diritto* che si occupa di *teoria generale del diritto*, in cui i metodi d'analisi e interpretazione delle opere letterarie possono contribuire ai metodi d'analisi e interpretazione del diritto.

Qui non procederò ad un'analisi e valutazione di tali o altre articolate distinzioni. Piuttosto, cercherò di rendere conto della distinzione generale fra i due approcci, indicandone alcuni rispettivi punti di forza e di debolezza. In seguito, cercherò di delineare un terzo, più ambizioso approccio, consistente nell'analisi concettuale e comparativa di alcune nozioni comuni a diritto e letteratura. Infine cercherò di mettere in opera tale approccio comparativo, considerando una nozione rilevante tanto per il diritto quanto per la letteratura: quella di *finzione*.

Prima di procedere mi sia consentito aggiungere quanto segue. Come si è detto, gli studi di diritto e letteratura sono più spesso studi di giuristi che di letterati. E più spesso sono studi di opere narrative ([9]). In particolare si ritiene che il romanzo, almeno nella nostra cultura, sia il genere più indicato per esprimere una posizione morale e fare presa su un ampio pubblico. Ma queste ragioni non sono rilevanti per i fini teorici che il presente scritto cercherà di indicare; anzi si può ritenere che una più forte conferma delle tesi che vorrei sostenere viene dalla loro tenuta rispetto alla poesia. Sosterrò infatti, fra le altre cose, che la *coerenza* è una condizione necessaria di una buona finzione, sia giuridica che letteraria. Ora la coerenza è un'esigenza più forte in prosa che in poesia; se è dimostrabile che vale in poesia, *a fortiori* vale in prosa. Cercherò di sostenerlo riferendomi a un esempio che mi pare particolarmente significativo: l'*Orlando furioso* di Ariosto ([10]).

([9]) Sulle ragioni per preferire i romanzi alla lirica e ad altri generi letterari, cfr. M. NUSSBAUM, *Il giudizio del poeta. Immaginazione letteraria e vita civile* (1995), trad. di G. Bettini, Feltrinelli, Milano, 1996, pp. 24-29.

([10]) Utilizzerò l'edizione del 1532, la terza ed ultima curata dal poeta, nella versione stabilita da Cesare Segre: L. ARIOSTO, *Orlando furioso*, Mondadori, Milano, 1976.

2. *Il diritto* nella *letteratura*

Uno dei rappresentanti più tipici dell'approccio detto *Law in Literature* è Richard Weisberg. In un libro del 1984 analizza alcuni romanzi di Dostoevskij, Flaubert, Camus, Melville e il modo in cui tali opere fanno emergere certi problemi etici attraverso una trama con elementi giuridici o di argomento giudiziario (11). Per Weisberg, la letteratura è di aiuto nella riflessione sui più importanti problemi giuridici, politici e morali. In questo senso si parla di prospettiva *etica* del *Law in Literature* (12): studiare i modi e le forme in cui le lettere ci rendono più sensibili alle questioni etiche e alle grandi questioni della vita sociale e del diritto. Per fare qualche esempio classico: che fondamenti hanno il diritto penale e la punizione dei crimini? come conciliare libertà individuale e convivenza, autonomia e giustizia sociale? Per avvicinarci alla sensibilità dei nostri giorni: cosa significa essere cittadini di una nazione? come salvaguardare la propria identità senza discriminare o prevaricare quelle altrui? Domande come queste possono trovare risposte in opere letterarie, risposte che possono essere tanto più persuasive quanto più riuscite sono le opere.

Su questa linea si collocano anche i lavori, peraltro molto noti, di Richard Rorty, benché non si occupino di diritto in senso stretto ma in un senso più ampio comprendente la filosofia politica e morale (13). Un suo libro del 1989, *La filosofia dopo la filosofia*, è dedicato in larga parte a riflessioni etiche e politiche suscitate da opere letterarie (di Proust, Nabokov, Orwell). Rorty sostiene che per il perseguimento di certi obbiettivi, come ridurre la crudeltà nelle relazioni umane, ridurre la sofferenza, aumentare la solidarietà, sono più utili le grandi opere letterarie, capaci di suscitare le giuste emozioni e riflessioni, che un'analisi dei concetti di crudeltà o sofferenza. Ci sono libri, dice Rorty, che ci insegnano ad essere meno crudeli. Il che è vero in qualche misura. Ma è tanto vero quanto retorico, si potrebbe sospettare. Si immagini qualche esempio. Colpire intenzionalmente degli innocenti è senz'altro crudele. Ma distruggere un aereo con passeggeri a bordo che sta precipitando su un centro urbano è crudele? La realtà può presentare dei casi difficili in cui

---

(11) R.H. Weisberg, *Il fallimento della parola: figure della legge nella narrativa moderna* (1984), trad. it. di A. Fabbri, Il Mulino, Bologna, 1990. Come altri studi di *Law in Literature*, cfr. J.B. White, *When Words Lose Their Meaning. Constitutions and Reconstructions of Language, Character, and Community*, The University of Chicago Press, 1984; Id., *The Edge of Meaning*, The University of Chicago Press, 2001.

(12) Cfr. A. Sansone, *op. cit.*, pp. 78-79, 88-91. Considerazioni in questo senso possono trovarsi anche in J.B. White, *When Words Lose Their Meaning*, cit., pp. 283-285.

(13) Cfr. in particolare R. Rorty, *Conseguenze del pragmatismo* (1982), trad. it. di F. Elefante, Feltrinelli, Milano, 1986; Id., *La filosofia dopo la filosofia: contingenza, ironia e solidarietà* (1989), trad. it. di G. Boringhieri, Laterza, Roma-Bari, 1989. Su questo aspetto dell'opera di Rorty, cfr. G. Minda, *op. cit.*, pp. 269-270.

le opere letterarie non ci sono molto d'aiuto. Bombardare una fabbrica di armamenti situata presso una scuola ([14]) è crudele? Intervenire militarmente ove è in atto una pulizia etnica, assumendo il rischio di colpire anche degli innocenti, è crudele? Le nostre intuizioni morali su casi come questi non sono affatto limpide. In casi come questi dubito che le opere letterarie possano fornire degli adeguati criteri di condotta. Se questo è vero le opere letterarie, senza un'appropriata analisi che solo un approccio filosofico può dare, rischiano di essere degli strumenti retorici incapaci di determinare degli adeguati criteri di condotta e incapaci di apprezzare il reale valore delle idee in difesa di cui, o contro cui, si pongono.

Ad ogni modo, pur se gli scritti di Rorty sono per questi ed altri aspetti criticabili, il suo contributo agli studi di *Law in Literature* è di indubbia rilevanza e suggestione. Questo approccio non è esclusivamente americano, peraltro. In Italia non sono mancati studiosi che lo abbiano adottato, già in anni nei quali l'influenza degli studi americani era ancora a venire. Fra questi studiosi spicca Mario Alessandro Cattaneo. Le sue opere contano saggi su Dante, Goldoni, Parini, Manzoni, Dostoevskij, Tolstoj, Gide, Kafka, fra gli altri. Si tratta di saggi in cui l'autore, con lucida passione e competenza storica, rileva con quale finezza e profondità antropologica grandi scrittori abbiano parlato di giustizia, diritto, crimini e pene, pietà ([15]).

Fra gli studiosi europei si può segnalare anche il francese Jean Carbonnier, noto sociologo del diritto. Questi ha notato come l'analisi di testi letterari possa essere una modalità di conoscenza del diritto ([16]). Certi testi possono infatti presentare delle tematiche giuridiche o sollevare delle questioni giuridiche di interesse. In particolare, quando si tratti di testi molto risalenti, possono essere d'aiuto per la conoscenza del diritto di epoche o contesti distanti di cui ci manchino informazioni direttamente giuridiche. A parte simili eventualità, Carbonnier distingue acutamente tre tipi di scrittori e tre rispettivi atteggiamenti letterari nei confronti del diritto: 1) lo scrittore *osservatore*, che osserva e descrive una determinata società; 2) lo scrittore *teorico*, che adotta espressamente un approccio sociologico e si propone di realizzare un'opera tanto

---

([14]) L'esempio è tratto da M.E. Bratman, *Intention, Plans, and Practical Reason*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) and London, 1987, cap. 10.

([15]) M.A. Cattaneo, *Carlo Goldoni e Alessandro Manzoni. Illuminismo e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1987; Id., *Suggestioni penalistiche in testi letterari*, Giuffrè, Milano, 1992. Cfr. gli spunti in Id., *Pena diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 1990, pp. 65-66, 121-122, 291-292, 375-377; nonché Id., *Riflessioni sull'umanesimo giuridico*, ESI, Napoli, 2004, cap. I su Antigone. Complessivamente, su queste opere di Cattaneo, vedi A. Sansone, *op. cit.*, pp. 44-48.

([16]) J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, Paris, 1994, pp. 179-182. Cfr. Id., *Flexible droit*, cinquième édition, L.G.D.J., Paris, 1983, parte IV.

letteraria quanto sociologica (Carbonnier fa gli esempi di Balzac e Zola); 3) lo scrittore *intuitivo*, che grazie al talento visionario e alla dote di penetrazione, una sorta di occhio interiore, coglie aspetti di una società e di un assetto giuridico che sfuggono ad altri (qui gli esempi sono Dickens e Kafka) ([17]).

Per restare in ambito europeo è d'obbligo menzionare inoltre la scuola belga di François Ost e Michel Van de Kerchove, molto attiva in questi anni. Un recente libro di Ost concentra la propria attenzione sui racconti fondativi alla base del diritto e della nostra cultura giuridica ([18]). L'autore esamina gli aspetti giuridici e politici del *Genesi*, dell'*Orestea* di Eschilo, dell'*Antigone* di Sofocle, le figure di Faust e Robinson Crusoe, gli scritti di Kafka. La tesi centrale di Ost è che all'origine del fenomeno politico e giuridico esista sempre un *racconto fondativo*. Su questa base lo studioso belga sviluppa una specifica 'teoria del diritto raccontato'. Non sono mancati in Italia, peraltro, studi sul diritto nel mondo omerico ([19]). E per quanto riguarda Sofocle, Michel Foucault si è notoriamente soffermato sulle pratiche giudiziarie greche che emergono dalla vicenda di Edipo narrata nella tragedia sofoclea ([20]).

Ma come si diceva non è questo l'unico approccio possibile nello studio delle relazioni fra diritto e letteratura. Anzi, si può pensare che da un punto di vista teoretico sia il meno interessante, pur essendo il più ricco di suggestioni culturali.

3. *Il diritto* come *letteratura*

Tradizionalmente la giurisprudenza si definisce come un'arte. Beninteso se ne devono distinguere gli scopi. È un'arte, nel senso classico della parola,

---

([17]) "Derrière les formes sensibles d'une institution juridique peut se cacher un esprit qui échappe au technicien du droit, qui échappe même à l'écrivain simplement observateur, qui est appréhendé d'instinct par le génie poétique" (J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, cit., p. 181).

([18]) F. OST, *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique*, Odile Jacob, Paris, 2004. Cfr. F. OST, L. VAN EYNDE, PH. GÉRARD, M. VAN DE KERCHOVE (a cura di), *Lettres et lois. Le droit au miroir de la littérature*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2001; nonché J. LENOBLE e F. OST, *Droit, Mythe et raison: essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1980.

([19]) Sull'idea del giusto nell'epica di Omero, si può vedere E. PATTARO, *The Law and the Right*, in *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. 1, Springer, New York, 2005, cap. 12. Sull'interazione normativa nella società omerica, cfr. M.P. MITTICA, *Il divenire dell'ordine. L'interazione normativa nella società omerica*, Giuffrè, Milano, 1996.

([20]) M. FOUCAULT, *La verità e le forme giuridiche* (1973), introduzione di L. d'Alessandro, La città del sole, Napoli, 1994, cap. 2.

che ha scopi ben diversi dalla scultura o dalla danza. Ciò non toglie che il diritto possa avere degli aspetti di rilevanza artistica. Vi può essere un aspetto artistico nelle arringhe e nelle sentenze, soprattutto in quelle più efficaci per capacità persuasiva. Inoltre vi sono aspetti estetici nelle classificazioni e spiegazioni dottrinali. La giurisprudenza intesa come insieme di dottrine elaborate dai giuristi ha certamente dei profili estetici. Così come in campo scientifico, a parità di supporto empirico, si possono preferire le ipotesi esteticamente più appetibili, in campo giurisprudenziale, a parità di rispetto del quadro normativo, si possono preferire le dottrine più semplici ed eleganti (secondo il criterio della cosiddetta *elegantia juris*).

Tutto questo è fuori di dubbio. L'approccio noto come *Law as Literature* enfatizza in genere questi aspetti sostenendo che le tecniche di produzione e interpretazione del diritto sono simili alle tecniche di produzione e interpretazione dei testi letterari (21).

James Boyd White è fra gli studiosi storicamente più importanti per la concezione del diritto *come* letteratura (22). L'accento iniziale di White è soprattutto sul giurista — studioso, giudice, avvocato, legislatore — inteso come *scrittore*, non come interprete di scritti altrui. Il suo importante libro del 1973, *The Legal Imagination*, sviluppa questa tesi di notevole impatto. White si concentra sull'impresa letteraria del giurista che inventa, modella, controlla uno specifico linguaggio (23). A suo giudizio si tratta di un'attività essenzialmente creativa, e se tale è l'attività del giurista, tale sarà il diritto: un'arte essenzialmente letteraria e retorica (24). L'accento sull'attività di

---

(21) Su diritto *come* letteratura cfr. J.B. WHITE, *The Legal Imagination. Studies in the Nature of Legal Thought and Expression*, Little, Brown and Co., Boston, 1973; S. LEVINSON, *Law as Literature*, "Texas Law Review", vol. 60, 1982, pp. 373-403; S. LEVINSON e S. MAILLOUX (eds.), *Interpreting Law and Literature: A Hermeneutic Reader*, Northwestern University Press, 1988; S. FISH, *Doing What Comes Naturally. Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Oxford University Press, 1989; J. MORISON e C. BELL (eds.), *Tall Stories? Reading Law and Literature*, Dartmouth, Aldershot, 1996.

(22) J.B. WHITE, *The Legal Imagination*, cit.; ID., *When Words Lose Their Meaning*, cit.; ID., *From Expectation to Experience. Essays on Law and Legal Education*, The University of Michigan Press, 1999.

(23) "The art of the lawyer is perhaps first of all the literary art that controls this language. To say as much, and to ask how that language can be controlled — what the lawyer can do with it — is to say that the lawyer is at heart a writer, one who lives by the power of his imagination" (J.B. WHITE, *The Legal Imagination*, cit., p. 758).

(24) Espressamente: "an art essentially literary and rhetorical in nature, a way of establishing meaning and constituting community in language" (J.B. WHITE, *When Words Lose Their Meaning*, cit., p. xi). Così Sansone ne ricostruisce l'intento: "White si propone di dimostrare che il diritto è un sistema culturale, al quale partecipano l'immaginazione e la creatività letteraria, come componenti del ragionamento giuridico" (A. SANSONE, *op. cit.*, p. 39; cfr. pp. 84-87).

interpretazione sarà invece tipico dei lavori scritti da altri autori fra gli anni Ottanta e Novanta del secolo scorso. In lavori successivi, peraltro, lo stesso White sottolinea come le pratiche giuridiche siano anche pratiche di lettura e interpretazione di testi, pur continuando ad aggiungere che ogni lettura è una forma di scrittura ed è un'attività individuale, le cui differenze non sono da condannare ma da valorizzare, senza che ciò comporti un'apologia di scelte soggettive o peggio arbitrarie (25).

Venendo ad altri autori, anche a questo approccio Richard Weisberg ha dato dei contributi importanti. Nella prefazione al suo libro *Poethics* (1992), egli ha dichiarato di voler associare le due grandi imprese umane dello stabilire la giustizia e del raccontare storie (26). Weisberg riconosce che allo scrittore manca il potere istituzionale dell'operatore giuridico, ma ritiene che essi non differiscano quanto a tecniche e sistemi di valore (27). A questo aggiunge che le decisioni giudiziali più importanti si riconoscono per l'eccellenza dello stile (28) e che forma e sostanza sono in esse inseparabili (29).

L'impostazione di *Poethics*, sebbene affascinante, è discutibile. In primo luogo, sembra riduttivo concepire la letteratura come un 'raccontare storie'. Si può dire che i poeti raccontino storie? Alcuni poeti raccontano storie, senza dubbio. Ma non tutti i poeti raccontano storie. È inoltre ambiguo se non fuorviante dire che i giuristi raccontano storie. Stabilire il giusto è raccontare una storia e viceversa raccontare una storia è stabilire il giusto? Lo studio delle relazioni fra le due discipline non rende loro un buon servizio se procede a dubbie assimilazioni. Chi potrebbe negare che le 'storie' narrate in un processo si presentano come ricostruzioni (plausibilmente) vere dei fatti disputati mentre le 'storie' narrate dai letterati sono propriamente delle finzioni? Forse Weisberg si limita a raccontare una storia?

---

(25) Vedi J.B. White, *When Words Lose Their Meaning*, cit., pp. 270-273. Cfr. Id., *Law as Language: Reading Law and Reading Literature*, "Texas Law Review", vol. 60, 1982, pp. 415-445; Id., *From Expectation to Experience*, cit., cap. 3; Id., *The Edge of Meaning*, cit., cap. 8.

(26) R.H. Weisberg, *Poethics*, Columbia University Press, 1992, p. ix. Di quest'opera ho già discusso in G. Tuzet, *Note su diritto e letteratura: naufragi e dérèglement*, "Annali dell'Università di Ferrara", sez. V, 1999, pp. 197-225 (v. pp. 198-202).

(27) "Lawyer and writer stand together, the former differing only in his coercive power, not in his technique or value system" (R.H. Weisberg, *Poethics*, cit., p. x).

(28) "Superb judicial decisions are only those crafted superbly; poor decisions reveal their weaknesses through the analysis of style and may not stand the test of time" (*ibid.*, p. 22).

(29) "No bad judicial opinion can be 'well written'. No seemingly just opinion will endure unless its discursive form matches its quest for fairness" (*ibid.*, p. 251).

Si consideri l'ambiguità di questo passo:

> rightness in a legal decision derives from an imaginative and intuitive *process* within the adjudicator. This process results in the opinion, and the way in which the adjudicator explains the case *determines* the rightness or wrongness of the decision ([30]).

In che senso la giustizia di una decisione deriverebbe dal processo immaginativo e intuitivo del giudice? E in che senso il *modo* in cui il giudice rende conto del caso determinerebbe la correttezza o scorrettezza della decisione? La forma determina il contenuto? Ma su che piano si colloca il discorso di Weisberg, descrittivo o prescrittivo? Inoltre ammetto che non mi è chiaro se Weisberg denunci o approvi la retorica nelle decisioni giudiziali — si potrebbe anche pensare (se l'ipotesi non peccasse di perfidia) che ammiri la retorica che denuncia.

Il punto è questo: riconosciuto che a volte le decisioni giudiziali hanno delle qualità estetiche e letterarie, tali qualità giocano qualche ruolo nella giustificazione delle decisioni? Di fatto possono favorire la loro ricezione o il loro impatto, ma non si può sensatamente sostenere che la loro giustificazione dipenda (anche solo in parte) dalle loro qualità estetiche. Infatti dipende da un'adeguata ricostruzione fattuale e da un'adeguata applicazione normativa.

Si consideri com'è analogamente ambiguo il seguente passo di Minda a proposito di Weisberg:

> Weisberg ritiene che lo studio della teoria letteraria del diritto fornisca una sorta di "poetica" della giustizia: vale a dire il modo in cui linguaggio e retorica sono usati nel diritto per tradurre il significato giuridico della giustizia. Egli considera il linguaggio e le frasi retoriche delle opinioni giudiziali come più importanti del risultato giuridico, poiché determinano la percezione della correttezza o scorrettezza della conclusione raggiunta ([31]).

Ancora: si tratta di un discorso sul piano descrittivo o prescrittivo? Ammettiamo che si tratti del piano descrittivo. Vorrebbe dire che di fatto una sentenza ben scritta trasmette più facilmente la sua correttezza o che una sentenza ben scritta viene più facilmente percepita come corretta? Come si vede, anche sul piano descrittivo la tesi non è priva di ambiguità e mi sembra in ogni caso difficile trovarne una conferma empirica. Supponiamo invece che si tratti del piano prescrittivo. Si può davvero sostenere

---

([30]) *Ibid.*, p. 16. Si deve comunque riconoscere che Weisberg prende le distanze da certi approcci decostruzionisti o postmodernisti (*ibid.*, pp. xii-xiv in particolare).

([31]) G. Minda, *op. cit.*, p. 258.

che le qualità estetiche di una opinione o decisione giudiziale contribuiscano a renderla una 'buona' opinione o decisione? Fino a che punto la redazione di una decisione giudiziale può essere paragonata alla composizione di un'opera letteraria? Si può sostenere, come Weisberg sembra fare, che una sentenza è giusta se il processo immaginativo ed intuitivo del giudice è capace di donarle (anche) una qualità estetica? Aderire ad un'idea del genere è molto difficile. La giustizia non è una questione di stile, né di capacità intuitive. Questa pretesa sembra irrinunciabile in uno stato di diritto: una sentenza è giusta se pronunciata in base (i) ad un'adeguata ricostruzione dei fatti e (ii) ad un'adeguata applicazione normativa che determini le conseguenze giuridiche dei fatti accertati. Ciò non significa che non sussistano relazioni fra letteratura e diritto. Ma le somiglianze non devono far trascurare le differenze.

Ancor più radicalmente di Weisberg, vi sono autori che negano una netta distinzione fra diritto e letteratura, sostenendo che fra tali discipline non vi sono confini dati per il semplice fatto che non vi sono discipline date ([32]). Vale a dire: una disciplina è ciò che ne fanno gli studiosi, non è un campo già determinato di studi e problemi. Il che, è in parte vero e in parte falso. Di certo non mancano le mode anche in campo intellettuale, studiosi affermati possono orientare il corso dei dibattiti, nuovi studiosi agguerriti possono lanciare sfide stimolanti. Ma è velleitario pensare che non esistano confini di nessun tipo. Se non esistono limiti precisi, esistono comunque funzioni diverse che discipline diverse sono chiamate a soddisfare. Richard Posner ha sottolineato a più riprese le differenti *funzioni* di diritto e letteratura, senza con ciò negare che vi siano aspetti per cui le due discipline possono utilmente confrontarsi ([33]). Secondo Posner, il limite del *Law as Literature* è che l'interpretazione di un testo giuridico e di un testo letterario hanno scopi molto diversi. E a meno di non voler abbandonare i nostri ideali di stato di diritto e di civiltà giuridica è difficile dare torto a Posner su questo punto. Ad un neuroscienziato non chiediamo teorie eleganti sul nostro cervello, ma teorie esplicative del suo modo di funzionare. Ad un poeta non chiediamo opere empiricamente confermabili, ma visioni illuminanti sul nostro tempo e la nostra condizione. Ad un giudice non chiediamo discorsi forbiti, ma decisioni ponderate, motivate, giuste.

Nel dibattito che ha seguito la presa di posizione di Posner, Stanley Fish

---

([32]) Ad es. J.B. BARON, *Law, Literature, and the Problems of Interdisciplinarity*, "The Yale Law Journal", vol. 108, 1999, pp. 1059-1085. Cfr. S. FISH, *Doing What Comes Naturally*, cit.

([33]) R. POSNER, *Law and Literature: A Misunderstood Relation*, Harvard University Press, 1988 (cfr. la seconda edizione, rivista ed ampliata, del 1998). Cfr. A. SANSONE, *op. cit.*, pp. 77, 91-94.

ne accoglie la tesi generale (diritto e letteratura sono attività differenti) ma tiene a precisare che non sono le differenze fra i testi giuridici e quelli letterari a determinare le diverse attività: sono le diverse strategie interpretative che costituiscono i diversi tipi di testi, rispettivamente giuridici e letterari ([34]). Le obiezioni di Posner sono considerate anche da White, il quale rileva che la comparazione fra diritto e letteratura sembra dimenticare la dimensione autoritativa del diritto.

> To reduce the law to its merely literary aspect would seem to erase the dimensions of politics, authority, responsibility, and power — the whole sense that law is about real consequences — and to substitute for it a kind of empty aestheticism, a celebration of style over substance ([35]).

Inoltre l'espressione "Law and Literature" sembra assumere la nozione di letteratura in un'accezione troppo stretta, snobistica ed estetizzante; l'interesse del tema sta, per White, nelle sue implicazioni culturali, etiche e politiche ([36]). Ma se da una parte White riconosce la dimensione autoritativa del diritto, dall'altra insiste su quella etico-politica della letteratura e aggiunge che i testi giuridici sono oggetto di lettura e interpretazione al pari di quelli letterari ([37]). L'enfasi sulla questione dell'autorità, conclude infatti White, separa falsamente ciò non può essere separato.

> Literature and law are both about reason and emotion, politics and aesthetics; they both promise to integrate what that question falsely separates, and to do so by drawing attention to what is at stake whenever one person writes or talks to another ([38]).

([34]) "One cannot [...] ground the difference between literary and legal interpretation in the different kinds of texts they address, because the textual differences are themselves constituted by already differing interpretive strategies, and not the other way round" (S. Fish, *Doing What Comes Naturally*, cit., p. 304).

([35]) J.B. White, *From Expectation to Experience*, cit., p. 53.

([36]) "For me the very point of reading literature has been to work against such implications of narrowness and cultural segmentation and towards a fuller sense of what is actually at stake when one person uses language to speak to another. What begins as a literary activity in the usual sense — reading literature simply for the love of it — can end in quite a different way, reading with a constant eye to the text as a cultural, ethical, and political performance" (*ibid.*, p. 59).

([37]) "Of course legal texts are not 'merely aesthetic' texts, to be read for sheer delight, but neither are literary texts in my view simply that; of course legal texts involve the exercise of power by one person over another, as poems do not, but the criteria by which we can judge such exercises is in a deep sense literary, for it is in the reading of the texts that one may find the meaning of a verbal act, including as an act of power, most fully illuminated" (*ibid.*, p. 63).

([38]) *Ibid.*, p. 72.

Ma a mio avviso, ripeto seguendo Posner, la comparazione fra diritto e letteratura deve evitare di tradursi in una perdita di specificità: trovare punti di contatto non significa annacquare l'uno e l'altra, limitandosi infine ad evocare una generica dimensione etico-politica che diritto e letteratura avrebbero in comune.

In uno spirito non distante da quello di White, è importante ricordare la tesi di Martha Nussbaum secondo cui la letteratura esercita un ruolo nella realizzazione della giustizia. L'immaginazione letteraria e le emozioni che le opere suggeriscono al lettore contribuiscono ad una riflessione sulla giustizia e ad una interiorizzazione delle sue esigenze e problematiche ([39]). In particolare, sostiene Nussbaum, un aspetto fondamentale dell'immaginazione letteraria è la capacità di immedesimarsi in vicende altrui, di viverne le aspirazioni e i drammi, le gioie e le sofferenze. Questo tipo di sensibilità non può, nella vita pubblica, sostituirsi ai vincoli istituzionali e alle regole morali o giuridiche, ma è essenziale per un giudizio etico.

> L'immaginazione letteraria è solo una parte della razionalità pubblica. Credo che sarebbe estremamente pericoloso proporre di sostituire l'immaginazione empatetica al ragionamento morale governato da regole, e non è mia intenzione farlo. In realtà, difendo l'immaginazione letteraria precisamente perché mi sembra una componente essenziale di una posizione etica che ci chiede di occuparci del bene di altre persone le cui vite sono lontane dalla nostra ([40]).

Su questa base Nussbaum non approva né la pretesa di eliminare ogni aspetto emozionale dal giudizio pubblico né l'eventuale prevalenza delle preferenze emozionali e soggettive sulle valutazioni obbiettive: l'atteggiamento cui esorta è quello (ripreso da Adam Smith) dello 'spettatore imparziale' ([41]). Tale atteggiamento è svincolato da interessi personali o di parte ma non da una capacità di immedesimazione nelle vicende degli attori; dunque si connota per una partecipazione morale ed emotiva e allo stesso tempo per una posizione obbiettiva. Questo è l'atteggiamento suscitato dalle opere letterarie e che Nussbaum auspica sia tenuto nel giudizio pubblico e in particolare nelle decisioni giudiziali ([42]). La realizzazione della giustizia nei

---

([39]) M. NUSSBAUM, *op. cit.* Cfr. A. SANSONE, *op. cit.*, pp. 100-102.

([40]) M. NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 16.

([41]) *Ibid.*, pp. 93-99.

([42]) "L'emozione simpatetica fondata sulle prove, istituzionalmente vincolata all'appropriatezza e priva di riferimenti alla propria situazione sembra non soltanto accettabile, ma davvero essenziale al giudizio pubblico. Ma è questo genere di emozione, l'emozione dello spettatore imparziale, a essere costruita dalle opere letterarie nei loro lettori, i quali apprendono che cosa significhi provare un'emozione non per «una massa senza volto e indifferenziata», ma per l'«essere umano preso singolarmente nella sua unicità»" (*ibid.*, p. 99).

casi concreti, dove appunto sono massimamente necessarie la comprensione delle ragioni e la valutazione delle circostanze specifiche, non può a suo avviso prescinderne. Un giudice-letterato è la figura cui infine si appella, ispirandosi alla poetica di Walt Whitman e al suo slancio democratico ([43]).

> Prossimo e imparziale, capace di amare senza pregiudizi, di pensare a tutti e a vantaggio di tutti senza prendere le parti di un gruppo o fazione politica, di includere nella "fantasia" la ricchezza e la complessità del mondo interiore di ogni cittadino, il giudice-letterato, come il poeta di Whitman, vede nei fili d'erba la pari dignità di tutti i cittadini [...] ([44]).

Affinché la sua imparzialità non sia ottusa e la sua giustizia cieca, conclude Nussbaum, il giudice-letterato coltiva la fantasia e la simpatia nel nobile senso del termine.

> Come suggerisce Whitman, la "giustizia poetica" ha bisogno di molte risorse non letterarie: la conoscenza tecnica della legge, la conoscenza della storia e del precedente, l'esercizio attento dell'imparzialità. Il giudice deve essere un buon giudice sotto questi aspetti. Ma per essere pienamente razionali, i giudici devono anche essere capaci di fantasia e di simpatia. Devono migliorare non solo le loro capacità tecniche, ma che la loro capacità di essere umani. Se manca questa capacità, la loro imparzialità sarà ottusa e la loro giustizia cieca ([45]).

Questo può essere ammesso e contribuire all'intento di pensare il diritto con più immaginazione. Ma c'è un altro elemento che a mio avviso non deve essere trascurato e che assieme alla dimensione autoritativa del diritto e dell'attività giudiziale distingue quest'ultima dalla creazione letteraria. Si tratta della *pretesa veritativa* della decisione giudiziale. Il tema è oggetto di discussione fra filosofi del diritto e teorici del processo civile e penale, ma molti studiosi autorevoli concordano nel dire che uno degli scopi di un processo è quello di determinare la verità quanto ai fatti disputati ([46]). Infatti una decisione giudiziale basata su una falsa ricostruzione dei fatti è avvertita come ingiusta. In questo senso, la verità è una condizione necessaria della

---

([43]) Su Whitman e l'ideale democratico cfr. A. FLETCHER, *A New Theory for American Poetry. Democracy, the Environment, and the Future of Imagination*, Harvard University Press, 2004, cap. 6. Significativamente, sulla democrazia in Dewey cfr. C. FARALLI, *John Dewey*, seconda ed., Clueb, Bologna, 1990.

([44]) M. NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 142.

([45]) *Ibid.*, p. 143. Forse non si potrebbe dire meglio che per la giustificazione della decisione contano sia l'*ethos* sia il *logos* ma non il *pathos*? Sulla tripartizione in relazione all'oratoria forense cfr. B. MORTARA GARAVELLI, *op. cit.*, pp. 202-224.

([46]) Cfr. ad es. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1992; B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, Giuffrè, Milano, 1996.

giustizia. Dunque, se non erro, la decisione giudiziale ha una pretesa veritativa; mentre un'opera letteraria non ha in quanto tale una pretesa veritativa. Anche a questo riguardo possono esserci motivi di discussione; ma sembra potersi dire pacificamente che un'opera letteraria, in quanto finzione, non ha alcuna pretesa di essere letteralmente vera (47). Questo costituisce un elemento di non trascurabile differenza fra un testo letterario e quel testo giuridico che è la decisione giudiziale.

Riassumendo la discussione condotta fin qui, la dimensione autoritativa del diritto e dell'attività giudiziale in primo luogo e la pretesa veritativa della decisione giudiziale in secondo luogo sono due elementi che pongono un serio limite alle proposte di concepire il diritto come letteratura.

Tuttavia, i sostenitori del diritto *come* letteratura, anche nelle sue versioni più radicali, hanno almeno un argomento non trascurabile cui fare appello e a cui spesso ricorrono assumendolo come punto di partenza: la tesi dell'indeterminatezza o instabilità dei significati linguistici. Tale indeterminatezza, si sostiene, è evidenziata in particolare dalla critica dei testi letterari e andrebbe rilevata con uguale decisione rispetto ai testi giuridici (48). La questione è di particolare importanza e la discussione su di essa merita un approfondimento.

Un argomento ricorrente fra i sostenitori del diritto come letteratura è che i termini e i testi non hanno un significato *letterale* determinato. Prendendo l'esempio della Costituzione americana, a chi sostenga che il suo significato è quello letterale dei termini con cui è redatta, viene obbiettato che i pretesi significati letterali sono i significati stabiliti da una pratica interpretativa e non di più (49). Può essere allora replicato che i significati si identificano con le *intenzioni* degli autori dei testi? Vi è chi ha cercato di difendere una teoria intenzionalistica dell'interpretazione (sia giuridica che letteraria) (50), ma tale tentativo è attaccabile per varie ragioni. Considerando specialmente l'interpretazione dei testi giuridici, si possono evidenziare queste critiche (51): (a) spesso i testi giuridici sono risalenti e le intenzioni dei loro autori

---

(47) Può avere semmai la pretesa di dire qualcosa di (storicamente, psicologicamente) vero, ma non quella di essere costituita da proposizioni letteralmente vere. (Questo è il senso, credo, del passo di Dewey messo in epigrafe a questo scritto).

(48) Cfr. S. Fish, *Is There a Text in This Class? The Authority of Interpretive Communities*, Harvard University Press, 1980; S. Levinson, *Law as Literature*, cit.

(49) Su questo tema la letteratura è amplissima. Cfr. ad es. J.B. White, *When Words Lose Their Meaning*, cit., cap. 9.

(50) Cfr. E.D. Hirsch, *Teoria dell'interpretazione e critica letteraria* (1967), trad. di G. Prampolini, Il Mulino, Bologna, 1973.

(51) Cfr. S. Levinson, *Law as Literature*, cit., pp. 378-392, che si riferisce in particolare all'interpretazione della Costituzione americana. Ovviamente le critiche all'intenzionalismo in ambito giuridico non valgono *ipso facto* come critiche all'in-

non sono più accertabili; (b) quando si tratta di testi scritti da più autori non è facile identificare le loro intenzioni, giacché i testi non le riflettono (come potrebbe avvenire per testi di autori individuali) ma riflettono piuttosto la loro dialettica, confronto o eventualmente compromesso; (c) ogni testo ha una pluralità di significati che si determinano nell'interazione con i lettori e nei contesti in cui viene recepito. Le critiche (a)-(b) valgono per categorie particolari di testi (risalenti e collettivi), mentre la critica (c) vale per qualsiasi testo e costituisce la tesi forte di certa teoria letteraria ([52]). Infatti le prime due critiche sono accettabili senza implicare che *ogni testo* abbia un significato indeterminato; la terza implica la tesi che per *ogni testo*, compresi quelli non risalenti o di autori individuali, il significato non si identifichi con le intenzioni degli autori. Questa in sintesi, pertanto, la tesi del testualismo forte: i significati sono *creati*, non *scoperti* ([53]).

Si può con buone ragioni replicare che l'alternativa fra creare o scoprire i significati è troppo netta. Umberto Eco ha sostenuto ad esempio che, benché non esistano procedimenti con cui l'interpretazione di un testo può essere verificata, certe interpretazioni sono pur sempre falsificabili ([54]). L'ermeneutica giuridica ha sostenuto in varie declinazioni che, pur se l'interpretazione non può essere oggettiva, ci sono modalità per una sua determinazione non arbitraria ([55]). Ma soprattutto, in tema di diritto e letteratura, il modello dworkiniano del romanzo scritto a più mani (*chain novel*) intende evitare proprio l'alternativa fra creare e scoprire i significati. Ronald Dworkin ha dato diversi contributi al tema del diritto *come* letteratura ([56]), ma il più rilevante per la presente discussione è tale modello presentato nel suo libro del 1986, *Law's Empire*. Si tratta com'è noto di un modello letterario che Dworkin utilizza per rappresentare il farsi della pratica interpretativa del diritto: ogni capitolo di tale tipo di romanzo è scritto da un autore differente

---

tenzionalismo in ambito letterario. Si potrebbe sostenere una teoria intenzionalista quanto all'interpretazione dei testi letterari pur riconoscendo l'impossibilità di sostenerla per i testi giuridici. O viceversa.

([52]) Per i testi normativi, ad (a) si aggiunge la seguente specificazione: anche qualora le intenzioni degli autori fossero accertabili, non si vede perché dovrebbero essere vincolanti a considerevoli distanze di tempo.

([53]) S. Levinson, *Law as Literature*, cit., p. 383.

([54]) U. Eco, *I limiti dell'interpretazione*, Bompiani, Milano, 1990; Id., *Interpretazione e sovrainterpretazione* (1992), Bompiani, Milano, 1995.

([55]) Cfr. in particolare F. Viola e G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1999; D. Canale, *Forme del limite nell'interpretazione giudiziale*, Cedam, Padova, 2003.

([56]) R. Dworkin, *Law as Interpretation*, "Texas Law Review", vol. 60, 1982, pp. 527-550; Id., *A Matter of Principle*, Harvard University Press, 1985, capitoli 6-7 (il cap. 6 è una versione rivista dell'articolo del 1982); Id., *Law's Empire*, Fontana Press, London, 1986, pp. 76-86, 228-238 in particolare.

che deve continuarlo offrendo al contempo la migliore chiave di lettura di quanto scritto dagli altri prima di lui. Si tratta dunque di un esercizio di creatività e comprensione allo stesso tempo, guidato da regole procedurali; un esercizio che per Dworkin rappresenta efficacemente la pratica interpretativa del diritto e l'attività giudiziale ([57]).

Le repliche a queste tesi di Dworkin non sono mancate (ma ovviamente non è questa la sede per renderne conto in modo esaustivo). Fish, sostenitore di una concezione scettica dell'interpretazione, ha fra gli altri obbiettato che uno stesso testo può essere inteso e continuato in maniere diverse senza che sia possibile identificarne una come quella corretta, anche perché la distinzione fra continuare e modificare è una distinzione fra due attività ugualmente interpretative ([58]). Ma la concezione scettica dell'interpretazione sostenuta da Fish è stata oggetto di altrettante se non più numerose critiche. Nussbaum ha osservato ad esempio che la mancanza di giustificazioni extrastoriche non comporta la mancanza di giustificazioni razionali e che "non uno degli argomenti che Fish ha presentato o che si possono facilmente immaginare comporta questo salto, per così dire, dai cieli all'abisso" ([59]). Il ragionamento giuridico ha delle giustificazioni prevalentemente storiche e contingenti ma nondimeno razionali ([60]). Ciò nonostante, anche nelle opere più recenti, Fish mantiene che ogni giustificazione è contestuale e incapace di avere una validità o legittimità più estesa del contesto in cui si colloca ([61]).

È stato per altri versi notato, con buone ragioni a mio avviso, che concepire la letteratura come insieme di testi finisce per smarrire la dimen-

---

([57]) Cfr. A. SCHIAVELLO, *Il positivismo giuridico dopo Herbert L. A. Hart*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 54-56. Un'altra analogia con la letteratura sta nell'idea di Dworkin che lo studioso del diritto debba, come fa il critico letterario rispetto ad un'opera, offrirne la chiave di lettura che a suo parere è la migliore. Cfr. F. VIOLA e G. ZACCARIA, *op. cit.*, p. 124.

([58]) S. FISH, *Doing What Comes Naturally*, cit., pp. 90, 98, 106-109.

([59]) M. NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 105. Su Fish, *Law and Literature* e *Critical Legal Studies*, cfr. A. ANDRONICO, *La decostruzione come metodo*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 34 ss.

([60]) "Fish non ha dimostrato, né credo potrebbe dimostrare, che nella tradizione del ragionamento umano sull'etica e sul diritto non possiamo distinguere tra argomenti forti e deboli, tra posizioni più o meno difendibili" (M. NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 105).

([61]) "If you say that someone or something is wrong, you will often be asked to provide a basis for your judgment that is independent of the social, political, and biographical circumstances in which it was formed. The thesis of this book has been that no such basis is available and that the ordinary resources that come along with your situation, education, and personal history are both all you have and all you need" (S. FISH, *The Trouble with Principle*, Harvard University Press, 1999, p. 293).

sione estetica delle opere letterarie ([62]). Ciò che le rende opere d'arte è meno la loro struttura testuale o la loro interpretabilità che la loro capacità di suscitare un'esperienza estetica nei lettori. In questo senso, se ci fosse un'analogia fra diritto e letteratura, non si tratterebbe del diritto come testo ma del diritto come *opera d'arte* (*Law as Art*). Rimane non chiaro tuttavia in che senso il diritto si possa considerare un'opera d'arte e come si possa soprassedere sulle funzioni, così differenti almeno nella nostra tradizione, delle opere d'arte e del diritto.

Dunque, per concludere sulle concezioni del diritto come letteratura, si può sostenere che esse pongono delle sfide affascinanti ai modi tradizionali di intendere la giurisprudenza, ma trovano un serio limite nelle diverse funzioni delle due discipline, nella dimensione autoritativa del diritto e nella pretesa veritativa delle decisioni giudiziali; inoltre, l'argomento più forte e ricorrente di tali concezioni — quello dell'indeterminatezza dei testi — comporta una concezione riduttiva delle opere letterarie oltre a non offrire una rappresentazione del tutto convincente dell'interpretazione giuridica. Resta da vedere se un ulteriore approccio non sia possibile.

4. *Un approccio più ambizioso?*

Si può delineare a questo punto un approccio teoreticamente più ambizioso di quelli menzionati: pur mantenendo una distinzione fra le diverse discipline e i loro specifici problemi e scopi, si tratterebbe di concentrarsi su alcuni nodi concettuali comuni. In particolare i temi — in parte già considerati — della *normatività*, del *giudizio*, della *forma*, dell'*interpretazione*, della *costituzione*; vale a dire nozioni comuni a diverse discipline e in particolare alla teoria letteraria e alla teoria del diritto ([63]). Cosa si intende per norme o regole estetiche? In cosa si differenziano e in cosa sono simili alle norme o regole giuridiche? Cosa accomuna e cosa distingue il giudizio giuridico e il giudizio estetico? In cosa si avvicinano e in cosa si distinguono le forme giuridiche e le forme letterarie? Cosa motiva il formalismo giuridico e il formalismo in letteratura? Quali considerazioni svolgere sull'interpretazione dei testi giuridici e dei testi letterari? Vi è qualcosa di comune fra le costituzioni di cui parlano i giuristi e la costituzione di un'opera d'arte? Le questioni possono essere anche altre. Ad esempio il confronto fra finzioni giuridiche e finzioni letterarie.

([62]) G. BAGNALL, *Law as Art*, Dartmouth, Aldershot, 1996.

([63]) Ad esempio, per un confronto fra norme giuridiche e norme estetiche, giudizio giuridico e giudizio estetico, vedi L. LOMBARDI VALLAURI, *Giudizio giuridico, giudizio estetico*, in S. Nicosia (a cura di), *Il giudizio*, Carocci, Roma, 2000, pp. 239-253.

In sintesi, si tratterebbe di procedere ad un'analisi concettuale di certe nozioni comuni a diritto e letteratura. White ha suggerito un approccio analogo per mettere a contrasto, dunque in rilievo, diverse questioni suscitate dagli usi del linguaggio e dell'immaginazione, in particolar modo dal linguaggio dei giuristi e dall'immaginazione applicata alle questioni giuridiche ([64]). Ma ancora più ampiamente si può pensare di illuminare l'una e l'altra disciplina attraverso il confronto reciproco e l'analisi dei comuni problemi concettuali.

Tuttavia per rendere omaggio a ciò che diritto e letteratura sono e rappresentano, non bisogna sottovalutarne, come si è detto, le differenze. Il che significa notarne da una parte la *distanza* ma dall'altra, diremmo, la *complementarità* nello sviluppo delle nostre pratiche sociali e culturali. Scopo di un processo, penale soprattutto, è la ricostruzione dell'accaduto; in questo, sapere giuridico e sapere storico si intrecciano, poiché si tratta di ricostruire degli eventi passati. Ora, senza un sapere giuridico intrecciato ad un sapere storico, e dunque deputato a dire il *vero*, come sarebbe concepibile l'attività letteraria? Come parlare di *fiction* senza avere un concetto di verità cui contrapporre la finzione? E senza le discipline che si esprimono in termini di finzione, di fantasia, come sarebbero pensabili viceversa le discipline che attestano il vero? La dimensione del racconto è certo comune al racconto vero e al racconto fantastico, ma questo di per sé non sembra giustificare un'equivalenza fra diritto e letteratura. Pensare diritto e letteratura significa innanzitutto rendere omaggio ai caratteri della nostra cultura e alle forme di razionalità in essa sviluppate. Significa pensare le due discipline in un orizzonte di razionalità in cui sappiamo non solo attestare il vero, ma anche costruire, inventare, vagheggiare. Da un lato, raccontare ciò che accadde in verità. Dall'altro, narrare ciò che del vero ha solo la sembianza, o dipingere persino l'inverosimile.

Il che non impedisce le fecondazioni. Al di là dei reciproci aspetti che un confronto fra discipline può mettere in luce, una ragione di fondo del confronto fra diritto e letteratura può essere quella di contribuire a sfatare i persistenti miti del diritto come disciplina arida, da una parte, e della letteratura come regno dell'evasione, dall'altra. Perché interrogarsi e scrivere su diritto e letteratura, dicevamo? Per dare più rigore alla letteratura e più immaginazione al diritto.

Come esempio di possibile fecondazione, dunque, prendiamo in esame il tema delle finzioni.

([64]) "The aim is not to make a systematic comparison between law and literature, to articulate a general theory of literary analysis or anything like it, but to bring to life by the contrast a set of loosely related questions about language and imagination, to open up diverse and competing lines of thought [...]" (J.B. WHITE, *The Legal Imagination*, cit., pp. xx).

5. *Finzioni giuridiche e letterarie: la credibilità come coerenza*

Anche in poesia, come in prosa, si possono trovare figure e motivi giuridici. Ne è un esempio la Canzone 360 di Petrarca, *Quel'antiquo mio dolce empio signore*. Il testo ha la cornice di un processo fittizio intentato ad Amore davanti al tribunale della Ragione ([65]). Un altro esempio interessante è l'ottava in cui Ariosto rappresenta, in modo non lusinghiero, la Giustizia (*Orlando furioso* XIV, 84):

> Di citatorie piene e di libelli,
> d'essamine e di carte di procure
> avea le mani e il seno, e gran fastelli
> di chiose, di consigli e di letture;
> per cui le facultà de' poverelli
> non sono mai ne le città sicure.
> Avea dietro e dinanzi e d'ambo i lati
> Notai, procuratori et avocati.

Ma questi sono esempi di diritto *nella* letteratura e non è questo l'approccio che intendo adottare. L'intento che mi pongo è quello di stimolare un confronto fra finzioni giuridiche e letterarie, in particolare fra le condizioni alla quali una finzione è una 'buona' finzione.

In un senso molto generale, per finzioni si intendono delle assunzioni coscientemente false ma accettate per qualche fine. Si fa *come se* qualcosa che è saputo essere falso fosse vero ([66]). (Si noti che in questo senso una finzione si distingue nettamente da un inganno: l'ingannato non assume coscientemente una falsità, è indotto ad assumerla).

Ci si può chiedere che cosa costituisca la *credibilità* di una finzione. Infatti, benché una finzione sia per definizione un'assunzione non vera, sembra si possa distinguere fra finzioni credibili e non credibili. Una buona finzione letteraria deve a suo modo essere credibile. Altrettanto vale per le finzioni giuridiche, pur in un senso diverso che si cercherà di specificare.

L'ipotesi generale che vorrei porre in esame è questa: uno dei criteri essenziali della credibilità delle finzioni è quello della loro *coerenza* ([67]). Una

---

([65]) Ringrazio Salvatore Ritrovato di questo riferimento. Alcuni studiosi vi hanno visto la matrice della costruzione in forma di *conflictus* nella tenzone fittizia, in morte della donna, di Lanfranc Cigala, *Entre mon cor*. Petrarca ricorda inoltre i suoi studi giuridici ai vv. 80-81 ("Questi in sua prima età fu dato a l'arte / da vender parolette, anzi menzogne ..."). Su Petrarca e il diritto cfr. M. Manzin, *Il petrarchismo giuridico*, Cedam, Padova, 1994.

([66]) H. Vaihinger, *La filosofia del come-se* (1911), Ubaldini, Roma, 1967. Si noti che nel senso specificato le *finzioni* si distinguono dalle *presunzioni*: una presunzione, a differenza di una finzione, potrebbe corrispondere a verità.

([67]) Non posso soffermarmi sui diversi sensi che la coerenza può assumere ed ha assunto nei dibattiti recenti; è comunque evidente che la considero in un senso più

narrazione letteraria deve presentare un grado di coerenza interna tale da renderla credibile benché fittizia. Ciò non è evidentemente sufficiente a determinarne il valore artistico ma, in termini di analisi, è un requisito necessario per farne una finzione credibile, una buona finzione. Cercherò di dimostrare che lo stesso vale, pur con una eccezione, per le finzioni giuridiche.

In effetti, si può sostenere, è importante se non necessario che le finzioni abbiano *coerenza* e non (necessariamente e completamente) *verità*. Ciò che hanno in comune una narrazione storica e una narrazione fantastica è la coerenza, ma ciò che le distingue è la verità, che per la narrazione storica è indispensabile, mentre non lo è per la narrazione fantastica. Quest'ultima può avere elementi di verità ma non è la verità a caratterizzarla come narrazione fantastica. Invece, la coerenza la caratterizza come narrazione fantastica *credibile*.

6. *Finzioni letterarie*

La recente filosofia si è non di rado occupata di finzioni e oggetti finzionali, chiedendosi quale ne sia la natura e quali problemi epistemologici si pongano a loro riguardo; più in particolare si è discusso se un'opera letteraria sia realmente una finzione ([68]). C'è infatti un'obiezione preliminare all'uso della nozione di finzione per caratterizzare le opere letterarie. L'obiezione è che le opere letterarie non hanno a che fare con il vero e il falso, mentre la nozione di finzione si fonda sulla nozione di verità e si utilizza per connotare ciò di cui si finge la verità ([69]). (Si ricordi che le finzioni sono *riconosciute* come tali; non si confondono con gli inganni o i fraintendimenti). Prendiamo un episodio famoso dell'*Orlando furioso*: che Astolfo sia volato sulla luna è in senso stretto falso poiché non c'è nessun individuo di nome Astolfo che sia realmente volato sulla luna; ma si può anche sostenere, in senso meno stretto, che non è né vero né falso poiché si tratta di un enunciato finzionale il cui scopo non è quello di corrispondere alla realtà. In questo senso gli enunciati *della* finzione non hanno un valore di verità. (Ma possono

---

ricco di quello di non contraddittorietà logica. Sul confronto fra diritto e letteratura in tema di coerenza, vedi almeno G. Zaccaria, *L'arte dell'interpretazione*, Cedam, Padova, 1990, pp. 135-150; cfr. Id., *Questioni di interpretazione*, Cedam, Padova, 1996, pp. 211-217.

([68]) Cfr. G. Currie, *The Nature of Fiction*, Cambridge University Press, 1990; P. Lamarque e S.H. Olsen, *Truth, Fiction, and Literature: A Philosophical Perspective*, Oxford University Press, 1994; A. Thomasson, *Fiction and Metaphysics*, Cambridge University Press, 1999; A. Voltolini, *Oggetti fittizi: lo stato dell'arte*, "Iride", vol. 41, 2004, pp. 177-186.

([69]) A. Bonomi, *Lo spirito delle narrazione*, Bompiani, Milano, 1994, p. 92.

averlo gli enunciati *sulla* finzione: "Astolfo volò sulla luna" può essere un enunciato di secondo grado, un enunciato che non verte sulla realtà ma su altri enunciati, nello specifico su certi enunciati del *Furioso*, rispetto ai quali è vero).

Ad ogni modo le frasi di un'opera letteraria non vanno intese come letteralmente vere, pur se il significato di un'opera può stare — e quasi sempre sta — in qualche verità di ordine umano, morale o storico espressa dall'opera. Può trattarsi di verità sulla natura umana o di carattere storico. In questo senso, profondo e non letterale, può anche sostenersi che la letteratura è una forma di conoscenza. Prendiamo ancora un esempio da Ariosto: "Ecco il giudicio uman come spesso erra!" (*Orlando furioso* I, 7). Non è forse una verità sul giudizio umano? Dunque non è vero che un certo personaggio ariostesco sia esistito e abbia compiuto un certo errore, ma è vero il principio che si distilla da tale ed altri episodi fantastici: che il giudizio umano è fallibile.

In questa sede lascio aperta la questione se gli enunciati di un'opera letteraria siano da intendere come falsi o come né veri né falsi ([70]). Quel che importa notare è che in ogni caso essi non sono veri ma possiedono, quando la finzione è credibile, un carattere che rende tale la finzione: la coerenza.

Un esempio per cui l'ipotesi avanzata calza a pieno è quello delle *Cinque storie ferraresi* (1956) di Giorgio Bassani ([71]). Si tratta di finzioni perfettamente credibili, storie che avrebbero potuto realmente avere luogo, intessute di riferimenti reali alla città di Ferrara e alla storia degli anni in cui sono ambientate. I protagonisti delle storie non hanno alcunché di incredibile: sono adeguatamente calati nel contesto storico e sociale in cui l'autore li pone. Altrettanto per le loro vicende: si svolgono con una perfetta coerenza e verosimiglianza rispetto alla vicende realmente occorse in tale contesto.

Qualcuno potrebbe obbiettare che il criterio della coerenza è rispettato in questo tipo di poetica ma non in altre. Si potrebbe obbiettare che è facile rintracciare la coerenza in un tipo di poetica realista come quella di Bassani: il criterio andrebbe messo alla prova rispetto ad altre poetiche. L'obiezione è sicuramente sensata. Credo vi si possa rispondere che ci sono, a seconda dei generi e delle poetiche, delle diverse *soglie di credibilità* cui corrispondono diverse soglie di coerenza; è molto difficile pensare ad un genere o una poetica o un'opera in cui manchi *qualsiasi tipo* di coerenza. L'idea delle soglie di credibilità non è facile da precisare, eppure mi sembra avere una tenuta intuitiva. Uno dei fattori che distingue le poetiche è proprio questo: verismo,

---

([70]) Per approfondimenti, cfr. T. PAVEL, *Mondi di invenzione: realtà e immaginario narrativo*, ed. it. a cura di A. Carosso, Einaudi, Torino, 1992; M. BETTETTINI, *Figure di verità*, Einaudi, Torino, 2004.

([71]) G. BASSANI, *Cinque storie ferraresi* (1956), Einaudi, Torino, 2003.

simbolismo, surrealismo — per citarne alcune — pongono una diversa soglia di credibilità. Per una poetica verista non sarà credibile quanto è credibile per un simbolista o per altri; eppure non è pensabile una poetica o un'opera completamente priva di coerenza ([72]).

Prendiamo di nuovo l'esempio di Ariosto e del *Furioso*. Non è certo un esempio di poetica realista o verista: è al contrario una poetica del fantastico, si dice, uno dei massimi esempi di tale poetica nella nostra letteratura. Ciò significa, vorrei chiedere, che nelle narrazioni del *Furioso* manchi la coerenza?

La tecnica narrativa di Ariosto, l'*entrelacement*, necessita a maggior ragione di coerenza. Si tratta della caratteristica forma compositiva del romanzo cavalleresco, che consiste nel "portare avanti contemporaneamente diverse vicende intrecciandole fra loro" ([73]). Dove la narrazione di una vicenda è interrotta dalla narrazione di un'altra, quindi ripresa, quindi nuovamente interrotta, è indispensabile che la vicenda abbia una riconoscibile coerenza. Dove la trama è costituita da vicende che si intrecciano le une alle altre, è indispensabile che fra queste e il loro sviluppo complessivo vi sia una riconoscibile coerenza. Un andirivieni narrativo richiede necessariamente una forte coerenza. Un fare senso senza il quale la finzione perderebbe credibilità; ne andrebbe del valore estetico dell'opera. Anche la celebre 'sequenza lunare' (*Orlando furioso* XXXIV, 70-92; XXXV, 1-30) si snoda secondo una narrazione coerente e oltretutto ricca di considerazioni morali ([74]). Qui non posso darne una dimostrazione dettagliata, ma credo si possa sostenere che la narrazione, pur fantastica, procede attraverso un disegno coerente da cui dipende in buona parte la credibilità della finzione. L'ascesa di Astolfo alla luna ha lo scopo di recuperare il senno di Orlando. Cosa penseremmo se una volta giunto alla meta Astolfo non si occupasse per nulla del senno di Orlando e facesse tutt'altro? L'ascesa avviene sul fantastico ippogrifo e con l'aiuto di un corno incantato. Cosa penseremmo se a un certo punto dell'ascesa Astolfo non fosse più rappresentato su un ippogrifo ma su una scopa e non venisse data alcuna ragione di ciò? Penseremmo che l'opera è incoerente e non credibile.

Se questo è vero, la coerenza è una condizione necessaria di una buona finzione letteraria. Vale lo stesso per le finzioni giuridiche?

([72]) In G. TUZET, *How Fictions are Credible*, di prossima pubblicazione, ho cercato di dimostrare questa tesi anche rispetto alla poetica del *nonsense* di Edward Lear.

([73]) C. DINI, *Ariosto: guida all'*Orlando Furioso, Carocci, Roma, 2001, p. 11. Cfr. fra gli altri L. CARETTI, *Ariosto e Tasso*, nuova ed., Einaudi, Torino, 1977; G. BARBERI SQUAROTTI, *Ludovico Ariosto*, in G. Barberi Squarotti e S. Zatti, *Ludovico Ariosto. Torquato Tasso*, Marzorati-Editalia, Roma, 2000.

([74]) Cfr. M. SANTORO, *L'anello di Angelica*, Federico & Ardia, Napoli, 1983, p. 114.

7. *Finzioni giuridiche*

Il tema delle finzioni giuridiche è una tema classico della giurisprudenza sul quale non posso avanzare — tantomeno in questa sede — alcuna pretesa di completezza. Mi preme tuttavia esporre alcune tracce ed idee, augurandomi di avere una futura occasione in cui rielaborare questi materiali.

In un senso molto generale, per finzioni giuridiche si intendono certi espedienti escogitati in vista di un fine pratico; più precisamente certe entità non fisiche ma poste dal diritto e certe assunzioni coscientemente false ma accettate per produrre una desiderabile conseguenza giuridica ([75]). Le società, le corporazioni, i parlamenti, sono esempi di entità finzionali. Che l'isola di Minorca fosse una parte della città di Londra, secondo un celebre caso del *common law* inglese ([76]), è un esempio di assunzione finzionale. Ovviamente si tratta di finzioni in sensi diversi. Ma ancora più precisamente vorrei proporre questa ipotesi di triplice classificazione:

(A) *finzioni fondative* sono le finzioni che *giustificano* un'istituzione rappresentandone idealmente la fondazione;
(B) *finzioni cognitive* sono le finzioni che *rappresentano* uno stato di cose non attualmente osservabile;
(C) *finzioni costitutive* sono le finzioni che *costituiscono* un'entità giuridica.

Quanto alle finzioni *fondative*, si pensi al Contratto sociale nella tradizione di Hobbes, Locke, Rousseau ([77]). I tre autori rispondono in modi diversi al medesimo problema: la legittimazione dello stato moderno. Le tre riposte consistono nell'assolutismo, nel liberalismo, nella democrazia, ma hanno in comune l'idea che lo stato non possa non fondarsi in una convenzione stipulata da individui. Eppure non vi è una storia del patto sociale. Si tratta di un'ipotesi ideale, non di un fatto realmente avvenuto. Si tratta di un tipo di finzione. Certo vi sono delle circostanze storiche rilevanti e delle dinamiche che portano le società a svilupparsi in modi diversi. Ma quando si parla di patto sociale si parla piuttosto di circostanze ideali che legittimerebbero un ordine ([78]).

([75]) L.L. Fuller, *Legal Fictions*, Stanford University Press, 1967; F. Todescan, *Diritto e Realtà. Storia e teoria della* fictio juris, Cedam, Padova, 1979; P. Chiassoni, *Finzioni giudiziali. Progetto di voce per un* vademecum *giuridico*, in *Analisi e diritto 2001*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Giappichelli, Torino.

([76]) Cfr. P. Chiassoni, *op. cit*.

([77]) Cfr. ad es. G. Zaccaria, *Contratto sociale*, voce in *Lessico della politica*, a cura di G. Zaccaria, Edizioni Lavoro, Roma, 1987.

([78]) Si potrebbero inoltre distinguere delle finzioni *giustificative*: quelle che giustificano una pratica. Concettualmente, ritengo, le finzioni giustificative e fondative fanno parte dello stesso *genus*.

Quanto alle finzioni *cognitive*, si pensi alle simulazioni informatiche, alle ricostruzioni artificiali di eventi passati, alle rappresentazioni artificiali di eventi futuri ([79]). Mi sembra molto interessante in questo senso l'attuale utilizzo dell'informatica in ambito processuale, l'uso di simulazioni a computer per ricostruire gli eventi disputati. (Si noti peraltro che una simulazione può risultare vera — se ricostruisce correttamente gli eventi passati — mentre in senso stretto una finzione è l'assunzione di una falsità; ciò che fa di una simulazione una finzione è il carattere artificiale della rappresentazione: è una finzione in senso *fenomenologico*).

Quanto alle finzioni *costitutive*, si tratta degli atti da cui dipende l'esistenza di entità giuridiche e non fisiche, come le persone giuridiche, i parlamenti e tutte quelle entità che senza tali atti non esisterebbero. Questo è il senso tradizionale in cui viene intesa la *fictio juris* ([80]). Tradizionalmente, infatti, parlando di finzioni giuridiche ci si riferisce a tali entità, cioè ai risultati degli atti che in questa classificazione si chiamano *finzioni costitutive*. Ma la classificazione qui prospettata ritiene che tali finzioni non esauriscano l'ambito delle finzioni giuridiche e che si debbano considerare oltre ad esse le *finzioni fondative* e quelle *cognitive*.

Ora le domande principali che mi pongo sono queste: il criterio della coerenza vale anche per le finzioni giuridiche? una buona finzione giuridica deve avere una coerenza interna che la rende credibile? se sì, in quale misura e per quali tipi di finzioni giuridiche?

Filosoficamente si può notare che le finzioni di tipo (A) e (B) sono delle rappresentazioni, mentre le finzioni di tipo (C) sono degli atti da cui dipendono delle entità finzionali.

Si può ritenere che il criterio della coerenza valga per le finzioni fondative, che devono consistere in una narrazione coerente. Senza tale coerenza non sembrano in grado di svolgere la funzione fondativa che compete loro. Tuttavia si tratta di una condizione necessaria, non necessaria e sufficiente. Una finzione fondativa deve presentare un carattere ulteriore: quello dell'accettabilità morale dell'istituzione che intende fondare idealmente.

Quanto alle finzioni cognitive, anche per esse vale il criterio della coerenza come condizione necessaria, ma non come condizione necessaria e sufficiente. Una finzione cognitiva credibile, ad esempio una simulazione informatica, deve rappresentare coerentemente il proprio oggetto ma non può essere un'opera di pura immaginazione. Deve rappresentare uno stato di cose non attualmente osservabile ma deve essere elaborata a partire da elementi reali ed attualmente osservabili. Tali elementi sono supposti informare veridicamente

---

([79]) T.M. OSTROM, *Computer Simulation: The Third Symbol System*, "Journal of Experimental Social Psychology", vol. 24, 1988, pp. 381-392; J. CASTI, *Would be Worlds: How Simulation is Changing the Frontiers of Science*, John Wiley, New York, 1997; D. PARISI, *Simulazioni*, Il Mulino, Bologna, 2001; G. TUZET, *Cognitive Fictions*, in corso di stampa.

([80]) Cfr. F. TODESCAN, *Diritto e Realtà*, cit.

sullo stato di cose rappresentato nella finzione cognitiva. Processualmente si tratta degli elementi di prova, a partire dai quali sono ricostruiti i fatti sconosciuti. Dunque, per essere credibile una finzione cognitiva deve essere coerente ma anche elaborata a partire da elementi reali ed attualmente osservabili. In breve, vi sono dei vincoli reali da cui dipende la sua credibilità.

Dunque, rispetto alle finzioni *fondative* e a quelle *cognitive*, la coerenza è un requisito necessario della loro credibilità. Lo stesso vale per le finzioni *costitutive*? La risposta mi sembra negativa, giacché in esse non si tratta della rappresentazione di una vicenda ideale o passata ma della costituzione di un'entità. La coerenza è una caratteristica di enunciati, di credenze, di giudizi, di azioni, non di un'entità. Non si dice di una società in quanto tale che è coerente. Lo si può dire delle sue scelte, della sua condotta. Dunque le finzioni costitutive rappresentano un'eccezione al criterio della coerenza come condizione necessaria della credibilità di una finzione. Anche se un'ultima cosa può essere notata: mettendo l'accento sull'atto della finzione costitutiva, si può forse dire che esso è coerente nella misura in cui non contraddice i principi e le regole dell'ordinamento in cui si iscrive. Dunque si potrebbe dire questo: affinché una finzione costitutiva sia una buona finzione, l'atto che la pone deve essere coerente con l'ordinamento cui appartiene.

Con ciò concludo. Queste osservazioni sulle finzioni e la loro credibilità, oltre ad essere abbozzate, sono senz'altro lacunose e in più punti incerte. Mi premeva tuttavia esporre queste tracce ed idee, nella speranza che presentino, pur nei margini di incertezza, degli interessanti spunti di discussione e possano costituire un originale contributo al confronto fra diritto e letteratura.

ABSTRACT

The paper presents and discusses the approaches known as *Law in Literature* and *Law as Literature*. As to the second, it is claimed that the different functions of law and literature constitute a serious limit to considering law as literature. Then a third approach is presented, consisting in the conceptual analysis of some notions common to law and literature, as for instance norm, judgment, interpretation, form. One of such notions is that of fiction. Legal and literary fictions are compared and the question is considered whether there are some common criteria for fiction credibility. Coherence at least seems to be such a criterion.

L'articolo presenta e discute gli approcci noti come *Law in Literature* e *Law as Literature*; rispetto al secondo, sostiene che le diverse funzioni di diritto e letteratura costituiscono un serio limite ai tentativi di concepire il diritto come letteratura. Quindi è presentato un terzo approccio consistente nell'analisi concettuale di certe nozioni comuni a diritto e letteratura, come ad esempio quelle di norma, giudizio, interpretazione, forma. Tale è anche la nozione di finzione. Vengono confrontate pertanto finzioni giuridiche e letterarie e infine viene posta la domanda se esistano dei comuni criteri in base ai quali una finzione può essere considerata credibile. La coerenza sembra essere un tale criterio.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova serie. Vol. XIX (2005)

ALESSANDRA CALLEGARI

L'*IMPLICIT LAW* NELLA TEORIA INTERAZIONALE DEL DIRITTO DI LON FULLER

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il diritto come linguaggio d'interazione sociale. — 3. Le forme dell'*implicit law*: il diritto consuetudinario, i principi di moralità procedurale, la ragione artificiale e il *common law*. — 4. Le forme del *made law*: *law of the contract* ed *enacted law*. — 5. L'interazione tra diritto scritto e diritto implicito. — 6. Conclusioni.

1. *Premessa*

L'attuale scenario del diritto offre al giurista nuovi orizzonti sui quali riflettere (1). Molteplici dinamiche stanno dando impulso alla formazione di un diritto tanto incerto sulle sue valenze stabili (2), quanto costitutivo di

---

(1) Sul punto, si rimanda a: E. MENDES, J. HAZEL, O.MEHMET, *Global Governance, Economy and Law*, Routledge, London & New York, 2003, p. 116 ss.; C. BRUCH, *The New Public: The Globalization of Public Partecipation*, Environmental Law Institute, Washington, 2002, p. 147 ss.; P. MCMICHAEL, *Development and Social Change: A Global Perspective* [2003], Pine Forge Press, California, 2004, p. 157; S. TARROW, *The New Trasnational Activism*, Cambridge University Press, New York, 2005, p. 3 ss.; J. F. MURPHY, *The United States and the Rule of Law in International Affairs*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 6 ss.; B. WRIGHT, J.K. WINN, *The Law of Electronic Commerce*, Aspen Publishers, New York, 2000, capitolo 4°; M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società trasnazionale*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 81 ss.; R. SCHULZE, *Il mondo islamico nel Xx secolo. Politica e società civile*, Feltrinelli, Milano, 1998, p. 343; L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005, in particolare p. 165 ss.

(2) S. SELL, *Private Power, Public Law: The Globalization of Intellectual Property*, Cambridge University Press, New York, 2003, p. 68; J.M.COICAUD, M.W. DOYLE, A.M. GARDENER (a cura di), *Globalization of Human Rights*, United Nation University Press, Honk Hong, 2003, p. 6; M. FEATHERSTONE, *Global Culture: Nationalism, Globalization and Modernity* [1990], SAGE Publications, London, 2002, p. 262; S. SASSEN, *Losing*

fondamenti nuovi per la sua articolazione (3). Condizione per una comprensione del portato di tale originale fenomenologia del diritto appare l'individuazione di categorie inedite di sistemazione ed insieme la relativizzazione, se non l'abbandono, del vecchio corredo di certezze su cui le attuali generazioni di operatori giuridici si sono formate. La domanda di senso riguardo alle nuove configurazioni giuridiche viene rivolta anche al filosofo del diritto (4). Da questo versante ancora molteplici e disorganiche sono le idee (5). Si tratta di partecipare ad un processo di edificazione giuridica in senso tecnico? (6) O piuttosto si tratta di dare un contributo ad una ridefinizione dei saperi e delle consapevolezze giuridiche contemporanee che fungono da base per le costruzioni tecniche? (7) Un contributo per cercare risposte a tali istanze può essere offerto dalla teoria interazionale del diritto di Lon Fuller (1902-1978) (8). In *The Anatomy of the*

Control? Sovereignty in the Age of Globalization, Columbia University Press, New York, p. 101; G. FALKNER, O. TREIB, M. HARTLAPP, S. LEIBER, *Complying with Europe: Harmonisation and Soft Law in the Member State*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 331; G.A. DI MARCO, *Mercato mondiale della globalizzazione e diritti umani*, in "Civiltà del Mediterraneo", 4/5, Guida Editore, Napoli, 2004, p. 77; L. CIMMINO, *Sistema mercato. Regole senza confini e confine senza regole*, Guida Editore, Napoli, 2005, p. 17; R. CUBEDDU, *Politica e certezza*, Guida Editore, Napoli, 2000, p. 27; U. RANIERI, *L'Europa e gli altri*, Guida Editore, Napoli, 2003, p. 16.

(3) Sul punto, si rimanda a: A. BARBERA, S. CECCANTI, *I fondamenti giuridici di una possibile convivenza*, in "Atlantide", 2, 2005, pp. 31-47.

(4) R. ROBERSTON, K.WHITE (a cura di), *Globalization: Critical Concepts in Sociology*, Routledge, London, 2003, p. 99; F. JAMESON, M.MIYOSHI, *The Cultures of Globalization* [1998], Duke University Press, Durham, 2003, p. 308; AA.VV., *Pluralism and Law*, Kluwer, Dordrecht, 2001; A. MANCINI, *Internet Justice, Philosophy of Law for the Virtual World, 2005;* C. LOTTIERI, *Denaro e comunità,* Guida Editore, Napoli, 2000; R. WOLFRUM, V. RÖBEN (a cura di), *Developments of International Law in Treaty Making*, Sprinter, Berlin, 2005, pp. 119-121.

(5) T. EINHORN (a cura di), *Spontaneous Order, Organization and the Law: Road to a European Civil Society,* Asser Press, The Hague, 2003, p. 18.

(6) Sul punto, si rimanda a L. CIMMINO, *Sistema mercato. Regole senza confini e confine senza regole*, cit., p. 15; L. TRIOLO, *Il legalismo giuridico. Riflessioni in margine ad una teoria critica della legalità*, in "Diritto & questioni pubbliche", 4, 2004, pp. 154-199.

(7) G.M. CHIODI (a cura di), *Tempo della legge e tempo della Storia*, Guida Editore, 1999, p. 169 ss.; N. MACCORMICK, *Constructing Legal Systems: "European Union" in Legal Theory*, Kluwer, Dordrecht, 1997; A. J. MENENDEZ, *La linfa della pace: i diritti di solidarietà nella carta dei diritti dell'Unione Europea*, in "Diritto & questioni pubbliche", 4, 2004, pp. 96-115.

(8) La teoria del diritto di Lon Fuller può essere considerata una forma di "convenzionalismo di *common law*". Riprendo questa espressione nel senso attribuitole da Gerald Postema (G. POSTEMA, *Implicit Law*, in. W. J. WITTEVEEN, W. VAN DER BURG, *Rediscovering Fuller. Essays on Implicit Law and Institutional Design*, Amsterdam University Press, Amsterdam, 1999, p. 256; ID., *Philosophy of the Common Law*,

Law (9), egli muove dall'idea di indagare i rapporti intercorrenti tra due peculiari momenti della produzione giuridica, rappresentati dal diritto implicito (*implicit law*) e dal diritto creato (*made law*), al fine di pervenire ad una configurazione del diritto come linguaggio di interazione sociale (10). A partire dal presupposto che è erroneo giustapporre le fonti formali su quelle informali del diritto (11), e che la concezione interazionale del diritto consente di scoprire nuovi aspetti della realtà giuridica

---

in J.L. COLEMAN, S. SHAPIRO (a cura di), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 588-622). Circa l'interesse della recente filosofia del diritto per gli studi di Lon Fuller, si veda: T. W. BECHTLER, *Law in a Social Context: Liber Amicorum Honouring Professor Lon L. Fuller*, Deventer, Kluwer, 1978; R.S. SUMMERS, *Lon L. Fuller*, Stanford University Press, Stanford, 1984; A. DAL BROLLO, *La moralità del diritto: assiologia e diritto nel pensiero di Lon Fuller*, Bulzoni, Roma, 1986; C. COVELL, *The Defence of Natural Law: A Study of the Ideas of Law and Justice in the Writings of Lon L. Fuller, Michael Oakeshott, F. A. Hayek, Ronald Dworkin and John Finnis*, The Macmillan Press, London, 1992; F. SCHAUER, *Fuller's Internal Point of View*, in "Law and Philosophy", 13, 1994, pp. 285-312; K.I. WINSTON, *Legislators and Liberty*, in "Law and Philosophy", 13, 1994, pp. 389-418; ID., voce *Lon Luvois Fuller*, in "IVR Encyclopaedia of Jurisprudence, Legal Theory and Philosophy of Law", 2005, in http://www.ivr-enc.info/en/article.php?id=24; S.L. PAULSON, *Lon L. Fuller, Gustav Radbruch, and the "Positivist" Theses*, in "Law and Philosophy", 13, 1994, p. 356; W.J. WITTEVEEN & W. VAN DER BURG, *Rediscovering Fuller. Essays on Implicit Law and Institutional Design*, cit.; L.L.FULLER, *The Principles of Social Order: Selected Essays of Lon L.Fuller* [1981], a cura di K.I.Winston, Hart Publishing, Oxford, 2001; J. ALLAN, *The Speluncean Case: Making Jurisprudence Seriously Enjoyable*, Barry Rose, Little London, 1999; P. SUBER, *The Case of the Speluncean Explorers: Nine New Opinions*: Routledge, London, 1998.

(9) L.L.FULLER, *The Anatomy of the Law* [1968], Greenwood Press, Westport, 1976.

(10) *Ivi*, pp. 43-49; ID., *La moralità del diritto*, cit., pp. 57, 248, 250-252, 281-286, 297-298; ID., *Law as an Instrument of Social Control and Law as a Facilitation of Human Interaction*, in "Brigham Young University Law Review", I, 1975, p. 92, R. WOLFRUM, V. RÖBEN (a cura di), *Developments of International Law in Treaty Making*, cit., p. 119, nota n. 79; B.Z. TAMANAHA, *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford University Press, New York, p. 226, S.J. TOOPE, *Emerging Patterns of Governance and International Law*, in M. BYERS, *The Role of Law in International Politics: Essays in International Relations and International Law,* Oxford University Press, New York, 2000, p. 100.

(11) Per un'analisi critica dell'egemonia indiscussa delle fonti scritte, *in primis* della legge, rispetto alle fonti non scritte, si rimanda a: F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Le ragioni del diritto,* Il Mulino, Bologna, 2003, pp. 164-165; ID., *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto* [2002], Laterza, Roma-Bari, 2004, pp. 438-443; P. DI LUCIA, *Agire secondo una norma, agire per una norma, agire in funzione di una norma.* in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici,* Giappichelli, Torino, 1996, pp. 37-45; N. BOBBIO, *Consuetudine e fatto normativo*, ora in: ID., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 27.

contemporanea, Fuller persegue l'obiettivo di rendere possibile una percezione critica delle impostazioni dogmatico-sistematiche della filosofia del diritto attuale (12), analizzando il diritto latente (13) che da sempre contribuisce all'enucleazione del diritto scritto nei contesti delle diverse tradizioni giuridiche. Anche nelle riflessioni svolte nel solco della fedeltà ai dogmi, in cui il diritto scritto resta ben al centro degli interessi del giurista, il punto d'emersione delle nuove consapevolezze scientifiche sta nella dialettica tra il diritto scritto e il diritto implicito o latente. In tale quadro preziosa è proprio la concezione interazionale del diritto proposta da Lon Fuller, con la sua propensione a pensare al diritto oltre la sua dimensione formale, portando attenzione alle sue pratiche sociali informali, meglio denominate come *implicit law* (14). L'intento di questo lavoro è di individuare la diversità del *Beruf* della scienza giuridica attuale, in

---

(12) Cfr. M.H. KRAMER, *In Defence of Legal Positivism: Law Without Trimmings* [1999], Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 1 ss.; R.P. GEORGE, *The Autonomy of the Law: Essay on Legal Positivism* [1996], Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 2 ss.; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giappichelli, Torino, 1998, pp. 95-96. Sulla crisi delle teorie formali del diritto, che si sono limitate a proporre un'analisi superficiale del diritto, e in particolare del giuspositivismo contemporaneo, si veda: S. POZZOLO, *Riflessioni su inclusive e soft positivism*, in "Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica", 1998, p. 229- 242; G. PINO, *Il positivismo giuridico di fronte allo Stato Costituzionale*, in "Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica", 1998, pp. 203-227; L. FERRAJOLI, *Lo Stato di diritto tra passato e futuro*, in P. COSTA, D. ZOLO, *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2002, p. 363 ss.; O. WEIMBERGER, Law, *Institution and Legal Politics: Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy*, Kluwer, Dordrecht, 1991, p. 3 ss.

(13) Oltre a Lon Fuller, anche altri teorici del diritto si sono occupati di questo peculiare aspetto del diritto. Herbert Hart, ad esempio, nella sua teoria giuridica, sostiene che il potere di creare il diritto da parte dei funzionari pubblici presuppone da parte loro l'accettazione di una regola secondaria di riconoscimento, implicita nella pratica giuridica. H.L.A. HART, *Il concetto di diritto,* [1961], trad. it. di M. Cattaneo, Einaudi, Torino, 2002, capitoli 4 e 6. Ronald Dworkin, peraltro, riconosce l'esistenza di principi non scritti, rinvenibili nella prassi del diritto, derivanti dalla migliore teoria interpretativa del diritto scritto. R. DWORKIN, *L'impero del diritto* [1986], trad. It. di L.Caracciolo di S. Vito, Il Saggiatore, Milano, 1989, capitoli 3° e 7°. Cfr. , inoltre, R.A. MACDONALD, *Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et réferentielle,* in "Sociologie et Societé", 18, 1986, p. 47 ss.; R. SACCO, *Il diritto muto*, in "Rivista di diritto civile", I, 1993, pp. 689-702.

(14) Per una recente analisi dei caratteri dell'*implicit law* nella filosofia del diritto di Lon Fuller, si rimanda a: P.R. TEACHOUT, *"Uncreated Coscience": The Civilizing Force of Fuller's Jurisprudence*, in W.J. WITTEVEEN & W. VAN DER BURG, *Rediscovering Fuller. Essays on Implicit Law and Institutional Design,* cit., pp. 229-254. G. POSTEMA, *Implicit Law*, in J. WITTEVEEN & W. VAN DER BURG, *Rediscovering Fuller. Essays on Implicit Law and Institutional Design,* cit., pp. 255-278; J. C. KETCHEN, *Revisiting Fuller's Critique of Hart – Managerial Control and the Pathology of Legal Systems: the Hart-Weber Nexus,* in "University of Toronto Law Journal", 1, 2003, in: http://www.utpjournals.com/product/utlj/531/531_ketchen.html.

quanto l'apporto creativo/ordinante che quest'ultima è chiamata a dare, non riguarda solo i caratteri strutturali del sistema giuridico, ma anche i suoi contenuti di moralità procedurale ([15]). A tal fine, la presente indagine muove dall'analisi della teoria interazionale del diritto di Lon Fuller, (§ 2) e dalla connessione tra due peculiari fonti del diritto, rappresentate dall'*implicit law* (§ 3) e dal *made law* (§ 4) per tentare di sostenere che non è possibile comprendere pienamente il diritto scritto e il ruolo che esso svolge nel coordinare le azioni umane ([16]), se non si apprezza la sua interazione e coordinazione con il diritto implicito (§ 5).

2. *Il diritto come linguaggio d'interazione sociale*

È opportuno sottolineare, prima di ogni altra cosa, che un presupposto fondamentale della teoria interazionale di Lon Fuller è l'idea che le interazioni e le istituzioni sociali, tra cui è compreso anche il diritto, si fondano sul principio di reciprocità. ([17]). È proprio questa la ragione principale che

---

([15]) In questo senso, la legalità viene considerata una virtù, nel senso di qualità positiva che contraddistingue il sistema giuridico, come si dice nella sfera della cultura giuridica anglosassone quando si parla di *Rule of Law*. Sul punto, si veda: L. TRIOLO, *Il legalismo giuridico. Riflessioni in margine ad una teoria critica della legalità*, cit., p. 162.

([16]) La cooperazione per Lon Fuller è necessaria al fine del mantenimento della legalità. L.L. FULLER, *The Anatomy of the Law*, cit., p. 57; ID., *Legal Fictions*, Stanford University Press, Stanford, 1967, pp. viii-ix; P. SELZNICK, *Preface to Rediscovering Fuller*, in W.J. WITTEVEEN & W. VAN DER BURG, *Rediscovering Fuller. Essays on Implicit Law and Institutional Design,* cit., pp. 9-11. Sulla coordinazione nel diritto in generale, si rimanda a : V. FERRARI, *Lineamenti di sociologia del diritto* [1997], vol. I, Laterza, Roma-Bari, 2001; J. FINNIS, *Legge naturale e diritti naturali* [1980], a cura di F. Viola, Giappichelli, Torino, 1996; ID., *Law as Co-ordination*, in "Ratio Juris", 2, 1989, pp. 97-104; M. MUSHKAT, *The Legal co-ordination Problem*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 61, 1984, pp. 638-646; G.J. POSTEMA, *Coordination and Convention at the Foundations of Law*, in "Journal of Legal Studies", 11,1982, pp. 165-203. Sulla coordinazione sociale, si veda: J. ELSTER, *Il cemento della società. Uno studio sull'ordine sociale*, trad. it. di P. Palminiello, Il Mulino, Bologna, 1995; A. SELIGMAN, *L'idea di società civile*, trad. it. di A. Buzzi, Garzanti, Milano, 1993; H. KELSEN, *Società e natura. Ricerca sociologica*, trad. it. di L. Fuà, Boringhieri, Torino, 1992.

([17]) La teoria interazionale del diritto, che si fonda sulla tesi della reciprocità, è analizzata in dettaglio negli ultimi scritti di Fuller (primo tra tutti *Human Interaction and the Law*), pubblicati nell'opera postuma *The Principles of Social Order*, curata da K.I. Winston, Sul punto, si rimanda a L.L.FULLER, *The Principles of Social Order: Selected Essays of Lon L.Fuller* [1981], (a cura di K.I.Winston), Duke University Press, Durham, 2002, pp. 211-246. Va sottolineato che un esame di tale approccio al diritto era già presente nella *Moralità del diritto*. Cfr. ID., *La moralità del diritto*, cit., pp. 57, 28, 250-252, 281-286, 297-298.

impone al filosofo del diritto americano di analizzare la concezione della reciprocità che sta alla base della sua teoria del diritto come interazione sociale ([18]), e, che, per ammissione dell'autore, è di ispirazione simmeliana ([19]). Si tratta quindi di una concezione che fuoriesce dalla classica diatriba tra giusnaturalismo e giuspositivismo ([20]). L'approccio interazionale al diritto di Lon Fuller è già chiaramente articolato nell'unica opera dell'autore tradotta in lingua italiana, *La moralità del diritto* ([21]), ma la sua

---

([18]) Per interazione sociale (termine usato dalla scuola americana come equivalente a relazione sociale) si intende una relazione di tipo cooperativo svolta da due o più attori (soggetti agenti) che orientano le loro azioni in riferimento ed in reazione al comportamento di altri attori, relazioni caratterizzate da una certa durata, intensità e ripetitività nel tempo. Sul punto, si rimanda a: A.G. JOHNSON, *The Blackwell Dictionary of Sociology: a User's Guide to Sociological Language* [1995], voce *Interactionist Perspective*, Backwell Publishers Inc., Massachusetts, 2000, p. 158. Gli approcci interazionali al diritto si fondano nell'interazione umana. Altri autori, oltre a Fuller, che si sono occupati del diritto da punto di vista interazionale sono, ad esempio, Karl Llewellyn, Charles de Montesquieu, Georg Simmel. Sul punto, si rimanda a W.J. WITTEVEEN & W. VAN DER BURG, *Rediscovering Fuller. Essays on Implicit Law and Institutional Design*, cit., pp. 22-23.

([19]) *Ivi*, p. 33; L.L. FULLER, *La moralità del diritto*, cit., pp. 57, 84, 277. Per un'analisi della teoria interazionale di Georg Simmel e della Scuola di Chicago, si rimanda a G. SIMMEL, *Sociologia* [1908], intr. di A. Cavalli, Edizioni Comunità, Milano, 1989; JODI O' BRIEN, *The Production of Reality. Essays and Readings on Social Interaction*, Pine Forge Press, California, 2005, pp. 260-262; P.A. ATKINSON, W. HOUSLEY, *Interactionism*, SAGE Publications, London, 2003, pp. 19,21, 55-56, 107,145, 153; G D. JAWORSKI, *Georg Simmel and the American Prospect*, Sate University of New York Press, Albany, 1997, p. 19 ss.; P. BOSS, *Sourcebook of Family Theories and Methods: A Contextual Approach*, Springer, New York, 1993, p. 201; M. WIBERG (a cura di), *Interaction Society: Theories, Practice and Supportive Technologies*, Idea Group, London, 2005, p. 146.

([20]) Fuller si oppone nettamente alla concezione che considera il diritto una "proiezione unilaterale di autorità", in quanto in essa manca la dimensione sociale. La "direzione manageriale" è espressione tipica di questa dimensione unilaterale dell'autorità, e si fonda sui seguenti elementi: a) presuppone relazioni di autorità tra superiori e subordinati, dominate da relazioni verticali e in cui le relazioni orizzontali tra autorità uguali di pari livello hanno secondaria importanza; b) il superiore indirizza direttive ai suoi subordinati; c) queste direttive rimandano a specifici fini voluti dal superiore; d) i subordinati applicano queste direttive per realizzare esclusivamente i fini del superiore; e) le direttive del superiore, anche se possono assumere la forma di regole generali, in realtà si riducono comunque a meri ordini. Si rimanda, sul punto, a: L.L. FULLER, *La moralità del diritto*, cit., pp. 57, 266-269, 271-273; ID., *Human Interaction and the Law*, in ID., *The Principles of Social Order: Selected Essays of Lon L.Fuller*, cit., p. 214; ID., *Freedom as a Problem of Allocating Choice*, In "Proceedings of the American Philosophical Society", 112, 1968, pp. 101-106. D. PATTERSON, *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* [1996], Blackwell Publishing, Oxford, 1999, pp. 231-232.

([21]) L.L. FULLER, *La moralità del diritto*, cit. pp. 57, 248, 250-252, 281-286, 297-298. Tale opera è stata presa in considerazione in preminenza per il dibattito sviluppato con Herbert Hart in merito alla connessione tra diritto e morale, pre-

valenza pratica è stata scarsamente percepita dalla filosofia del diritto contemporanea.

I principi della moralità procedurale rimandano alla nozione interazionale di reciprocità (22). Il fenomeno giuridico è uno sforzo cooperativo che si fonda sullo stabilizzarsi di reciproche aspettative tra istituzioni e singoli individui (23). Come ha osservato il sociologo tedesco Georg Simmel (1858-1918), vi è una specie di reciprocità o mutualità tra chi detiene il potere e il cittadino in riferimento all'osservanza delle norme (24). Il governo dice al

---

scindendo dall'esame dell'approccio interazionale sviluppato in dettaglio in L.L. FULLER, *The Principles of Social Order: Selected Essays of Lon L.Fuller*, cit. Una riscoperta degli scritti di Lon Fuller è avvenuta recentemente nell'opera W.J. WITTEVEEN & W. VAN DER BURG, *Rediscovering Fuller. Essays on Implicit Law and Institutional Design*, cit., frutto di due convegni internazionali organizzati nel 1995 e nel 1997, alla Tilburg Law School, in Olanda.

(22) Per Lon Fuller, il principio di reciprocità ha radici non solo nelle nostre dichiarazioni esplicite, ma anche nelle nostre abitudini, ed è rinvenibile nella regola aurea del "Discorso della montagna", in cui rinviene una "ragionevole reciprocità". In esso, infatti, si afferma: "*Non giudicate per non essere giudicati. Perché secondo il giudizio con il quale giudicate, sarete giudicati; e con la misura con la quale misurate, sarà misurato a voi. [...] Tutto quanto dunque desiderate che gli uomini facciano a voi, fatelo voi pure a loro; poiché questa è la Legge e i profeti*". MATTEO, 7, 1, 12. In particolare, il rapporto di reciprocità dal quale sorge il dovere: a) deve risultare da un accordo volontario tra le parti immediatamente interessate; b) interessa adempimenti equivalenti delle parti (il legame di reciprocità unisce gli individui a causa delle loro differenze. Quindi, l'eguaglianza in un rapporto di reciprocità è rapportata da un metro di valore che può essere applicato a cose di specie differenti); c) il tessuto di relazioni all'interno della società deve essere sufficientemente fluido, in modo che il rapporto di dovere deve essere reversibile in teoria e in pratica. L.L. FULLER, *La moralità del diritto*, cit., p. 33; B. BENSON, *How to Secede in Business Without Really Leaving: Evidence of the Substitution of Arbitration for Litigation*, in D. GORDON (a cura di), *Secession, State & Liberty* [1998], Transaction Publishers, New Jersey, 2002, p. 249; D.B. KLEIN (a cura di), *Reputation: Studies in the Voluntary Elicitation of Good Conduct*, University of Michigan Press, University of Michigan, 1997, pp. 168-169. Per una simile interpretazione della regola aurea, si veda: F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, cit., p. 51; F. VIOLA, *Ragionevolezza, cooperazione e regola d'oro*, in "Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica", 7, 2002, pp. 109-129.

(23) L.L. FULLER, *La moralità del diritto*, cit., p. 57. F. J. MOOTZ III, *Natural Law and the Cultivation of Legal Rethoric*, in W.J. WITTEVEEN & W. VAN DER BURG, *Rediscovering Fuller. Essays on Implicit Law and Institutional Design*, cit., p. 434.; J. WALDRON, *Why Law – Efficacy, Freedom or Fidelity?*, in "Law and Philosophy", 13, 1994, pp. 259-284. Per un'analisi del principio di reciprocità di Lon Fuller applicato al tema dei diritti umani e del diritto umanitario, si veda: R. PROVOST, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 117.

(24) L.L. FULLER, *La moralità del diritto*, cit., p. 57; R. PRUS, *Symbolic Interaction and Ethnographic Research. Intersubjectivity and the Study of Human Lives Experience*, State University Press, New York, 1996, pp. 39-40. G. SIMMEL, *Faithfulness and Gratitude*, in A.E. KOMTER (a cura di), *The Gift: An Interdisciplinary*

cittadino: "Queste sono le norme che noi ci aspettiamo che tu segua. Se tu le segui, hai l'assicurazione da parte nostra che esse sono le norme che saranno applicate alla tua condotta". Quando questo vincolo di reciprocità è definitivamente e completamente rotto dal potere, nulla resta su cui fondare il dovere del cittadino di obbedire alle norme ([25]). Nella teoria del diritto di Lon Fuller è possibile, dunque, rinvenire molti elementi che rimandano al pensiero interazionale, e che possono essere qui di seguito brevemente elencati: a) il diritto è un'impresa propositiva ([26]), di cui i cittadini fanno parte ([27]); b) il fenomeno normativo ha lo scopo di fornire le linee-guida per l'interazione sociale, creando una struttura stabile affinché la libertà umana possa esplicarsi ([28]); c) il diritto è una tra le tante imprese

---

Perspective, Amsterdam University Press, Amsterdam, 1996, pp. 39-49; ID., *Critical Assessments*, a cura di David Frisby, vol. III, Routledge, London, 1994, pp. 6-7, 50-51, 74-79.

([25]) L.L. FULLER, *La moralità del diritto*, cit., p. 57; ID., *Human Interaction and the Law*, cit., 234-235; D. LUBAN, *Natural Law as Professional Ethics: A Reading of Fuller*, in F.D. MILLER, J. PAUL, E.F. PAUL, G.T. MILLER (a cura di), *Natural Law and Modern Moral Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, p. 190.

([26]) L.L. FULLER, *American Legal Philosophy*, cit., p. 467; D. PATTERSON, *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* , cit., p. 231; R. E. BARNETT, *Restoring the Lost Constitution*, Princeton University Press, Princeton, 2004, p. 142; D.B. KLEIN (a cura di), *Reputation: Studies in the Voluntary Elicitation of Good Conduct*, cit., p. 167; N. BUNNIN, E. TSUI JAMES, *The Blackwell Companion to Philosophy* [1996], Blackwell Publishers, Oxford, 2003, p. 422; E. ATWOOLL, *The Tapestry of Law: Scotland, Legal Culture and Legal Theory*, Kluwer, Dordrecht, 1997, p. 164.

([27]) Ad esempio, il giudice o il parlamentare possono svolgere, all'interno dell'impresa propositiva, sia il ruolo di cittadini che di pubblici funzionari. W.J. WITTEVEEN & W. VAN DER BURG, *Rediscovering Fuller. Essays on Implicit Law and Institutional Design*, cit., p. 34.

([28]) *Ibidem.*Cfr. L.L. FULLER, *La moralità del diritto*, cit., p. 191; ID., *The Principles of Social Order,* cit., p. 213; ID., *The Anatomy of the Law*, cit., p. 48. Sul punto, si veda, inoltre, B. BIX, *Natural Law Theory: The Modern Tradition*, in J.L. COLEMAN, S. SHAPIRO (a cura di), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 62-103 ss. Per una concezione di diritto che presenta forti similitudini con quella di Fuller, si rimanda a quella proposta da Francesco Viola, secondo la quale: "Il diritto si manifesta come azione e attività guidate da regole, spesso rafforzate da sanzioni specifiche, ed organizzate in strutture procedurali ed istituzionali, che danno vita a pratiche sociali di tipo interpretativo, al fine di garantire e perseguire valori fondamentali della vita personale e sociale". F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, cit., p. 40. Tale teoria si differenzia, tuttavia, da quella fulleriana in quanto considera la legalità nel senso di *habitus* individuale, di una "disposizione permanente ad agire secondo la *recta ratio* del sistema giuridico", che connota

propositive esistenti, con le quali è necessario cooperare ([29]); d) affinché il diritto raggiunga il suo scopo, è essenziale che le aspettative reciproche si siano stabilizzate, sia nelle interazioni orizzontali che in quelle verticali ([30]); e) il diritto è il frutto di uno sforzo sostenuto e finalizzato alla realizzazione dei principi della morale interna del diritto ([31]). Pertanto, affinché possano realizzarsi le aspettative interazionali stabilizzate e generali degli agenti razionali, è necessario che l'*enacted law* aderisca ai principi di reciprocità e di legalità come virtù ([32]). Considerare la legalità come virtù significa considerarla qualità positiva che, in misura maggiore o minore, contraddistingue il sistema giuridico come si dice nella sfera della cultura giuridica anglosassone quando si parla di *Rule of Law*. Si tratta di virtù del sistema, che si sostanzia in un insieme di qualità dell'organizzazione normativa, alcune delle quali riguardano le leggi singo-

---

di valenze morali l'abitudine all'obbedienza austiniana e la pressione sociale che la circonda. F. VIOLA, *La legalità come procedura e come prassi*, in "Per la Filosofia", 1993, p. 36.

([29]) W.J. WITTEVEEN & W. VAN DER BURG, *Rediscovering Fuller. Essays on Implicit Law and Institutional Design*, cit., p. 34. Nella sua peculiare attenzione ai processi giuridici, la teoria di Fuller presenta caratteri comuni con la giurisprudenza sociologica o antiformalismo giurisprudenziale, movimento giusfilosofico che si sviluppa negli Stati Uniti tra il 1880 e il 1940 e che si caratterizza per un'aspra contestazione del "case method", metodo che studia il diritto non basandosi sulla considerazione dei precedenti, ma in riferimento ad una selezione predisposta di casi particolarmente importanti a cui viene attribuito un carattere sistematico-normativo. Tali orientamenti, invece, propongono una particolare attenzione alla prassi giuridica. Il diritto svolge una funzione di ingegneria sociale, rimodellando interessi, conciliandoli, costruendo attraverso continui aggiustamenti le condizioni del vivere sociale. Sul punto, si veda, in generale: O.W. HOLMES, R. POUND, *Criminal Justice in America*, Harvard University Press, Cambridge, 1945.

([30]) L.L. FULLER, *Human Interaction and the Law*, cit., pp. 234-235; ID., *La moralità del diritto*, cit., pp. 251-252.

([31]) P. CLITEUR, *Fuller's Faith*, in W.J. WITTEVEEN & W. VAN DER BURG, *Rediscovering Fuller. Essays on Implicit Law and Institutional Design*, cit., p. 106. O.M. FISS, *The Law as It Could Be*, New York University Press, New York & London, 2003, pp. 33-34. Circa lo sforzo sostenuto e finalizzato a risolvere un caso giudiziario sulla base degli assiomi morali delineati dalla teoria di Fuller, si rimanda a L.L. FULLER, *The Form and Limits of Adjudication*, in "Harvard Law Review", 92, 1978, p. 353 ss.

([32]) Il riferimento è palese agli otto desiderata di Fuller. Sul punto, si rimanda a ID., *La moralità del diritto*, cit., capitolo II; ID., *American Legal Philosophy at Mid Century*, in "Journal of Legal Education", Si veda, inoltre, G. POSTEMA, *Implicit Law*, W.J. WITTEVEEN & W. VAN DER BURG, *Rediscovering Fuller. Essays on Implicit Law and Institutional Design*, cit., p. 255; H.D. LASSWELL, *Jurisprudence for a Free Society: Studies in Law, Science and Policy,* Nijhoff, Dordrecht, 1992, p. 232.

larmente considerate (generalità, promulgazione, irretroattività, chiarezza, possibilità effettiva di conformarsi ad esse) altre il sistema nel suo complesso (coerenza, stabilità nel tempo), altre ancora il suo assetto istituzionale (congruenza tra leggi ed azioni ufficiali, responsabilità dei funzionari pubblici). I tratti che così si apprezzano rappresentano le condizioni necessarie a partire dalle quali è possibile sensatamente instaurare e mantenere un percorso di vita sociale fondato sulla legalità ([33]). Lo stabilizzarsi di aspettative reciproche è un elemento dell'interazionismo che riguarda, oltre al diritto, anche altre forme di organizzazione sociale, che vengono analizzate da Fuller e che vengono denominate *eunomics* ([34]), o teoria dell'*institutional design* ([35]). Fuller analizza alcuni di questi processi giuridici tra cui il giudizio, la mediazione, il contratto, la legislazione, la direzione manageriale e la consuetudine ([36]). Kenneth Winston nell'introduzione all'opera *The Principles of Social Order* ([37]), sottolinea che ognuno di questi processi presenta: 1) peculiari scopi; 2) appropriati modi di partecipazione; 3) diversi agenti responsabili dei processi; 4) scopi diversi in base ai progetti proposti; 5) un tipo appropriato di moralità interna; 6) la caratteristica di occuparsi di certi tipi di problemi o attività ([38]).

([33]) L. TRIOLO, *Il legalismo giuridico. Riflessioni in margine ad una teoria critica della legalità*, cit., pp. 162-163.

([34]) L.L. FULLER, *American Legal Philosophy at mid-Century,* cit., p. 477; ID., *The Principles of Social Order*, cit., p. 62. Il termine "eunomics" sembra riprendere il neologismo coniato da Jeremy Bentham, anche se presenta forti connessioni con le problematiche sviluppate nel pensiero greco, in particolare in studiosi quali, ad esempio, Aristotele. La teoria mezzi-fini proposta da Fuller ha ad oggetto il conseguimento di un buon ordine e di un'efficiente organizzazione, per la realizzazione giuridica di determinati fini sociali, attraverso l'identificazione di determinati mezzi o processi da cui scaturiscono le norme giuridiche. K.I. WINSTON, *Three Models for the Study of Law*, cit., p. 17.

([35]) Si rimanda, sul punto, a *ivi*, p. 19. Il progetto di *Eunomics* presenta forti analogie con i lavori proposti dai sociologi della Berkeley School (Philip Selznick e Philippe Nonet), che propongono un'analisi empirica relativa ad istituzioni relative ad importanti sfere della vita sociale (come le controversie industriali) e sviluppano teorie empiriche relative all'organizzazione della vita pubblica. Si rimanda, sul punto, a P. SELZNICK, *The Moral Commonwealth: Social Theory and the Promise of Community,* University of California Press, Berkeley, 1994, pp. 320-327.

([36]) R. A. MACDONALD, *Legislation and Governance*, W.J. WITTEVEEN & W. VAN DER BURG, *Rediscovering Fuller. Essays on Implicit Law and Institutional Design*, cit., pp. 279-280; O.E. WILLIAMSON (a cura di), *The Mechanism of Governance*, Oxford University Press, Oxford, 1996, pp. 11-12.

([37]) L.L.FULLER, *The Principles of Social Order*, cit., pp. 11-34.

([38]) Il modo di partecipazione dei cittadini, il ruolo dei funzionari pubblici, lo

3. *Le forme dell'*implicit law*: il diritto consuetudinario, i principi di moralità procedurale, la ragione artificiale e il* common law.

Lon Fuller identifica, quali forme di *implicit law* ([39]), rispettivamente, il diritto consuetudinario ([40]), i principi di moralità procedurale ([41]), la ragione artificiale ([42]) e il *common law* ([43]). Le regole implicite hanno le seguenti caratteristiche: 1) sorgono dalla condotta di autori non precisamente individuabili, e non vi è un momento preciso in cui può essere stabilita la loro nascita e produzione di effetti; 2) sono espresse attraverso una condotta; 3) nessuna formulazione è autoritativa se considerata indipendentemente dalla condotta; 4) non presuppongono una relazione di autorità e subordinazione tra soggetti; 5) la loro forza pratica non dipende da un'autorità o da una legge, ma hanno carattere interazionale implicito, dato dalle aspettative reciproche dei soggetti all'interno di un determinato contesto sociale.

In questo paragrafo tenterò di accennare, brevemente, ai caratteri essenziali di ognuna di queste forme. Per quanto concerne il diritto consuetudinario, il filosofo americano lo considera un insieme di aspettative reciproche stabilizzatesi ([44]) che sorgono dall'interazione umana, entro cui gli individui possono cooperare ([45]). Questo "linguaggio di interazione", così definito da Fuller per la

---

scopo prefissato e le moralità interne sono diverse. *Ivi*, pp. 34-35.

([39]) ID, *The Anatomy of the Law*, cit., p. 44; ID., *Human Interaction and the Law*, in ID., *The Principles of Social Order: Selected Essays of Lon L.Fuller*, cit., pp. 213-215, 226-227; ID., *American Legal Philosophy at Mid-Century*, cit., p. 470; G. POSTEMA, *Implicit Law*, cit., p. 257 ss.;

([40]) Fuller sostiene che il diritto consuetudinario è una parte del diritto costituzionale, sviluppata al di fuori della struttura delle Costituzioni scritte, che ha il compito di regolare la distribuzione del potere giuridico delle varie istituzioni, cioè l'autorità di emanare regole e proporre decisioni che saranno considerate vincolanti per coloro cui sono rivolte. L.L. FULLER, *La moralità del diritto*, cit., pp. 128-129, 290-291, 297-301; ID., *The Role of Contract in the Ordering Processes of Society Generally*, in ID., *The Principles of Social Order*, cit., p. 194; ID., *The Anatomy of the Law*, cit., pp. 43-45, 50-51, 56-57, 70-75, 114, 117.

([41]) ID., *La moralità del diritto*, cit., pp. 59-62, 95-96, 122-136.

([42]) Fuller sostiene che lo sviluppo giurisprudenziale del diritto riguarda necessariamente la connessione tra *reason* e *fiat*, l'ordine scoperto e l'ordine imposto, e tentare di eliminare uno di questi aspetti dal diritto significa denaturarlo e falsarlo. ID., *Reason and Fiat in Case Law*, in "Harvard Law Review", 59, 1946, p. 382.

([43]) ID., *The Anatomy of the Law*, cit., pp. 84-112, 114, 117.

([44]) Pertanto, il fondamento del diritto consuetudinario, non è rinvenibile nella mera ripetizione abituale di azioni.

([45]) Quando, infatti, il modello di comportamento si generalizza, diffondendosi nella comunità, si avrà la nascita di una regola di diritto consuetudinario. ID, *Human Interaction and the Law*, cit., pp. 66-67;.ID., *The Anatomy of the Law*, cit., pp. 73-76; ID., *The Principles of Social Order*, cit., pp. 213-215, 226-227. G. POSTEMA, *Bentham and the*

sua estrema diffusione, è presente in qualsiasi contesto della vita pratica ([46]), dal più intimo ([47]) al maggiormente ostile ([48]). Un'ulteriore prototipo di *implicit law* è rappresentato dalla morale intrinseca del diritto. Essa è costituita da otto *desiderata* ([49]), che rimandano al rapporto tra diritto e morale, tema classico della riflessione filosofico-giuridica ([50]). I principi della "Morality of Law" ([51]) rappresentano le condizioni necessarie a partire dalle quali è possibile sensatamente instaurare e mantenere un percorso di vita sociale fondato sulla legalità ([52]).

Common Law Tradition, cit., pp. 33-34; B.Z. TAMANAHA, *A General Jurisprudence of Law and Society,* Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 226. W.J. WITTEVEEN, *Rediscovering Fuller : An Introduction*, in W.J. WITTEVEEN & W. VAN DER BURG, *Rediscovering Fuller. Essays on Implicit Law and Institutional Design*, cit., p. 31. R. HARDIN, *Collettive Actions* [1982], John Hopkins University Press, Maryland, 1993, p. 176; R. COTTERRELL, *The Politics of Jurisprudence: A Critical Introduction to Legal Philosophy*, Butterworth, London, 1989, p. 141.

([46]) L.L. FULLER, *The Principles of Social Order*, cit., p. 241; ID., *The Anatomy of the Law*, cit, p. 119.

([47]) *Ivi*, cit., p. 78.

([48]) *Ivi*, pp. 75-77.

([49]) Tali principi di morale procedurale, come si è già accennato, richiedono che le norme giuridiche: 1) devono avere carattere generale; 2) devono essere promulgate; 3) devono essere irretroattive; 4) devono essere chiare; 5) non devono essere contraddittorie; 6) non devono richiedere al cittadino l'impossibile; 7) devono essere costanti nel tempo; 8) devono assicurare la congruenza tra azione ufficiale e legge. ID., *La moralità del diritto,* cit., pp. 49-125. Luban sostiene che i principi morale procedurale di Fuller possano essere raggruppati in due assunti fondamentali, ovvero: a) la generalità e coerenza tra le regole e b) la loro obbligatorietà, che distinguono il diritto come impresa sociale dalla direzione manageriale. Gli altri sei canoni si possono raggruppare in principi di comunicazione chiara, e precetti di aspettativa razionale. D. LUBAN, *Natural Law as Professional Ethics: A Reading of Fuller*, cit., p. 192.

([50]) Jeremy Bentham, ad esempio, sosteneva che il confondere la moralità con il diritto rendeva "cieco" il *common law* nei confronti del progresso sociale. Sul punto, si veda: J. BENTHAM, *A Fragment on Governmen* [1891], Press Syndicate of the University of Cambridge, Cambridge, 1998, pp. 221, 230, 287-88. Herbert Hart è meno critico rispetto a Bentham, sostenendo che, anche se non vi è una connessione necessaria tra diritto e morale, quest'ultima influenza il diritto nel tempo. Si veda: H. HART, *Il concetto di diritto*, cit., p. 81 ss.

([51]) Al fine di pervenire alla definizione della moralità intrinseca (o interna) del diritto, Fuller ha distinto tra: 1) morale dell'intenzionalità e 2) morale del dovere. Mentre la prima è la morale della vita virtuosa, dell'eccellere nella realizzazione delle possibilità umane, la seconda stabilisce le regole basilari senza le quali è impossibile una società ordinata, o senza le quali una società ordinata, diretta verso certe mete specifiche, può fallire il suo scopo. La morale dell'intenzionalità valuta i comportamenti di un soggetto in base all'adeguatezza rispetto ad un'esistenza vissuta secondo capacità umane, la morale del dovere considera i comportamenti in base alla conformità con i doveri che ha un soggetto. L.L. FULLER, *La moralità del diritto*, cit., p. 12; J. WALDRON, *Why Law: Efficacy, Freedom or Fidelity*, cit., p. 261, 283-284.

([52]) L.L. FULLER., *Reason and Fiat in Case Law*, cit., p. 379, ID., *La moralità del*

Venendo ora ad analizzare un ulteriore prototipo di *implicit law*, rappresentato dal *common law* (53), è possibile rilevare che esso si fonda sul principio della ragione artificiale (54), cioè nel ragionamento posto in essere dai soggetti istituzionali del diritto (giudici, avvocati, giuristi) che propongono concrete soluzioni ai problemi che si possono configurare (55) all'interno della pratica giuridica (56). Secondo Fuller, il diritto rappresenta precipuamente la regolamentazione della ragione, ma è necessario chiedersi a quale tipo di ragione si faccia riferimento (57). Il filosofo americano aderisce alla tesi secondo la quale il *common law* si evolve costantemente nel corso del tempo ed è conforme alla ragione artificiale (58), che si differenzia dalla ragione naturale della gente comune e da quella dei teorici, dei filosofi morali e dei politici (59). La ragione artificiale, posta in essere dai pratici del diritto

---

diritto, cit., p. 123.

(53) Il diritto giudiziario a cui Fuller fa riferimento presuppone un sistema in cui le regole giuridiche per la risoluzione delle controversie emergono dal processo giudiziario stesso. ID., *The Anatomy of the Law*, cit., p. 84. Sul ragionamento dei giudici nel risolvere le controversie si veda: J.H. BAKER, *The Common Law Tradition: Lawyers, Books and the Law*, Hambledon Press, London, 2000, pp. 162-164. Nel *common law* Fuller esalta il ruolo delle parti nella controversia, in quanto il giudizio è anche il prodotto di procedure in cui le parti si assicurano la possibilità di presentare prove e argomenti per una decisione in loro favore. L.L. FULLER, *The Anatomy of the Law,* cit., pp. 89-110.

(54) La ragione artificiale di Lon Fuller presenta forti connessioni con quella di Burke. Si veda: ID., *The Principles of Social Order,* cit., pp. 335-336. La sua teoria, dunque, si fonda essenzialmente sulla concezione classica di *common law* della ragione artificiale del diritto. G. POSTEMA, *Classical Common Law Jurisprudence*, parte 1, in "Oxford University Commonwealth Law Journal", 2, 2003, pp. 176-80, in http://www.hartjournals.co.uk/ouclj/volumes/2/issues/2/73.html.

(55) L.L.FULLER, *The Principles of Social Order,* cit., p. 379. R.S. SUMMERS, *Lon Fuller*, Edward Arnold Publishers, London, 1984, p. 51. Circa un'applicazione dei principi di morale procedurale ad una decisione della Corte Suprema Statunitense, si veda: T.W. STRAHAN, *The Natural Law Philosophy of Lon L. Fuller in Contrast to Roe v. Wade and Its Progeny*, in "Association for Interdisciplinary Research in Values and Social Change", 4, 2000, p. 95.

(56) L.L. FULLER, *Reason and Fiat in Case Law*, cit., pp. 379-80.

(57) ID., *The Anatomy of the Law*, cit., p. 5.

(58) M. HALE, *Reflections by the Lord Chief Justice Hale on Mr. Hobbes. His Dialogue of the Law*, in W. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, vol. 3, London, 1942, p. 46; G. POSTEMA, *Classical Common Law Jurisprudence*, parte 2, in "Oxford University Commonwealth Law Journal", 3, 2003, p. 17, in http://www.hartjournals.co.uk/ouclj/volumes/3/issues/1/314.html.

(59) J. SELDEN, *Notes on Sir John Fortescue, De laudibus legum Anglie'*, in J. SELDEN, *Works*, T. Wood, London, 1726. M. HALE, *Reflections by the Lord Chief Justice Hale on Mr. Hobbes. His Dialogue of the Law*, in W. S. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, cit., p. 503.

nella risoluzione delle controversie, ha origine dall'analisi, da parte degli stessi, della complessa tessitura degli affari umani. Essa consiste in una pratica di ragionamento regolamentata e disciplinata. Fuller, coerentemente alle tesi di Hale, sostiene che: a) le decisioni giudiziarie sono diritto in quanto: sono inserite all'interno dell'esperienza giuridica comune, dunque sono il prodotto di un processo di ragionamento discorsivo e di giudizio riflessivo contestualizzato; b) i casi giudiziari individuali hanno il compito di esemplificare il processo di ragionamento giuridico entro il corpo dell'esperienza giuridica; c) i casi giudiziari del passato non precludono il ragionamento e la deliberazione successiva, ma piuttosto, focalizzano quel peculiare ragionamento giuridico. In tal senso, il *common law* acquista la sua forza giuridica non in virtù della sua venerabile antichità, ma attraverso l'accettazione e integrazione, di tipo storico-pratico (60), entro l'esistente sistema giuridico (61). L'idea di ragione artificiale rimanda alla tesi ciceroniana, che ha influenzato sia il diritto romano che la tradizione di *common law*, per cui *lex est suprema ratio... in nomine mente confirmata et confecta* (62). Edward Coke ha introdotto la concezione della *ratio* artificiale nel *common law* (63), sostenendo che la ragione del diritto ne rappresenta la vita (64). Nel XVII

---

(60) Storico, in quanto solo il tempo potrà dire se una regole sarà integrata nel *common law*, e pratico, in quanto essa è usata dai suoi destinatari e dagli ufficiali che devono valutare le loro azioni alla luce del diritto inserito nella pratica giudiziaria. G. POSTEMA, *Classical Common Law Jurisprudence*, 1° parte, cit., p. 175.

(61) La sola differenza tra potere legislativo e giudiziario riposa sul fatto che, mentre il primo pone in essere *ex ante* la regola generale da applicare al caso concreto, i tribunali sviluppano le regole generali gradualmente ed *ex post*, nel corso di una stratificazione di decisioni successive. *Ibidem*.

(62) Circa l'importanza di Cicerone nel pensiero di *common law*, si veda: A.D. BOYER, *Sir Edward Coke, Ciceronianus: Classical Rhetoric and the Common Law Tradition*, in "International Journal for the Semiotics of Law", 10, 1997, p. 3 ss.

(63) E. COKE, *First Part of the Institutes of the Lawes of England*, Abingdon, Professional Books, 1985, p. 97; G. POSTEMA, *Classical Common Law Jurisprudence*, 2° parte, cit., p. 2. Mentre Coke parla di ragione naturale riferendosi a quella del Re, e di ragione artificiale riferendosi a quella dei giuristi di *common law*, Hobbes sostiene che la ragione è la ragione umana del sovrano. In questo modo nega qualsiasi competenza al potere giudiziario e alla ragione artificiale dei giudici di *common law*. T. HOBBES, *A Dialogue between a Philosopher & a Student of the Common Laws of England*, University of Chicago Press, Chicago, 1971, pp. 53-57. In accordo con la tesi di Coke, si veda: M. HALE, *Reflections by the Lord Chief Justice Hale on Mr Hobbes His Dialogue of the Law*, in W. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, Methuen, London, cit., p. 503.

(64) E. COKE, The *First Part of the Institute of the Law of England,* cit. p. 183. Nella famosa sentenza del dr. Bonham, Coke scrisse: "[...] quando una legge va contro il diritto consuetudinario, e la ragione, o è incongruente, o impossibile da osservare, il *common law* la esaminerà e giudicherà tale legge nulla". Sul punto, si veda: S.E. THORNE, *Dr. Bohnam Case*, in "Law Quarterly Review", 54, 1938, pp. 543-552.

secolo, era comune in Gran Bretagna l'idea che Dio fosse a fondamento di tutto il diritto ([65]). Malgrado ciò, i giuristi di *common law* raramente davano al diritto naturale un ruolo sostanziale nella loro concezione del diritto ([66]). Nella loro visione, il fondamento del diritto naturale derivava dalla pratica ordinaria e dalle consuetudini ([67]), in quanto i principi del diritto naturale avevano carattere troppo astratto per essere applicati ai casi concreti ([68]). I giudici e gli avvocati di *common law* preferivano parlare in termini di ragione artificiale piuttosto che di diritto naturale ([69]). Tale ragione si distingueva dalla ragione naturale, che si rifaceva a principi universali ed esterni al diritto, accessibili alla ragione umana individuale, in quanto era la ragione coerente insita nel diritto stesso, e che ne determinava la coerenza interna ([70]). I caratteri della ragione artificiale possono così sintentizzarsi: 1) è pragmatica, cioè si focalizza sulla risoluzione di problemi pratici; 2) ha una funzione o "missione" pubblica, in quanto i pratici del diritto hanno il compito di risolvere controversie che sorgono nella vita sociale facendo riferimento alla giustizia. L'idea di ragione artificiale considera l'attività dei pratici di *common law* composta di parti tra loro intrinsecamente connesse, e rappresentate dal giudizio, dal ragionamento pubblico, dalla deliberazione e dall'arte oratoria; 3) ha una competenza contestuale, cioè guarda alla particolarità della prassi giuridica, che si esplica attraverso una peculiare capacità di ragionamento e giudizio da parte del pratici di *common law* nella particolarità del diritto concreto, che avviene attraverso un metodo analogico; 4) non ha carattere sistematico, nel senso che il diritto è rinvenibile nell'esperienza accumulata e registrata nei libri dei giuristi di *common law*, e non in qualche teoria astratta: si parla, in tal senso, di coerenza locale, piuttosto che di coerenza teoretica; 5) si tratta di un ragionamento argomentativo a carattere discorsivo e pubblico. In particolare, la ragione artificiale disciplina la ragione umana in tre modi: a) richiede fedeltà al corpo di esperienza giuridica argomentativa e decisionale precedentemente posta in

---

([65]) Sul punto, si veda: L.A. KNAFLA, *Law and Politics in Jacobean England: The Tracts of Lord Chancellor Ellesmere,* Cambridge University Press, Cambridge, 1977, p. 216.

([66]) G. POSTEMA, *Classical Common Law Jurisprudence*, parte 1, cit., p. 177.

([67]) C.S. GERMAN, *S. German's Doctor and Student*, Selden Society, London, 1975, pp. 31-33.

([68]) E. COKE, *The First Part of the Institute of the Law of England,* cit., p. 190.

([69]) C.S. GERMAN, *S. German's Doctor and Student*, cit., pp. 31-33.

([70]) G. POSTEMA, *Classical Common Law Jurisprudence*, 2º Parte, cit, p. 3 ss. S.F.C. MILSOM, *Historical Foundations of the Common Law* [1969], Butterworths, London, 1981, p. 7. J. DODDERIDGE, *The English Lawyer*, London, 1631, p. 242. A.D. BOYER, *Sir Edward Coke, Ciceronianus: Classical Rhetoric and the Common Law Tradition*, cit., p. 3 ss.

essere; b) assoggetta ogni singola decisione e argomentazione alla *cross-examination* in un *forum* pubblico; c) obbliga i pratici del diritto a lottare per raggiungere una decisione che accordi le parti. Pertanto, il diritto si fonda sulla ragione artificiale quando è coerente con una struttura praticata di ragionamento pratico, che costituisce una forma di organizzazione sociale. Quindi, se anche le regole o le norme possono venire formulate espressamente, nessuna di tali disposizioni è autoritativa, in quanto ognuna è modificabile per mezzo di un argomento ragionato e regolamentato in un contesto forense pubblico; 6) ha carattere comune o condiviso, inteso come competenza discorsiva che si apprende attraverso la partecipazione ad una pratica comune, rappresentata dalla pratica argomentativa pubblica forense, inserita all'interno di un mondo di esperienza di affari e conversazioni umane sedimentate.

Nella determinazione di una regola da applicare al caso concreto, il giudice, se il *common law* era lacunoso, doveva far riferimento alla consuetudine (*moribus et consuetudine*) o alla ragione artificiale (*recurraum est ad rationem*) (71). Questi concetti sono tra loro interdipendenti, in quanto: la consuetudine è sempre soggetta al *test* della ragione artificiale, e quest'ultima è a sua volta inserita nella pratica consuetudinaria di *common law* (72). Concludendo, la ragione artificiale del diritto è ragione comune (73) in quanto è la pratica disciplinata di argomentazioni in un foro pubblico (74). È artificiale nel senso che rappresenta il prodotto dell'esperienza pratica riflessiva, dove il ragionamento giuridico si concretizza all'interno della pratica stessa (75). In questo senso, è possibile considerare la ragione artificiale quale tradizione giuridica, intesa quale passato tramandato e tuttora efficace (76). La tradizione, intesa in questo senso, si configura quale "[...]

---

(71) E. Coke, *First Institute of the Law of England*, cit., p. 195. G. Postema, *Classical Common Law Jurisprudence*, parte 1, cit., p. 179.

(72) Id., *Classical Common Law Jurisprudence*, 2° parte, cit., p. 1.

(73) L'artificialità della ragione di *common law* è tale allo stesso modo in cui Hume pensava alla giustizia, alle promesse e ai contratti come valori artificiali. D. Hume, *Trattato sulla natura umana e ricerche sull'intelletto umano*, trad. it. di G. Capone, Perrella, Napoli, 1982, cap. II.

(74) J.W. Tubbs, *The Common Law Mind: Medieval and Early Modern Conceptions*, John Hopkins University Press, Baltimore, 2000, p. 167.

(75) G. Postema, *Classical Common Law Jurisprudence*, 2° parte, cit., p. 11.

(76) In riferimento alla tradizione come elemento fondamentale che pone in comunicazione il passato con il presente, nella permanenza dei valori, si veda: L. Pareyson, *Verità e interpretazione* [1970], Mursia, Milano, 1971, pp. 35-51. La prospettiva di Pareyson è collegabile al pensiero di Gadamer (H.G. Gadamer, *Verità e metodo* [1972], trad. it. di G. Vattimo, Bompiani, Milano,1983, p. 340 ss.), sul versante dell'ermeneutica, nell'assunzione che il comprendere è operare una mediazione tra presente e passato. In posizione critica rispetto a tale approccio si pone

voce di un presente che proviene da un passato vissuto nella sua continua ed attuale significatività, esprimendo una trasmissione attiva di eredità" (77). Attraverso l'attività ermeneutica dei giudici, il presente trova il senso autentico del passato, riportandolo all'origine e realizzando la sua potenzialità. È, quindi, nell'interpretazione che si fonda il ritrovamento della relazione autentica tra presente e passato, tra tempo e verità (78).

4. *Le forme del* made law: law of the contract *ed* enacted law

Dopo aver accennato ai caratteri dell'*implicit law*, si tenterà ora di effettuare un rapido *excursus* relativo alle fonti del *made law* (79). Lon Fuller delinea i seguenti caratteri per identificare le regole di *made law*: 1) sono composte da proposizioni normative generali concepite *ex ante* e proiettate sulla condotta di determinati soggetti per perseguire un determinato scopo identificato dal legislatore; 2) sono espresse attraverso formulazioni verbali (parole) poste in essere da un soggetto individuato (sovrano o assemblea legislativa) per cui è semplice determinarne l'origine e il termine dell'efficacia; 3) hanno carattere interazionale, dato dalle aspettative dei soggetti che le pongono in essere; 4) la forza pratica delle regole create dipende dall'autorità di chi le pone in essere, e presuppone quindi una relazione di autorità-subordinazione; 5) sono soggette ad un'interpretazione letterale, data dal senso delle parole in connessione tra loro. Considerando la concezione di Fuller (80), le fonti di *made law* si distinguono in *law of the*

Hannah Arendt, che considera spezzato il filo della tradizione con la modernità. Secondo Arendt, si tratta di riascoltare all'indietro, di scavare nel linguaggio, alla ricerca dei frammenti, delle schegge dei fenomeni originari. In questo ambito, la tradizione assume un carattere ambivalente; è custodia ma anche pervertimento delle origini, è immanenza ma anche tradimento. H. ARENDT, *Between Past and Future. Six Exercises in Political Thought*, Faber and Faber, London, 1968, p. 24.

(77) B. PASTORE, *Tradizione e diritto*, Giappichelli, Torino, 1990, p. 22.

(78) La tradizione, quindi "[...] realizza, così, la sua funzione di custodia dell'essere dell'uomo nel variare della sua esperienza. I valori, nella loro permanenza, trovano il loro fondamento ontologico nella struttura dell'esistenza". *Ivi*, p. 28.

(79) L.L. FULLER, *The Anatomy of the Law*, cit., p. 44. G. POSTEMA, *Implicit Law*, cit., p. 256.

(80) Secondo Fuller, le parti contrattuali creano il *law of the contract* attraverso l'accettazione dei termini del contratto scritto. L.L.FULLER, *Human Interaction and the Law*, cit., pp. 224-226. È possibile rinvenire molte le similitudini tra il pensiero di *common law* classico e la teoria del diritto di Fuller: a) in entrambe le teorie l'*enacted law*, è strettamente connesso, e subordinato alle strutture regolative che emergono nella vita di tutti i giorni (accordi contrattuali, consuetudine). La moralità interna del diritto assicura che l'*enacted law* abbia le sue basi nell'interazione umana, in quanto esprime la relazione morale di reciprocità tra chi pone le regole e chi vi è soggetto; b)

contract ([81]) e in *enacted law* ([82]). Il giurista americano considera il *law of the contract*, come il metodo migliore per risolvere bonariamente una controversia, rispetto a procedure affini quali il deferimento di quest'ultima al giudizio di un arbitro, o ad un'emanazione legislativa *ad hoc* ([83]). Il contratto posto in essere tra due parti costituisce, infatti, un sistema giuridico in miniatura ([84]), che ha origine dall'interazione contrattuale, con cui le stesse dispongono in merito ai loro reciproci diritti ed obblighi ([85]). Secondo Fuller, il diritto contrattuale è legittimo in quanto si conforma al principio morale secondo cui le promesse vanno mantenute, ed è applicabile se sono

---

il diritto consuetudinario che Austin non riconosce come diritto, e che assume un ruolo marginale per il positivismo giuridico, è centrale sia nella teoria classica di *common law* che negli scritti di Fuller. R. COTTERRELL, *The Politics of Jurisprudence: A Critical Introduction to Legal Philosophy*, *cit.*, pp. 140-141.

([81]) ID., *The Anatomy of the Law*, cit., p. 76. Sui caratteri del *law of the contract* nella filosofia del diritto di Lon Fuller, si veda: L.L.FULLER, W.R. PERDUE, Jr., *The Reliance Interest in Contract Damages: I*, in "Yale Law Journal" 46, 1936, p. 52 ss. In posizione critica, sul punto, si veda: R. CRASWELL, *Against Fuller and Perdue*, in "University of Chicago Law Review", 67, 2000, pp. 99-161.

([82]) L'idea che il diritto emanato *ex ante* attraverso la legge non rappresenti la forma di diritto dominante, è seguita da G. POSTEMA, *Bentham and the Common Law Tradition*, cit.; D. LIEBERMAN, *The Province of Legislation Determined: Legal Theory in Eighteenth-Century Britain*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.

([83]) L.L.FULLER, *The Anatomy of the Law*, cit., p. 71.

([84]) La distinzione tra *law of the contract* e diritto consuetudinario, nella teoria del diritto di Fuller, riposa sui seguenti elementi: a) conoscibilità rispetto ai loro destinatari; b) durata del periodo di formazione; c) finalità cui sono preposti. Per quanto riguarda il punto sub a) si rileva che, mentre nel diritto consuetudinario i caratteri della relazione sono inespressi e quindi è difficile renderli conoscibili ai terzi, nel diritto contrattuale i termini sono più espliciti e precisi, e quindi le parti sono in grado di conoscere i vincoli a cui sono sottoposti. Circa il punto sub b) va rilevato che, mentre la consuetudine giuridica si forma in modo progressivo attraverso interazioni non verbali, che si fondano su aspettative reciproche tra le parti, il diritto contrattuale è il risultato di accordi precisi e progressivamente raffinati. Infine, sul punto sub c) si osserva che, mentre il diritto consuetudinario non ha scopi individuati in modo molto preciso, il diritto contrattuale è posto in essere per scopi determinati. Secondo Fuller, tuttavia, è possibile rinvenire dei caratteri comuni tra il diritto consuetudinario e il diritto contrattuale. Infatti, sia il diritto consuetudinario, sia il diritto contrattuale sorgono da interazioni reciproche dei soggetti, fondate sul principio di reciprocità di aspettative. *Ivi*, p. 76. Sul difetto del diritto consuetudinario ad essere reso conoscibile ai suoi destinatari, si veda: R. SACCO, *Il diritto muto*, cit., pp. 689-702.

([85]) Il principio che, nella teoria del diritto di Fuller, rende giuridicamente vincolanti le obbligazioni delle parti è un tipo di *implicit law*, più precisamente, una forma di diritto costituzionale implicito. Questa idea, tuttavia, collide con il modello tipico di creazione del diritto dei paesi dell'Europa continentale, secondo cui il diritto è espressione del monopolio statale, e, pertanto, qualsiasi atto che sorge da una fonte diversa non è diritto. L.L.FULLER, *The Anatomy of the Law*, cit., pp. 71-72.

soddisfatte le seguenti condizioni: a) le parti devono essere giuridicamente libere di scegliere, tra diverse opzioni, gli elementi contrattuali da porre in essere ([86]); b) le parti devono conoscere i loro reciproci bisogni e aspettative; c) deve sussistere una sufficiente stabilità economica, giuridica e politica, al fine di agire in un ambiente flessibile; d) le parti non devono essere né troppo ostili, né troppo intime ([87]); e) le parti devono avere una eguale informazione e nessuna deve avere una posizione di preminenza sull'altra; f) l'accordo è perfezionato dall'interazione di entrambe le parti e non dall'imposizione vincolante di una sola. Si parla, a tal proposito, di "distanza sociale ottimale" tra le parti, la cui interazione non abbia carattere verticale (nel senso di autorità-soggezione in cui la comunicazione è assente) ma orizzontale ([88]).

Passando ai caratteri dell'*enacted law,* o *explicit legislation* ([89]), è possibile sostenere che esso consiste nel diritto che ha origine dall'interazione democratica ([90]), posto in essere da un'assemblea legislativa ed in particolare dagli agenti morali responsabili delegati a tal fine dal potere legislativo ([91]). Secondo il giurista americano, il diritto emanato è efficace negli stessi ambiti in cui lo è quello contrattuale, e cioè in quello tra soggetti estranei, nel senso

---

([86]) Per questo motivo, è opportuno distinguerlo dai contratti di vendita su un mercato aperto. Infatti, in essi, il solo termine da specificare è rappresentato dal prezzo, frutto dell'incontro della domanda e dell'offerta, che quindi non è realmente posto in essere dalle parti, ma derivante dal bilanciamento tra le forze del mercato. Il contratto, inteso come parte del *made law*, invece, pone in essere autonomamente tra le parti delle regole giuridiche con cui si disciplinerà la loro collaborazione futura. *Ivi*, pp. 72-73.

([87]) L'interazione contrattuale, infatti, non può avvenire in determinati contesti, in cui le aspettative interazioni non possono essere previste in anticipo e in modo preciso, e in particolare: 1) nei contesti familiari; 2) nei contesti ostili e 3) nei contesti in cui vi sia un rapporto gerarchico tra un soggetto superiore e uno inferiore. Nel caso sub 3) non si applica il diritto contrattuale perché in esso si ha una reciprocità di silenzi, in quanto la comunicazione è bloccata tra chi esercita l'autorità e chi vi è soggetto. *Ivi*, p. 77-79.

([88]) *Ibidem*.

([89]) *Ivi,* p. 84.

([90]) I caratteri di tale interazione sono i seguenti: a) i partecipanti sono eletti secondo determinate regole prestabilite; b) la partecipazione politica pubblica è regolata da determinate previsioni; c) il voto maggioritario decide i processi decisionali. *Ibidem*.

([91]) Il cittadino che appartiene ad una democrazia costituzionale, in quando legittimo fruitore di garanzie quali l'eguaglianza, la dignità e la libertà, si configura come agente morale, in quanto agisce in modo responsabile, secondo il principio di reciprocità, in riferimento alle regole poste in essere dai funzionari pubblici. Pertanto, gli obblighi giuridici sono specie del *genus* degli obblighi morali. ID., *La moralità del diritto*, cit., p. 57 ss. Si veda, inoltre, D. LUBAN, *Natural Law as Professional Ethics: A Reading of Fuller*, in F.D. MILLER, J. PAUL, E.F. PAUL, G.T. MILLER (a cura di), *Natural Law and Modern Moral Philosophy*, cit., p. 186.

di individui considerati sulla base dell'eguaglianza e della reciprocità, anche se all'interno di contesti storici e culturali determinati ([92]). I funzionari pubblici, chiamati ad operare nella logica complessiva dell'ordinamento, e a porre in essere norme vincolanti per tutti, fungono da "cerniera" tra le preferenze dei singoli e quelle dei gruppi, e devono rispettare i principi della morale procedurale se vogliono mantenere una tenuta complessiva del sistema ([93]). Se il vincolo di reciprocità tra il potere pubblico e il cittadino viene spezzato dal primo, perché viola i principi di legalità, questi perde la legittimità di governare e il cittadino non ha più il dovere di obbedire alle norme da esso emanate e applicate. Concludendo, è possibile sostenere che, per Fuller, il compito di coordinare e tenere unito il sistema giuridico non può essere affidato ai soli funzionari pubblici, ma deve instaurarsi una relazione di reciprocità con i cittadini, qualificati come agenti morali responsabili ([94]).

5. *L'interazione tra diritto scritto e diritto implicito*

La connessione tra diritto scritto e diritto implicito, nella teoria del diritto di Lon Fuller, è rinvenibile nella presenza di elementi impliciti nel *made law*, e di elementi scritti nell'*implicit law*. Esempi del primo tipo sono presenti nell'interpretazione giuridica ([95]). L'interpretazione del diritto consiste in un processo di aggiustamento del diritto scritto in relazione al diritto implicito, attraverso la sua conformità ai principi di morale procedurale ([96]) e alle attitudini e pratiche implicite nella comunità di riferimento, cioè alla ragione artificiale ([97]). In questo senso, è possibile sostenere che sia l'*enacted law,* posto in essere da una pubblica autorità, sia il *law of the contract,* che sorge

---

([92]) L.L. FULLER, *The Principles of Social Order*, cit., p. 243.

([93]) Secondo Fuller, l'inosservanza dei principi della legalità può danneggiare l'istituzione stessa del diritto, anche se non si offende immediatamente alcun individuo. Dworkin critica l'adesione del diritto ai principi di legalità proposti da Fuller, e in particolare, sostiene che non può esservi un abbandono della morale se un'assemblea legislativa emana una legge incoerente. *Ivi,* pp. 284-286.

([94]) Sulla necessità, da parte del legislatore, di emanare delle norme, alla luce dei soggetti destinatari, si veda: ID., *Freedom as a Problem of Allocating Choice*, cit., pp. 105-106; ID., *La moralità del diritto,* cit., p. 57; ID., *The Principles of Social Order*, cit., p. 281 G. POSTEMA, *Classical Common Law Jurisprudence*, parte 2, cit., pp. 23-25.

([95]) Al fine di comprendere come sia possibile rinvenire nell'interpretazione, elementi impliciti nel *made law*, si veda: L. L. FULLER, *The Anatomy of the Law*, cit., pp. 57-59. ID., *Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart,* in "Harvard Law Review", 71, 1958, p. 630.

([96]) Si pensi ai casi di antinomie tra leggi, e il ruolo che svolge l'interpretazione in questi casi. ID., *The Anatomy of the Law*, cit., pp. 59-64.

([97]) *Ivi*, pp. 66-67.

dall'interazione di soggetti privati, entrambi parte del *made law*, sono vincolati a tali elementi di *implicit law* (98). Esempio del secondo tipo (99) è dato dal principio di reciprocità di aspettative, elemento tipicamente presente nella forma di diritto scritta rappresentata dal contratto, e allo stesso tempo fondante il diritto non scritto di formazione consuetudinaria (100).

6. *Conclusioni*

La dimensione interazionale del diritto risulta particolarmente attenta a prendere sul serio le condizioni affinché possa realizzarsi la connessione tra legalità come virtù del sistema (101) e legalità come *habitus* (102) di chi agisce all'interno del sistema (103). Infatti, secondo Lon Fuller, il diritto scritto dipende da un insieme di pratiche sociali informali, rappresentate dall'*implicit law* (104). Ciò che risulta interessante notare, è che, secondo il filosofo

---

(98) *Ivi,* p. 69.

(99) *Ivi,* p. 70.

(100) Il diritto consuetudinario è una forma di diritto implicito che contiene elementi tipici del *made law*, che ne determinano la struttura. L'elemento di reciprocità è presente sia nel diritto contrattuale che nel diritto consuetudinario in forma di pratiche contrattuali consuetudinarie. Pertanto, è possibile distinguere le pratiche contrattuali consuetudinarie, che fanno parte del diritto consuetudinario, dai contratti non scritti, in base all'ambito di applicazione degli stessi. Mentre le prime si applicano all'interno di un determinato contesto sociale, il contratto non scritto si applica solo tra le parti che lo hanno posto in essere. *Ivi*, pp. 74-76, 105; ID., *The Principles of Social Order*, cit., pp. 219-220. R.S. SUMMERS, *Lon Fuller*, cit., p. 78.

(101) Si tratta dei principi di morale procedurale, analizzati nel § 3.

(102) Si tratta del principio di reciprocità che mette in relazione chi pone le regole giuridiche e chi le subisce. Sul punto, si rinvia a quanto già sostenuto nel §. 2. L'*habitus* dell'agente rappresenta l'eccellenza, l'abilità, di un saper fare in un campo d'azione determinato. Non si tratta solo di seguire la regola, ma di saperlo fare, cioè di farlo nel modo più idoneo al perseguimento degli obiettivi in vista dei quali è conveniente seguire quella regola. Per dirla in altri termini, non si tratta solo di seguire le regole del gioco, ma di farlo nel modo più idoneo a vincere. Cfr. in questo senso F. VIOLA, *La legalità come procedura e come prassi*, cit., p. 31

(103) I due sensi di legalità come virtù e legalità come *habitus* sono lucidamente analizzati da L. TRIOLO, *Il legalismo giuridico. Riflessioni in margine ad una teoria critica della legalità*, cit., pp. 163-164. Ritengo, in particolare, che Fuller, nella specificazione della sua teoria interazionale del diritto, abbia concepito la legalità nella sua doppia valenza di virtù e di *habitus*.

(104) Gerald Postema rinviene due tesi in riferimento all'*implicit law*: a) la tesi dell'interazione verticale, per cui il contenuto del diritto dipende dall'interazione reciproca tra funzionari pubblici e cittadini, che rimanda a principi che consentono la moralità del diritto; b) la tesi della congruenza, che sostiene, invece, che le norme giuridiche possono guidare l'interazione sociale auto-diretta dei cittadini solo se sono

americano, per poter parlare di ordinamento giuridico, il coordinamento tra diritto scritto e diritto implicito, oltre che essere presente negli ordinamenti contemporanei, deve altresì essere necessario, altrimenti non sarebbe più corretto parlare di diritto, ma ci si troverebbe di fronte ad un altro fenomeno, che rappresenterebbe tutto al di fuori di quello propriamente giuridico ([105]). Pertanto, un ruolo importante è qui assunto dai cittadini, che sono chiamati ad una responsabilizzazione collettiva, proprio per aiutare la conseguente responsabilizzazione dei funzionari pubblici. Non può pertanto essere affidato ai soli funzionari pubblici, ma deve essere largamente condiviso, il triplice senso delle mediazioni o interazioni sociali da costruire ([106]): a) quello orizzontale di ricerca di intese tra gruppi sociali e politici diversi ([107]); b) quello verticale di rapporto tra fini da tutelare e mezzi imperfetti e provvisori con cui farli valere ([108]); c) quello trasversale di un bilanciamento tra valori, diritti e interessi diversi che quasi sempre sono in gioco nella regolamentazione giuridica, e che rimandano ad una coordinazione tra i soggetti istituzionali ([109]). In questo quadro, il principio di legalità viene assunto come guida per l'azione; pertanto partecipa al metodo attraverso il quale individuare la regola da applicare, facendo sì che la norma stessa divenga una ragione d'azione.

---

coerenti alle pratiche e ai modelli di interazione esistenti entro una determinata società. G. POSTEMA, *Implicit Law*, cit., p. 42. L.L. FULLER, *The Anatomy of the Law*, cit., p. 258. ID., *Human Interaction and the Law*, cit., p. 215.

([105]) ID., *La moralità del diritto*, cit., pp. 39-40.

([106]) G. POSTEMA, *Implicit Law*, in W. J. WITTEVEEN, W. VAN DER BURG, *Rediscovering Fuller. Essays on Implicit Law and Institutional Design*, cit., p. 259; ID., *Coordination and Convention at the Foundation of the Law,* cit., p. 183.

([107]) Esempi di questo tipo di relazione sono le interazioni bilaterali tra soggetti eguali (accordi contrattuali) o le interazioni complesse che si instaurano tra gruppi sociali in una comunità politica. L.L. FULLER, *Human Interaction and the Law*, cit., pp. 212-235; ID, *The Anatomy of the Law*, cit., pp. 44-47, 71-84; ID., *La moralità del diritto*, cit., pp. 39-40, 192-193, 209, 219.

([108]) Esempio di questo tipo di interazione avviene tra funzionari pubblici e cittadini. G. POSTEMA, *Implicit Law*, in W. J. WITTEVEEN, W. VAN DER BURG, *Rediscovering Fuller. Essays on Implicit Law and Institutional Design*, cit., p. 259; Sul punto, si rimanda a L.L. FULLER, *Human Interaction and the Law*, cit., pp. 234-235; ID., *La moralità del diritto*, cit., pp. 206-220. ID., *Human Interaction and the Law*, cit., p. 254. ID., *The Role of Contract in the Ordering Processes of Society Generally*, in ID., *The Principles of Social Order*, cit, pp. 169-187.

([109]) Nel nostro ordinamento giuridico, tali soggetti sono rappresentati, ad esempio, dal Parlamento e dalla Corte Costituzionale. Per alcuni esempi di questo tipo di interazione Cfr. G. POSTEMA, *Implicit Law*, in W. J. WITTEVEEN, W. VAN DER BURG, *Rediscovering Fuller. Essays on Implicit Law and Institutional Design*, cit., p. 259; *Ivi*, pp. 231-232; L.L. FULLER, *The Anatomy of the Law*, cit, pp. 46-47, 63-68; ID, *La moralità del diritto*, cit., pp. 231-232.

ABSTRACT

This essay discusses about the Lon Fuller's interactional theory of law. This philosopher of law, who has always been knew about the polemic with Herbert Hart on the connection between law and morality, must be rediscovered as, through his studies, he contributed to interactional approach to the law. Especially he dealt with the role of implicit law in contemporary legal systems.

Questo saggio si prefigge lo scopo di analizzare la teoria interazionale del diritto di Lon Fuller. Questo filosofo del diritto, che è sempre stato conosciuto in merito alla polemica sollevata con Hart circa la connessione tra diritto e morale, deve essere rivalutato, in quanto, attraverso i suoi studi, ha contribuito all'approccio interazionale del diritto, e in particolare ha trattato del ruolo del diritto implicito negli ordinamenti giuridici contemporanei.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova serie. Vol. XIX (2005)

FRANCO BALLI

I CONTRATTI PUBBLICI IN ITALIA: LA LEGGE N. 109/1994

Pubblichiamo qui di seguito, anche per ricordarne la figura di operatore e studioso, un lavoro di Franco Balli (1944-2003), Avvocato in Bologna, che sin dagli inizi degli anni '80 ha realizzato un'intensa partecipazione alla Pubblica Amministrazione, nella posizione di Presidente del Comitato Regionale di Controllo dell'Emilia-Romagna, Presidente del Coordinamento Nazionale Organi di Controllo, membro del direttivo dell'E.U.R.O.R.A.I. (European Organisation of Regional Audit Institution). All'attività concreta si è accompagnata un'accurata elaborazione teorica, sfociata in articoli apparsi su riviste specializzate, periodici, libri e quotidiani economici. I contributi sono particolarmente attenti alla comparazione delle legislazioni europee in ambito amministrativo, allo snellimento della burocrazia degli enti locali, alla parità di accesso ai mezzi di comunicazione nel corso delle campagne elettorali. Da segnalare il vivace apporto critico nei confronti dell'allora acceso dibattito sulla c.d. legge Bassanini. Docente di corsi di specializzazione, è stato tra i fondatori di «Oasi», società romana specializzata nella didattica del diritto amministrativo. Tra i numerosi interventi come relatore, si propone qui una relazione presentata al «Seminar on Public Contracts in E.U. and in Spain», tenutosi a Valencia nel febbraio del 1995. L'argomento trattato dall'Autore è la legge 11 febbraio 1994, n. 109 (legge quadro sui lavori pubblici), che proprio allora, a fronte di un decreto-legge reiterato che ne aveva sospeso l'efficacia, incominciava quel problematico percorso di ritocchi normativi che l'avrebbero caratterizzata anche negli anni successivi, facendone una legge di impianto complessivamente precario e povero di «norme-quadro», come testimoniano le tre grandi riforme del 1995, del 1998 e del 2002 (cd. Merloni bis, ter *e* quater*). Schiettamente consapevole della storicità delle esigenze che ispirarono la legge, a ridosso delle note vicende dei primi anni novanta, in un contesto dottrinale ancora immaturo ed eccessivamente fiducioso nelle virtù della «riforma», la garbata polemica di Franco Balli contro un quadro normativo caotico e di difficile applicazione si segnala come una voce dissonante e, nel contempo, preconizza tutti i problemi che ancora oggi appaiono di maggiore attualità: il rapporto con le regioni e con*

l'ordinamento comunitario, la qualificazione degli esecutori, la disciplina dei livelli di progettazione delle opere pubbliche. A questi temi è stato dedicato il convegno organizzato presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche della nostra Facoltà nel maggio del 2005, in collaborazione con l'Azienda USL di Ferrara e con l'intervento di funzionari di varie amministrazioni locali, nel quale la relazione qui pubblicata avrebbe sicuramente destato l'interesse dei partecipanti, proprio perché scritta per «chi, quotidianamente, si trova ad operare a livello operativo e interpretativo, nell'ambito di questa materia». In questo senso, il contributo di Franco Balli è un'ottima premessa all'articolo di Elisabetta Buranello, dottoranda di ricerca presso la nostra Facoltà, scritto al termine della ricerca sui lavori pubblici finanziata dall'Azienda USL nell'ambito della collaborazione da cui è nata l'idea del convegno.

1. *Premessa.*

Si suole spesso affermare, per rappresentare una situazione al limite del paradosso, che la realtà supera la fantasia. Mai eufemismo fu più appropriato per riassumere la situazione venutasi a creare a seguito della tanto attesa emanazione della «Legge quadro sui lavori pubblici» (n. 109 del 11/2/94; cd. Legge Merloni) legge pubblicata sul supplemento ordinario della G.U. del 19/2/94, entrata in vigore dopo l'ordinaria *vacatio legis* di 15 giorni, e sospesa dopo breve periodo *ex* D.L. 331 del 31/5/94, ad opera del Governo Berlusconi, costituito a seguito del risultato elettorale del 27 marzo 1994, sospensione poi confermata da successivi DD.LL. con i quali veniva reiterato il disposto del citato D.L. 331.

Se si pone mente alle circostanze in cui la legge in esame è nata (la malcelata ambizione di costituire una sorta di testo unico in materia di OO.PP. dettata dall'esigenza anche di rappresentare uno strumento di moralizzazione nel campo dei lavori pubblici dopo le note vicende legate a «Tangentopoli»), se si pone mente, altresì, che un siffatto intervento oltre che necessario data la congerie di leggi vigenti in materia ad iniziare dal lontano 1965 (spesso oggetto di frenetico susseguirsi di modificazioni legislative e di ricorrenti proposte di riforme più o meno radicali), era da più parti sollecitato, e mai, fino alla emanazione della L. 104/94 realizzato; se dicevo, si pone mente a detto «scenario», non può non stupire che un simile strumento legislativo, nel breve volgere di qualche mese, sia stato «congelato» dalla nuova maggioranza, dapprima fino a tutto il 31/12/94, successivamente *ex* D.L. 658/94 al 30/6/95, il tutto, come rappresentato in reiterate circolari del Ministero del LL.PP. (cfr. circ. 24/6/94 n. 5433/21/65; circolare 6/10/94 n. 8176/21/65) quale misura «per il rilancio dell'economia»....e per la «ripresa delle procedure d'appalto delle OO.PP....“momento significativo”, quest'ultimo, «dell'azione governativa che è volta prioritariamente a fronteggiare l'emergenza occupazione», atteso che, continuano le citate circolari, si è

ritenuto che «le norme previgenti, anche se limitate sotto diversi aspetti e bisognevoli di un generale riordino mediante l'esercizio della potestà regolamentare, presentano pur sempre, nell'attuale mutato contesto socio-economico, ampi margini e sufficienti garanzie per un'azione amministrativa ispirata al principio costituzionale dell'efficienza ed imparzialità».

Rebus sic stantibus, fino al 30/6/95 troveranno applicazione dunque le norme previgenti di entrata in vigore della l. n. 109/94 (da ultimo cfr. art. 5, 7° co., D.L. 658/94), il tutto in attesa di una riforma *bis* del settore. Queste almeno le menzioni espresse dal Governo già in sede di emanazione del citato D.L. 331/94.

Alla luce di quanto precede e considerato l'oggetto della presente esposizione, dubbi mi hanno assalito in ordine alla opportunità o meno di relazionare sull'argomento. Tuttavia, atteso che altro è la abrogazione di una disposizione legislativa ed altro ancora è la mera sospensione dell'efficacia della stessa (come nel caso in esame), ed atteso altresì che nulla impedisce di pensare che ben potrebbe alla data del 1/7/95 il legislatore, non reiterando nuovamente la sospensione, ridare piena efficacia alla citata legge quadro, può essere ancora utile un'esposizione della legge stessa, non disdegnando lungo il percorso espositivo, di accennare sia alle modifiche apportate al testo originario da DD.LL. che nel tempo si sono susseguite per reiterarne la sospensione dell'efficacia, sia alle principali norme previgenti disciplinanti la materia delle OO.PP. con un breve accenno, da ultimo, alle proposte di modifica e riforma del settore delle quali è dato conoscere i cenni e le linee generali.

2. *La legge quadro nel testo promulgato e pubblicato in G.U.: commento*.

Come più sopra si è ricordato, il 19/2/94 è stata pubblicata sulla G.U., supplemento ordinario, la l. 109 del 11/2/94 meglio nota come legge Merloni o come legge quadro in materia di OO.PP., da qualcuno ritenuta, non appena fosse stato emanato l'apposito regolamento attuativo, *ex* art. 3 legge medesima, un vero e proprio «Codice degli appalti pubblici di lavori» (cfr. CAPELLI, *Le nuove discipline degli appalti pubblici nel mercato unico europeo ed in Italia*), emanazione dettata dall'esigenza, come pure ricordato, di uniformare la congerie di disposizioni legislative avvicendatesi fin dal lontano 1865 in materia di lavori pubblici. L'ambito oggettivo di applicazione, infatti, come individuato *ex* art. 2 l. cit., volutamente generico, ricomprende, tra i LL.PP., «le attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione, restauro e manutenzione di opere ed impianti» espressamente escludendo, di contro, «quelli ricadenti nell'ambito di applicazione della normativa nazionale di recepimento della direttiva 92/50 CEE del Consiglio, del 18/6/92» (direttiva sugli appalti pubblici servizi, pubblicata sulla G.U. CE del 24/7/92, L 209).

Si provvede, perciò, ad opera del legislatore, ad una nuova definizione di LL.PP. ritenuta dai più superflua, atteso che *ex* art. 4 D.Lg. 406/91, (di attuazione della direttiva CEE 440/89 in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici): «si considerano appalti di lavori pubblici i contratti a titolo oneroso, conclusisi in forma scritta tra una amministrazione aggiudicatrice ed una impresa fornita dei requisiti prescritti dal titolo IV del presente decreto, aventi per oggetto l'esecuzione dei lavori pubblici oppure, congiuntamente, l'esecuzione e la progettazione di lavori pubblici, oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera pubblica che sia dotata di autonomia funzionale propria e che risponda ad esigenze stabilite specificatamente dall'Amministrazione aggiudicatrice».

Analogamente secondo i principi già noti e contenuti nel citato D.Lg. 406/91, l'art. 2 in esame individua l'ambito soggettivo della legge *de qua*, ovverossia i soggetti giuridici nei confronti dei quali trova applicazione la legge stessa:

A) P.A. in senso lato (Stato, EE.LL., organismi di diritto pubblico...);

B) concessionari di LL.PP., concessionari di esercizio di infrastrutture destinate al pubblico servizio, società con capitali pubblici anche in misura non prevalente non operanti in regime di libera concorrenza, altri soggetti che operano in virtù di diritti speciali ed esclusivi;

C) soggetti privati relativamente a lavori di importo superiore a 300.000 Ecu, finanziati con contributi o sovvenzioni in conto capitale e interessi in misura superiore al 40%, fattispecie quest'ultima che rappresenta una estensione di quanto previsto dal disposto dell'art. 3, 1° comma D.Lg. 406/91, che prevedeva la misura del contributo pari almeno al 50% non distinguendo peraltro se in conto capitale e/o interessi.

Ciò che emerge chiaramente dal dettato di cui all'art. 2, 3° comma, è la circostanza per cui ad ognuna delle categorie di soggetti destinatari (precedenti lett. A, B, C) è riservata una particolare disciplina in seno alla legge *de qua*: alle P.A. si applica tutto il disposto della legge stessa, salva l'ipotesi di affidamento di concessione di lavori, nel qual caso solo la pertinente parte della legge medesima trova applicazione, analogamente del resto, a quanto previsto per i soggetti sovvenzionati (lett. C) e i concessionari (lett. B), rispetto ai quali ultimi è da notarsi la modifica, apportata in contrasto con la cit. direttiva 440/89, consistente nella eliminazione della facoltà per l'amministrazione aggiudicatrice, di imporre, al concessionario, l'affidamento a terzi di almeno il 30% dei lavori, nonché l'applicabilità ai concessionari stessi delle normative relative alla qualificazione e selezione delle imprese, laddove il D.Lg., per l'ipotesi in cui il concessionario non rivestisse la figura di amministrazione aggiudicatrice, prevedeva il solo rispetto, da parte del medesimo, delle disposizioni e regole in materia di pubblicità e termini di partecipazione.

Esposti brevemente sia l'ambito oggettivo che soggettivo della legge quadro, giova richiamare, «procedendo a ritroso», i criteri fondamentali che stanno alla base del provvedimento legislativo in esame, i principi generali dello stesso, cui si richiama l'art. 1, principi e criteri che si riassumomo nella efficienza, efficacia dell'azione amministrativa, il tutto «secondo procedure improntate a tempestività, trasparenza e concretezza nel rispetto del diritto comunitario e della libera concorrenza tra gli operatori».

A parte l'ovvio richiamo al diritto comunitario ed al principio della libera concorrenza, trattasi, negli intenti dell'articolo in esame, di criteri e principi che sia a livello costituzionale (cfr. art. 97) che a livello di legislazione ordinaria (cfr. L. 241/90) già avevano trovato collocazione e compiuta disciplina, per cui pleonastico risulta il richiamo operato. Anche se il legislatore, allo scopo di garantire la corretta osservanza di detti principi ha ritenuto utile, *rectius* necessaria, la costituzione (*ex* art. 4 legge quadro) di apposita autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, dotata di un proprio apparato burocratico amministrativo (Segreteria tecnica, Servizio Ispettivo, Osservatorio dei lavori pubblici), il tutto con il dichiarato intento di controllo sull'adeguato rispetto delle norme legislative e regolamentari, in special modo per quanto attiene le procedure di affidamento e l'esecuzione dei LL.PP. (si veda a tal riguardo, ad esempio, l'attività dell'osservatorio dei lavori pubblici come prevista e disciplinata *ex* 16° comma dell'art. 4).

Ad ulteriore conferma dello spirito che ha animato il legislatore, e della profonda convinzione che lo stesso nutriva circa l'importanza che la legge in esame doveva assurgere nell'ordinamento giuridico italiano, non può omettersi l'accenno al disposto dell'art. 1, 4° comma, nell'ambito del quale, dopo aver assoggettato alla nuova disciplina sia le regioni a statuto speciale, che quelle «ordinarie» (2° comma), espressamente il legislatore ha previsto la non abrogabilità tacita delle disposizioni di cui alla legge quadro, concludendo di converso che solo «per dichiarazione espressa con specifico riferimento a singole disposizioni» si potrà procedere alla loro deroga, modifica o abrogazione, ovverossia mediante cosciente, precisa e puntuale *voluntas legis*.

Uno degli aspetti, al contempo, (probabilmente) più interessante della nuova legge quadro è quello concernente l'applicabilità, atteso che a fronte di disposizioni di applicabilità immediata ve ne sono altre che costituiscono mere direttive generali, che non potranno trovare applicazione se non dopo la successiva emanazione di atti normativi secondari previsti dalla legge quadro medesima, ovverossia il regolamento di cui al 2° comma dell'art. 3, da emanarsi secondo il termine originariamente previsto, entro 6 mesi dall'entrata in vigore della legge.

In sostanza dal disposto *ex* art. 3 legge quadro emergono ben chiare le due linee di tendenza operative seguite dal legislatore. Da una parte vi è una specifica volontà di non predisporre una normativa immediatamente efficace, che avrebbe comportato la necessità di disposizioni legislative dettagliate e puntuali, con conseguenziale e pedissequa enunciazione dei soli principi

giuridici; principi la cui rilevanza appare tuttavia subito evidente, solo che si ponga mente al carattere innovativo degli stessi, nonché alla circostanza che essi sono destinati a sostituire un numero molto elevato di norme previgenti, spesso di complicata formulazione ed attuazione. Dall'altra vi è l'intenzione di delegare al Governo, nell'ambito della potestà regolamentare ad esso riconosciuta *ex* L. 23/8/88 n. 400, l'emanazione di regolamenti disciplinanti in specifico:

1) la programmazione, la progettazione, la direzione lavori, il collaudo, le attività di supporto tecnico-amministrativo con le annesse normative tecniche;

2) le procedure di affidamento degli appalti e della concessioni degli atti procedimentali, nonché degli incarichi di progettazione;

3) le forme di pubblicità e di conoscibilità degli atti procedimentali, anche mediante informazione televisiva o trasmissione telematica, nonché le procedure di accesso a tali atti;

4) i rapporti funzionali tra i soggetti che concorrono alla realizzazione dei lavori e le relative competenze (nuovo capitolato in generale di appalto).

Tenuto conto anche del disposto del 6° comma dell'art. 3, ben può affermarsi come l'intenzione del legislatore fosse quella di demandare, per il futuro, alla capacità regolamentare dell'Esecutivo (Governo) la disciplina riguardante la materia dei LL.PP., con contestuale «privazione», per il Parlamento, di ogni possibilità di intervento (sia a livello normativo sia di controllo) sulla disciplina legislativa interessante la materia *de qua*. Esempio eloquente in proposito viene offerto dal disposto del 4° comma dell'art. 3, a mente del quale con l'emanazione del regolamento vengono abrogate le norme incompatibili, ad eccezione delle norme relative alla legislazione antimafia, emanazione che doveva avvenire (attesa l'entrata in vigore della l. *de qua* il 6/3/94) entro il 6/9/94.

Dall'art. 38 legge quadro si ricava poi che tutte le disposizioni delle leggi in esame entrano in vigore immediatamente, salvo quelle relative all'art. 8 (sistema di qualificazione delle imprese, la cui decorrenza era prevista a far data dall'abolizione dell'Albo nazionale costruttori, ovverossia dal 1/1/97) e salvo quelle demandate al regolamento attuativo di cui sopra.

Per quanto riguarda il controllo sull'attività amministrativa, giova ricordare, richiamando quanto già esposto in precedenza, come la vigilanza ed il controllo sugli appalti siano stati affidati ad un'apposita Autorità per la vigilanza (così che detti controlli risultano, almeno sulla carta, potenziati) dotata di un proprio apparato burocratico amministrativo, all'interno del quale trovasi istituito anche quell'Osservatorio dei lavori pubblici cui le amministrazioni aggiudicatrici e gli Enti aggiudicatori e/o realizzatori dell'opera e/o lavori sono tenuti a fornire i dati e le caratteristiche dell'appalto, per i lavori di importo superiore a 80.000 Ecu, nonché le restanti informazioni *ex* art. 4, 17° comma, L.Q.

Detto aspetto peculiare è rappresentato dalla modifica operata *ex* art. 6 delle competenze e dell'organizzazione del Consiglio Superiore dei LL.PP. divenuto e riconosciuto, il «massimo organo tecnico consultivo dello Stato», cui è garantita «la piena autonomia funzionale ed organizzativa, nonché indipendenza di giudizio e di valutazione», in tal modo chiamato a svolgere la funzione di consulente generale dell'amministrazione considerata (cfr. combinato disposto *ex* commi 4°, 5° e 6° art. 6) con poteri obbligatori, ove trattasi di progetti di OO.PP. di importo superiore a 100 milioni di Ecu, nonché nei confronti della neo istituita Autorità, a richiesta della stessa.

Mutuando poi istituti già previsti *ex* L. 241/90 (cfr. art. 4, 5, 6 e 14 — nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), viene previsto *ex* art. 7 L.Q., allo scopo di rendere più funzionale l'operato della P.A. nella materia in oggetto, sia la possibilità di ricorrere alle cd. conferenze di servizi «per l'acquisizione di intese, pareri, autorizzazioni, nulla osta e assensi comunque denominati al fine dell'esecuzione di LL.PP.», sia la nomina, nell'ambito della propria struttura tecnica e amministrativa, di un «unico responsabile del procedimento per le fasi della programmazione dei lavori, della progettazione, dell'affidamento e della esecuzione dei medesimi», con le funzioni e le incombenze *ex* comma 2°, art. 7.

Programmazione, progettazione, affidamento, esecuzione: queste le quattro fasi procedimentali attraverso le quali si perviene, secondo la L.Q. alla realizzazione dei LL.PP., e sulle quali giova soffermarsi ora brevemente.

Per quanto attiene precipuamente alla prima fase, la programmazione, soccorre il disposto *ex* art. 14, in virtù del quale è posto a carico della P.A. l'obbligo di programmare anticipatamente i lavori, approvando il programma dei LL.PP. da eseguire nel triennio, programma cui deve accompagnarsi l'indicazione dei mezzi finanziari necessari, e disponibili, cioè stanziati «sullo stato di previsione o sul proprio bilancio, nonché disponibili utilizzando, sulla base della normativa vigente, contributi o risorse dello Stato, delle regioni o di altri enti pubblici già stanziati nei rispettivi stati di previsione o bilanci».

A conclusione della breve esposizione sulla fase della programmazione è opportuno segnalare come, a fronte di una realtà paradossale costituita dalla notevole quantità di OO.PP. rimaste, in Italia, incompiute, si prevede espressamente che tra le priorità da indicarsi nell'approvando programma triennale siano da includersi le realizzazioni volte «al completamento di lavori già iniziati».

Passando alla fase della progettazione (cfr. art. 16) risulta subito evidente la tripartizione in cui si articola l'attività di progettazione medesima (preliminare, definitiva, esecutiva), innovativa rispetto ai due livelli in precedenza adottabili sulla base di discipline del settore incomplete, differenza che trova la propria motivazione nella diversità di esigenze connesse alla individuazione dell'oggetto, a seconda che si tratti, appunto, di sola programmazione

dell'opera (progetto preliminare), dell'affidamento in concessione (progetto definitivo), dell'affidamento in appalto (progetto esecutivo); l'esaustiva enunciazione *ex* combinato disposto commi 2°, 3° e 4°, art. 16 ne è la riprova.

Va da sé che gli oneri relativi alle attività di progettazione, direzione, vigilanza e collaudi, nonché quelli relativi a studi e ricerche devono trovare adeguato stanziamento nei bilanci delle amministrazioni aggiudicatrici «nei limiti di una percentuale fissata per anno tenuto conto dei programmi in corso», percentuale che non deve superare, salvo deroghe, «il 19% dell'importo del lavoro» (cfr. comma 8°, art. 16).

Circa la redazione dei progetti, la stessa può essere affidata o agli uffici tecnici delle Amministrazioni aggiudicatrici, ovvero anche agli organismi tecnici della P.A., di cui detti uffici possono per legge avvalersi; o ancora, ove trattasi di Enti Locali, possono essere costituiti appositi Uffici Consortili di progettazione e direzione lavori con le modalità *ex* artt. 24, 25, 26, L. 142/90 (sarà quest'ultima, soprattutto l'ipotesi più vantaggiosa per gli EE.LL. di medie e piccole dimensioni) o ancora, in presenza di casi particolari e specifici (es. accertata carenza d'organico certificata dal Responsabile del procedimento, lavori di particolare complessità, progetti integrati che richiedono l'apporto di pluralità di particolari competenze) a liberi professionisti singoli od associati, ovvero a società di ingegneria (in tale ultima ipotesi venendo di fatto a superarsi il divieto per dette società *ex* art. 2 L. 1815/39 dell'esercizio professionale nei confronti della P.A.). Come è naturale nell'ipotesi dell'affidamento della progettazione a soggetti estranei alla P.A., l'affidamento stesso, *ex* 12° comma, art. 17 L.Q. non può che avvenire nel rispetto del disposto *ex* direttiva CEE 92/50, 12° comma, che, per altro, abbassa da 200.00 a 50.00 Ecu il limite di importo di incarichi di progettazione che ricadono sotto la disciplina della direttiva medesima.

Un'ultima annotazione merita la fase in esame: ai sensi dell'art. 30, 5° comma, L.Q. è fatto obbligo al progettista incaricato della progettazione esecutiva di stipulare, a decorrere dalla data di approvazione del progetto, una polizza assicurativa RC professionale «per i rischi derivanti dallo svolgimento delle attività di propria competenza, per tutta la durata dei lavori e sino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio», la cui mancata presentazione «esonera le PP.AA. dal pagamento della parcella professionale».

È quanto meno sintomatico che, in presenza della ricordata responsabilità civile professionale per gli operatori «esterni» alla P.A., ed a fronte di incentivi per la progettazione riconosciuti *ex* art. 18 I.P. ai pubblici dipendenti cui siano affidati incarichi di progettazione (nella misura massima del 1% del costo preventivato dell'opera), incentivi da determinarsi in sede di contrattazione collettiva decentrata *ex* D.Lg. n. 29/93, a fronte di tutto ciò, si diceva, non venga riconosciuta esplicitamente, a carico dei dipendenti stessi, una responsabilità civile professionale per l'attività svolta, operandosi una possibile disparità di trattamento, *ex* art. 3 Costituzione nei confronti dei «progettisti esterni».

Circa la fase dell'affidamento (cfr. combinato disposto art. 19, 20, 21, 22, 23 e 24) è da notarsi come, sostanzialmente, non risulti mutato il quadro relativo ai metodi di qualificazione dei soggetti chiamati ad operare nel campo delle OO.PP.

Degna di nota è la sola abolizione dell'Albo nazionale dei costruttori (istituito *ex* L. 57/62) a decorrere dall'1/1787 (cfr. art. 8, 10° comma, L.Q.), con contestuale sostituzione di un nuovo sistema di qualificazione, atto al rilascio di una qualifica solamente in possesso della quale, *ex* art. 8, 8° comma, le imprese saranno abilitate ad accedere o partecipare alle gare indette in materia di LL.PP.

Modificando quanto previsto *ex* art. 326, L. 2248/1865, All. E, l'art. 19 L.Q. prevede che, ad eccezione dei lavori relativi alla manutenzione periodica ed agli scavi archeologici, tutti i contratti di appalto siano stipulati sulla base di progetto esecutivo, a corpo, ovvero, come dispone il cit. art. 326, con prezzo convenuto fisso ed invariabile, «senza che possa essere invocata dalle parti contraenti alcuna verificazione sulle misure o sul valore attribuito alla qualità delle dette opere...» salvo il ricorso alla stipula di contratti di appalto a misura, *ex* art. 326, 3° comma, per i lavori di restauro di beni soggetti a vincoli ai sensi della L. 1/6/39 n. 1089.

Per quanto concerne poi, i sistemi di realizzazione delle OO.PP. la legge in esame, non discostandosi peraltro, da quanto già previsto *ex* D.Lg. 406/91 sancisce e prevede il contratto d'appalto e la concessione, con espresso divieto al ricorso alla cd. concessione di committenza (ovvero concessione a terzi delle funzioni ed attività di stazione appaltante LL.PP.), l'uno aggiudicabile, *ex* art. 20 L.Q., mediante asta pubblica, licitazione privata e in casi particolari, e previo parere vincolante del Consiglio Superiore dei LL.PP. chiamato a verificare il rispetto delle condizioni previste dalla Legge, appalto concorso, e infine, nelle limitate ed anguste ipotesi e con le modalità *ex* art. 24, trattativa privata; la concessione, di contro, è affidabile solamente a seguito di espletamento di licitazione privata.

Degna di nota in quanto innovativa rispetto alla disciplina previgente, è la previsione dell'art. 21, che nel sancire che l'aggiudicazione di appalti mediante asta pubblica o licitazione private sia effettuata con il criterio del prezzo più basso, determinato mediante offerta di prezzi unitari, o con il criterio, di contro, del massimo ribasso sull'elenco prezzi posto a base della gara ove, trattasi di lavori di manutenzione periodica, prevede un incremento del 50% della cauzione prestata per l'ipotesi in cui l'aggiudicatario abbia prestato una offerta, nella misura indicata dal cit. art. 21, 1° comma, che la legge, con presunzione *iuris et de jure*, ritiene tale da giustificare un supplemento di garanzia a favore della amministrazione aggiudicatrice, una specie di *tertium genus* tra offerte «normali» ed offerte «anomale».

Ulteriore notazione innovativa in materia di criteri di aggiudicazione riguarda gli appalti affidati mediante l'appalto concorso e la concessione affidata a mezzo licitazione privata: in tali ipotesi è necessario il ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con l'obbligatoria

presenza di una commissione giudicatrice all'uopo nominata, cui è demandato l'esame delle offerte presentate.

Per quanto concerne, poi, l'accesso alle informazioni già previsto e sancito *ex* combinato disposto art. 31 e 32 D.Lg. 406/91, occorre armonizzare lo stesso col divieto [ora stabilito dall'art. 22 L.Q., al fine di salvaguardare il principio della libera concorrenza ed in deroga alle normative vigenti in materia di procedimento amministrativo (L. 241/90)] di comunicare a terzi o di rendere in qualsiasi altro modo noto informazioni circa:

1) L'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte nel corso di pubblici incanti, prima della scadenza del termine per la presentazione delle medesime;

2) L'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta d'invito o che hanno segnalato il loro interesse, ove trattasi di licitazione privata appalto concorso o gara informale che precede la trattativa privata, prima della comunicazione ufficiale da parte del soggetto appaltante o concedente dei candidati da invitare, ovvero del soggetto individuato per l'affidamento, a trattativa privata, divieto la cui inosservanza comporta, per pubblici ufficiali od incaricati di pubblico servizio, violazione del segreto d'ufficio, reato ipotizzato e previsto dall'art. 326 c.p.

Un ultimo cenno relativamente alla fase in esame (aggiudicazione), riguarda il numero di concorrenti da invitare alla gare, cd. «forcella», che il legislatore della L.Q. ha previsto, all'art. 23, 1° comma, per quanto attiene ai lavori d'importo superiore alla soglia comunitaria, da un minimo di 5 ad un massimo di 50 (salvo sorteggio pubblico ove i candidati siano di numero superiore alla cifra massima prevista) e, al 2° comma dell'art. medesimo, per gli appalti d'importo inferiore alla soglia comunitaria, da un minimo di 10 ad un massimo di 80 con il ricorso, ove i candidati siano in numero superiore a 80, in sostituzione del sorteggio, ad una attività di selezione ragionata sulla base di criteri stabiliti dal regolamento, ispirati all'idoneità dimensionale tipologica e alla localizzazione operativa dei concorrenti rispetto ai lavori da realizzare.

L'art. 27 D.Lg. 406/91 fissava, di contro, il limite massimo dei concorrenti a 21, ma detta «forcella» non fu mai attuata per mancata emanazione del decreto ministeriale, che doveva fissare gli indici selettivi necessari per l'esclusione delle imprese in sovrannumero rispetto all'entità stabilita negli atti di gara.

Relativamente infine alla 4° ed ultima fase, la cd. «esecuzione», va subito rilevato come notevoli siano le novità apportate, alla disciplina vigente, dalla L.Q., novità in massima parte dettate dal chiaro intento di evitare il ripetersi di fenomeni che in passato, anche recente, hanno prodotto sperperi di risorse pubbliche, tempi di realizzazione delle OO.PP. protratti *sine die*, collusioni al limite delle liceità, tra i vari soggetti coinvolti nelle realizzazioni medesime, ben noti alla cronaca italiana.

In quest'ottica si muove l'art. 25 L.Q., sia sancendo alcuni effetti della responsabilità di quanti sono chiamati ad operare (vedasi progettisti esterni), sia prevedendo ipotesi tassative di ricorso alle varianti in corso d'opera, con

sanzioni fino alla risoluzione del contratto ove la misura della varianti fosse superiore a 1/5 dell'importo originario del contratto. Il tutto come logica conseguenza del principio, *sancito ex* art. 17, di netta separazione tra l'attività di progettazione e l'attività di esecuzione, di netta separazione, pertanto, tra la figura del progettista e la figura degli esecutori dell'opera.

La revisione prezzi *ex* art. 1664 c.c., poi, risulta esclusa *ex* art. 26 e sostituita da un meccanismo basato su tassi di inflazione reale o programmata.

Sancito, *ex* art. 27, l'obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici, di costituire un ufficio di Direzione Lavori, ricorrendo, in caso di accertata carenza d'organico, certificata dal Responsabile del procedimento, ad apporti esterni (altre PP.AA. previa intesa o convenzione *ex* art. 24 L. 142/90; ex progettista incaricato ai sensi dell'art. 17, commi 4° e 12°; altri soggetti scelti sulla base della normativa di recepimento delle disposizioni comunitarie in materia) gli articoli successivi sono destinati a disciplinare, mediante il rinvio al regolamento l'attività di collaudo, in alcune ipotesi, previste in maniera obbligatoria, la modalità di nomina dei collaudatori, le forme di pubblicità (art. 29), che non presentano sostanziali novità rispetto alla disciplina prevista dalla normativa nazionale di recepimento delle direttive CEE, in specie D.Lg. 406/91 per l'appalto di lavori pubblici e D.Lg. 358/92 per quanto attiene le forniture.

Degna di nota è la previsione *ex* art. 32, relativamente alla composizione delle vertenze nascenti tra le parti, composizione affidata, in via preliminare, al responsabile del procedimento, e, nel caso di esito infruttuoso, deferita al giudice ordinario con espresso divieto di ricorrere all'arbitrato *ex* art. 806 e segg. c.p.p.

Estese le tutele giurisdizionali previste *ex* art. 13 L. 19/2/92 n. 142 anche alle lesioni derivanti da atti compiuti in violazione della L.Q. e del regolamento (cfr. art. 32, 3° comma), e pertanto estesa la risarcibilità non solo dei cd. diritti soggettivi, ma anche degli interessi legittimi (secondo la bipartizione delle posizioni soggettive cara alla tradizione giuridica italiana), gli ultimi articoli delle L.Q. in esame mirano a disciplinare gli appalti di lavori dichiarati segreti (è demandato *ex* art. 33 Regolamento la selezione delle ditte dotate della capacità e dei requisiti per eseguirli), le modalità di subappalto (art. 34) su cui giova soffermarsi brevemente; l'art. 34 L.Q. interviene nuovamente in maniera restrittiva sulla materia, dopo che l'art. 34 D.Lg. 406/91 aveva sopportato modifiche all'art. 18, 3° comma, L. 55/90: tutte le lavorazioni, a qualsiasi categoria appartengano, sono subappaltabili o affidabili in cottimo (salvo diverse disposizioni in contrario) con l'obbligo peraltro per il soggetto appaltante di indicare nel progetto e nel bando la categoria o le categorie prevalenti con il relativo importo, per le quali la quota subappaltabile non può comunque superare il 30%.

Peraltro l'affidamento in subappalto o in cottimo è subordinato:

1) all'indicazione, da parte dei concorrenti, dei lavori che intendono subappaltare o concedere in cottimo, con contestuale indicazione dei subappaltatori (in numero variabile da 1 a 6);

2) al deposito presso il soggetto appaltante, entro 90 gg. dall'aggiudicazione da parte dell'appaltatore, del contratto di subappalto;

3) alla presentazione della certificazione inerente il subappaltatore e relativa al possesso, da parte dello stesso, dei requisiti di qualificazione richiesti dalle normative vigenti italiane o estere;

4) alla certificazione della inesistenza, in capo al subappaltante, dei diversi ostativi *ex*. L. 575/65 e successive modificazioni. Ove peraltro non sia possibile procedere all'affidamento in subappalto o in cottimo ai soggetti indicati dall'appaltatore all'atto dell'offerta è espressamente previsto, previa autorizzazione dell'autorità per la vigilanza sui LL.PP., l'affidamento ad altri soggetti in possesso dei prescritti requisiti.

Molto opportunamente e con scelta di certo oculata, è stata sottratta alla disciplina *ex* art. 34 l'ipotesi di forniture (es. noli a caldo) di importo pari o inferiore al 2% dell'importo complessivo dell'appalto.

Da ultimo giova notare come, in caso di «trasformazione» del soggetto originariamente aggiudicatario (ad es. per cessione d'azienda, fusione, scissione, trasferimento o affitto di azienda da parte degli organi della procedura concorsuale se compiuti a favore di cooperative costituite o da costituirsi), *ex* combinato disposto artt. 35 e 36 L.Q., sia concessa all'amministrazione la facoltà di opporsi al subingresso del nuovo soggetto con effetti risolutivi sulla situazione in essere, ove i nuovi soggetti non risultino in possesso dei requisiti previsti dalla legge.

Terminata, in tal modo, l'esposizione relativa alla 4° fase, ovverossia quella dell'esecuzione, un breve cenno meritano alcune disposizioni delle L.Q. che volutamente sono state omesse nel corso della precedente fase espositiva: tra queste si segnalano, perché degne di nota:

a) l'art. 15 che, modificando l'art. 32 L. 142/90 (ordinamento delle autonomie locali) relativo alle competenze proprie dei consigli comunali o provinciali, ha inserito, tra le stesse, anche l'approvazione dei piani particolareggiati e dei piani di recupero, elevando detti atti al rango di atti fondamentali, e come tali sottratti alla competenza delle Giunte comunali e provinciali;

b) gli artt. 10, 11, 12 e 13 il cui combinato disposto, nel disciplinare i soggetti che possono essere ammessi alle gare, si sofferma sui requisiti che debbono essere posseduti dai concorrenti che presentino determinate caratteristiche e forme giuridiche (es. riunioni temporanee di imprese, relativamente alle quali novità legislative sono individuabili nel particolare divieto di subappalto *ex* 7° comma, art. 13, o nel regime di responsabilità delle imprese, riunite stesse, e, al 2° comma dell'art. medesimo, per gli appalti d'importo inferiore alla soglia comunitaria, da un minimo di 10 ad un massimo di 80 con il ricorso, ove i candidati fossero in numero superiore a 80, in sostituzione del sorteggio, ad una attività di selezione ragionata sulla base di criteri stabiliti dal regolamento, ispirati all'idoneità dimensionale tipologica e alla localizzazione operativa dei concorrenti rispetto ai lavori da realizzare *ex* art. 13, 2° comma;

c) es. ancora i consorzi e le società consortili, la cui disciplina *ex* art. 11 costituisce il superamento di quanto sancito *ex* art. 2615 c.c.; es. ancora è la previsione *ex* art. 12 di una forma di consorzio cd. «stabile», di imprese, cioè anche cooperative che, in numero non inferiore a 3 abbiano stabilito di operare «esclusivamente e in modo congiunto nel settore dei LL.PP.», il tutto per un periodo non inferiore a 5 anni, dando vita, all'uopo, «ad una comune struttura d'impresa», il consorzio stabile appunto, che negli appalti di LL.PP. sostituisce, in via esclusiva, le singole imprese partecipanti. Il *favor legis* verso detta «struttura comune» viene confermato, e rafforzato, dalla previsione di agevolazioni tributarie e fiscali a tutto il 31/12/97, *ex* combinato disposto commi 6° e 7°, art. 12 medesimo.

«Questo in sintesi l'impianto normativo» della L.Q. cui si ritiene aggiungere la sola osservazione relativa alla reintroduzione, operata dall'art. 30, 1° comma, della cd. cauzione provvisoria, che originariamente già prevista nell'ordinamento giuridico italiano (cfr. art. 332 L. 20/3/1865 n. 2248 allegato F; art. 2 D.P.R. 16/7/62 n. 1063) era stata abolita *ex* art. 5 L. 10/8/1984 n. 687 forse perché ritenuta inutile.

3. *La decretazione d'urgenza, la sospensione dell'efficacia della legge quadro, le modifiche apportate al testo originario dalla decretazione stessa.*

Come sopra ricordato, a seguiti di un travagliato «parto» veniva pubblicata sulla G.U. del 19/2/94 la tanto attesa normativa sui lavori pubblici, entrata formalmente in vigore il 6/3/94.

Tempo alcune settimane, il neo governo italiano, espressione della nuova maggioranza parlamentare uscita dall'esito della consultazione elettorale del 27/3 mediante il ricorso (poi sempre reiterato) alla decretazione d'urgenza, *ex* art. 77 Costituzione, sospende l'efficacia della L.Q., dapprima, *ex* DD.LL. 331/94, 478/94 e 559/94 a tutto il 31/12/94, successivamente *ex* D.L. 658 in data 30/11/94 detta sospensione veniva «prorogata» al 30/6795, il tutto col dichiarato intento, come emerge dalle successive circolari esplicative diramate dal Ministero dei LL.PP., di rilanciare gli appalti pubblici sia a livello nazionale, che locale, consentendo, nel contempo al Governo, di mettere a punto una cd. riforma *bis* in un settore, quale quello degli appalti di lavori pubblici, regolato, fino alla legge quadro, da una normativa «principale» costituita dalla L. 2248 allegato F del lontano 1865, e da una congerie di altre disposizioni legislative di settore e/o derogatorie, che hanno reso possibile, ed in certo qual modo anche agevolato, il fenomeno di corruzione pubblica noto come «Tangentopoli», fenomeno la cui notorietà ha di certo travalicato i confini del territorio italiano.

Senza soffermarsi sulla costituzionalità, o meno, del ricordato alla decretazione d'urgenza operata per sospendere le disposizioni della legge in esame (non attenendo all'oggetto della presente esposizione), e tralasciando, altresì, di approfondire l'opportunità, se non la necessità, che un settore delicato, quale quello dei LL.PP., sia disciplinato da un *Corpus iuris* coordinato, di chiara e facile interpretazione ed applicazione, e non certo abbisognevole, di contro, di disposizioni integrative via via sempre più mal coordinate tra loro, spesso collocate in provvedimenti legislativi la cui interpretazione, e coordinamento, risultano assai spesso ardui, frutto di «bizantino operare», tralasciando tutto ciò, giova richiamare l'attenzione sul disposto *ex* D.L. 331/94, a mente del quale la sospensione dell'efficacia delle L.Q., comporta l'applicazione della «normativa vigente», sospensione che non opera per alcune disposizioni contenute nelle L.Q. medesime, ossia gli art.:

— 3 (delegificazione, ovvero procedure e contenuti del Regolamento);

— 31, 1° comma (Regolamento in materia di piani di sicurezza);

— 35 (casi di fusione, trasformazione, scissione, conferimento tra imprese);

— 36 (casi di trasferimento e di affitto di azienda, con estensione delle norme favorevoli sulle fusioni anche all'ipotesi di trasferimento di affitto dell'azienda se compiuto a favore di cooperative formate da lavoratori disoccupati);

— 37 (gestione unificata delle Casse Edili).

Ulteriore annotazione: nelle procedure per l'approvazione di regolamento generale, il termine ultimo del 6/9 viene prorogato al 6/12, e risulta soppresso il parere obbligatorio dell'Autorità di vigilanza.

Decaduto per mancata conversione in legge nel termine di 60 giorni previsto dalla Carta Costituzionale italiana, il citato D.L. 331/94 reiterato successivamente con D.L. 478/94, quest'ultimo risulta poi ancora reiterato *ex* D.L. 559 in data 30/9/94 sul quale conviene soffermare per un attimo l'attenzione atteso che, oltre a confermare la sospensione a tutto il 31/12/94 delle L.Q. come i precedenti ricordati DD.LL. introduce *ex* art. 5 alcune novità degne di nota e di particolare interesse in ispecie:

a) vengono esclusi dalla sospensione gli artt:

— 3 (Regolamento governativo, aumentato da 6 a 9 mesi il termine per l'adozione del Regolamento stesso, termine fissato al 1/1/95);

— 7 [Responsabile del procedimento, prevedendo a fronte di un solo ed unico responsabile del procedimento alla realizzazione di LL.PP. per le 4 fasi più soggetti, ognuno dei quali responsabile per la fase di competenza (programmazione, progettazione, affidamento, esecuzione), modifica anch'essa pleonastica attesa l'esistenza in materia di una norma a valenza generale come più sopra ricordato, ossia la L. 241/90];

— 24 (trattativa privata) limitatamente ai commi 3° (requisiti di partecipazione) e 4° (divieto di suddivisione in lotti);

— corso d'opera, ammesse solo per causa di forza maggiore, per sopravvivenza di nuove disposizioni di legge o di regolamento, per errori ed omissioni del progetto esecutivo — in quest'ultima ipotesi, a garanzia della responsabilità del progettista esterno per i danni subiti dall'Amministrazione, risultando sospeso il disposto *ex* art. 30, 5° comma, L.Q. non opererà l'obbligo, a carico del progettista medesimo, di munirsi di apposita polizza assicurativa — ed infine, a seguito della novella apportata con l'articolo in esame, qualora non comportino aumento di spese.

Sempre in materia di varianti, poi, la novella limita l'affidamento allo stesso appaltatore degli eventuali maggiori lavori al quinto dell'importo originario del contratto, superato il quale opera la risoluzione del contratto stesso e l'indizione di nuova gara cui deve essere invitato l'iniziale appaltatore.

Risultano inoltre sospesi i precedenti articoli 35, 36 e 37.

b) viene abrogato l'art. 15 L.Q. che aveva attribuito alle competenze del Consiglio comunale e provinciale i progetti (in materia di LL.PP.), i piani particolareggiati ed i piani di recupero (in materia urbanistica);

c) si richiede la verifica delle anomalie delle offerte obbligatoria per gli appalti di importo superiore alla soglia comunitaria, facoltativa per quelli di importo inferiore (nel primo caso viene sancito l'obbligo per l'Amministrazione di valutare l'anomalia di quelle offerte che si presentino con un ribasso superiore al 20% in rispetto alla media aritmetica dei ribassi di tutte le offerte ammesse, con esclusione delle offerte in aumento; nel secondo caso è data la facoltà, alle amministrazioni stesse, di prevedere nel bando di gara, ove il numero di offerte valide sia inferiore a 15, l'esclusione automatica di quelle offerte che presentino una percentuale di ribasso superiore al 20% rispetto alla media aritmetica di tutte le offerte ammesse, anche in questa ipotesi, con esclusione di quelle in aumento);

d) viene previsto quale quadro di riferimento delle cause di esclusione dalla partecipazione alla gara per gli appalti *de quo*, qualunque ne sia l'importo, quello contemplato *ex* art. 24, 1° comma, direttiva CEE 93/37 del Consiglio del 14/6/94;

e) altra novità degna di nota, infine, risiede nell'aver «riesumato» sino al 31/12/94 le norme abrogate della L. 104/94 in quanto con la stessa incompatibili.

Disposizioni, tutte quelle sopra richiamate, riconfermate e reiterate nel successivo, e all'atto della redazione della presente, ultimo, D.L. in ispecie il n. 658 in data 30/11/94, con espressa previsione *ex* art. 5, 1° comma, dell'entrata in vigore del Regolamento in data 1/1/96.

4. *Gli appalti di LL.PP. nella legislazione previgente all'entrata in vigore della L.Q. n. 109/94, ancora applicabile attesa la sospensione della L.Q. medesima.*

Il disposto ritorno alle «norme previgenti», come sancito da ultimo, *ex* art. 5, 7° comma, D.L. 658/94 comporta, preliminarmente, la sospensione di alcuni principi fondamentali di trasparenza della L. 109/94, non contenuti nella previgente legislazione, quali, ad es., la limitazione al ricorso alla trattativa privata, l'istituzione dell'autorità di vigilanza, il riconoscimento delle società di ingegneria, l'utilizzo quale criterio fondamentale di aggiudicazione, del massimo ribasso; ancora l'affidamento dell'appalto di LL.PP. sulla base di un progetto esecutivo che sia veramente tale e non meramente nominale, la riduzione della concessione di LL.PP. alla sola concessione di costruzione gestione (eliminando dal novero la mera concessione di sola costruzione).

Ciò premesso e venendo all'esame delle principali disposizioni legislative disciplinanti la materia *de quo* senza presunzione di risultare esaustivi, attesa la vasta congerie di norme prodotte dal Legislatore italiano, nel tempo, giova ricordare la legge sulle OO.PP. (20/3/1865, n. 2248 allegato F), il regolamento dei LL.PP. (R.D. 25/5/1895 n. 350), le norme per l'esecuzione di OO.PP. dello Stato e degli EE.LL. (R.D. 8/2/1923 n. 422), le norme sulla contabilità generale dello Stato (R.D. 18/11/1923 n. 2440), il Regolamento sulla contabilità generale dello Stato (R.D. 23/5/1924 n. 827), le norme relative agli appalti di OO.PP. mediante licitazione privata (L. 2/2/1973 n. 14), le norme di attuazione delle Direttive CEE 89/440 in materia di appalti (D.Lg. 19/12/91 n. 406) e istituzione dell'Albo Costruttori (L. 10/12/1962 n. 57)

Tralasciando di eliminare la disciplina degli appalti di OO.PP. di importo superiore alla soglia comunitaria (5 milioni di Ecu, pari fino al 31/12/1994 a L. 8.303.975.000) attesa la compiuta organica ed esaustiva disciplina contenuta nel già citato D.Lg. 406/91 di recepimento delle direttive CEE 89/440, si ritiene di contro opportuna una «panoramica» sulle principali caratteristiche che riveste la materia degli appalti di OO.PP. alla luce della normativa «interna» italiana.

Mutuando dai principi generali di diritto amministrativo può ricordarsi, preliminarmente, come nel procedimento necessario per addivenire alla stipula dei contratti della P.A. qualunque sia la natura di questi ultimi e quindi anche di quelli aventi ad oggetto l'esecuzione di lavori e/o opere pubbliche, si è soliti generalmente individuare la fase della programmazione, quella della determinazione a contrarre, atto preparatorio che, nel campo degli appalti delle OO.PP., è accompagnato dalla redazione del progetto dei lavori, cui seguono la fase della partecipazione alla gara, dell'aggiudicazione della stessa, della stipula del contratto e infine, a contratto già stipulato e quindi «esterna» rispetto alla stipula, la fase dell' esecuzione del contratto stesso.

Relativamente alla programmazione che, secondo la comune accezione del termine, indica lo strumento di gestione offerto alla P.A. per una «ripartizione delle risorse finanziarie il più razionale e mirato possibile», giova rilevare come detto principio sia contenuto ormai in tutti i testi legislativi, anche i più recenti (cfr. D.P.R. 30/8/72 n. 742, cosiddetto Decreto sulla Dirigenza; D.P.R. 24/7/71 n. 616, cd. decreto sul decentramento di funzioni alle Regioni; art. 11 L. 5/8/78 n. 468, legge di riforma di contabilità dello stato, cfr. combinato disposto art. 1 *bis* e 3), nonché, a L.Q. sospesa, sia comunque ribadito nelle circolari del Ministero LL.PP., più sopra ricordate (da ultimo, circolare 8176/26/65 in data 6/10/94), laddove testualmente «le proposte di programma devono contemplare opere elencate secondo un ordine di priorità per le quali si prevede il compimento dei lavori nell'arco di un triennio» (*omissis*) «nell'ambito del programma dovranno essere privilegiati, il completamento ed il recupero del patrimonio esistente alle nuove realizzazioni», obiettivo, quest'ultimo, che si è visto già contenuto nella L.Q. 109 (cfr. art. 14, 1° comma).

«Intervenuta l'approvazione del programma» continua la circolare «il progetto di massima dovrà essere redatto per l'intera opera, anche nei casi in cui l'esecuzione della stessa sia — *omissis* — realizzata mediante lotti», il che, tralasciando la fase della deliberazione a contrarre, non rilevando ai fini della presente relazione, ci porta a parlare, trattandosi di appalti di LL.PP., della progettazione dei lavori stessi, progetti cui è cenno già nell'art. 322 L. 2248, all. F dell'ormai lontano 20/3/1865: «I lavori si eseguono in generale sulla base di progetti» progetti necessariamente corredati, come da disposto *ex* successivo art. 323 della medesima legge, «da un capitolato d'appalto (generale e speciale cfr. art. 45 R.D. 827/24) che descriva esattamente il lavoro da eseguirsi e determini gli obblighi speciali che s'impongono all'imprenditore, oltre alle condizioni e le clausole generali comprese nella presente legge».

La progettazione, attuabile su due livelli (previsioni progettuali di massima ed esecutive), viene, di norma, realizzata dalla stessa P.A. attraverso il proprio apparato tecnico-amministrativo, in casi particolari, per carenze di strutture o mezzi ovvero in presenza di comprovate esigenze, detto incarico può essere conferito a liberi professionisti esterni (cfr. art. 1, R.D. 8/2/23 n. 422, laddove detta ultima facoltà è prevista «se la speciale natura delle opere lo consente o motivi di urgenza lo richiedano»).

All'uopo giova ricordare come, sospesa l'efficacia della L.Q. sopravvive il divieto di conferire incarichi «esterni di progettazione e società di professionisti» (cfr. art. 2 L. 1815 /1939).

Circa la scelta del progettista, è ormai consolidato l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale detta scelta non costituisce esercizio di potestà amministrativa *strictu sensu*, rientrando, di contro, nell'ambito della sfera di autonomia privata della P.A., pertanto la scelta medesima non risulta censurabile dal Giudice amministrativo (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 25/5/82, n. 302, in *Foro Amm.*, 1982, I, 988; Cass. SS.UU., 17/11/84, n. 5833, in *Sett. giuridica*, 1985, II, 250).

Va da sé che ove l'importo dell'incarico da conferire sia superiore alla soglia comunitaria, *ex* direttiva CEE 95/50, la scelta dovrà avvenire nel rispetto del disposto della Direttiva medesima. Comunque sia, l'incarico «esterno» di progettazione non implica necessariamente quello successivo della direzione dei lavori (cfr. art. 1, ult. comma, cit. R.D. 8/2/23 n. 422, applicazione agli EE.LL. *ex* art. 40 R.D. medesimo), così come secondo la giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione (cfr. 10/10/73, n. 2542, in *Nuova Rassegna*, 1974, 1366), l'incarico professionale per il progetto di massima non implica necessariamente anche l'incarico relativo alla elaborazione del progetto esecutivo.

Per quanto attiene la competenza in ordine all'approvazione dei progetti veri e propri (esecutivi) fermo restando la competenza, per le opere di pertinenza dello Stato, del Ministro ovvero dei Dirigenti nei limiti di valori connessi alle varie qualifiche (cfr. art. 7-9 D.P.R. 748/92), è da ritenersi, relativamente agli enti locali, che sospese le disposizioni *ex* art. 15 L.Q. attributive di competenze in tal senso in capo ai Consigli Comunali, la competenza medesima *ex* art. 35 L. 142/90 residui in capo alla Giunta.

Si è visto più sopra come, ai sensi dell'art. 17 L.Q., i progetti (preliminari, definitivi, esecutivi) oltre che dagli uffici tecnici delle amministrazioni aggiudicatrici, potevano essere redatti «da organismi tecnici della PA» e come gli Enti locali potessero costituire, all'uopo, «uffici consortili di progettazione e direzione dei lavori secondo le modalità di cui agli art. 24, 25 e 26 L. 142/90», ove non si reputasse necessario ricorrere a progettisti esterni, in presenza delle condizioni richieste dall'art. 17 medesimo: sospesa l'efficacia di tale norma trova, se del caso, applicazione il disposto *ex* art. D.L. 28/2/83 n. 55, come convertito nella L. 26/4/83 n. 131, a mente del quale i comuni possono delegare a Province la progettazione, nonché l'esecuzione di OO.PP. di rilevanza ed interesse comunale.

Alla tripartizione, operata dalla L.Q., nell'ambito dell'attività progettuale (progetto preliminare, definitivo, esecutivo) la legislazione previgente contrappone una bipartizione: progetto di massima, la cui redazione si presenta obbligatoria e prodromica rispetto al progetto esecutivo ove sia necessaria la conoscenza, in via preventiva, della spesa approssimativa della realizzanda opera oppure si appalesi opportuno effettuare un confronto tra le varie ipotesi di possibile soluzione del problema posto (cfr. art. 3 D.M. 28/5/1985) e, appunto, progetto esecutivo.

Ai sensi della già ricordata L. 26/4/83 n. 131 (cfr. art. 13, 3° e 4° comma) meglio nota come legge sulla finanza locale si presenta sempre obbligatoria la redazione di un progetto completo dell'opera da realizzare anche nell'ipotesi in cui ne sia prevista la realizzazione a stralci o lotti, progetto corredato da un quadro economico relativo a tutti gli oneri derivanti dall'opera.

Sempre la legge ultima citata fissa per gli EE.LL., nella quota del 30% dell'importo progettuale originario, il limite per eventuali perizie di varianti e suppletive non derivanti da esigenze legate a revisioni o aggiornamento

prezzi (cfr. 4° comma L. 131/83, come sostituito *ex* art. 9, 5° comma, D.L. 359/87 come convertito nella L. 29/10/87 n. 440) laddove, l'art. 342 della L. 20/3/1865 n. 2248, all. F sanciva l'invariabilità dell'opera in deroga alla disciplina civilistica atteso che l'appaltatore non può «sotto verun pretesto introdurre variazioni o addizioni di sorta al lavoro assunto, senza averne ricevuto l'ordine per iscritto dall'ingegnere direttore, nel qual ordine sia citata l'intervenuta superiore approvazione»; lo *ius variandi* era consentito non solo in presenza di assoluta urgenza (cfr. art. 342 legge cit.), di circostanze impreviste o per condizioni del terreno (cfr. art. 20 R.D. 25/5/1865, n. 350), ma anche, in via generale, per apportare variazioni od aggiunte ad un progetto già in corso di esecuzione ove le stesse fossero necessarie («verificandosi il bisogno») per la realizzazione dell'opera, e sempre, comunque, nel rispetto delle procedure fissate dalla legge (cfr. art. 343 L. 20/3/1865 n. 2248 all. F), il tutto, però, senza che le leggi citate fissassero il limite quantitativo alle perizie suppletive, limite quantitativo che si trova fissato legislativamente, per la prima volta *ex* art. 5 L. 284/77, che ha previsto la possibilità, per la stazione appaltante, di affidare all'originario appaltatore lavori complementari non compresi nel progetto originario, nel limite massimo del 50% dell'importo dall'originario contratto.

Ora, come va ricordato, l'art. 5 D.L. 658/94, nell'escludere dalla sospensione dell'efficacia, tra l'altro, l'art. 25 L.Q. (varianti in corso d'opera), novellando peraltro lo stesso, sancisce che, a decorrere dall'entrata in vigore della legge di conversione del D.L. medesimo, troveranno applicazione le disposizioni dell'art. 25 L.Q. stesso, con ciò modificando radicalmente lo *ius variandi* delle OO.PP.

Ultime notazioni in ordine alla fase «progettuale» meritano il disposto *ex* art. 1 L. 10/12/81 n. 741, secondo cui, per le opere pubbliche di importo superiore a 2 miliardi, è obbligatoria anche la redazione di un programma di lavori, facoltativo di contro per i lavori il cui importo sia ricompreso tra 500 milioni e 2 miliardi, nonché il disposto *ex* art. 9 L. 26/4/89 n. 155, a mente del quale, prima dell'approvazione di OO.PP., i consigli degli EE.LL. devono procedere all'approvazione del piano finanziario nell'ipotesi in cui l'opera stessa risulti finanziata a mezzo di contrazione di un mutuo.

In materia di LL.PP. e OO.PP. la determinazione di contrarre ovvero quella particolare fase mediante la quale la P.A., non solo manifesta la propria volontà di indire una gara per la scelta del contraente, ma precisa, altresì, l'oggetto e le modalità della gara stessa, si concreta, quasi esclusivamente, nell'approvazione del progetto cui si è accennato compiutamente più sopra.

Ora affinché il contenuto della determinazione a contrarre venga conosciuto dai terzi, potenziali interessati alla gara, lo stesso viene reso noto attraverso il bando, nel quale risultano specificate le modalità di celebrazione della gara, nonché gli oneri imposti alle ditte partecipanti, bando che costituisce, pertanto, la *lex specialis* della gara stessa.

La pubblicità del bando avviene mediante la pubblicazione dell'avviso di gara (avviso d'asta ove si procede mediante asta pubblica), per quanto attiene gli appalti di OO.PP. di importo superiore alla soglia comunitaria, secondo le forme e modalità previste dalla normativa stessa, mentre per gli importi inferiori a detta soglia, dispone l'art. 7 L. 2/2/72 n. 14, come sostituito *ex* art. 7 L. 17/2/87 n. 80, cui si rimanda per un esaustivo esame, ricordando che, *latu sensu*, i mezzi di detta pubblicità sono rappresentati, secondo l'importo dell'appalto, dall'Albo pretorio del Comune ove la stazione appaltante ha sede, dal Bollettino ufficiale della Regione ove ha sede la stazione appaltante, da almeno due quotidiani aventi particolare diffusione nella Regione ove ha sede l'Ente appaltante e su principali quotidiani a livello nazionale (pubblicazione per estratto) ed infine dalla G.U.R.I.

In merito ai partecipanti alla gara occorre ricordare come, secondo il disposto *ex* art. 1 L. 15/11/86 n. 768 di modifica della L. 10/2/62 n. 57, istitutiva dell'Albo nazionale costruttori, qualunque impresa che intenda partecipare ad appalti di lavori di importo superiore a 75.000.000 debba risultare iscritta all'Albo medesimo; i requisiti per l'iscrizione vengono individuati nella idoneità tecnica (da provare mediante certificati attestanti l'esecuzione di lavori nel quinquennio antecedente la domanda) e idoneità morale (comprovata mediante il certificato del Casellario Giudiziale); col conseguenziale corollario, *ex* art. 2 L. 29/3/85 n. 203, che nessuna impresa può ottenere lavori per un importo superiore a quello per il quale risulta iscritta all'albo nazionale costruttori (tale albo è, infatti, suddiviso per categorie e sottocategorie, con indicazione delle classifiche, degli importi e della data di iscrizione), aumentato di un quinto (1/5) cui consegue, ancora, l'ovvio obbligo, posto alla P.A., di richiedere, per l'ipotesi di lavori rientrati in più categorie, nel bando, l'iscrizione alla categoria prevalente, salvo le eccezioni previste (cfr. art. 7 L. 741/81 ed art. 11 D.M. 172/89).

Ancora in ordine alla partecipazione alla gara merita ricordare come, sospesa l'efficacia dell'art. 13 L.Q. (Riunione di concorrenti), l'associazione temporanea d'imprese, oltre a compiuta disciplina *ex* artt. 22 e 23 e segg. D.Lg. 406/91, trovi presupposto normativo legittimante per appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria *ex* D.P.C.M. 10/1/91 n. 55 (cfr. art. 4).

Venendo ora, a trattare, succintamente, delle modalità di aggiudicazione degli appalti di LL.PP. va ricordato, *incidenter tantum*, come la normativa comunitaria diversifichi dette procedure: ve ne sono alcune alle quali possono partecipare tutte le imprese che, in possesso dei richiesti requisiti, siano interessate, altre alle quali possono partecipare solo le imprese all'uopo invitate dall'ente appaltante, e prescelte sulla basi di criteri che trovano predeterminazione nel bando; altre ancor più ristrette (laddove l'amministrazione, dopo aver consultato imprese di doppia fiducia, negozia poi, con una o più di esse, i termini del futuro contratto). Giova inoltre ricordare come i tradizionali sistemi di scelta del contraente, previsti dall'ordinamento

giuridico italiano vigente, valevoli anche per gli Enti locali, giusto richiamo operato *ex* disposto art. 56 L. 142/90 (nuovo ordinamento delle autonomie locali), trovino il proprio supporto giuridico normativo, preliminarmente, nel già citato R.D. 2440/23 e pedissequo regolamento attuativo (R.D. 827/24), a cui nel tempo, si è aggiunta una congeria di norme di settore e particolari, tra le quali merita cenno la L. 272/73 n. 14 concernente gli appalti di OO.PP. mediante licitazione privata.

Detti sistemi (o modalità) sono costituiti da:

1) asta pubblica (cfr. art. 3 R.D. 2440/23) — inquadrabile nelle cd. procedure aperte comunitarie — e che si svolge secondo i quattro metodi della estinzione della candela vergine (cfr. art. 74 R.D. 827/24), del pubblico banditore (cfr. art. 79 R.D. citato), delle offerte segrete da confrontarsi col prezzo indicato nell'avviso d'asta (cfr. combinato disposto art. 73 lett. C e 76 R.D. citato), offerte segrete da confrontarsi poi con il prezzo minimo o massimo prestabilito dall'amministrazione e contenuto nelle schede segrete (cfr. art. 73 lett. B. R.D. citato).

È da aggiungersi come, ai sensi dell'art. 4 R.D. 8/2/23 n. 422, come modificato *ex* art. 2 R.D. 28/8/24 n. 1396, la gara possa svolgersi «mediante offerta di prezzi», in modo sostanzialmente diverso dai metodi di cui sopra, laddove l'aggiudicazione viene effettuata sulla base del prezzo più conveniente per l'Ente appaltante, prezzo che, diversamente da quanto precede, non risulta determinato attraverso la comparazione degli aumenti o dei ribassi operati;

2) licitazione privata (*ex* art. 3 R.D. 2440/23) — inquadrabile nelle cd. procedure ristrette —, il cui procedimento in via generale è indicato *ex* art. 89 R.D. 827/24, mente, per quanto attiene più specificatamente gli appalti di OO.PP. di importo inferiore a 5.000.000 di ECU, dispone, come più sopra ricordato, la L. 2/2/73 n. 14 che prevede i seguenti metodi di aggiudicazione:

a) migliori offerenti (*ex* art. 1, lett. a);
b) media semplice (art. 1, lett. b);
c) media corretta (art. 1, lett. c);
d) media dimezzata (art. 1, lett. d);
e) offerta di prezzi unitari (art. 1, lett. e);

3) appalto concorso (cfr. art. 4 R.D. 2440/23) — anch'esso inquadrabile nelle cd. procedure ristrette — e al quale può farsi ricorso ove, per speciali lavori o forniture, l'Ente appaltante ritenga opportuno invitare imprese ritenute idonee a presentare, sulla base di un progetto di massima predisposto dall'ente stesso, i progetti tecnici e le condizioni alle quali le imprese sono disposte ad eseguirli, di tal che la scelta viene compiuta sulla base di due criteri combinati del maggior valore tecnico del progetto e della sua maggiore convenienza sotto l'aspetto economico.

Le modalità di detto sistema sono contenute e determinate *ex* art. 91 R.D. 827/24;

4) trattativa privata (cfr. art. 6 R.D. 2440/23) — rientrante nelle cd. procedure negoziate e le cui modalità sono indicate nell'art. 92 R.D. 827/24 — sistema di per sé eccezionale ed al quale può farsi ricorso nelle ipotesi tassative *ex* art. 41 R.D. 827/24: somma urgenza di natura oggettiva, cioè non dipendente dal comportamento della P.A., infruttuosità di precedenti incanti, difficoltà di reperire idonee ditte, speciali ed eccezionali circostanze per le quali non possono essere seguite le procedure ordinarie.

Un significativo caso di ricorso a detto sistema di individuazione del contraente è offerto, in materia di appalti di OO.PP., dall'art. 12 L. 3/1/178 n. 1 secondo il quale è riconosciuta facoltà, alla stazione appaltante, di affidare, allo stesso aggiudicatario del precedente lotto, nel limite del doppio dell'importo iniziale di assegnazione, nuovi lavori consistenti nella ripetizione di opere simili a quelle che hanno formato oggetto del primo appalto, purché i lavori di cui al precedente lotto siano ancora in corso, l'impresa sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità generale e tecnica per eseguire i nuovi lavori e subordinatamente al fatto che nel bando di gara relativo al primo lotto sia indicata detta possibilità e non sia trascorso un triennio dalla data di aggiudicazione dei lavori del lotto precedente, e sempre che si tratta di lotti successivi di progetti generali esecutivi.

Non va dimenticato, infine, relativamente alla trattativa privata la necessità di coordinare la disposizione sopra richiamata con i commi 3° (requisiti di partecipazione) e 4° (divieto di suddivisione in lotti) dell'art. 24 L.Q., come sottratti alla sospensione *ex* art. 5 D.L. 658/94.

Va da sé che i metodi di aggiudicazione previsti dalla normativa comunitaria si risolvono nel prezzo più basso (determinato o mediante il sistema dell'offerta di prezzi unitari, ovvero mediante il metodo del miglior offerente, senza prefissione di alcun limite di aumento o ribasso sul prezzo fissato dalla stazione appaltante), o nell'offerta economicamente più vantaggiosa (determinata secondo una pluralità di elementi variabili e relativi al prezzo, al termine di esecuzione dell'opera, al costo di utilizzazione, di rendimento e valore tecnico dell'opera), cui può farsi ricorso, come ricordato nella citata circolare Ministero LL.PP. del 6/10 u.s. «solo nel caso in cui si debba ritenere indispensabile l'apporto progettuale dei concorrente», ossia nell'ipotesi di appalto concorso.

Per quanto poi riguarda i cd. "Lavori in economia", occorre di nuovo fare riferimento agli art. 67 e segg. R.D. 25/5/1895 n. 350 a mente del quale i lavori medesimi, ove non previsti in contratti di appalto, possono essere eseguiti o in amministrazione (nel qual caso l'ufficiale del Genio Civile, o più in generale, il funzionario delle P.A. che ne ha l'incarico si procura direttamente ed impiega nei lavori gli operai, i materiali ed i mezzi d'opera), o per cottimi (nel qual caso il Dirigente competente all'affidamento «stabilisce, sotto la sua responsabilità, accordi con persone di fiducia, tanto per i lavori che per le somministrazioni»).

Tale ultimo istituto, denominato nella pratica cottimo fiduciario (in quanto caratterizzato dal rapporto di fiducia intercorrente tra l'amministrazione e l'appaltatore) può essere inquadrato nei contratti affidati a trattativa privata, anche se dopo l'emanazione di diverse circolari ad opera del Ministero dei LL.PP. (cfr. da ultima la n. 2227 in data 12/6/1965) risulta necessaria la previa gara ufficiosa a seguito del cui espletamento l'aggiudicazione avviene a favore del miglior offerente, secondo un automatismo proprio della licitazione privata e con la conseguente, sostanziale, scomparsa di ogni rapporto fiduciario tra funzionario e appaltatore.

In materia di subappalto, stante la sospensione dell'efficacia dell'art. 34 L.Q., il cui disposto aveva operato in senso restrittivo sull'istituto, rivive il disposto *ex* art. 18 L. 19/3/90 n. 55 (antimafia), come modificato dall'art. 34 D.Lg. 406/91, in cui il subappalto viene ammesso a determinate condizioni (autorizzazione della P.A., le opere da subappaltare o affidare in cottimo non possono superare il 40% dell'importo netto di aggiudicazione col limite massimo del 15% per le opere della categoria prevalente...), mentre risulta sancito a pena di nullità il divieto di cessione del contratto, divieto che deve ritenersi di portata generale.

Per quanto concerne la possibilità di ricorrere, in corso di esecuzione del contratto, alla cd. "Revisione prezzi", stante la sospesa efficacia dell'art. 25 L,Q,, ed atteso che secondo giurisprudenza consolidata (cfr. Cons. di Stato, sez. III, par. 26/2/69, n. 171, in *Schede giur.*, 1970, 22, 13) in materia di pubblici appalti non sono, di regola, applicabili le norme del Codice Civile (cfr. art. 1664) sulla revisione dei prezzi, essendo detti appalti regolati da *ius singulare*, secondo il disposto dell'art. 33 L. 41/86, come modificato *ex* art. 3 L. 359/92, «per i lavori relativi ad OO.PP.....*omissis*...non è ammessa la facoltà di procedere alla revisione dei prezzi», mentre anche la facoltà di ricorrere al cd. "prezzo chiuso" (ossia prezzo del lavoro al netto del ribasso d'asta, aumentato del 5% per ogni anno intero previsto per l'ultimazione dei lavori), *ex* 4° comma, art. medesimo, risulta abrogato *ex* art. 15, 5° comma, L. 498/92.

Ricordato ancora, per quanto concerne le cause di esclusione della partecipazione alla procedura di affidamento di LL.PP. nonché le offerte anomale, il disposto del già richiamato art. 5°, 4°, 8° e 9° comma D.L. 658/94, non resta che accennare alle circostanze che alla fase dell'aggiudicazione e (dell'eventuale) approvazione del contratto segue, a stipulazione avvenuta, l'esecuzione dello stesso, fase, quest'ultima, disciplinata dalle norme *ius privatorum* (a differenza delle fasi precedenti la cui disciplina è dettata da norme pubblicistiche), anche se la presenza tra i contraenti della P.A. giustifica, ed impone, alcune deroghe rispetto al diritto civile: vedasi ad es. il divieto della cessione del contratto, cui sopra si è fatto cenno.

Infine merita di ricordare come *ex* art. 117 Costituzione italiana, le Regioni ordinarie (per le regioni ad ordinamento autonomo a statuto speciale dispongono i relativi statuti) hanno competenza legislativa, nell'ambito dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato (cd. leggi quadro e leggi

cornici), tra l'altro in materia «di lavori pubblici di interesse generale» (analogamente dispone, in materia di trasferimento delle relative funzioni amministrative dallo Stato alle Regioni, l'art. 82 D.P.R. 24/7/77 n. 616).

E in tal ottica si inquadra a titolo esemplificativo, la legge della Regione Emilia Romagna 24/3/75 n. 18, la quale, all'art. 27, prevede che nell'appalto delle OO.PP. di competenza della regione e degli EE.LL. gli stessi, secondo le rispettive competenze, in deroga agli art. 3 e successivi del R.D. 18/11/1923 n. 2440 e, qui sta l'aspetto significativo, qualora l'importo dell'appalto stesso non sia superiore a L. 150.000.000 (importo questo così elevato, da ultimo, *ex* L.R. 23/3/84 n. 15), possono procedere alla scelta del contraente mediante trattativa privata preceduta da esperimento di gara ufficiosa.

5. *Le proposte di modifica e riforma del settore OO.PP.*

Il 15/12/1994 il Consiglio dei Ministri italiano ha approvato un disegno di legge suddiviso in 38 articoli le cui principali novità possono riassumersi nella non abolizione dell'Albo nazionale costruttori (come invece previsto a decorrere dall' 1/1/97, *ex* art. 8, 10° comma, L.Q.) e di converso nell'abolizione dell'Autorità di vigilanza sugli appalti (la cui istituzione era contenuta nell'art. 4 L.Q.), che verrà sostituita da un collegio di vigilanza e dall'osservatorio ministeriale; altra novità è da rinvenirsi nella possibilità di realizzare OO.PP. ricorrendo all'autofinanziamento dei privati, ai quali, affidata la concessione dei lavori, verrà data la contestuale possibilità di rifarsi degli investimenti effettuati mediante la riscossione delle tariffe.

Si ribadiscono i tre livelli in cui si articola l'attività di progettazione (preliminare, definitivo, esecutivo), il tutto, per consentire la realizzazione di tre opere di qualità a costi il più possibile contenuti, in tale ottica si inquadra, anche per l'istituzione dell'osservatorio nazionale che dovrà fornire tra l'altro alle PP.AA. ogni elemento utile per determinare i costi standardizzati.

Significativa poi la previsione di destinare una cifra non superiore al 2% dei lavori all'abbellimento ed alla valorizzazione di beni immobili non destinati a soddisfare interessi pubblici e all'uopo non necessari.

Non manca infine una nuova regolamentazione delle varianti in corso d'opera.

Senza presunzione di essere stato esaustivo, si è tentato di disegnare il quadro, non certo chiaro, della disciplina legislativa, inerente la materia degli appalti di OO.PP. secondo il diritto vigente, non disdegnando, *de iure condendo*, le prospettate modifiche proposte al quadro medesimo, da cui ben emerge quanto spesso risulti arduo il lavoro di chi, quotidianamente, si trova ad operare a livello operativo e interpretativo, nell'ambito di questa materia.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova serie. Vol. XIX (2005)

ELISABETTA BURANELLO

IL POTERE DI ESCLUSIONE DELLE IMPRESE DALLE GARE D'APPALTO TRA DIRITTO POSITIVO E INTERPRETAZIONE GIURISPRUDENZIALE (*).

1. *Premessa*

Con la determinazione in commento, n. 1 del 2 marzo 2005, l'Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici fa il punto sulla disciplina concernente l'esercizio del potere di esclusione delle imprese dalle gare pubbliche d'appalto, che ai sensi dell'art. 8 comma 7 della legge n. 109 del 1994 spetta in via esclusiva alle stazioni appaltanti.

L'occasione per l'intervento chiarificatore dell'Autorità viene fornito ancora una volta, come spesso accaduto in passato, dalla richiesta avanzata da numerose amministrazioni di chiarire taluni aspetti, rimasti particolarmente incerti in ordine alla loro esatta applicazione, della disciplina sulla gestione e sul funzionamento del Casellario informatico delle imprese qualificate, la cui istituzione, ad opera del D.P.R. 34/2000 sulla qualificazione delle imprese, ha profondamente inciso sul sostanziale esercizio di quello stesso potere di esclusione che, come detto, spetta alle stazioni appaltanti.

La questione oggetto dell'atto di regolazione dell'Autorità indipendente pur essendo oggettivamente molto circoscritta — attenendo alla determinazione della data di decorrenza dell'interdizione dalla partecipazione alle gare d'appalto per coloro che hanno reso false dichiarazioni sul possesso dei requisiti necessari alla partecipazione alle gare — dà modo ai membri dell'Autorità, constatata la sua più generale afferenza a fattispecie più volte

---

(*) *Le riflessioni svolte nel presente lavoro costituiscono il risultato di un progetto di ricerca sviluppato nell'ambito di una Convenzione tra Azienda Usl di Ferrara e Università degli Studi di Ferrara nel periodo gennaio-dicembre 2005.*

affrontate dall'organismo di vigilanza, di ricostruirne sistematicamente l'evoluzione interpretativa e le soluzioni via via prospettate, con il non celato proposito di fare della determinazione n. 1 del 2005 il *vademecum* a disposizione delle amministrazioni aggiudicatrici per l'esercizio in concreto del potere di esclusione.

La frequenza con la quale l'Autorità si è trovata ad occuparsi di questi temi con propri atti di regolazione dà conto di una materia che solo ad una lettura approssimata ai limiti della estrema generalità potrebbe dirsi di semplice o automatica applicazione: di talché la sola considerazione del combinato disposto degli art. 8 commi 7 e 8 della legge 109/1994 e 75 comma 1 del regolamento di attuazione contenuto nel DPR 554/1999 non è certo esaustiva di una completa rappresentazione dell'ambito di operatività del potere di esclusione; di guisa che una più corretta impostazione della fattispecie e la conseguente volontà di darne conto nella presente indagine non possono prescindere dalla valutazione degli effetti che sull'esercizio di quel potere ha prodotto la concorrenza di due sistemi normativi alquanto innovativi, quali sono la disciplina in materia di qualificazione delle imprese esecutrici di lavori pubblici — delineata dal DPR 34/2000 — e quella concernente la semplificazione della documentazione amministrativa, di cui al DPR 445/2000.

2. *Potere di esclusione e principi dell'azione amministrativa*

La legge 11 febbraio 1994, n. 109 "Legge quadro in materia di lavori pubblici" è stata nel tempo considerata come la rigorosa — e, probabilmente, necessaria — risposta fornita dal legislatore nazionale all'emersione dei fenomeni di diffusa corruzione che investirono la struttura imprenditoriale e gli apparati amministrativi all'inizio degli anni '90 del secolo scorso. Tanto le soluzioni da essa prospettate apparvero interpretare in modo assai rigido la richiesta di legalità che proveniva da ampi settori dell'opinione pubblica, che la legge si mostrò ben presto inadeguata a corrispondere nello stesso tempo ad esigenze di celerità e snellezza dell'attività amministrativa che in un settore come quello delle opere pubbliche (anche in considerazione dell'enorme deficit infrastrutturale che sconta il nostro Paese) risultano tanto decisive.

Tale circostanza ha rappresentato una delle ragioni per cui la legge 109/94 è stata a più riprese sottoposta a revisioni che in parte ne hanno profondamente modificato l'originaria impostazione, e in parte si sono mosse nella faticosa ricerca di un necessario equilibrio tra procedure che garantissero al contempo concorrenza, legalità e certezza nel conseguimento del risultato.

È noto, infatti, e merita in questa sede un'attenta considerazione in funzione di più puntuali riflessioni che saranno svolte nel corso del presente lavoro, che la legge quadro in materia di lavori pubblici ha risentito in modo alquanto incisivo, nella fase della sua redazione, dell'influenza della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici.

L'attuazione degli obiettivi fissati dall'Atto unico europeo del 1986, che in sede comunitaria ha comportato una generale rivisitazione di alcune tra le più importanti direttive sugli appalti pubblici — tra le quali la 71/305 in materia di appalti di lavori pubblici significativamente modificata ad opera delle successive direttive 89/440 e 93/37 —, ha rappresentato in sede nazionale, non soltanto l'occasione per intraprendere una più diligente abitudine ad adeguare l'ordinamento interno a quello comunitario in tempi più rapidi ([1]) e superando comunque la più volte censurata — dalla Corte di Giustizia — propensione ad attuare le indicazioni formulate in sede europea in termini artatamente elusivi, ma anche il favorevole pretesto impiegato dal legislatore italiano per fronteggiare una situazione di oggettiva emergenza attraverso la predisposizione di un testo normativo che facesse del principio comunitario per eccellenza — il principio concorrenziale — il perno attorno al quale costruire il nuovo sistema nazionale dei lavori pubblici.

Se per molti aspetti, dunque, la legge quadro risulta pienamente allineata all'impostazione di matrice comunitaria — soprattutto nelle versioni che si sono progressivamente consolidate nelle successive modifiche alla legge — non risulta ancor oggi del tutto superata una tendenziale attitudine a concepire in termini piuttosto formalistici il principio concorrenziale, con le ricadute che ciò comporta, per ciò che qui rileva, sulla configurazione normativa dell'attività della pubblica amministrazione preordinata alla realizzazione di opere e lavori pubblici.

Peraltro, nel corso degli anni, i più attenti commentatori ([2]) non hanno perso l'occasione di sottolineare come tale impostazione, così come le conseguenti difficoltà di adattamento alle direttive europee, fossero da imputare a finalità, sottese alla disciplina comunitaria, ispirate ad una logica parzialmente diversa rispetto a quella che ha connotato, per più di un secolo, la legislazione italiana; ove, se quest'ultima ha inteso sempre valorizzare, nella delineazione delle procedure contrattuali, l'interesse pubblico di garantire il miglior contraente per l'Amministrazione Pubblica — anche a costo di consolidare logiche decisionali a forte automatismo — nella normativa comunitaria, al contrario, è prevalsa l'esigenza di preordinare la disciplina di settore all'inveramento dei principi di libera prestazione dei servizi e di libertà di stabilimento da parte delle imprese negli Stati membri. Di guisa che ne è risultata comprovata l'ottica capovolta a cui

---

([1]) A tal proposito non va naturalmente sottaciuto il positivo effetto ingenerato nell'ordinamento interno dal meccanismo della c.d. "legge comunitaria" introdotto dalla legge n. 86 del 1989, c.d. Legge "La Pergola".

([2]) A tal proposito si veda, tra gli altri, G. Greco, *L'adeguamento dell'ordinamento italiano alle direttive comunitarie in tema di appalti di lavori pubblici*, in V. Italia (a cura), *Gli appalti dei lavori pubblici nel diritto amministrativo comunitario e italiano*, Milano, 1990, pp.12 ss.

i due ordinamenti apparivano ispirati: da un lato, quello italiano, teso a privilegiare l'ottica dell'amministrazione appaltante; dall'altro, quello comunitario, tendente a valorizzare il punto di vista delle imprese comunitarie nella prospettiva di realizzare il più ampio sviluppo della concorrenza nel settore degli appalti.

Se si pone mente a quanto sin qui premesso, non pare allora così difficile mettere a fuoco i motivi per cui, nonostante una indiscussa adesione alla direttiva comunitaria, la legge quadro in materia di lavori abbia scontato un'eccessiva rigidità di impostazione. Vale certo ricordare la delicatezza del momento storico, che in parte ha guidato la mano del legislatore, senza poter tuttavia sottovalutare l'influenza della perdurante diversità dei valori guida sottesi alla disciplina delle procedure di gara: da un lato, sul piano nazionale, un certo modo di intendere il parametro cardine dell'azione amministrativa nell'ordinamento interno — il principio di imparzialità — letto tradizionalmente in una prospettiva di legalità-garanzia privilegiante un'impostazione rigorosamente formalistica delle procedure ([3]); dall'altro, in sede comunitaria, il principio della libera concorrenza, del quale è sempre stata sottolineata la natura di elemento a forte valenza sostanziale ([4]).

Ora, è naturale che, nonostante tutte le buone intenzioni manifestate dal legislatore nell'accogliere in modo assai più convinto — rispetto al passato — i criteri direttivi tracciati dalla Comunità, nell'atto di adottare la legge quadro non potessero d'un tratto essere cancellati valori e prassi sedimentati per più di un secolo. Cosicché giocoforza questi ultimi hanno favorito una lettura del principio di concorrenzialità ancora molto legata più alla necessità di scandire in modo rigidamente formale le varie fasi attraverso cui si sviluppa l'attività dell'amministrazione finalizzata alla selezione del contraente, piuttosto che all'affermazione delle reali condizioni paritarie di partecipazione alla gara dei singoli concorrenti.

Se quanto illustrato sul piano dei principi, poi, lo si rapporta al dato letterale delle scelte compiute dal legislatore, le conclusioni sin qui tratte appaiono con ancora maggiore chiarezza.

La definizione normativa della procedura che conduce l'amministrazione alla individuazione e realizzazione dell'opera pubblica si sviluppa all'interno

---

([3]) Ove le indiscusse esigenze di maggiore elasticità sono state semmai perseguite negli anni introducendo discipline di carattere derogatorio. Se questo è stato vero soprattutto per il passato, tale tipo di esperienza si è nuovamente ripetuto in tempi recenti ove, per sfuggire all'eccessiva rigidità della legge 109/1994 è stata adottata la c.d. legge Obiettivo per la realizzazione delle grandi opere pubbliche.

([4]) Per una più ampia riflessione sulle conseguenze delle divergenti impostazioni, nazionale e comunitaria, sulla legislazione italiana si veda F. PELLIZZER, *Commento agli artt. 2-4 del d.lvo 406/1991*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1994, pp. 492 ss.

di uno schema nel quale si alternano momenti caratterizzati da (poche) scelte discrezionali e, più frequenti, atti espressione di discrezionalità tecnica ovvero, addirittura, di natura vincolata.

La programmazione dei lavori pubblici, ad esempio, si pone ancor oggi come l'unico momento della procedura, salvi futuri sviluppi giurisprudenziali ([5]) o normativi, nel quale si esplica in modo non equivocabile la "autonomia" decisionale dell'amministrazione: se questa poi si traduca in termini di esercizio di discrezionalità amministrativa ovvero di vera e propria scelta politica è aspetto che deve essere appurato alla luce di un'attenta interpretazione delle norme contenute nell'art. 14 della legge quadro ([6]).

La restante parte della disciplina inerente la procedura di scelta del contraente (intesa in senso molto ampio tale da ricomprendere la qualificazione delle imprese, l'ammissione-esclusione del concorrente, la vera e propria scelta), al contrario, si connota in termini di spiccata imperatività ove a decisioni assunte in regime di discrezionalità tecnica si alternano momenti di vera e propria vincolatezza negli atti assunti dall'amministrazione. Senza voler in tale sede entrare nel dettaglio delle richiamate disposizioni, preme piuttosto mettere in evidenza, anche al fine di tracciare sin da queste premesse la linea che sarà seguita nel corso della presente indagine, come da più parti — sia dunque in giurisprudenza che in dottrina, ma anche nell'ambito delle stesse amministrazioni nella logica di una maggiore funzionalità del sistema complessivamente inteso — si vada affermando l'opportunità di un riavvicinamento della disciplina nazionale alla *ratio* sottesa alle disposizioni comunitarie sotto il profilo del riconoscimento di più ampi margini di discrezionalità decisionale in capo all'amministrazione nell'ambito dei procedimenti di aggiudicazione

---

([5]) A tal proposito si può richiamare quanto affermato dal Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 7784 del 2004 secondo cui, contravvenendo ad una rigida lettura dell'art. 21 della legge 109 del 1994 che era a fino a quel momento invalsa in giurisprudenza, nella determinazione degli elementi di valutazione, nell'ambito del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'amministrazione godrebbe di una certa discrezionalità abilitante alla fissazione di fattispecie ulteriori rispetto a quelle legislativamente stabilite.

([6]) Si noti che nel passaggio dalla disciplina tracciata nella versione originaria della legge 109 a quanto da essa stabilito a seguito delle modifiche apportate dalla legge 415/1998, la programmazione dei lavori pubblici è passata dall'avere una forte connotazione in senso tecnico-esecutivo (essendo l'inserimento di un'opera nel programma triennale subordinato all'allegazione del corrispondente progetto preliminare nonché di svariati studi di fattibilità tecnico-economica), ad una di tipo più prettamente "politico", consistendo questa in un "*momento attuativo di studi di fattibilità e di identificazione e quantificazione dei propri bisogni in conformità agli obiettivi assunti come prioritari*". In tal senso si veda CIVITARESE MATTEUCCI, *La programmazione dei lavori pubblici,* in BARGONE – STELLA RICHTER (a cura), *Manuale del diritto dei lavori pubblici*, Milano, 2001.

dei pubblici appalti ([7]). Con ciò non intendendo, però, un'acritica accettazione dell'impostazione comunitaria — come spesso nella fase di recepimento è avvenuto, quasi a voler in questo modo reagire al formalismo legalitario — bensì un ragionevole e proporzionato adattamento del sistema nazionale ai principi e valori del Trattato.

La disciplina sul potere di esclusione, che costituisce l'oggetto della presente ricerca, riflette le diverse aspirazioni della legge quadro — che sin qui si è cercato di illustrare sinteticamente — laddove recepisce, tuttavia proponendone una lettura assai più restrittiva, quanto stabilito nelle stesse direttive comunitarie di settore che, ancora una volta, hanno fornito al legislatore statale l'occasione per l'elaborazione di innovative o, ancor meglio, inedite (per l'ordinamento italiano) soluzioni normative.

Ciò emerge, in via del tutto preliminare, dalla considerazione degli stessi presupposti concernenti l'esercizio del potere di esclusione, vale a dire il possesso dei requisiti di carattere tecnico — organizzativo ed economico richiesti alle imprese che partecipano alle gare d'appalto e che vanno a comprovare nel loro insieme quella che può definirsi l'affidabilità professionale del contraente; e, ancor di più, dei requisiti c.d. generali sintomatici dell'affidabilità morale dell'impresa.

La necessità che l'amministrazione stipuli i propri contratti con soggetti che garantiscano, in ordine alla loro condotta (anche passata), la massima correttezza nell'esecuzione delle obbligazioni contrattuali soddisfa certamente, e principalmente, la primaria e fondamentale esigenza del perseguimento degli interessi pubblici — *in primis* quello ad una corretta e puntuale realizzazione dell'opera e non ultimo quello ad un accorto impiego delle risorse pubbliche — sottesi alla specifica attività devoluta all'amministrazione committente; ma anche, ed è ciò che più preme nella prospettiva comunitaria della disciplina, la garanzia del rispetto del principio di concorrenza, ove un puntuale esercizio del potere di esclusione delle imprese non in regola con le prescrizioni di legge si pone in modo funzionale all'obiettivo di

---

([7]) A cui corrisponderebbero, naturalmente, delle inconfutabili ricadute sul piano della responsabilità, anche e soprattutto, civile della Pubblica Amministrazione. D'altro canto questa non può che essere la logica conseguenza di una piena adesione all'impostazione comunitaria ove, traducendosi il principio di libera concorrenza in un elemento a forte valenza sostanziale, non può che ammettersi che "*le situazioni soggettive coinvolte assumano rilevanza diretta, non necessariamente mediata dalla loro coincidenza con esigenze di legalità formale*" (PELLIZZER, *op. cit.*). A comprova di ciò si può, peraltro, ricordare che uno dei più forti contributi alla demolizione del dogma della irrisarcibilità dell'interesse legittimo è venuto, nel nostro ordinamento, proprio dall'accoglimento di quanto previsto nella direttiva 89/665 (c.d. direttiva ricorsi) ad opera dell'art. 13 della legge n. 142/1992 nel quale si riconosceva il diritto al risarcimento del danno per i soggetti lesi a causa di atti compiuti in violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici.

"eliminare" dal mercato degli appalti pubblici soggetti che inquinano un paritario confronto tra gli operatori economici del settore.

3. *Potere e cause di esclusione nella disciplina della legge quadro e dei regolamenti di attuazione.*

Il potere di esclusione dalle gare d'appalto e le corrispondenti cause che legittimano l'esercizio dello stesso da parte delle stazioni appaltanti trovano la loro disciplina nel combinato disposto degli articoli 8 della legge quadro e 75 del regolamento generale. Tale soluzione rappresenta uno dei non frequenti casi in cui il legislatore della Merloni è riuscito a realizzare il proposito, espresso nell'art. 3 della legge 109 (delegificazione), di fare di quest'ultima una "legge di principi" lasciando all'attuazione tramite regolamento la definizione della normativa di dettaglio.

Nell'art. 8 della legge, infatti, è possibile rinvenire soltanto il "principio" (comma 7) secondo cui il potere di escludere un'impresa dalla gara d'appalto spetta in via esclusiva alla stazione appaltante; oltre, per ciò che qui rileva, alle disposizioni transitorie che hanno agevolato il passaggio al nuovo sistema rispetto ad una precedente disciplina che tale potere riservava al Comitato centrale dell'Albo Nazionale Costruttori (ora abrogato come si dirà di seguito).

L'art. 75 del regolamento contenuto nel DPR 554/1999 si occupa, invece, della puntuale definizione dei casi e delle modalità, anche di carattere procedurale, che legittimano l'esercizio del potere di esclusione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice. La formulazione di tale disposizione riproduce il contenuto dell'art. 24 della direttiva comunitaria 93/37 — concernente il coordinamento delle procedure di aggiudicazione dei lavori pubblici nei Paesi dell'Unione — con alcune significative differenze. Innanzitutto, nel diritto comunitario non esiste una specifica considerazione dei casi di esclusione dell'operatore economico, da intendersi come autonoma definizione di un potere (autoritativo) in capo all'amministrazione. Ciò del resto si spiega, da un lato, con il fatto che l'esclusione dalle gare d'appalto non ha un'univoca definizione giuridica all'interno degli Stati membri ([8]), per cui di necessità nell'ordinamento comunitario si è dovuto mantenere un certo livello di neutralità nella definizione della fattispecie; dall'altro, tale scelta si pone in linea con la funzione istituzionalmente riconosciuta alla direttiva di conseguire, sul piano normativo, l'armonizzazione (e non l'omologazione) degli ordinamenti nazionali, in attuazione dei più generali principi di concorrenza, della libera prestazio-

([8]) Qualificandosi come atto tipicamente provvedimentale e autoritativo nell'ordinamento italiano, ma come atto di diritto privato in altri sistemi giuridici, quale, ad esempio, quello tedesco.

ne dei servizi, del divieto di discriminazione, di parità di trattamento. In riferimento a tale ultima considerazione, peraltro, si spiega la collocazione di tale disposizione all'interno del Capo dedicato ai "criteri di selezione qualitativa", di guisa che emerge ancora una volta con chiarezza come la maggiore preoccupazione del legislatore comunitario sia quella di articolare una serie di disposizioni che consentano alle amministrazioni di eliminare dalla competizione tutti quei soggetti che, sotto il profilo — in particolare — dell'affidabilità morale e professionale, espongano la procedura al rischio di inquinamento del gioco concorrenziale, anziché, come correttamente dovrebbe accadere, informarla ad un confronto paritario tra le imprese partecipanti.

In secondo luogo, va rilevato — quale elemento di discrimine tra i due ordinamenti — il tenore della prescrizione che, prospettando in termini di mera "facoltà" l'esclusione dell'impresa alla ricorrenza di una delle fattispecie elencate nell'art. 24 della direttiva, diventa, al contrario, "obbligatoria" nella legislazione interna, stante la formulazione del primo comma dell'art. 75 del DPR 554/99 che recita: "Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti e delle concessioni e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti...". Questa scelta, operata nella legislazione interna, si è esposta a talune critiche che hanno trovato nel massimo organo consultivo dell'ordinamento, il Consiglio di Stato, la più autorevole manifestazione ([9]). L'aver reso obbligatorio il provvedimento di esclusione alla ricorrenza di una delle fattispecie elencate nell'art. 75 — al punto che lo stesso viene qualificato quale atto vincolato, operando l'esclusione *ope legis* — espone, infatti, la procedura al rischio che il principio concorrenziale, con l'esigenza, che ne consegue, di rendere la partecipazione alla gara il più possibile allargata, risulti violato tutte le volte in cui le amministrazioni accedano ad una lettura eccessivamente ampia delle cause di esclusione se non addirittura ad una interpretazione analogica delle stesse, che pertanto dovrebbe più coerentemente ritenersi esclusa ([10]).

Le disposizioni dianzi illustrate — le quali vengono generalmente considerate il riferimento normativo che delimita i caratteri del potere di esclusione — ben lungi dall'esaurire il corretto inquadramento dell'attività amministrativa finalizzata alla selezione dei soggetti legittimati a concorrere per l'aggiudicazione dei pubblici incanti, richiedono al contrario di essere sistematicamente interpretate alla luce di quanto stabilito rispettivamente

---

([9]) Consiglio di Stato, Ad. Gen., parere 8 giugno 1999, in *Urb. e App.*, 1999, 765.

([10]) Si vedano in proposito CARINGELLA, *Corso di Diritto Amministrativo*, Milano, 2003, 2047 ss. e CORSINI, *Commento all'art. 75*, in GIAMPAOLINO, SANDULLI, STANCANELLI, *Commento al regolamento di attuazione della legge quadro sui lavori pubblici*, Milano, 2001, 250 ss.

nei regolamenti sulla qualificazione delle imprese — di cui al DPR 34/2000 — e quello sulla documentazione amministrativa — contenuto nel DPR 445/2000 — l'adozione dei quali, come sarà cura mettere in evidenza, ha profondamente condizionato le concrete modalità di esercizio del potere di esclusione.

Se si pone mente agli adempimenti procedurali che competono alle stazioni appaltanti nella contestuale applicazione di questi tre diversi ordini di disposizioni (disciplina sul potere di esclusione, qualificazione delle imprese e semplificazione della documentazione), appare agevole cogliere come le due ultime fattispecie richiamate si pongano quali elementi che conferiscono un'accresciuta complessità alla disciplina in discorso e che, nell'ottica di quanto è oggetto del presente commento, spiega non soltanto le frequenti, e comunque non sempre soddisfacenti, risposte fornite dall'Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici ai problematici quesiti posti dalle amministrazioni aggiudicatrici, ma anche la recente crescita del contenzioso in sede di giurisdizione amministrativa che vede contrapporre le imprese (escluse dalle gare) non solo e non sempre alle stazioni appaltanti che le hanno escluse, ma pure alla stessa Autorità di Vigilanza per i provvedimenti legati alla gestione del Casellario informatico, di cui tra breve si darà conto.

La dimostrazione di quanto sin qui affermato richiede, pertanto, in via del tutto preliminare, l'illustrazione, quanto meno in riferimento agli aspetti più critici, del contenuto dei succitati provvedimenti normativi.

Il DPR 34/2000 attua, per via regolamentare, quanto disposto dall'articolo 8 della legge Merloni in ordine alla istituzione di un inedito sistema di qualificazione delle imprese esecutrici di lavori pubblici che, a partire dall'entrata in vigore dello stesso, ha sostituito il precedente sistema basato sull'Albo Nazionale Costruttori la cui configurazione normativa, contenuta nella legge n. 57 del 1962, ne definiva la natura di "elenco ufficiale", di dimensione nazionale, delle imprese aspiranti alla qualità di contraenti delle pubbliche amministrazioni per tutti i lavori pubblici di importo superiore a settantacinque milioni di lire.

Se il precedente sistema si connotava per una veste eminentemente pubblicistica delle sue articolazioni ove la gestione dell'ANC era devoluta essenzialmente al Ministero dei Lavori Pubblici per il tramite di appositi Comitati centrale e regionali, l'attuale sistema di qualificazione si presenta in una conformazione assai più complessa, data dalla concorrenza delle attività di organismi di eterogenea qualificazione giuridica, comprovante la natura pubblico — privata dell'apparato concepito dal legislatore del 1994 (e perfezionato nei successivi interventi emendatori).

Il carattere di maggior rilievo che, infatti, vale a connotare il vigente sistema di qualificazione si sostanzia nella identificazione di un momento prettamente pubblicistico nella fase a monte della più complessiva procedura di qualificazione, nella quale l'Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici è

incaricata di rilasciare l'autorizzazione allo svolgimento di attività di attestazione in capo alle c.d. SOA, società per azioni di diritto privato, le quali, a loro volta, nella stipulazione di contratti con le singole imprese qualificate, esauriscono il successivo momento privatistico del sistema di qualificazione delineato dal legislatore ([11]).

In sintesi, dunque, l'attuale sistema di qualificazione delle imprese esecutrici di lavori pubblici può dirsi caratterizzato dalla concorrenza di due distinte, ancorché complementari, sfere di attività: l'una in capo all'Autorità di Vigilanza che è competente all'accreditamento degli organismi di attestazione (salve le ulteriori funzioni demandate dalla legge quadro a quest'organismo in punto di controllo e vigilanza); l'altra, nella titolarità delle SOA, rispetto alla quale queste ultime sono chiamate a verificare ed attestare il possesso dei requisiti in capo alle imprese esecutrici.

Il rilascio del certificato SOA alle imprese esecutrici di lavori pubblici è subordinato all'accertamento del possesso, in capo al soggetto richiedente, di due diversi ordini di requisiti: quelli di *ordine generale* (art. 17 d.P.R. 34/2000), comprovanti l'affidabilità morale dell'impresa e quelli di *ordine speciale* (art. 18) che, invece, qualificano la stessa, più propriamente, sotto il profilo dell'affidabilità tecnico-organizzativa ed economica.

Gli elementi che valgono alle imprese per ottenere l'attestazione trovano uno speculare riscontro (ovviamente) in quelle che vengono dalla legge, per il tramite del suo regolamento di attuazione, definite "*cause di esclusione*": il possesso della certificazione SOA risulta requisito necessario e sufficiente a dimostrare soltanto la capacità tecnica ed economica dell'impresa legittimando quest'ultima alla partecipazione alla gara; il possesso dei requisiti di ordine generale, invece, stante la "dinamicità" degli stessi — secondo la discussa definizione datane dall'Autorità di Vigilanza — da intendersi come disposizione a mutare piuttosto repentinamente nel tempo, richiede di essere dimostrato nella costanza di ciascuna gara, costituendo la sua mancanza causa preclusiva alla presentazione di qualsivoglia offerta.

Tutte le informazioni che riguardano le imprese aspiranti contraenti delle Amministrazioni pubbliche e che vengono raccolte nelle varie fasi che

---

([11]) Tale impostazione, la cui linearità emerge con chiarezza dal sistema congegnato dal legislatore nel combinato legge — regolamento, sembra però mostrare segni di cedimento nell'interpretazione offerta dalla giurisprudenza amministrativa che, in concorso con numerose determinazioni dell'Autorità di Vigilanza, ha notevolmente attenuato il carattere dualistico del sistema di qualificazione con l'attribuzione alle SOA della natura giuridica di soggetti esercenti una pubblica funzione (con le notevoli conseguenti ricadute anche in punto di responsabilità) e con il contestuale riconoscimento in capo all'Autorità di uno straordinario potere sostitutivo, nei confronti della SOA, di annullamento delle attestazioni illegittime (potere che, peraltro, l'Autorità, si era già auto — attribuita nell'esercizio del potere interpretativo e di indirizzo della disciplina sui lavori pubblici).

connotano l'instaurarsi delle molteplici relazioni con il soggetto pubblico più sopra richiamate — dalla qualificazione, all'ammissione alla gara sino all'aggiudicazione — sono assoggettate ad un ampio regime di pubblicizzazione che trova nel Casellario informatico delle imprese qualificate, disciplinato dall'art. 27 del regolamento 34/2000, la propria struttura portante. Tale "elenco" è tenuto e gestito dall'Autorità sui lavori pubblici, che cura l'inserimento in esso di tutte le informazioni utili alle stazioni appaltanti per conoscere l'impresa (art 27, comma 2, lett. a — t del DPR 34/2000): dunque, non soltanto la necessaria circostanza del possesso della certificazione SOA, ma anche tutte le ulteriori segnalazioni che provengono dalle amministrazioni che, con l'impresa, abbiano intrattenuto rapporti, ivi comprese (e, nella logica della presente ricerca, soprattutto) le cause per cui la stessa sia stata, nell'eventualità, esclusa dalla gara per una delle fattispecie elencate nell'art. 75 del DPR 554/1999.

L'ulteriore elemento che, secondo l'ottica in questa sede adottata, conferisce complessità al sistema in ordine all'esercizio del potere di esclusione da parte delle stazioni appaltanti è dato, come si è in precedenza accennato, dalla disciplina sulla semplificazione della documentazione amministrativa introdotta con il DPR 445/2000.

Tale provvedimento normativo costituisce il completamento di una più generale riforma iniziata con la legge n. 127/1997, c.d. Legge Bassanini-*bis*, con la quale il legislatore ha ideato, e progressivamente attuato, un programma di semplificazione dell'attività amministrativa. Punto qualificante di tale iniziativa è stata la parte riguardante gli adempimenti burocratici a cui sono soggetti i cittadini nei loro svariati rapporti con le amministrazioni pubbliche, laddove la scelta politica operata dal legislatore con la l. 127/97 è stata quella di ridurre quanto più possibile gli oneri posti a carico di singoli cittadini e operatori economici con riferimento a tutte quelle procedure che in molteplici occasioni li pongono a contatto con i pubblici poteri.

È così che nella Bassanini-*bis* "semplificazione" ha assunto un significato assai ampio: semplificazione normativa, semplificazione dei procedimenti amministrativi, semplificazione in materia di documentazione amministrativa e, in specie, con riguardo a questo ultimo punto, della tipologia di documenti che il singolo o l'impresa debbono esibire alle amministrazioni con cui interloquiscono, ove le dichiarazioni sostitutive e le autocertificazioni hanno progressivamente preso il posto delle certificazioni per la dimostrazione di stati, fatti e qualità personali.

È un sistema, quello delineato nella più recente legislazione, che si costruisce, in primo luogo, sul necessario affidamento circa la veridicità delle dichiarazioni che vengono fatte dal soggetto che si rivolge all'amministrazione, senza, però, che tale principio ispiratore possa essere lasciato senza garanzie; le quali, infatti, vengono accordate non solo attraverso un costante richiamo a quelle che sono le sanzioni di carattere penale che derivano da una possibile dichiarazione mendace, ma soprattutto attraverso

la predisposizione di quell'attività che è prodromica all'irrogazione delle sanzioni stesse mediante un costante controllo e diffusa verifica a campione sulle dichiarazioni presentate.

Qui si colloca un'ulteriore aspetto della semplificazione, che rileva nell'ambito della ricerca che si sta in tale sede sviluppando: allorquando l'amministrazione procede a controllare la fondatezza di quanto dichiarato nella documentazione presentata non può chiedere al privato di esibire i certificati che egli ha sostituito con la propria dichiarazione; sarà l'amministrazione stessa a doversi rivolgere direttamente ad altra amministrazione che è in possesso di quelle informazioni.

Nel primo periodo di vigenza di tale disciplina si era, ad onor del vero, dubitato dell'applicabilità della stessa alle gare d'appalto, stante la delicatezza degli interessi in gioco in tale settore. Dubbi fugati dall'esplicito intervento del legislatore che, con la legge n. 3/2003, ha inserito nel *corpus* normativo del Testo Unico l'art. 77-*bis* recante disposizioni in ordine all'applicabilità del regime giuridico in discorso agli appalti pubblici.

La ricostruzione che si è ritenuto opportuno proporre nelle parti che precedono del presente lavoro è funzionale all'approfondimento critico di talune delle conclusioni alle quali l'Autorità di Vigilanza è pervenuta nella determinazione n. 1 del 2005 che, come in premessa già anticipato, si propone di assurgere a modello di riferimento per le amministrazioni aggiudicatrici nell'esercizio del potere di verifica, ed eventuale conseguente esclusione, delle imprese partecipanti ad una pubblica gara d'appalto.

Come più volte precisato, dunque, la disciplina attualmente vigente impone alle stazioni appaltanti di procedere all'esclusione dell'impresa ogniqualvolta ricorra una delle ipotesi elencate nell'art. 75 del DPR 554/1999; di guisa che il provvedimento sfavorevole per l'impresa trova la sua naturale giustificazione nella circostanza che l'amministrazione riscontri la mancanza del requisito richiesto o perché non dichiarato o perché ad un oggettivo riscontro circa la veridicità di quanto autocertificato dal concorrente sia risultata la sua dichiarazione mendace.

Tali modalità procedurali sono la conseguenza della necessaria applicazione, anche alle gare d'appalto, della normativa sulla semplificazione della documentazione amministrativa, ove le amministrazioni sono tenute ad acquisire la conoscenza circa la sussistenza dei requisiti richiesti dal bando dalle dichiarazioni sostitutive di certificazione presentate dai concorrenti (art. 75 comma 2 del DPR 554/1999), essendo loro inibito di richiedere agli stessi qualsivoglia certificato di cui l'amministrazione (latamente intesa) sia già in possesso (DPR 445/2001).

L'efficacia di un tale disegno richiede, in ordine alla fondamentale esigenza che l'amministrazione possa addivenire all'aggiudicazione e alla successiva stipulazione del contratto con soggetti moralmente e professionalmente affidabili, che la ampia semplificazione cui è stata informata la dialettica stazione appaltante — impresa, risulti in qualche modo compen-

sata da un valido ed efficiente sistema di controlli e sanzioni (anche di carattere penale) a carico di coloro che, rilasciando dichiarazioni mendaci, non improntano perciò stesso la condotta contrattuale ai canoni dell'affidamento e della buona fede.

In ragione di tali esigenze — al di là delle tradizionali sanzioni di carattere penale che conseguono alla resa di dichiarazioni mendaci nella esibizione di atti che hanno pubblica rilevanza — l'istituzione del Casellario informatico delle imprese qualificate, nato con l'intento di funzionare quale registro su scala nazionale dei soggetti che aspirano a contrattare con le amministrazioni, ha progressivamente assunto una più spiccata caratterizzazione di strumento destinato a fornire un supporto alle stazioni appaltanti al fine di cautelarsi dall'eventualità di stipulare contratti con soggetti poco affidabili. Per questo motivo ha assunto importanza sempre crescente l'aspetto della gestione del Casellario legato alla (obbligatoria) segnalazione — proveniente dalle singole amministrazioni — delle circostanze integranti, ai sensi della disciplina dettata dall'art. 75, causa di esclusione; e la conseguente attività, consistente nell'inserimento delle corrispondenti informazioni nel Casellario stesso, demandata all'Autorità di Vigilanza.

L'articolo 27 del DPR 34/2000 nel dettare la disciplina del Casellario individua altresì i dati che, in base alle attestazioni trasmesse dalle Soa e su segnalazione delle stazioni appaltanti, devono in esso essere annotati. Tra questi, naturalmente, assumono particolare importanza quelli riferiti alle molteplici vicende che, collegandosi a quanto stabilito dall'art. 75 del regolamento generale, hanno nel caso concreto generato un provvedimento di esclusione da parte di un'amministrazione aggiudicatrice; ed i quali, secondo quanto precisato dall'Autorità di Vigilanza, costituiranno elementi di valutazione di cui tutte le amministrazioni dovranno necessariamente tenere conto ogniqualvolta l'impresa segnalata si proponga quale aspirante contraente nelle gare dalle stesse indette ([12]).

([12]) A tal proposito sia consentito richiamare in questa sede alcune indicazioni di carattere numerico che possono dar conto della dimensione del fenomeno e dell'incidenza che questo può avere sull'attività dell'amministrazione finalizzata all'ammissione-esclusione delle imprese dalle gare d'appalto. In base ai dati attualmente disponibili (consultabili all'interno del sito informatico dell'Autorità, www.autoritalavoripubblici.it) è, infatti, possibile rilevare che il numero delle imprese qualificate, nel momento in cui si scrive, è pari a 38368 alle quali corrispondono 2789 segnalazioni. Senza voler indugiare sulla complessità del meccanismo di controllo che conduce all'individuazione delle fattispecie che sono suscettibili di segnalazione — la cui entità non è peraltro pienamente apprezzabile per una oggettiva difficoltà nel reperimento dei dati — è comunque innegabile che il sistema costruito dal legislatore con il Casellario informatico presenta caratteri di indiscussa positività (dal momento che agevola una circolazione delle informazioni che favorisce una maggiore trasparenza dei pubblici appalti) ai quali, tuttavia, non possono non associarsi momenti di perplessità dovuti alla circostanza che le indicazioni reperibili da ciascuna stazione

La questione che tuttavia merita una più approfondita considerazione, in ordine soprattutto alle sue conseguenze, è quella legata all'inevitabile collegamento che viene ad instaurarsi tra quanto disposto dalla lettera h) dell'art. 75 del regolamento di attuazione — a mente del quale "*Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti che nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando hanno reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio dei lavori pubblici*" — e la lettera s) dell'art. 27 del DPR 34/2000 che prescrive l'annotazione nel Casellario delle "*eventuali falsità nelle dichiarazioni rese in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara, accertate in esito alla procedura di cui all'art. 10, comma 1-quater della Legge*".

Il combinato disposto di tali due articoli, in uno con la circostanza per cui la disciplina vigente affida la dimostrazione dei requisiti di partecipazione alle gare all'ampio uso della autocertificazione e delle dichiarazioni sostitutive di certificati, pone in evidenza il carattere, si potrebbe dire, "assorbente" della causa di esclusione rappresentata dall'aver reso false dichiarazioni circa la sussistenza delle condizioni richieste dal bando.

A dimostrazione di quanto da ultimo affermato basti rilevare che solo la fattispecie di cui alla lettera h) è sanzionata con l'estensione temporale del provvedimento di esclusione ad un anno e per tutte le gare indette dalle pubbliche amministrazioni; ma collegando questo fatto alla circostanza per cui tutti i requisiti di partecipazione sono soggetti al regime della dichiarazione sostitutiva è ovvio che ogniqualvolta l'amministrazione riscontri, nell'attività di verifica a campione che obbligatoriamente le compete, la sussistenza di una causa ostativa alla partecipazione — per esempio l'esistenza di una condanna per reati che incidono sull'affidabilità morale e professionale o la situazione di controllo ai sensi dell'art 2359 c.c. — occultata dall'imprenditore nell'atto di "presentarsi" all'amministrazione nelle modalità richiamate, tale ipotesi non potrà che integrare al contempo due distinte

---

appaltante direttamente dal Casellario spesso non appaiono supportate da un'adeguata motivazione (in particolare quando si tratti di cause di esclusione che si prestano ad una pluralità di interpretazioni) che consenta all'ente pubblico che se ne serve di verificare se continuino a sussistere le condizioni preclusive alla partecipazione alla gara dell'impresa interessata. Cosicché ne risulta probabilmente inficiato lo stesso fondamentale obiettivo a cui il legislatore, e l'Autorità di Vigilanza nella lettura che essa ne ha privilegiato, ha preordinato l'istituzione del Casellario, vale a dire quella di agevolare la valutazione discrezionale dei dati concernenti le imprese da parte della stazione appaltante (quanto meno quelli che ad essa non si impongano — come, ad esempio, quello previsto dalla lettera h) dell'art. 75 del regolamento — in ordine ai loro effetti) in modo che vengano escluse quelle che nel caso concreto non assicurino una certa affidabilità.

cause di esclusione: per mancanza del requisito oggettivamente inteso e per aver reso una dichiarazione mendace circa la sua (falsa) sussistenza. Circostanza quest'ultima assai più grave nelle conseguenze: perché se la prima implica il semplice provvedimento di esclusione, efficace per quell'unica gara, a cui si aggiunge la annotazione nel Casellario che rende pur sempre discrezionalmente valutabile quel comportamento da parte di tutte le altre amministrazioni, nel secondo caso, invece, ne discende un atto di natura inibitoria che produce i suoi effetti per un anno e che in virtù della segnalazione nel Casellario impone a tutte le altre stazioni appaltanti di adeguarsi assumendo analogo provvedimento.

Ci si è chiesti se un sistema così congegnato, soprattutto in considerazione dell'attribuzione della gestione del Casellario all'Autorità di Vigilanza, possa in qualche modo contrastare con il principio più volte richiamato dell'esclusiva spettanza in favore della stazione appaltante del potere di escludere dalla singola gara l'impresa non in regola con i requisiti prescritti dalla legge.

Tale rischio si è in particolare profilato allorquando è invalsa presso l'Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici la prassi di convocare, prima di procedere all'annotazione sul Casellario, un contraddittorio tra la stazione appaltante e l'impresa destinataria del suo provvedimento di esclusione, con l'Autorità a svolgere il ruolo di "arbitro" nella contesa.

La giurisprudenza amministrativa (si veda ad esempio la sentenza TAR Lazio, sez. III, n. 2992 del 2003) ha da subito rigettato tale orientamento, ritenendolo contrastante con quanto stabilito dalla legge quadro ove l'Autorità indipendente, ben lungi dal poter esercitare un non dimostrato potere sanzionatorio che erroneamente si sosterebbe attribuito dall'art. 75 del regolamento generale, deve al contrario limitarsi ad operare nell'ambito di quanto stabilito dagli art. 4 comma 4 lett. h) e 10 comma 1-quater della legge Merloni. Di guisa che ogniqualvolta l'Autorità di Vigilanza abbia ritenuto di configurare il compito di gestione del Casellario, attribuitole dalla legge, quale fattispecie legittimante un autonomo potere di emanare, ai sensi della lett. h) dell'art. 75, "il proprio provvedimento sanzionatorio ed inserire nel Casellario il divieto per un anno per l'impresa di partecipare alle gare d'appalto indette da qualsiasi stazione appaltante" è incorsa in un vizio di eccesso di potere in quanto tale interpretazione non risulta supportata da alcuna specifica disposizione normativa.

L'adempimento cui è assoggettata l'Autorità, anche in riferimento all'esigenza di salvaguardare il principio dell'esclusiva spettanza in capo alla stazione appaltante del potere di esclusione, è piuttosto, e più correttamente, ad avviso del giudice amministrativo, da annoverare nella categoria degli obblighi giuridici in quanto nell'esercizio dell'attività finalizzata all'annotazione e all'inserimento della notizia trasmessa dalla stazione appaltante non residua in capo all'amministrazione indipendente alcun margine di discrezionalità.

Tale impostazione, oggi pienamente condivisa dalla stessa Autorità, come

dimostrato anche dal tenore della determinazione 1/2005, se chiude una questione lungamente controversa, non supera alcuni problemi di ordine pratico e di efficacia sistematica in ordine all'esercizio di poteri che devono pur sempre essere improntati all'esigenza di contemperare i principi di legalità, trasparenza e concorrenza con gli altrettanto rilevanti principi di celerità ed efficacia dell'azione amministrativa.

Un aspetto che infatti merita di essere sottolineato è quello della valutazione degli effetti che talora vengono a prodursi nell'applicazione del combinato disposto delle norme più volte richiamate configuranti nel loro insieme il sistema qualificazione — esclusione dalle gare d'appalto.

Muovendo dal presupposto, più volte evidenziato, secondo il quale, in virtù del regime attualmente vigente, ogni falsa dichiarazione resa dal concorrente sul possesso dei requisiti per la partecipazione ai pubblici incanti costituisce causa di esclusione ai sensi dell'art. 75 lett. h) del DPR 554/1999, ulteriormente aggravata dalla sanzione della durata annuale dell'esclusione da tutte le gare indette dalle pubbliche amministrazioni, pare del tutto rilevante analizzare taluni tra gli effetti che vengono a prodursi nei confronti delle imprese, stante la loro, spesso ricorrente, abnormità, o quanto meno inconferenza, rispetto alla funzione e ai principi — in particolare quelli di matrice comunitaria — cui è preordinato il disegno tracciato dal legislatore.

Tra le caratteristiche che nel corso della presente indagine si è inteso mettere in evidenza si è dato particolare rilievo alla scelta, riscontrabile nel tenore del primo comma dell'art. 75, di rendere obbligatoria, in capo alle stazioni appaltanti, l'esclusione dell'impresa alla ricorrenza di una delle fattispecie elencate nello stesso articolo. Circostanza questa che, oltre a presentare profili di problematicità in relazione alla controversa attitudine di tale soluzione a soddisfare, come già visto, i principi di concorrenza e par condicio, nella sua lettura congiunta alla norma di cui alla lettera h) dell'art. 75 nonché a quanto disposto dall'art. 27 del DPR 34/2000, si presta per i motivi che ci si accinge ad illustrare a talune critiche.

Alcune delle figure costituenti causa di esclusione sono suscettibili di un'interpretazione non univoca in ordine al loro ambito di operatività; cosicché le singole stazioni appaltanti si trovano nella condizione di poter fornire, nel caso concreto, una configurazione della fattispecie del tutto originale o quantomeno eterogenea rispetto a quella prospettata da altre amministrazioni. Tale circostanza non rimane priva di conseguenze tutte le volte in cui la singolare interpretazione della stazione appaltante non resta circoscritta, in ordine ai suoi effetti, alla gara dalla stessa indetta, ma, attraverso il meccanismo del Casellario, solo in limitate ipotesi si pone quale semplice elemento di valutazione per tutte le amministrazioni aggiudicatrici; divenendo, al contrario, e molto più spesso, scelta che si impone alle stesse provocandone un provvedimento vincolato di esclusione.

Alcuni esempi potranno rendere più chiaro quanto sin qui affermato.

Il caso di cui alla lettera a) dell'art. 75 del regolamento generale è, a

conferma di quanto premesso, piuttosto emblematico: nell'ordinamento nazionale come in quello comunitario è riscontrabile un'analoga volontà di calibrare i requisiti di partecipazione alle gare (e le corrispondenti cause di esclusione) sulla necessità di garantire alle stazioni appaltanti di contrattare con soggetti che risultino affidabili (anche) sotto il profilo della solidità economica. Così si spiega la scelta di configurare quale ipotesi preclusiva alla partecipazione alla gara non solo l'accertato stato di fallimento dell'impresa (per cui non sussiste alcun dubbio circa l'identificazione della stessa quale incontrovertibile sintomo di inaffidabilità), ma anche lo stato di semplice "pendenza" delle varie procedure concorsuali (fallimento, liquidazione coatta, amministrazione controllata, concordato preventivo). Di guisa che si pone il problema di individuare il momento in cui la procedura può dirsi "matura" per giustificare l'esclusione, poiché, ad esempio nel caso del fallimento, la pendenza del procedimento può dirsi integrata in fase assai precoce corrispondente già alla presentazione della relativa istanza da parte del creditore; di modo che questa potrebbe essere artatamente utilizzata al solo scopo di ottenere l'esclusione di altro imprenditore, per poi essere eventualmente ritirata. Il rischio, dunque, è quello di consentire una strumentalizzazione dell'istituto "per osteggiare illegittimamente un concorrente che si suppone abbia presentato l'offerta migliore" ([13]).

Oltre al rischio appena evidenziato, e comunque senza giungere a livelli tanto considerevoli di patologia, è certo che un ulteriore effetto che ha conseguenze immediatamente distorsive sulla posizione delle imprese partecipanti è dato dalla possibilità che l'interpretazione soggettiva della stazione appaltante su ciò che deve considerarsi "pendenza della procedura di fallimento", quale causa di esclusione, venga amplificata non solo dalla pubblicizzazione sul Casellario della notizia, ma anche dal fatto che una dichiarazione circa la non sussistenza della fattispecie resa in buona fede dal concorrente (affidandosi semmai all'orientamento giurisprudenziale dominante) si trovi ad essere qualificata come falsa e mendace — con la grave sanzione dell'esclusione per un anno da tutte le gare — alla luce di una interpretazione che resterà semmai del tutto isolata.

Tale non coerente (con le finalità del sistema) funzionamento del sistema congegnato dal legislatore risulta ancora più evidente in altri casi che si sono posti all'attenzione dell'interprete.

Si pensi, ad esempio, alla nozione di collegamento tra imprese, ove l'intento del legislatore di isolare dalla gara casi in cui un'impropria rete di rapporti intercorrenti tra soggetti partecipanti possa generare il sospetto di

---

([13]) In tal senso si veda CARINGELLA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Milano, 2003, p. 2049 che richiama le analoghe preoccupazioni manifestate dal Consiglio di Stato in sede di parere sull'art. 75 del regolamento attuativo della Legge Merloni (Consiglio di Stato, 8 giugno 1999, in *Urbanistica e appalti*, 1999, 765).

indebiti condizionamenti del confronto concorrenziale, ha portato alla formulazione di una norma che integra un'ulteriore causa di esclusione — oltre a quelle elencate nell'art. 75 — ogniqualvolta tra imprese concorrenti venga a manifestarsi una situazione di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. (Legge quadro, art. 10, comma 1-*bis*).

L'incerta formulazione legislativa, che, riferendosi all'art. 2359 c.c., ne richiama purtuttavia solo una delle ipotesi da esso contemplate (appunto la situazione di controllo) ha aperto una lunga controversia giurisprudenziale che, alla luce di alcune recenti sentenze del giudice di primo grado, non può dirsi ancora definitivamente risolta.

La tendenza interpretativa affermatasi sin dall'adozione della norma è stata quella di estendere il richiamo all'art. 2359 a tutte le fattispecie da questo contemplate (controllo quindi, ma anche collegamento) fino, addirittura, ad allargarne, in via esegetica, l'ambito di operatività alla nozione di "collegamento sostanziale" ([14]). Ove, quest'ultima, viene a ricomprendere tutte quelle situazioni in cui, pur non integrando alcuna delle ipotesi oggettivamente individuate dal codice civile, sussistono indizi gravi, precisi e concordanti sulla possibilità che offerte presentate da imprese diverse siano state tuttavia formulate ad opera di un unico centro decisionale.

La difficoltà di circoscrivere la fattispecie, per cui esistono anche pronunce giurisprudenziali che si propongono di avvallare — in controtendenza rispetto all'orientamento maggioritariamente seguito dal Consiglio di Stato ([15]) — una definizione letterale della causa di esclusione in discorso (TAR Lazio, sez. III Roma — sentenza 25 maggio 2005, n. 4170 e 4171 e sentenza 31 maggio 2005, n. 5182), si ripercuote sulle decisioni che in concreto devono assumere le stazioni appaltanti all'atto di ammettere o meno un'impresa alla gara; di guisa che, ancora una volta, l'interpretazione del tutto originale fornita dall'amministrazione, ancorché semmai allineata con una giurispru-

---

([14]) Secondo il TAR Lombardia, Sez. III Milano – Sentenza 29 settembre 2004, n. 4206, ricorre la eventualità di un'esclusione per collegamento sostanziale ogniqualvolta, da una valutazione complessiva della situazione, risultino minacciati i principi di *par condicio*, concorrenza e segretezza dell'offerta. Il giudice amministrativo infatti ritiene che "l'alterazione della par condicio dei concorrenti e la violazione dei principi di concorrenza e di segretezza dell'offerta possono ritenersi provate qualora ricorrano elementi di fatto dai quali possano trarsi **indizi gravi, precisi e concordanti**, che inducano a ritenere verosimile, secondo l'*id plerumque accidit*, che si sia verificato un inquinamento della gara e quindi una violazione del principio di segretezza dell'offerta".

([15]) Consiglio di Stato, Sez. IV, 27 dicembre 2001, n. 6424, con cui il supremo organo della giustizia amministrativa ha avvallato un'interpretazione ampia dell'ipotesi di cui all'art. 10 comma 1-*bis*. Tale orientamento si è poi consolidato nella successiva giurisprudenza (tra le altre, sez. IV, 15 febbraio 2002, n. 923; sez. V, 1 luglio 2002, n. 3601; sez. V, 22 aprile 2004, n. 2317; sez. VI, 5 agosto 2004, n. 5464).

denza minoritaria, traduce in dichiarazione mendace, con ciò che ne consegue, l'affermazione resa in buona fede dal concorrente circa la sussistenza del requisito richiesto dalla legge.

Il medesimo percorso si ripete, come ormai dimostra una cospicua giurisprudenza — in cui, peraltro, preoccupazione maggiore per le imprese sembra essere quella di impugnare i provvedimenti dell'Autorità di Vigilanza piuttosto che quello di esclusione in sé considerato — anche per altre ipotesi tra quelle contemplate dalla legislazione vigente, in particolare per tutte quelle che si caratterizzano per una certa discrezionalità in ordine alla definizione del loro ambito di operatività. Senza scendere in ulteriori dettagli, basti segnalare che notevoli problemi, analoghi a quelli in precedenza segnalati, si sono posti con riferimento alla delimitazione dei reati che incidono sull'affidabilità morale e professionale, per cui si hanno casi di condanne non segnalate dall'interessato all'amministrazione perché non considerate rilevanti ai fini delle svolgimento della gara, ma ugualmente sanzionati come falsa dichiarazione dalla stazione appaltante; o ancora il caso, assai problematico, delle sentenze di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p. (c.d. patteggiamento) che, beneficiando della non menzione nel certificato del casellario giudiziale di cui è in possesso il privato interessato, spesso viene a contrastare con le informazioni, comprensive di ogni aspetto attinente allo *status* del soggetto — per esempio anche l'esistenza di decreti penali di condanna o appunto i casi di patteggiamento — acquisite dall'amministrazione che svolge i controlli.

La sintesi dei casi sinora illustrati porta, dunque, a rilevare come la soggettiva valutazione dell'amministrazione, alla luce della sua necessaria collocazione all'interno di un sistema alquanto complesso che le impone di misurarsi con scelte che pertengono a soggetti che a vario titolo entrano nella procedura, finisce molto spesso per produrre effetti ben più ampi di quelli che la stazione appaltante si propone di conseguire attraverso il legittimo esercizio del potere che le compete.

Cosicché se è comprensibile l'esigenza di severità con cui il legislatore italiano ha voluto sanzionare il sintomo di inaffidabilità rappresentato dalla manifestazione di false dichiarazioni, è anche vero che la difficoltà operativa — nonché gli scarsi strumenti di cui le stazioni appaltanti sono attualmente dotate se rapportate alla complessità dei procedimenti cui è sottoposta la loro attività — di controllare le conseguenze di tali disposizioni nella loro applicazione combinata alla disciplina in materia di documentazione amministrativa ha prodotto un'amplificazione di talune lacune — documentate dallo stesso Consiglio di Stato in sede consultiva — già presenti nel sistema disegnato con la legge quadro ed i rispettivi regolamenti di attuazione.

Se all'atto dell'emanazione del regolamento di cui al DPR 554/1999, l'art. 75 si era esposto alle critiche del maggiore organo consultivo dello Stato, poiché la scelta di rendere obbligatoria l'esclusione avrebbe richiesto una interpretazione quanto più oggettiva possibile dei casi che tale provvedimento giustificano, a garanzia dei principi di concorrenza e par condicio, è ovvio che ove ciò non sia

nella pratica accaduto, come dimostrano i casi sopra illustrati, è reso ancora più grave dalla circostanza di una prassi in cui si arriva a penalizzare in modo eccessivo, e comunque ingiustificato, la posizione dell'operatore economico.

4. *Conclusioni*

Il quadro sin qui tracciato fornisce l'occasione per formulare alcune conclusioni critiche sulla configurazione normativa del potere di esclusione nella conformazione che questo è venuto assumendo nell'interpretazione giurisprudenziale alla luce di un alquanto complesso sistema di qualificazione delle imprese che nel tempo è venuto perfezionandosi sia in progressivi interventi normativi che nella funzione di uniformazione interpretativa che si deve all'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici.

È infatti del tutto evidente che laddove in un ordinamento come quello italiano si operi la scelta di creare un "elenco" su base nazionale di tutti i soggetti che possono contrattare con le amministrazioni pubbliche per la realizzazione di lavori pubblici, condizionandone l'accesso al possesso di determinati requisiti di affidabilità tecnico-professionale ed economica da un lato e morale dall'altro, questo non può che incidere su quell'aspetto dell'attività amministrativa che, anche semmai seguendo la meno barocca e più lineare — senza che a ciò si debbano attribuire particolari giudizi di valore — costruzione comunitaria in tema di "criteri di selezione qualitativa", realizza pur sempre, attraverso una puntuale e necessaria verifica del possesso di determinati requisiti da parte dei concorrenti, un momento di "qualificazione" della singola impresa in corrispondenza di ciascuna gara indetta dal pubblico potere.

L'incidenza che, nella specie, tale innovativo sistema ha avuto sul puntuale potere di ammissione-esclusione, che pur sempre compete alle stazioni appaltanti ai sensi dell'art. 8 comma 7 della legge quadro in materia di lavori pubblici, presenta diverse connotazioni anche in riferimento a non univoche prospettazioni che ne sono state date dalla giurisprudenza e dall'Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici.

È così che, se per la dimostrazione dei requisiti di carattere tecnico ed economico, viene ritenuta del tutto esauriente l'esibizione della certificazione SOA che, con una cadenza quinquennale intervallata da una necessaria verifica dopo tre anni, fa carico ai corrispondenti organismi di attestazione di accertare in via generale la sussistenza di quei requisiti, al contrario, per la dimostrazione dei requisiti c.d. generali che comprovano l'affidabilità morale dell'imprenditore, si è da sempre registrata una diversa sensibilità da parte del legislatore, e dell'interprete a vario titolo coinvolto, nel prospettare le modalità di accertamento degli stessi. Cosicché ne è stata, sin dall'inizio, affermata una presunta "dinamicità" che contrasta con la possibilità che questi vengano in via definitiva, e comunque entro i limiti di durata della certificazione, attestati nel documento rilasciato dalla SOA. Ove, al contrario,

impongono un costante monitoraggio che passa attraverso la dichiarazione, circa la loro sussistenza, dei soggetti interessati, sanzionata, in esito ai controlli che competono alle amministrazioni interessate, oltre che nelle tradizionali conseguenze di carattere penale per le dichiarazioni mendaci, anche nel provvedimento di esclusione che produce i suoi effetti rispetto alla gara in cui esso è stato pronunciato nonché per tutti i pubblici incanti che saranno indetti di lì ad un anno.

La volontà di considerare in modo particolarmente grave la mancanza dei requisiti comprovanti l'affidabilità morale dell'operatore economico quando, in specie, il suo comportamento si connoti in termini di mala fede nei rapporti intercorrenti con la pubblica amministrazione, è aspetto che caratterizza non solo l'ordinamento italiano (a partire soprattutto dall'adozione della legge Merloni), ma anche, ad esempio, quello tedesco ove l'esigenza di sanzionare in modo particolarmente severo l'imprenditore che non si sia attenuto alle regole di correttezza e buona fede o che non garantisca i pubblici apparati circa la sua affidabilità professionale e morale, si traduce spesso nella decisione di escludere lo stesso dalle gare anche per intervalli di tempo assai rilevanti (sino a due anni) ([16]).

Ciò che piuttosto nell'esperienza italiana più recente sembra mancare, ed è probabilmente una delle concause delle non sempre lineari conseguenze nel funzionamento del sistema, come più sopra si è cercato di mettere in rilievo, è la possibilità attribuita alle stazioni appaltanti di graduare la sanzione a carico dei soggetti partecipanti alle gare in rapporto alla gravità del loro contegno.

L'automaticità dell'esclusione per un anno che scatta alla ricorrenza di una qualsiasi ipotesi di dichiarazione mendace si scontra, come rilevato, con la discrezionalità sin qui riconosciuta alle amministrazioni di modellare la fattispecie astratta contemplata dalla legge secondo interpretazioni spesso del tutto singolari od originali fornite dai pubblici apparati. Di guisa che se il provvedimento di esclusione è stato concepito dal legislatore come un atto vincolato, così come la durata annuale dei suoi effetti in caso di dichiarazione mendace, è pur vero che nella prassi di questi anni le amministrazioni hanno recuperato un'ampia (e forse talora eccessiva) discrezionalità nel delimitarne l'applicazione attraverso una progressiva espansione dei casi contemplati nell'art. 75 del regolamento (nonché nel caso dell'art. 2359 c.c. di cui all'art. 10 comma 1-*bis*), senza poterne al contempo, tuttavia, graduare le conseguenze.

A tal proposito pare, dunque, del tutto conferente ricordare come nella direttiva comunitaria — già nella 93/37 all'art. 24, ma ora anche nella

---

([16]) Si veda in proposito J. PIETZCHER, *Germania. L'esclusione dagli appalti* in E. FERRARI (a cura di), *I contratti della Pubblica Amministrazione in Europa*, Torino, 2003, 131 ss.

direttiva unica 2004/18 all'art. 45 — tra le cause che legittimano all'esclusione dalla gara, quella riferita alle false dichiarazioni contiene un implicito riconoscimento della possibilità di determinare la durata della sanzione in rapporto al contegno complessivamente tenuto dall'imprenditore. Cosicché se anche nella legislazione nazionale fosse tradotta la disposizione secondo la quale la sanzione dell'esclusione può scattare nel caso in cui il soggetto si "sia reso *gravemente colpevole* di false dichiarazioni nel fornire le informazioni" richieste dall'amministrazione ciò potrebbe in parte attenuare le distorsioni che nel corso del presente lavoro si è cercato di mettere in evidenza, facendone derivare un assetto dei rapporti conseguenti all'esercizio del potere di esclusione senz'altro più coerente con le finalità sottese al sistema della qualificazione e della selezione qualitativa delle imprese.

Il richiamo alla disciplina comunitaria, in realtà, pone oggi l'interprete di fronte all'opportunità di rivalutare, alla luce dei problemi emersi nell'applicazione della normativa analizzata, alcune delle soluzioni proposte dalle direttive di settore, ma accantonate al tempo dell'adozione della legge quadro in quanto non ritenute rispondenti all'esigenza di rigore che quella avrebbe, per scelta politica, dovuto esprimere.

A più riprese nel corso del presente lavoro si è, infatti, posta problematicamente l'attenzione sulla scelta, compiuta con l'emanazione del regolamento generale di cui al DPR 554/1999, di rendere obbligatorio il provvedimento di esclusione dell'impresa alla ricorrenza di una delle cause di cui all'art. 75. Con ciò, non solo discostandosi da quanto stabilito nella direttiva 93/37/CE, ma anche, in parte, dal principio stabilito dall'art. 8 comma 7 della legge quadro ove, ben lungi dall'intendere l'esclusione quale provvedimento vincolato *ope legis*, viene sancita soltanto, e assai opportunamente, l'esclusiva spettanza del relativo potere alla stazione appaltante.

La concreta operatività di tale principio, come emerso dall'indagine svolta, viene, di fatto, resa meno coerente dalle limitazioni poste all'esercizio della discrezionalità da parte delle amministrazioni in riferimento all'*an* del provvedimento di esclusione; discrezionalità semmai, e problematicamente, recuperata nella definizione dell'ambito di applicazione delle fattispecie elencate nell'art. 75. Di guisa che, come si è messo in rilievo in precedenza, anche sulla scorta di più ampie considerazioni svolte dal Consiglio di Stato, anziché rendere più funzionale il sistema, l'amministrazione aggiudicatrice corre spesso il rischio di far entrare il proprio operato in conflitto con i principi di concorrenza e *par condicio*.

Alla luce di tali conclusioni ci si chiede allora se non sarebbe più opportuno porsi nell'ottica di collocare il potere di esclusione come definito dall'art. 8, comma 7 della legge quadro all'interno di un sistema nel quale il ruolo delle pubbliche amministrazioni venga (finalmente) valorizzato attraverso non solo il riconoscimento di una più ampia auto-

nomia decisionale, alla quale non potrebbe naturalmente che corrispondere un'accresciuta responsabilizzazione dei pubblici apparati, ma altresì in termini di maggiori risorse, mezzi e modelli organizzativi da destinare all'esercizio di tali attività.

Ancor oggi, infatti, la legge Merloni, ancorché sia stata a più riprese oggetto di modifiche finalizzate a renderne più efficace l'attuazione, risente del generale senso di sfiducia con cui il legislatore del 1994 aveva guardato alle amministrazioni aggiudicatrici, spesso esplicitato nella scelta di avocare al livello (addirittura) legislativo la definizione del contenuto di determinati provvedimenti.

L'imminente recepimento nell'ordinamento italiano della nuova direttiva unica in materia di appalti, potrebbe infine fornire l'(ennesima) occasione per mettere in atto una generale riforma del sistema che ponga le amministrazioni finalmente al centro della complessiva procedura finalizzata alla realizzazione, per quel che qui interessa, dei lavori pubblici. La logica comunitaria è, infatti, funzionale alla definizione di un modello in cui le amministrazioni siano all'altezza di governare istituti inediti, quali il dialogo competitivo o l'accordo quadro, rispetto ai quali risulta essenziale la capacità di essere committenti consapevoli, tecnicamente all'altezza e in grado di prospettare con chiarezza gli obiettivi da conseguire, ammettendo che, pur nel necessario ed imprescindibile rispetto delle regole sulla concorrenza e par condicio, il rapporto contrattuale si costruisca attraverso un paritario confronto tra amministrazione ed impresa.

Di modo che sarebbe, invece, del tutto contraddittorio continuare a far coesistere nella legislazione vigente committenti pubblici, da un lato, rigidamente vincolati dalle regole sulla scelta del contraente, in tutti i vari momenti in cui questa viene formandosi (qualificazione, ammissione, predisposizione del contenuto del bando con particolare riferimento alla definizione degli elementi che integrano i criteri di scelta del contraente), ma paradossalmente abilitati, dall'altro lato, all'impiego di strumenti negoziali caratterizzati da procedure non rigidamente tipizzate nelle quali le necessità e le esigenze individuate a priori dalle amministrazioni vengono soddisfatte con più ampi margini di discrezionalità.

ABSTRACT

According to "reasoned opinions" issued by Public Works Surveillance Authority in the emanation n. 1/2005, the remark propose to rebuild systematically the national discipline of power of exclusion to emphasize the administration discretionary power, as well as the idea of more responsibility for the public authority, to amend noticed unexpected difficulty in reference to the notion of equal opportunities between the operators to whom the public contract is to be awarded.

Muovendo dalla considerazione critica di alcune conclusioni raggiunte dall'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici nella determinazione n. 1 del 2005, il commento si propone di ricostruire sistematicamente la disciplina nazionale del potere di esclusione delle imprese dalle gare pubbliche d'appalto confrontandola con le soluzioni, parzialmente diverse, proposte nella direttiva comunitaria di settore. In tale prospettiva si coglie l'occasione per valutare la proponibilità di talune diverse ricostruzioni del potere di esclusione che valorizzino la discrezionalità dell'amministrazione, anche in un'ottica di maggiore responsabilizzazione dei pubblici apparati, tuttavia tale da porre rimedio ai rilevati inconvenienti in riferimento all'osservanza del principio di parità di trattamento tra gli operatori partecipanti alla gara pubblica.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova serie. Vol. XIX (2005)

ALESSANDRO BERNARDI

SULL'OPPORTUNITÀ DI UNA ARMONIZZAZIONE EUROPEA DELLE SCELTE SANZIONATORIE NAZIONALI (*)

Sommario: 1. Premessa. — 2. I due fondamentali tipi di diversità riscontrabili nelle discipline sanzionatorie degli Stati UE. — 3. Le ragioni delle differenze esistenti in ambito europeo tra le discipline sanzionatorie nazionali. — 4. Sull'eventuale persistenza delle attuali differenziazioni di trattamento sanzionatorio all'interno dell'Unione europea. — 5. Sulla possibile attenuazione delle peculiarità nazionali in tema di sanzioni. — 6. Le diverse ragioni sottese all'armonizzazione dei sistemi sanzionatori europei. — 7. Le ragioni a carattere giuridico.— 8. Le ragioni a sfondo simbolico. — 9. Le ragioni di ordine pratico. — 10. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa.*

Sono davvero onorato d'intervenire nel quadro di questa conferenza di Hans Heinrich Jescheck, e sono anche un po' commosso per il fatto che questa, purtroppo, si annuncia essere stata la sua "ultima lezione" in Italia.

Partecipare a un consesso in cui il prof. Jescheck prende la parola è sempre un privilegio destinato a restare impresso nella memoria. Ricordo infatti benissimo, momento per momento, la sola volta prima di oggi in cui sedetti a fianco del Maestro, in occasione del Convegno di Trento dell'ottobre 1997, incentrato su due sue relazioni concernenti rispettivamente le "Possibilità e limiti di un diritto penale per la protezione dell'Unione europea" e "La tutela penale dei beni giuridici dell'Unione europea" ([1]). Ricordo l'emozione

(*) *È il testo, ampliato e integrato con note, dell'intervento svolto in occasione della conferenza di H. H. Jescheck "Nuove prospettive del diritto penale nazionale, europeo e internazionale. Quale politica criminale per il XXI secolo?" (Università di Modena e Reggio Emilia, 25 settembre 2002).*

([1]) In *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, a cura di Picotti, Milano, 1999, p. 13 ss. e 119 ss.

provata all'inizio del mio intervento, e ricordo il nodo di soggezione causato dalla sua presenza sciogliersi progressivamente sotto il suo sguardo, perché la prima caratteristica di Jeschek è sempre stata la sua umanità, la sua capacità di motivare anche l'ultimo dei ricercatori, di infondergli fiducia nei propri mezzi.

Oggi, in ideale continuità con quella esperienza, vorrei toccare brevemente il secondo dei tre temi affrontati dal prof. Jescheck nella sua conferenza appena conclusa, quello concernente appunto il "diritto penale europeo". Più precisamente, vorrei accennare al tema dell'armonizzazione su scala continentale delle sanzioni penali, cui è in questi mesi dedicata una ricerca dell'*Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris* (*Université de Paris I* e *CNRS*) alla quale partecipo; ricerca svolta con il sostegno dell'Unione europea ([2]) in naturale prosecuzione dell'ormai celebre progetto di *Corpus Juris contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea* ([3]) e dell'altrettanto noto progetto di istituzione di una Procura europea ([4]).

Al riguardo, l'idea di fondo da cui occorre muovere è che il processo di armonizzazione europea dei precetti penali — attualmente, come si sa, realizzato in via prevalente attraverso l'attuazione sanzionatoria da parte degli Stati membri delle disposizioni contenute nei regolamenti ([5]) e nelle direttive

---

([2]) Tale ricerca si è conclusa con la pubblicazione di un volume su *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, a cura di Delmas-Marty, Giudicelli-Delage, Lambert-Abdelgawad, Paris, 2003.

([3]) Per il testo di tale progetto cfr. *Verso uno spazio giudiziario europeo*, Milano, 1997, p. 53 ss. Cfr. altresì, per quanto concerne la nuova versione del *Corpus Juris* elaborata a Firenze nel 1999, *La mise en oeuvre du Corpus Juris dans les États-Membres*, I, a cura di Delmas-Marty, Vervaele, Antwerpen, Groningen, Oxford, 2000, p. 191 ss.; *Il* Corpus Juris 2000. *Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, a cura di Grasso e Sicurella, Milano, 2003.

([4]) In merito al quale cfr., tra l'altro, *Libro verde sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea* dell'11 dicembre 2001, COM/2001/0715 def.; Risoluzione del Parlamento europeo sul Libro verde della Commissione sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea, Bruxelles, 27 marzo 2003; Parlamento europeo, doc. n. 222.169; *Progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa* del 20 giugno 2003, art. III-175.

([5]) Vero è che, per quanto specificamente concerne l'attuazione sanzionatoria dei regolamenti CE, dovrebbe più correttamente parlarsi non già di armonizzazione quanto piuttosto di unificazione dei precetti su scala europea. In effetti, la tradizionale tecnica normativa utilizzata per tutelare penalmente le disposizioni contenute in tali atti comunitari è quella di prevedere una apposita norma in bianco che si limiti a fissare le sanzioni applicabili in caso di violazione delle suddette disposizioni. In argomento cfr, *amplius*, BERNARDI, *Il processo di razionalizzazione del sistema sanzionatorio alimentare tra codice e leggi speciali,* in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 69 ss.

comunitarie ([6]), ovvero attraverso la trasposizione nel diritto interno di numerosi, importanti atti del terzo pilastro dell'Unione specificamente diretti a fissare norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati di rilievo transnazionale ([7]) — si rivela, da solo, assolutamente insufficiente. A tale processo dovrebbe infatti affiancarsi un parallelo processo di armonizzazione delle sanzioni, realizzato non esclusivamente a livello legislativo ([8]), ma anche a livello giudiziario ed esecutivo. Appare invero chiaro che solo attraverso una penetrante opera di ravvicinamento interstatuale tanto dei precetti quanto delle sanzioni potrebbe prendere corpo – quantomeno limitatamente ai reati summenzionati — una vera e propria politica criminale europea. Politica, questa, resa ormai indispensabile dal fatto che, come non mi stanco di ripetere, l'Europa pur non essendo uno Stato federale, presenta però sin d'ora in ambito penale tutti i problemi tipici degli Stati federali. In particolare, è intuibile che, ove nel nuovo spazio senza frontiere interne realizzato a livello continentale i delinquenti potessero mettere a profitto le differenze esistenti in materia sanzionatoria tra i sistemi giuridici degli Stati membri, le funzioni generalpreventiva e specialpreventiva della pena ne uscirebbero seriamente compromesse, e l'Unione diverrebbe, in tempi nemmeno troppo lunghi, un "terreno di coltura" ideale per la criminalità organizzata.

Tutto ciò premesso, appare altresì chiaro a tutti che un processo di ravvicinamento delle sanzioni penali nelle tre fasi della comminatoria edittale, della concreta applicazione da parte del giudice e dell'esecuzione, risulta oltremodo complesso e difficile, anche laddove esso concerna non già

([6]) Certamente, l'attuazione delle direttive nel diritto interno implica un vero e proprio processo di armonizzazione dei precetti in esse contenuti. Infatti la trasposizione in ambito nazionale di tali atti comunitari non richiede la riproduzione letterale delle loro disposizioni, stante che sugli Stati membri grava una mera obbligazione di risultato, che in linea di principio li lascia liberi in ordine alle scelte dei mezzi e delle stesse forme necessarie al perseguimento dei fini indicati dalle direttive. Tuttavia, il sistema più semplice per garantire una fedele trasposizione delle disposizioni contenute nelle direttive stesse è quello di "fotocopiarle" nel testo nazionale di attuazione, prevedendo al contempo (di solito, alla fine di tale testo) puntuali clausole sanzionatorie (cfr, ancora, BERNARDI, *Il processo di razionalizzazione del sistema sanzionatorio alimentare tra codice e leggi speciali,* cit., p. 72 ss.). Anche in questa ipotesi dunque, ove tutti gli Stati UE facessero ricorso a tecniche siffatte di trasposizione, si innescherebbe un processo di almeno tendenziale unificazione dei precetti più che di una loro mera armonizzazione.

([7]) Più precisamente, ai sensi dell'art. 21 lett. *e)* TUE, dei reati riguardanti "la criminalità organizzata, il terrorismo e il traffico illecito di stupefacenti".

([8]) Un tale processo legislativo di armonizzazione sanzionatoria è del resto già delineato in via generale dal succitato art. 21 lett. *e)* TUE, che prevede "la progressiva adozione di misure per l'adozione di norme minime relative [non solo ai reati, ma anche] alle sanzioni, per quanto riguarda" le tre forme di criminalità ricordate alla nota precedente.

la totalità delle norme penali previste nei singoli ordinamenti, bensì circoscritte tipologie di illeciti. Infatti un processo di tal genere implicherebbe necessariamente interventi anche sulle procedure penali interne e sulla parte generale dei sistemi penali nazionali, in particolare per quanto attiene a taluni istituti-cardine (quali il tentativo, il concorso di persone nel reato, il concorso reale/apparente di norme), ai tipi di pene applicabili, ai limiti minimi e massimi previsti in via generale per ciascun tipo di pena, all'attività commisurativa del giudice e al suo potere discrezionale in materia di sanzioni sostitutive, ai benefici applicabili in sede esecutiva. In questo senso, non è facile immaginare come un siffatto processo armonizzante possa essere circoscritto a singole categorie di reati, salvo accettare l'idea di corredare queste ultime di uno statuto penale diverso da quello previsto per i reati "di rilevanza meramente interna".

A ciò si aggiunga poi che, a causa del carattere sistematico dell'ordinamento penale, un'opera di penetrante armonizzazione sanzionatoria delle fattispecie di fonte comunitaria o comunque di rilievo transnazionale difficilmente potrebbe non incidere sulle scelte sanzionatorie inerenti alle fattispecie "di rilevanza meramente interna" in qualche modo omogenee alle prime (perché, ad esempio, concernenti analoghi beni giuridici), o comunque ad esse equiparabili per quanto attiene al livello di disvalore delle relative violazioni. Giova ricordare, a tale riguardo, che in base all'interpretazione data dalla Corte di giustizia al principio di fedeltà comunitaria sancito dall'art. 10 del Trattato CE, le sanzioni nazionali previste in caso di violazione delle norme contenute in regolamenti o direttive CE devono risultare non solo adeguate alla gravità del fatto, efficaci e sufficientemente dissuasive (principio di proporzione), ma inoltre devono risultare simili a quelle previste per le violazioni delle norme interne di analoga natura e gravità (principio di assimilazione) ([9]). In tali casi, ben si comprende come una armonizzazione sanzionatoria in ambito continentale delle fattispecie penali di fonte o di rilievo "europeo" che volesse porsi in sintonia col principio di proporzione pretendendo al contempo di far salvo il principio di assimilazione sanziona-

---

([9]) Cfr. Corte di giustizia, sent. 21 settembre 1989, causa 68/88 (*Commissione c. Grecia*), in *Racc.*, 1989, p. 2965 ss.; sent 10 luglio 1990, causa 326/88 (*Hansen*), cit., p. 2935; sent. 2 ottobre 1991, causa 7/90 (*Vandevenne*), in *Racc.*, 1991, p. 4387; sentt. 8 giugno 1994, cause 382/92 e 383/92 (*Commissione c. Regno Unito*), in *Racc.*, 1994, p. 2475 e p. 2494; sent. 26 ottobre 1995, causa 36/94 (*Siesse*), in *Racc.*, p. 3573, punto 20; sent. 12 settembre 1996, cause riunite 58/95, 75/95, 112/95, 119/95, 123/95, 135/95, 140/95, 141/95, 154/95, 157/95 (*Gallotti*), in *Racc*., 1996, p. 4345; sent. 27 febbraio 1997, causa 177/95 (*Ebony*), in *Racc.*, 1997, p. 1143 e in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 309, con nota di RIONDATO. In merito ai problemi di coordinamento tra i principi di assimilazione e di efficacia-proporzionalità cfr., volendo BERNARDI, *Profili di incidenza del diritto comunitario sul diritto penale agroalimentare*, in *Annali dell'Università di Ferrara — Scienze giuridiche,* vol. XI, Ferrara, 1997, p. 127 ss.

toria postulerebbe un'attività riformistica nient'affatto settoriale. Postulerebbe cioè, in molti casi, una riforma "in parallelo" della disciplina punitiva prevista per le fattispecie di derivazione sovranazionale o meramente nazionale connotate da significative analogie. In altre parole, in base alla soluzione prospettata, l'armonizzazione su scala continentale delle scelte punitive nazionali in relazione agli illeciti di fonte o rilievo europeo implicherebbe, di riflesso, una armonizzazione coatta delle scelte punitive in relazione a un numero imprecisato di illeciti "puramente interni" ricollegabili ai primi in virtù di mere analogie di contenuto e disvalore. Come si può capire, la soluzione qui ipotizzata finirebbe con l'erodere in radice la discrezionalità nazionale in ordine alle scelte punitive adottabili, col vanificare lo stesso principio comunitario di sussidiarietà ([10]), e in definitiva col sancire la fine della dimensione rigorosamente nazionalistica che impronta ancor oggi il diritto criminale ([11]).

Di qui la problematicità di un siffatto processo di armonizzazione sotto il profilo non solo della sua "fattibilità", ma anche della sua stessa "legittimità": sempre beninteso che lo si voglia realizzare non già in modo del tutto spontaneo, attraverso interventi legislativi puramente interni, tesi a far lentamente convergere i sistemi punitivi nazionali, bensì attraverso il ricorso a testi normativi di fonte "europea" dotati di una qualche, maggiore o minore, vincolatività nei confronti dei Paesi UE.

Desidero comunque fare subito presente che esula dai miei propositi parlare oggi dei problemi di fattibilità e legittimità connessi ad un processo di settoriale armonizzazione sanzionatoria pilotato dagli organi dell'Unione europea ([12]). Qui vorrei infatti accennare soltanto alle questioni correlate all'opportunità di un eventuale, più o meno generalizzato, ravvicinamento delle risposte punitive in seno all'Unione; vale a dire ai vantaggi o, se si preferisce, alle ragioni teoriche e pratiche sottese a un tale processo riformistico. Tuttavia, un'analisi delle ragioni che possono giustificare una siffatta armonizzazione dei sistemi sanzionatori nazionali presuppone innanzitutto un rapido esame delle attuali diversità in essi riscontrabili e delle loro cause.

([10]) In base al quale un'azione della Comunità volta al ravvicinamento delle scelte sanzionatorie nazionali può risultare giustificabile solo ove strettamente necessaria, vale a dire solo in relazione a materie caratterizzate da profili di transnazionalità.

([11]) E invero, se il principio di sussidiarietà tende a restringere gli ambiti dell'armonizzazione sanzionatoria europea, il principio comunitario di assimilazione, unitamente allo stesso carattere sistematico del diritto penale, tende inesorabilmente ad ampliare i suddetti ambiti.

([12]) In merito ai problemi di fattibilità connessi ad un siffatto processo cfr., ora, i contributi di ESER, BACIGALUPO E LAMBERT-ABDELGAWAD, in *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, cit., p. 379, 417, 429. Con riguardo ai problemi di legittimità cfr. GINDRE, *La légitimité au regard des sources du droit*, *ivi*, p. 473.

2. *I due fondamentali tipi di diversità riscontrabili nelle discipline sanzionatorie degli Stati UE.*

In prima approssimazione, si può affermare che le diversità riscontrabili nei sistemi sanzionatori europei sono fondamentalmente di due tipi, e concernono: *A) i profili generali dei sistemi punitivi nazionali*; *B) le sanzioni previste per i singoli illeciti*.

A) Prendendo innanzitutto in considerazione *le diversità radicate nei profili generali dei sistemi punitivi nazionali*, è possibile operare una ulteriore partizione a seconda che esse attengano:

a) ai tipi e alle entità di pena previsti in via generale dai legislatori nazionali;

b) alle specificità dei principi e istituti rinvenibili nella parte generale dei diritti penali dei Paesi UE ([13]), così come alle peculiarità delle relative procedure penali ([14]);

c) alle tecniche e ai criteri di individualizzazione della pena attraverso i quali i giudici degli Stati membri esercitano il loro potere discrezionale per adeguare il livello della sanzione ai fatti concretamente commessi e al grado di colpevolezza del loro autore;

d) ai meccanismi volti alla personalizzazione della pena in sede esecutiva, e in specie alle misure "clemenziali" e "premiali" che tendono alla risocializzazione del reo nonché, eventualmente, al mantenimento dell'ordine e della disciplina all'interno delle case di pena.

B) Quanto alla *variabilità delle sanzioni previste per singoli illeciti*, occorre precisare che la mutevole percezione del significato sociale di taluni fatti nei singoli Stati membri si traduce: *a)* nell'attribuzione allo stesso fatto di un carattere volta a volta lecito o illecito (penale, amministrativo, civile); *b)* nella previsione legislativa di sanzioni significativamente diverse per entità, contenuto (pene detentive, pecuniarie, interdittive) e natura (sanzioni penali, amministrative, private).

Tale situazione di evidente disomogeneità sanzionatoria, come si sa, continua a sussistere in ambito europeo, ponendo non pochi problemi all'interno di Stati che hanno realizzato uno spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia ([15]), che sono improntati ai medesimi principi di civiltà

([13]) Si pensi, ad esempio, ai principi del cumulo materiale, del cumulo giuridico o dell'assorbimento, all'istituto del tentativo ed al relativo trattamento sanzionatorio, alla recidiva e al suo ruolo in sede di quantificazione della pena.

([14]) Si consideri, in particolare, il diverso sviluppo dato nei singoli Stati UE alle procedure orientate a privilegiare modelli di giustizia negoziata e transattiva.

([15]) In merito a tale spazio e alla sua progressiva evoluzione nei Trattati cfr., per tutti, *Giustizia e affari interni nell'Unione europea. Il terzo pilastro del Trattato di Maastricht*, a cura di Parisi e Rinoldi, Torino, 1996; ADAM, *La cooperazione in materia*

giuridica ([16]) e che hanno elaborato e solennemente proclamato una carta dei

---

di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo, in *Dir. Un. Eur.*, 1998, p. 481 ss.; BERNARDI, *Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 5 ss.; DE GOUTTES, *Vers un droit pénal européen?,* in *Rev. sc. crim.,* 1993, p. 643 ss.; LABAYLE, *La coopération européenne en matière de justice et d'affaires intérieures et la Conférence intergouvernementale*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1997, p. 1 ss., e bibliografia ivi riportata; MARGUE, *La coopération en matière de prévention et de lutte contre le crime dans le cadre du nouveau troisième pilier*, in *Rev. dr. Un. eur.*, 2000, p. 737 ss.; SALAZAR, *La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio europeo di Tampere*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1120; ID., *L'Unione europea e la lotta alla criminalità organizzata da Maastricht ad Amsterdam*, in *Doc. Giustizia*, 1999, p. 392 ss.; SICURELLA, *Il titolo VI del Trattato di Maastricht e il diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1307 ss.; ID., *Il* Corpus Juris *e la definizione di un sistema di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, in Il Corpus Juris 2000. *Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, a cura di Grasso e Sicurella, cit., p. 31 ss.; SOULIER, *Le Traitè d'Amsterdam et la coopération policière et judiciaire en matière pénale*, in *Rev. sc. crim.*, 1998, p. 238 ss.
Anche perché, come sottolinea lo stesso MARGUE nell'articolo citato alla nota precedente, *ex* art. 34 TUE, anche dopo il Trattato di Amsterdam (e dopo il Trattato di Nizza) in relazione alle convenzioni varate nell'ambito del terzo pilastro il Consiglio continua a deliberare all'unanimità. Sul punto cfr. altresì, anche per ulteriori puntualizzazioni, ADAM, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, cit., p. 486; nonché, con accenti spiccatamente critici in ordine al requisito dell'unanimità, O'KEEFFE, *Recasting the Third Pillar,* in *Common Market Law Review*, 1995, p. 904; CURTIN, POUW, *La coopération dans le domaine de la justice et des affaires intérieures au sein de l'Union européenne: une nostalgie d'avant Maastricht?*, in *Rev. Marché comm. Un. eur.*, 1995, p. 30.

([16]) Principi i quali, in particolare, vengono individuati e sviluppati dalla Corte di giustizia partendo dalle Costituzioni nazionali e dalle carte dei diritti ratificate da tutti gli Stati UE. In argomento cfr., all'interno di una bibliografia sterminata, *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, a cura di Sudre e Labayle, Bruxelles, 2000; ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri,* in *Riv. it. dir. pubbl. com.,* 1994, p. 521 ss.; ANCORA, *Corte di giustizia CEE e diritti fondamentali,* in *Giur. merito*, 1992, p. 754; DAUSES, *La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1984, p. 401 ss.; BERNARDI, *"Principi di diritto" e diritto penale europeo*, in *Annali dell'Università di Ferrara — Scienze giuridiche*, vol. II, 1988, p. 177 ss; CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto,* in *Dir. com. scambi intern.*, 1983, p. 403 ss.; CIRAOLO, *La tutela dei diritti fondamentali nelle Comunità europee*, in *Nomos*, 1993, p. 29 ss.; DAUSES, *La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1984, p. 401 ss.; GRASSO, *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1991, p. 621 ss.; GRECO, *I diritti fondamentali nella Costituzione europea*, in *Riv. it. dir. publ. com.*, 2001, p. 187 ss.; LORENZ, *General Principles of Law: Their Elaboration in the Court of Justice of the European Communities,* in *American Journal of Comparative Law,* 1964, p. 12 ss.; MARCOUX, *Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté économique européenne*, in *Rev. intern. dr. comp.*, 1983, p. 716 ss.; PAGANO, *I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht*, in *Dir. Un. Eur.,* 1996, p. 176

diritti fondamentali sintomatica di una almeno tendenziale omogeneità di valori ([17]).

3. *Le ragioni delle differenze esistenti in ambito europeo tra le discipline sanzionatorie nazionali.*

Passiamo ora ad un'analisi delle cause sottostanti all'emersione di questi due fondamentali tipi di diversità in ambito punitivo. Anche in questo caso è opportuno distinguere tra: *A) le cause produttive delle peculiarità riscontrabili*

---

ss; PESCATORE, *Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1980, p. 352 ss.; PIZZORUSSO, *Le tradizioni costituzionali comuni dei Paesi d'Europa come fonte del diritto comunitario*, in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 2000, n. 3, p. 12 ss.; SCHERMERS, *The European Communities bound by Fundamental Human Rights*, in *Common Market Law Review,* 1990, p. 254 ss.; SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, cit., p. 218 ss.; SORRENTINO, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario ed in quello italiano,* in *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano,* Milano 1982, p. 61 ss.; TESAURO, *Il ruolo della Corte di giustizia nell'elaborazione dei principi generali dell'ordinamento europeo e dei diritti fondamentali*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 1999 — la Costituzione europea*, Padova, 2000, p. 297 ss.; TORIELLO, I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione, Milano, 2000; TOSATO, *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte delle Comunità europee*, in *Studi in onore di G. Sperduti*, Milano, 1984, p. 734 ss.; TOTH, *Legal Protection of Individuals in the European Communities,* Amsterdam, 1978, p. 109 ss.; VERGÈS, *Droits fondamentaux de la personne et principes généraux du droit communautaire*, in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis,* Paris, 1991, p. 525 ss.; VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2004, p. 73 ss.; WEILER, *Il sistema comunitario europeo*, Bologna, 1985, p. 160 ; ZWEIGERT, *Les principes généraux du droit des Etats membres*, in *Droits des Communautés européennes,* diretto da Ganshof van der Meersch, Bruxelles, 1969, p. 444 ss.

([17]) Sulla Carta europea dei diritti cfr., per tutti, *La carta europea dei diritti* a cura di Costanzo, Genova, 2002; MANZELLA, MELOGRANI, PACIOTTI, RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001; *L' Europa dei diritti. commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, a cura di Bifulco, Cartabia, Celotto, Bologna, 2001; *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di Ferrari Bravo, di Majo, Rizzo, Milano, 2001; APOSTOLI, *La Carta dei diritti dell'Unione europea. Il faticoso avvio di un percorso non ancora concluso*, Brescia, 2000; SOCCO, *La Carta europea dei diritti fondamentali. Valore giuridico e significato politico*, Torino, 2002; GAMBINO, *Diritti fondamentali europei e Trattato costituzionale*, in *Pol. dir.*, 2005, p. 3 ss. Da ultimo, sottolinea il possibile ruolo della Carta europea dei diritti sui contenuti della tutela penale, e dunque sul processo di ravvicinamento del nucleo centrale dei sistemi penali dei Paesi UE, MILITELLO, *I diritti fondamentali fra limite e legittimazione di una tutela penale europea*, in *Ragion pratica*, 2004, n. 22, p. 139 ss.

nei profili generali dei sistemi sanzionatori nazionali; *B) le cause alla base delle anche macroscopiche differenze sul piano punitivo rinvenibili nei singoli Stati dell'Unione rispetto a taluni illeciti e categorie di illeciti*.

A) In via schematica e senza pretesa di completezza si può affermare che alla base dei diversi profili generali dei sistemi punitivi nazionali vi sono molteplici ragioni, distinte anche se spesso tra loro strettamente legate. Si pensi, in particolare, a:

a) ragioni *lato sensu* umanitarie, connesse alle diverse forme di sensibilità "nazionali" in tema di umanità delle pene. Così, ad esempio, sono ragioni di tipo umanitario che in taluni Stati (ma solo in taluni Stati) europei hanno portato all'abolizione di modelli di pena particolarmente afflittivi e/o infamanti, come l'ergastolo (18), la pena detentiva superiore a venti anni (19), la confisca generale dei beni del condannato (20);

b) ragioni "strettamente penalistiche" correlate *sia* ai fini della sanzione di volta in volta privilegiati (21) e ai peculiari profili assunti nei singoli Stati dalle diverse funzioni preventive (22) *sia* alle non coincidenti concezioni nazionali in ordine ai principi di proporzionalità delle pene e di personalità della responsabilità penale. Così, ad esempio, è in nome del principio di risocializzazione che sono stati cancellati in taluni ordinamenti penali l'ergastolo e/o certe forme di interdizione eccessivamente limitative delle potenzialità lavorative del condannato (23); mentre in nome dei principi di proporzionalità, di personalità della responsabilità penale e di individualizzazione della pena da parte del giudice sono state vietate in alcuni Stati le sanzioni previste in misura fissa (24) e quelle quantificate in misura rigidamente proporzionale alla "dimensione concreta del fatto illecito" (25) (pene pecuniarie proporzionali); e ancora, in nome del già ricordato principio di risocializzazione sono state introdotte in singoli ordinamenti penitenziari particolari misure "clemenziali" e "premiali" che possono modificare anche assai profondamente il complessivo livello di afflittività della pena irrogata dal giudice, e che sono

---

(18) Abolito, per esempio, in Spagna e Slovenia.

(19) Vietata, unitamente all'ergastolo, in Portogallo.

(20) Ormai prevista in pochi Paesi, tra i quali la Francia

(21) Deterrenza, prevenzione generale, prevenzione speciale.

(22) Prevenzione generale negativa o positiva, prevenzione speciale intesa, di volta in volta, come emenda morale, rieducazione coatta o spontanea, risocializzazione libera e volontaria.

(23) Così, ad esempio, pene interdittive a carattere molto ampio non esistono in Finlandia, Germania e Svezia.

(24) È il caso, per esempio, dell'Inghilterra.

(25) Si pensi, per tutti, alla Francia, nel cui sistema penale non esistono le pene pecuniarie proporzionali.

ritenute capaci di stimolare il condannato all'autocontrollo e al miglioramento del proprio stile di vita ([26]);

c) ragioni connesse alla stessa struttura dell'ordinamento giuridico. Solo per fare un esempio, è in larga misura ascrivibile al non coincidente rapporto tra potere politico e potere giudiziario il diverso livello di precisione con il quale i legislatori degli Stati dell'Unione indicano la pena prevista per i singoli reati ([27]); così come sono in larga misura ascrivibili alle assai diverse modalità di reclutamento e inquadramento dei magistrati in Inghilterra, Francia e Italia le altrettanto diverse scelte in ordine all'esercizio dell'azione penale (obbligatoria o facoltativa) ovvero in ordine al potere discrezionale (più o meno ampio) ad essi attribuito in questi Stati in tema di commisurazione della pena. Anche la scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative è, in molti casi, condizionata dai caratteri fondamentali dell'ordinamento nazionale ([28]);

d) ragioni di tipo economico e fiscale. Al riguardo, bastino due esempi per tutti: solo in Stati caratterizzati da un numero ridotto di soggetti indigenti come la Germania o i Paesi nordici può essere fatto un uso larghissimo e proficuo della pena pecuniaria in luogo delle pene detentive o interdittive; e solo dove esiste una effettiva trasparenza fiscale ([29]) può trovare utile impiego il modello della pena pecuniaria per tassi giornalieri ([30]);

e) ragioni utilitaristiche di tipo processuale. Si pensi, innanzitutto,

---

([26]) Anche se, come si preciserà in seguito, sempre più spesso il ricorso a misure premiali mira in realtà a favorire la delazione e a sgretolare le associazioni criminali.

([27]) Basti pensare che mentre in taluni Stati come la Germania o l'Italia la pena prevista per ogni singolo reato deve essere specificata nel suo minimo e nel suo massimo, in altri Stati come la Francia il legislatore si limita a indicare l'entità massima della pena applicabile, ovvero, come in Inghilterra, prevede il minimo edittale solo in alcuni casi di recidiva.

([28]) Così, ad esempio, in Francia — ove i reati si distinguono in tre fondamentali categorie (crimini, delitti, contravvenzioni) e ove il principio di riserva di legge è tutt'altro che assoluto — le sanzioni amministrative sono straordinariamente sottoutilizzate e comunque prive di una disciplina generale.

([29]) Come in particolare nei Paesi scandinavi, in Austria e in Germania.

([30]) In base al quale, come si sa, l'entità globale della pena concretamente applicabile è ottenuta dal prodotto di due dati numerici, espressivi rispettivamente della gravità del reato (numero dei tassi) e delle condizioni economiche del reo (ammontare di ciascun tasso). In merito a tale modello di pena cfr., per tutti, BERNARDI, *Note sulla disciplina della pena pecuniaria prevista dallo schema di delega al Governo per l'emanazione di un nuovo codice penale*, in *Annali dell'Università di Ferrara — Scienze Giuridiche*, vol. VI, 1992, p. 115, e bibliografia ivi riportata; DOLCINI, *Pene pecuniarie e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1972, p. 440 ss.; MOLINARI, *La pena pecuniaria, aspetti di diritto italiano e straniero comparati,* Verona, 1983.

all'abitudine esistente in misura assai variabile negli Stati dell'Unione di premiare con sconti di pena sia la volontaria sottoposizione dell'imputato a procedure semplificate sia i comportamenti di "pentimento" (traducentisi spesso in forme di delazione dei concorrenti nel reato) da parte degli imputati coinvolti in fatti di criminalità organizzata (mafia, camorra, terrorismo, ecc.).

B) Passando ora all'esame delle ragioni che sono alla base del trattamento anche profondamente diverso previsto nei sistemi europei in relazione a singole fattispecie e gruppi di fattispecie, è evidente che esso è in larga parte dovuto alle sopra esaminate diversità a carattere generale dei sistemi sanzionatori nazionali. È tuttavia opportuno sottolineare che alla base di tali sperequazioni vi sono anche persistenti differenze d'ordine culturale, particolarmente evidenti in relazione a talune controverse questioni a carattere etico-ideologico, alle quali vengono tuttora date — a seconda del Paese europeo considerato — risposte improntate ad assai variabili livelli di tolleranza. Si pensi, per esempio, alle questioni concernenti la prostituzione (e le relative "attività di contorno" quali l'induzione, l'adescamento, lo sfruttamento), il consumo di stupefacenti, le pratiche connesse all'appartenenza a particolari sette religiose, oltre naturalmente ai problemi di bioetica in tema di aborto, trapianto di organi, eutanasia, fecondazione artificiale ([31]). Non di rado, tuttavia, si rinvengono anche in relazione agli illeciti a carattere economico e fiscale differenze sanzionatorie particolarmente significative, la cui causa va verosimilmente cercata in visioni del mercato di stampo ora liberista ora dirigista, e nella maggiore o minore sensibilità dimostrata dalle forze politiche e sociali rispetto al tema della lealtà e correttezza dei comportamenti in ambito economico. Basti pensare all'indulgenza o viceversa al rigore con cui da uno Stato all'altro dell'Unione vengono trattate le ipotesi di falso in bilancio e di evasione fiscale.

4. *Sull'eventuale persistenza delle attuali differenziazioni di trattamento sanzionatorio all'interno dell'Unione europea.*

Indubbiamente, non tutte le ragioni che sono alla base dei succitati tipi di diversità riscontrabili nelle discipline punitive proprie dei Paesi dell'Unione appaiono destinate a venire meno in tempi brevi.

a) In particolare, per quanto concerne le differenze relative ai profili generali delle discipline sanzionatorie nazionali, nonostante il lento ma progressivo ravvicinamento in atto financo tra i sistemi di *civil law* e *di*

([31]) In merito ai problemi di politica criminale posti in ambito europeo da tali differenze cfr., volendo, BERNARDI, *Europe sans frontières et droit pénal*, in *Rev. sc. crim.*, 2002, p. 1 ss.

common law ([32]), non facilmente superabili appaiono le ragioni connesse alla struttura dei singoli ordinamenti giuridici ([33]). Anche talune ragioni di ordine economico e fiscale ([34]) appaiono correlate a strutture profonde dello Stato non modificabili nell'immediato, nonostante l'attività di indirizzo svolta proprio in ambito economico-fiscale dall'Unione al fine di attenuare le differenze riscontrabili da un Paese membro all'altro. E ancora, le stesse ragioni utilitaristiche di tipo processuale ([35]) dipendono in buona misura da taluni fenomeni criminali che, pur nella loro mutevolezza, potrebbero continuare ad avere per lungo tempo ben diversa rilevanza nei singoli Stati UE ([36]). Infine, almeno con riferimento a taluni Paesi candidati ([37]), persino i concreti sviluppi in essi conferiti ai principi di umanità e di risocializzazione della pena ([38]) potrebbero non convergere in tempi brevi.

b) Per quanto concerne poi le differenze sanzionatorie relative alle singole violazioni e gruppi di violazioni, una parte delle divergenze che determinano il non omogeneo trattamento riservato a taluni comportamenti problematici sul piano etico e sociale potrebbe non esaurirsi rapidamente. Potrebbero, cioè, persistere nel medio periodo le attuali divergenze su scala nazionale in ordine ai beni giuridici di rilievo costituzionale, alle relative gerarchie, al bilanciamento e alle modalità di tutela dei beni in questione.

([32]) In argomento cfr., già *New Perspectives for a Common Law of Europe*, a cura di Cappelletti, Firenze, 1978. Cfr. altresì, più recentemente e per tutti, *The Gradual Convergence. Foreign Ideals, Foreign Influences, and English Law on the Eve of the 21st Century*, a cura di Markesinis, Oxford, 1994; *Neighbours in Law : Are Common Law and Civil Law Moving CloserTtogether? Papers in Honour of Barbara Huber on Her 65th Birthday*, a cura di. Eser, Rab, Freiburg im Breisgau, 2001; GORDLEY, *"Common law" v. "civil law". Una distinzione che va scomparendo?*, in Scritti in onore di R. Sacco, a cura di Cendon, Milano, 1994, p. 559 ss. Cfr. altresì, in prospettiva strettamente penalistica, CADOPPI, *Dallo* judge made law *al* criminal code, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 974; ID., *Towards a European Criminal Code?*, cit., p. 2 ss.; DELMAS-MARTY, *Politique criminelle d'Europe*, in *Towards Universal Law. Trend in National, European and International Lawmaking*, Uppsala, 1995, p. 59 ss.

([33]) Cfr. *supra*, *sub* par. 3, lett. *A)*, *c)*.

([34]) Cfr. *supra*, *sub* par. 3, lett. *A)*, *d)*.

([35]) Cfr. *supra*, *sub* par. 3, lett. *A)*, *e)*.

([36]) I quali, come noto, sono esposti in modo significativamente diverso alle attività illegali della criminalità organizzata su scala locale e alle forme endogene di terrorismo.

([37]) Molti dei quali, peraltro, sono ormai entrati a fare parte dell'Unione a partire dal 1° maggio 2004.

([38]) Cfr. *supra*, *sub* par. 3, lett. *A)*, *a) e b)*.

5. *Sulla possibile attenuazione delle peculiarità nazionali in tema di sanzioni.*

Quanto appena detto in ordine alle ragioni sottese ad una eventuale persistenza di differenze da uno Stato all'altro in merito sia a taluni profili generali della disciplina sanzionatoria sia alle pene previste per le singole violazioni non significa, ovviamente, voler negare o minimizzare i fattori che giustificano una progressiva armonizzazione punitiva. Tanto più che, a fronte di talune ragioni di divergenza destinate forse a permanere, molte altre sembrano destinate ad attenuarsi o addirittura a venir meno.

a) Così, ad esempio, *per quanto concerne le differenze sanzionatorie a carattere generale*, una loro progressiva mitigazione sembra inevitabilmente correlata agli attuali e non di rado evidenti processi di convergenza d'ordine culturale, sociale, politico e financo giuridico favoriti dall'incremento della circolazione di persone e idee, dalla osmosi dei modelli, dalla acquisita consapevolezza della necessità di offrire risposte comuni a problemi comuni. Anche la crescente adesione degli Stati europei alle istanze del movimento internazionale di riforma penale e il vistoso potenziamento dell'attività comparatistica incentivano una graduale convergenza delle posizioni nazionali in relazione ai fini della sanzione, ai fondamentali principi di responsabilità personale e di proporzione, talora persino ai modelli processuali, con conseguente armonizzazione delle scelte sanzionatorie.

b) Per quanto concerne poi le differenze di disciplina punitiva relative a singole fattispecie e le prospettive di una loro attenuazione, sembra opportuno distinguere tra:

fattispecie deputate alla salvaguardia dei beni "comunitari" in senso proprio (emblematiche, in questo senso, le norme penali poste a tutela dell'euro ovvero delle finanze UE), che con ogni probabilità potrebbero addirittura abbisognare di una vera e propria unificazione anche sul piano sanzionatorio;

fattispecie relative a settori normativi di competenza comunitaria, e dunque volte a tutelare beni giuridici di rilievo comune (si pensi, ad esempio, alle fattispecie in materia ambientale, alimentare, di agricoltura, caccia e pesca, ecc.) le quali, per le ragioni che tra poco esporrò, necessitano di intensi processi di armonizzazione delle relative scelte sanzionatorie;

fattispecie relative a illeciti posti in essere dalla criminalità organizzata e transnazionale (traffico di esseri umani, traffico di rifiuti pericolosi o di scorie radioattive, terrorismo, reati informatici, ecc.), i quali postulano anch'essi fenomeni di armonizzazione punitiva;

fattispecie in materia economica, volte a prevenire comportamenti caratterizzati da fenomeni di globalizzazione che favoriscono o addirittura impongono il ravvicinamento delle rispettive discipline punitive nazionali;

fattispecie "tradizionali", rinvenibili in tutti gli Stati in quanto volte alla tutela di beni di rilievo interno universalmente riconosciuti (persona, onore, patrimonio, ecc.), già da tempo soggette a processi di spontanea armonizza-

zione punitiva incentivati dalla consapevolezza di valori ultimi condivisi e da una secolare attività di comparazione fra i sistemi dei paesi dell'Unione;

fattispecie volte a punire fatti particolarmente controversi (aborto, fecondazione artificiale non consentita, eutanasia, consumo di stupefacenti, ecc.), le quali se da un lato tendono a riflettere la cultura maggioritaria in ambito nazionale, dall'altro lato presentano distonie di trattamento sanzionatorio difficilmente conciliabili all'interno di un insieme di Stati ormai privi di frontiere "interne" e almeno formalmente ispirati ai medesimi principi e valori fondamentali ([39]). Fermo restando che le fattispecie in questione sono senz'altro le più problematiche nella prospettiva di una armonizzazione sanzionatoria interstatuale, non sembra da escludere che anche rispetto ad esse il processo di omogeneizzazione socio-culturale in atto a livello europeo possa favorire fenomeni di progressivo ravvicinamento delle risposte punitive.

6. *Le diverse ragioni teoriche e pratiche sottese all'armonizzazione dei sistemi sanzionatori europei.*

Nei due precedenti paragrafi ho avuto modo di sottolineare come sia senz'altro prematuro ipotizzare a breve termine una generalizzata unificazione (e financo una generalizzata, significativa omogeneizzazione) delle discipline sanzionatorie dei Paesi membri dell'Unione europea, a causa della verosimile persistenza nel medio periodo di alcune delle ragioni sottostanti all'attuale differenziazione delle suddette discipline. Ma ho altresì rilevato che non mancano argomenti alla luce dei quali è realistico ipotizzare nel futuro una attenuazione di taluni profili di differenziazione concernenti sia i sistemi sanzionatori nazionali nel loro complesso ([40]) sia le scelte punitive operate nei singoli Stati rispetto a talune fattispecie o gruppi di fattispecie ([41]).

Se dunque, per una pluralità di fattori in precedenza brevemente ricordati, sembra plausibile che quel processo di graduale ravvicinamento dei sistemi sanzionatori nazionali cui oggi assistiamo possa svilupparsi ulteriormente, appare opportuno sottolineare talune ragioni in base alle quali il suddetto processo di ravvicinamento merita di essere favorito, attraverso il ricorso ai più diversi meccanismi (per esempio, attraverso l'adozione di regolamenti CE diretti a ravvicinare, sia pure dettando obblighi alquanto generici di attuazione sanzionatoria, le scelte punitive nazionali ([42]); ovvero

---

([39]) Sul punto cfr., *amplius*, BERNARDI, *Europe sans frontières et droit pénal*, cit., p. 3 ss.

([40]) Cfr. *supra*, *sub* par. 5, lett. *a)*.

([41]) Cfr. *supra*, *sub* par. 5, lett. *b)*.

([42]) Cfr., ad esempio, l'art. 7 del reg. CEE 3842/86 del Consiglio del 1° dicembre

di regolamenti CE a carattere maggiormente vincolante, in quanto capaci di fissare in modo preciso la tipologia (43) o le specifiche finalità (44) delle sanzioni volte a offrire tutela ai precetti da essi introdotti (45); ovvero ancora attraverso il varo di direttive (46) — o raccomandazioni CECA (47) — di mera armonizzazione sanzionatoria (48), o addirittura di vere e proprie direttive

---

1986 "che fissa misure intese a vietare l'immissione in libera pratica di merci contraffatte" (in *GUCE*, L357 del 18 dicembre 1986, p. 3); l'art. 8 del reg. CEE 3677/90 del Consiglio del 13 dicembre 1990 "recante misure intese a scoraggiare la diversione di talune sostanze verso la fabbricazione illecita di stupefacenti o di sostanze psicotrope" (in *GUCE*, L357 del 20 dicembre 1990, p. 4); l'art. 39/3 del reg. CEE 2137/85 del Consiglio del 25 luglio 1985 "relativo all'istituzione di un gruppo europeo di interesse economico (GEIE)" (in *GUCE*, L199 del 31 luglio 1985, p. 9).

(43) Cfr., ad esempio, l'art. 3 del reg. CEE n. 2262/84 "che prevede misure speciali nel settore dell'olio d'oliva" (in *GUCE,* L208 del 3 agosto 1984, p. 11 ss.), il quale impone di sanzionare le infrazioni al regime di aiuto alla produzione con *sanzioni pecuniarie proporzionali* alla "dimensione del fatto illecito".

(44) Per esempio, *la finalità di "privare effettivamente i responsabili del beneficio economico derivante dall'infrazione"*: art. 11 *quater* del reg. CEE n. 3483/88 del Consiglio del 7 novembre 1988 "che modifica il regolamento (CEE) n. 2241/87 che istituisce alcune misure di controllo delle attività di pesca" (in *GUCE*, L306 dell'11 novembre 1988, p. 2 ss.).

(45) Per ulteriori esempi di norme CE di fonte regolamentare contenenti penetranti vincoli alle scelte sanzionatorie nazionali in caso di violazione delle prescrizioni comunitarie cfr., tra gli altri: l'art. 31 del reg. CE 2847/93 del Consiglio del 12 ottobre 1993 "che istituisce un regime di controllo applicabile nell'ambito della politica comune della pesca" (in *GUCE* L261 del 20 ottobre 1993, p. 1 ss.); l'art. 4 del reg. CE 858/94 del Consiglio del 12 aprile 1994 "che istituisce un regime di registrazione statistica relativo al tonno rosso (*Thunnus thynnus*) nella Comunità" (in *GUCE* L99 del 19 aprile 1994, p. 1 ss.).

(46) Destinate in futuro, in base al succitato *Progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa* (cfr., *supra*, *sub* par. 1, nt. 4), a essere denominate "leggi quadro europee".

(47) Cfr., ad esempio, la raccomandazione CECA n.1835/81, la quale all'art. 16 dispone che la violazione degli obblighi ivi previsti relativamente alla pubblicazione dei prezzi e alle condizioni di vendita dell'acciaio sia punita con *sanzioni pecuniare di cui viene stabilito il limite edittale massimo*.

(48) Vale a dire, di direttive volte a obbligare gli Stati a colpire le violazioni delle disposizioni in esse contenute con sanzioni "adeguate" ovvero "proporzionate", "appropriate", "efficaci", "sufficientemente dissuasive": cfr., ad esempio, l'art. 13 della dir. 89/592/CEE del 13 novembre 1989 "sul coordinamento delle normative concernenti le operazioni effettuate da persone in possesso di informazioni privilegiate (*insider trading*)" (in *GUCE*, L334 del 18 novembre 1989, p. 30) ; l'art. 14 dalla dir. del Consiglio 91/308/CEE del 10 giugno 1991 "relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite" (in *GUCE,* L166 del 28 giugno 1991, p. 77); l'art. 16 della dir. 91/477/CEE del Consiglio del 18 giugno 1991 "relativa al controllo dell'acquisizione e della detenzione di armi" (in *GUCE* L256 del 13 settembre 1991, p. 55); l'art. 8 della dir. 92/109/CEE del Consiglio

d'armonizzazione penale ([49]); e ancora, attraverso il ricorso a quegli atti previsti dal terzo pilastro del Trattato sull'Unione europea — le c.d. "decisioni quadro" ([50]) — capaci non solo di imporre agli Stati di considerare reati taluni comportamenti indicati negli atti in questione ([51]), ma financo di dettare indicazioni in ordine al tipo e all'entità delle sanzioni applicabili ai suddetti

---

del 14 dicembre 1992 "relativa alla fabbricazione e all'immissione in commercio di talune sostanze impiegate nella fabbricazione illecita di stupefacenti o di sostanze psicotrope" (in *GUCE*, L370 del 19 dicembre 1992, p. 79).

([49]) Peraltro, sino ad oggi, mai adottate per il fermo dissenso del Consiglio. Cfr., ad esempio, la "Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla tutela penale degli interessi finanziari della Comunità", COM (2001) 272, in *GUCE* C 240 E del 28 agosto 2001 pag. 125 ss.; nonché la "Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale", COM (2001) 139 def., in *GUCE* C 180 E del 26 giugno 2001, pag. 238. Per un esame di taluni ulteriori progetti di direttive contenenti norme a carattere esplicitamente penale poi abortite cfr. DUTOIT, *Droit pènal et Union Européenne: un mariage difficile,* in *Le droit pénal et ses liens avec les autres branches du droit. Mélanges en l'honneur du Professor Jean Gauthier*, Berna, 1996, p. 266. L'ipotesi di una proposta legislativa europea finalizzata a una generalizzata armonizzazione delle discipline sanzionatorie nazionali all'interno dell'Unione è espressamente evocata dal *Libro verde sul ravvicinamento, il reciproco riconoscimento e l'esecuzione delle sanzioni penali nell'Unione* europea, COM(2004)334 definitivo, p. 2. Da ultimo, quando il presente lavoro era già in bozza, la Corte di giustizia ha espressamente ammesso il ricorso a direttive d'armonizzazione penale (sent. 13 settembre 2005, causa C - 176/03, Commissione e Consiglio).

([50]) Le decisioni quadro — così ribattezzate dal Trattato di Amsterdam, ma originariamente denominate "azioni comuni" dal Trattato di Maastricht che le aveva per la prima volta introdotte nel sistema delle fonti "europee" — sono strumenti normativi particolarmente agili e duttili, caratterizzati da un notevole equilibrio tra il metodo della cooperazione intergovernativa e il metodo comunitario. Gli strumenti in questione risultano per molti aspetti simili alle direttive, pur essendo meno "impegnativi" di queste ultime, in quanto innanzitutto privi di efficacia diretta ed inoltre in linea di principio non supportati dalle procedure di inadempimento previste agli artt. 226 ss.del Trattato CE. Più precisamente, in base all'art. 34.2 lett. *b)* TUE, "Le decisioni-quadro sono vincolanti per gli Stati membri quanto ai risultati da ottenere, salva restando la competenza delle autorità nazionali quanto alla forma e ai mezzi"; mentre in base all'art. 35.1 TUE "La Corte di giustizia è competente a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla validità e sull'interpretazione delle decisioni-quadro" (sempre che, beninteso, ai sensi dell'art. 35.2 TUE, i singoli Stati membri abbiano accettato tale competenza.

([51]) Cfr., ad esempio, l'art. 3 della decisione quadro del 29 maggio 2000 "Relativa al rafforzamento della tutela per mezzo di sanzioni penali e altre sanzioni contro la falsificazione di monete in relazione all'introduzione dell'euro", in *GUCE* L140 del 14 giugno 2000, p. 1 ss., modificata dalla decisione quadro del Consiglio del 6 dicembre 2001, in *GUCE* L329 del 14 dicembre 2001, p. 1 ss.; nonché gli artt. 2, 3 e 4 della decisione quadro del 28 maggio 2001 "Relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti", in *GUCE* L149 del 2 giugno 2001, p. 1 ss.

comportamenti ([52]); infine, in ideale continuità con i già ricordati sviluppi interpretativi del principio di proporzione in materia di sanzioni da parte della Corte di giustizia ([53]), attraverso una ulteriore "implementazione" di questo principio, del resto già adombrata da due decisioni della Corte volte ad ammettere veri e propri obblighi di incriminazione a carico degli Stati UE ([54])).

Orbene, in merito alle ragioni sottese ad un progressivo ravvicinamento dei sistemi sanzionatori nazionali, esigenze d'ordine metodologico inducono a distinguere tra:

ragioni a carattere strettamente giuridico;
ragioni d'ordine simbolico;
ragioni di tipo pratico.

7. *Le ragioni a carattere giuridico.*

Le ragioni d'ordine giuridico correlate ad un potenziamento del processo di armonizzazione sanzionatoria interstatuale potrebbero riassumersi nell'esigenza di migliorare ulteriormente la crescita della reciproca fiducia tra i sistemi nazionali; crescita grazie alla quale è possibile ipotizzare un rafforzamento delle variegate forme di interrelazione instaurabili tra tali sistemi nel campo della giustizia penale. Come è intuitivo, infatti, solo laddove le scelte punitive effettuate in un dato Paese UE risultino in totale o almeno parziale sintonia con quelle presumibilmente adottate per casi analoghi negli altri Paesi dell'Unione — e dunque siano intimamente condivise o comunque tollerate dai relativi organi giudiziari — potrà consolidarsi un clima di affidamento reciproco capace di favorire strettissimi nessi tra i diversi ordinamenti.

A loro volta questi nessi potranno operare in una pluralità di prospettive e in particolare:

A) favorendo il mutuo riconoscimento delle sentenze ([55]), *in vista dell'applicazione di taluni effetti penali delle stesse*;

([52]) In genere, limitatamente alla pena principale a carattere detentivo, le decisioni quadro tendono ad indicare il limite minimo di pena ammesso in relazione al massimo edittale: cfr., ad esempio, l'art. 6 della suddetta decisione quadro del 29 maggio 2000 (v. *supra*, *sub* nt. 51).

([53]) Cfr. *supra*, *sub* par. 1, nt. 9.

([54]) Cfr. ord. 13 luglio 1990, causa C2/88 (*Zwartveld*), in *Racc.*, 1990, p. 3365 ss.; sent. 28 gennaio 1999, C-77/97, (*Oesterreichische Unilever GmbH e Smithkline Beecham Markenartikel GmbH*), in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 447, con nota di RIONDATO.

([55]) Mutuo riconoscimento considerato, già dal Consiglio europeo di Tampere del 1999 "il fondamento della cooperazione giudiziaria nell'Unione" (punti 33 ss).

B) prevenendo la violazione del principio del ne bis in idem, il cui mancato rispetto favorisce, come si sa, l'applicazione in relazione allo stesso illecito di pene sproporzionate per eccesso;

C) agevolando la cooperazione penale nelle sue diverse forme.

A) Poche parole in merito ai positivi effetti potenzialmente prodotti dall'armonizzazione sanzionatoria sul riconoscimento delle sentenze penali pronunciate all'estero in vista dell'applicazione di taluni "effetti penali" quali la recidiva e la capacità a delinquere valutata ai fini della commisurazione della pena da parte del giudice.

È chiaro che solo se nei diversi Stati vi è uniformità di vedute in ordine alla natura penale ovvero amministrativa di un dato illecito, le decisioni prese dall'autorità giudicante straniera possono incidere sulle decisioni adottate, per fatti analoghi, dall'autorità giudicante nazionale. Così, per esempio, il giudice di uno Stato dell'Unione europea che volesse applicare l'istituto della recidiva all'autore di due episodi di falso in bilancio uno dei quali realizzato in Italia, sarebbe impedito a farlo nel caso in cui il falso in bilancio realizzato in Italia rientrasse tra le ipotesi di recente depenalizzate dal legislatore italiano ([56]), e dunque ivi sottratte all'eventualità di una condanna penale.

Per converso, posto che in taluni Stati (per esempio, in Italia) nell'ambito del suo potere discrezionale nell'applicazione della pena il giudice deve tener conto dei precedenti penali e giudiziari del reo, nonché della sua condotta e della sua vita antecedenti al reato ([57]), tale giudizio non dovrebbe in linea di massima essere influenzato né da fatti realizzati all'estero e ivi penalmente rilevanti, nel caso in cui questi fatti non costituiscano reato in Italia, né da comportamenti realizzati all'estero e ivi considerati leciti, nel caso in cui essi costituiscano reato in Italia.

B) Su un diverso ma parallelo piano, merita di essere sottolineato come un processo di penetrante armonizzazione sanzionatoria (in relazione sia alle pene previste in via generale nei singoli sistemi punitivi nazionali, sia soprattutto alle pene concretamente applicate ed eseguite in relazione ai medesimi comportamenti) ([58]) favorisce da più punti di vista l'applicazione

---

([56]) Ai sensi del d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, "Disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali, a norma dell'art. 11 della legge 3 ottobre 2001, n. 366".

([57]) Cfr. art.133 comma 2 c.p.

([58]) In tale prospettiva di armonizzazione sanzionatoria, merita di essere sottolineato che l'obbligo per gli Stati membri (non solo di *prevedere in astratto*, ma) di *applicare in concreto* sanzioni proporzionate alla gravità del fatto commesso è stato affermato dalla stessa Corte di giustizia. Cfr. sent. 9 dicembre 1997, in *Racc.*, 1997, p. I- 6959 ss., in particolare punti 48 ss., laddove si precisa l'obbligo di applicare effettivamente sanzioni penali in relazione ad atti di violenza commessi su mezzi destinati a trasportare prodotti agricoli di un altro Stato membro per impedire la libertà degli scambi intracomunitari sancita dall'art. 28 Trattato CE.

internazionale del principio del *ne bis in idem*, o quantomeno il rispetto del generalissimo principio di proporzione.

a) In primo luogo, come puntualmente specificato da una attenta dottrina ([59]), l'innalzamento del livello di reciproca fiducia e di reciproco consenso prodotto dalla consapevolezza dell'elevato grado di omogeneità delle rispettive scelte sanzionatorie, costituisce un importante presupposto per indurre gli Stati a sottoscrivere l'applicazione del principio del *ne bis in idem* non solo all'interno del loro sistema giuridico, ma anche nei rapporti con gli altri sistemi, vale a dire in relazione a una pluralità di decisioni prese da autorità giudicanti appartenenti a più Paesi.

b) In secondo luogo, anche a prescindere dal rapporto virtuoso esistente tra incremento del livello di fiducia reciproca e accoglimento del principio del *ne bis in idem*, è pacifico che — come l'esperienza maturata all'interno dei singoli sistemi sanzionatori nazionali insegna — anche su scala internazionale l'applicazione del principio del *ne bis in idem* risulta assai più facile nel caso in cui tale principio sia chiamato ad operare in relazione a una pluralità di sanzioni appartenenti al medesimo sottosistema punitivo (penale, amministrativo, disciplinare, civile). Ciò avviene, come si sa, per molteplici ragioni. In questa sede basterà ricordare come talora si tenda ad attribuire alle sanzioni penali e a quelle amministrative funzioni diverse e complementari, che giustificherebbero la deroga al principio del *ne bis in idem*. In questo senso, l'applicazione di tale principio risulterebbe senz'altro favorita da un processo di ravvicinamento delle risposte punitive tale da attribuire allo stesso fatto, nei diversi sistemi europei, quantomeno una analoga natura (penale, amministrativa, privata).

c) In terzo luogo, non sono da sottovalutare taluni risvolti di tipo per così dire "contabile" connessi all'armonizzazione punitiva e volti a favorire l'applicazione non solo del principio del *ne bis in idem*, ma anche del c.d. principio di deduzione (*Anrechnungsprinzip*) ([60]), strettamente correlato al

---

([59]) SPINELLIS, *Issues for discussion,* in *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, cit., p. 447.

([60]) In base a tale principio, tra l'altro già da tempo affermato della Corte di giustizia (cfr. sent. 13 febbraio 1969, causa 14/68 (*Wilhelm*), in *Racc.*, 1969, p. 16; sent. 14 dicembre 1972, causa 7/72 (*Boehringer*), in *Racc.*, 1972, p. 1289), al momento della commisurazione della risposta punitiva si dovrà tenere conto delle ulteriori sanzioni eventualmente già applicate per il medesimo fatto, onde evitare che il complessivo trattamento sanzionatorio previsto per un singolo fatto illecito risulti troppo severo. In relazione all'*Anrechnungsprinzip* (che, come si vedrà, costituisce una specifica espressione del principio di proporzionalità) cfr., per tutti e limitatamente al sistema sanzionatorio comunitario, BERNARDI, *Profili di incidenza del diritto comunitario sul diritto penale agroalimentare*, in *Annali dell'Università di Ferrara — Scienze giuridiche*, vol. XI, 1997, p. 174 ss.; BÖSE, *Strafen und Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1996, pp. 171 ss., 385 ss.; GRASSO, *Nuove*

primo nella prospettiva del perseguimento di un superiore ideale di proporzione punitiva. Infatti, come precisato da una parte della dottrina (61), può accadere che, a causa della diversità delle risposte sanzionatorie previste nei diversi Stati, non si voglia far ricorso al principio del *ne bis in idem*, e ci si accontenti — laddove si debba punire un fatto già sanzionato in base all'ordinamento di un altro Stato — di applicare il principio della deduzione delle misure punitive ivi irrogate. Tuttavia, anche questo procedimento di detrazione delle pene irrogate dalle pene irrogande risulta ostacolato dall'assenza di un sia pur minimo livello di armonizzazione "qualitativa" tra le pene applicate nell'ambito di due diversi sistemi nazionali. In effetti, nel caso in cui le pene applicate siano eterogenee non solo per entità ma anche per tipo (per esempio, pene detentive in uno Stato e pene interdittive nell'altro) o addirittura per natura (penale o amministrativa o ancora privata), può risultare concretamente assai ostico realizzare l'auspicata detrazione (62). In definitiva, quindi, l'armonizzazione punitiva si rivela utile non solo per evitare il rischio di una duplicazione della pena per lo stesso fatto, ma anche, in subordine, per agevolare quelle forme di "contabilità punitiva" in assenza delle quali ogni possibilità di proporzione ed equità della pena applicata risulta esclusa in radice.

C) Infine, per quanto attiene all'incidenza dell'armonizzazione sanzionatoria sulla cooperazione penale, merita di essere sottolineato come tale armonizzazione faciliti la cooperazione in tutte le sue diverse forme (63),

---

prospettive in tema di sanzioni amministrative comunitarie, in *Riv. it. dir. pubbl. com.,* 1994, p. 870 ss.; HEITZER, *Punitive Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Heidelberg, 1997, p. 170 ss.; KOVAR, *L'incidence du droit communautaire de la concurrence sur le droit pénal des Etats membres*, in *Droit communautaire et droit pénal*, Milano, 1981, p. 143; STUYCK, DENYS, *Les sanctions communautaires*, in *La justice pénale et l'Europe*, a cura di Tulkens, Bosly, Bruxelles, 1996, p. 452.

(61) Cfr. SPINELLIS, *Issues for discussion,* cit, p. 447 ss.

(62) Un'eco della problematicità di tale detrazione può cogliersi nella disciplina italiana della conversione delle pene pecuniarie, e nelle questioni di legittimità costituzionale connesse alla suddetta disciplina. Sul punto cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, BERNARDI, *Commento all' art. 136,* in *Le fonti del diritto italiano — Codice penale,* a cura di Padovani, Milano, 2000, p. 730 ss.

(63) Tra gli altri, sottolineano l'incidenza dei processi di armonizzazione penale sui livelli di cooperazione, in particolare, *Motivazione. Verso una repressione più giusta, più semplice e più efficace*, in *Verso uno spazio giudiziario europeo*, Milano, 1997, p. 42 ss. Cfr. altresì, per tutti e con varietà di accenti, BERNARDI, *Il diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 489 ss.; BERNASCONI, *Nuovi strumenti giudiziari contro la criminalità economica internazionale*, Napoli, 1995, p. 405 ss.; LABAYLE, *La coopération européenne en matière de justice et d'affaires intérieures et la Conférence intergouvernementale*, cit., p. 1 ss., e bibliografia ivi riportata; PRADEL, *La mondialisation du droit pénal. Enjeux et perspectives*, in *Revue juridique Thémis*, 2001, p. 246-247; SALAZAR, *La cooperazione giudiziaria in materia penale*, in *Giustizia e affari interni nell'Unione europea. Il terzo pilastro del*

vale a dire nel caso in cui essa venga realizzata sia nel quadro dell'attività di polizia (Interpol), sia da parte degli organi giudiziari a fini processuali (si pensi, innanzitutto, alle rogatorie internazionali), sia infine nell'ambito dell'attività di trasferimento dei condannati dopo una sentenza passata in giudicato.

In particolare, con riferimento all'attività di cooperazione da parte degli organi di polizia stranieri, è intuibile che tale attività sarà tanto più intensa quanto più gli organi in questione vengano chiamati a collaborare in relazione a fatti da essi giudicati biasimevoli e in particolare elevati nel loro Paese a reato.

Considerazioni sostanzialmente analoghe possono farsi in relazione alla cooperazione da parte degli organi giudiziari, la quale risulta largamente condizionata dalla valutazione del disvalore complessivo ricoperto dal fatto nel Paese cooperante e dalla "intima condivisione" delle conseguenze punitive poste a carico del suo autore.

Infine, per quanto riguarda il tema dell'estradizione, è evidente come un aumento della reciproca fiducia conseguente al processo di armonizzazione sanzionatoria costituirebbe una ottima medicina per poter superare gli stretti vincoli in tema di estradizione posti dalla Convenzione del 1957. Più precisamente, in tal modo sarebbe facilitata l'attivazione delle Convenzioni del 1995 e 1996, la cui efficacia al 3 luglio 2002 risulta paralizzata dalle mancate ratifiche di Italia e Francia ([64]); ovvero sarebbe facilitato il passaggio a sistemi di estradizione supersemplificata (del tipo di quella conclusa tra Italia e Spagna il 28 novembre 2000) ([65]); infine e più radicalmente, sarebbe resa più agevole la transizione *tout-court* da un sistema estradizionale fondato sulla cooperazione ad un vero e proprio spazio di giustizia comune basato sul mutuo riconoscimento, dunque su forme automatiche di consegna in via giurisdizionale che prescindano da ogni controllo politico, secondo quanto previsto dal meccanismo estradizionale elaborato dalla decisione quadro entrata in vigore il 2 agosto 2002 ([66]).

8. *Le ragioni a sfondo simbolico.*

Trattato di Maastricht, cit., in particolare p. 152 ss.

([64]) E, limitatamente alla Convenzione del 1995, anche dalla mancata ratifica del Belgio.

([65]) Confronta, al riguardo, SALAZAR, Il mandato d'arresto europeo: un primo passo verso il mutuo riconoscimento delle decisioni penali, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p.1042.

([66]) Decisione quadro del Consiglio dell'Unione europea 13 Giugno 2002, n.2002/584/GAI, "relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri", in *GUCE* L 190 del 18 luglio 2002.

Passando ora all'analisi delle ragioni a sfondo per così dire "simbolico" sottese all'armonizzazione dei sistemi sanzionatori, sembra possibile in prima approssimazione distinguere tre ragioni di tipo diverso anche se tra loro strettamente connesse:

a) la prima ragione risiede nel fatto che un processo di ravvicinamento delle risposte punitive all'interno degli Stati dell'Unione potrebbe esprimere un ideale di *equità punitiva*, eliminando in radice quelle discrasie sanzionatorie che rinnegano i principi comunitari di eguaglianza e non discriminazione;

b) la seconda ragione consiste nel fatto che, come è stato acutamente osservato, "Le disparità delle soluzioni [sanzionatorie] previste dalle diverse legislazioni penali possono (...) distruggere il sentimento di appartenenza all'Europa in quanto insieme politico, giuridico e culturale" ([67]). In questo senso, almeno in relazione a quei comportamenti connotati da un disvalore tendenzialmente omogeneo all'interno degli Stati membri — ma paradossalmente talora puniti con misure sensibilmente diverse per una molteplicità di ragioni spesso accidentali e dunque difficilmente spiegabili in chiave razionale — sarebbe quanto mai opportuno potenziare un complessivo processo di armonizzazione sanzionatoria che rifletta tale omogeneo sentire e che riaffermi l'esistenza di quello "spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia" solennemente previsto all'art. 29 del Trattato sull'Unione europea;

c) la terza ragione, per molti aspetti speculare alla seconda, è che — tenuto conto del naturale rapporto sinallagmatico esistente tra gravità dell'illecito e entità della sanzione — la previsione, per un medesimo fatto, di pene diverse da uno Stato all'altro per natura, tipo ed entità tende ad incrinare ogni omogeneità di disvalore eventualmente avvertita dai cittadini dell'Unione per il fatto in questione. Come intuibile, tale stato di cose — oltre ad avere pesanti ricadute negative sugli stessi profili funzionali della pena ([68]) — ostacola l'emersione di quel "retaggio culturale comune" che in base all'art. 151 Trattato CE costituisce uno dei traguardi che la Comunità si è posta.

9. *Le ragioni di ordine pratico.*

Per quanto concerne, infine, le ragioni di ordine pratico sottese ad un potenziato processo di armonizzazione sanzionatoria, basterà in questa sede ricordare che il permanere di scelte punitive talora vistosamente distoniche

---

([67]) TSITSOURA, *Faut-il un droit pénal européen?*, In *Pouvoirs*, 1990, n. 55, p. 139. Analogamente, e questa volta in una prospettiva di unificazione, totale o parziale, del diritto penale, QUINTERO OLIVARES, *Los modelos de unificación de la justicia penal para Europa*, p. 1 del testo dattiloscritto presentato il 18 settembre 1998 al Convegno di Toledo in tema di *Perspectivas de Unificación del Derecho Penal en la Unión Europea.*

([68]) Cfr. *infra*, *sub* par. 9, lett. *e)* e *f)*.

da uno Stato all'altro porta con sé tutta una serie di conseguenze negative, e in particolare:

a) implica la creazione di veri e propri "paradisi criminali" ([69]), favorendo quantomeno in relazione agli illeciti razionalmente realizzati per fini di utilità personale ([70]), una loro concentrazione nei Paesi che prevedono risposte sanzionatorie inadeguate per difetto;

b) sempre con riferimento agli illeciti realizzati con finalità di lucro, altera le condizioni di mercato, determinando la variazione del cosiddetto "costo del delitto" ([71]): vale a dire la variazione del rischio — il più delle volte non troppo difficilmente preventivabile — di subire una pena che tende a controbilanciare il vantaggio economico derivante dalla realizzazione dell'illecito. Questo rischio, come è noto, può essere adeguatamente neutralizzato solo aumentando il prezzo del prodotto in rapporto all'entità del rischio-pena, ovvero tenendo quei comportamenti legalmente conformi che comportano anch'essi un aumento del prezzo del prodotto, con conseguente pregiudizio per quanti, nella loro qualità di operatori economici, subiscano la concorrenza da parte di soggetti operanti all'interno di Stati che consentono un rischio-pena particolarmente basso;

([69]) Cfr. ad esempio, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996, p. 142; SEVENSTER, *Criminal Law and EC Law*, in *Common Market Law Review,* 1992, p. 30.

([70]) Si pensi, ad esempio, agli illeciti in materia alimentare, ambientale, societaria: in definitiva, a quasi tutti i reati in materia economica.

([71]) Cfr., in particolare, DE KEERSMAEKER, Relazione sulla correlazione fra il diritto comunitario e il diritto penale (Parlamento europeo, Documenti di seduta, 1976-1977, doc. 531/76, 2 febbraio 1977), in *Riv. dir. eur.*, 1977, p. 204; *Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sul ruolo delle sanzioni per l'attuazione della legislazione comunitaria nell'ambito del mercato interno* (Bruxelles, 3 maggio 1995, COM. (95) 162 def.), p. 2 del testo dattiloscritto. Cfr., altresì, DANNECKER, *Armonizzazione del diritto penale all'interno della Comunità europea*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, p. 994; DE ANGELIS, *La protezione giuridica degli interessi finanziari della Comunità Europea: evoluzione e prospettive*, in *Prospettive di un diritto penale europeo*, Milano, 1998, p. 40; DELMAS-MARTY, *Droit pénal des affaires,* vol. I, Paris, 1990, p. 39-40; GRASSO, *Prospettive di uno "Spazio giudiziario europeo",* in *Indice pen.*, 1996, p. 114; LAFARGE, GENDREL, *Le droit pénal communautaire du travail, vue de l'esprit ou réalité juridique?*, in *Mélanges offérts a G. Levasseur*, Paris, 1992, p. 153; MANACORDA, *L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale,* in *Foro it.*, 1995, IV, c. 61; NUVOLONE, *Il diritto comparato quale mezzo di ricerca nell'ambito della politica criminale,* in *Indice pen.*, 1980, p. 5 ss.; PEDRAZZI, *Il ravvicinamento delle legislazioni penali nell'ambito della Comunità economica europea,* in *Indice pen.*, 1967, p. 334 ss.; SGUBBI, voce *Diritto penale comunitario, ,* in *Dig. disc. pen.,* vol. IV, 1990, p. 101; SEVENSTER, *Criminal Law and EC Law,* cit., p. 65 ss.; TIEDEMANN, *La tutela penale degli interessi finanziari della Comunità europea,* in *Riv. trim. dir. pen. econ.,* 1991, p. 529.

c) implica forme di diseguaglianza nella tutela dei cittadini dell'Unione europea (72): per esempio, uno Stato che applicasse pene particolarmente lievi ai reati in materia di inquinamento del suolo, e dunque non disincentivasse sufficientemente tali comportamenti, esporrebbe i propri cittadini a rischi per la loro salute assai maggiori di quelli cui risulterebbe esposto il cittadino di un altro Stato dell'Unione caratterizzato da una politica ambientale più rigorosa;

d) per converso, stante la naturale "espansività" al di là delle frontiere nazionali degli effetti propri di certe topologie di illeciti (si pensi ad esempio, a taluni illeciti ambientali di estrema gravità (73), ai reati alimentari (74), ai

---

(72) Cfr. già BRICOLA, *Alcune osservazioni in materia di tutela penale degli interessi delle Comunità europee,* in *Prospettive per un diritto penale europeo*, Padova, 1968, p. 215. Cfr. altresì, da ultimo e per tutti, HAGUENAU, *L'application effective du droit communautaire en droit interne*, Bruxelles, 1995, p. 542 ss.; HENNAU-HUBLET, *Les sanctions en droit communautaire: réflexions d'un pénaliste*, in *La justice pénale et l'Europe*, cit., p. 502; HUYBRECHTS, *Droits de l'homme et harmonisation des sanctions communautaires*, ivi, pp. 507-508.

(73) Le maree nere (in merito alle quali cfr., ad esempio, IVALDI, *Inquinamento marino e regole internazionali di responsabilità*, Padova, 1996), la nube radioattiva di Chernobyl (cfr. FOIS, *Riflessioni sulla politica ambientale dopo Chernobyl,* in *L'ambiente e la sua protezione,* cit., p. 175 ss.), i fatti di inquinamento delle acque e del suolo tedesco e olandese ad opera delle scorie tossiche disciolte negli affluenti svizzeri e francesi del Reno, ovvero delle acque e del suolo scandinavi ad opera delle piogge acide di origine mitteleuropea (cfr., in argomento, *Conferenza internazionale Atmosfera, clima e uomo: la società di fronte ai problemi dell'effetto serra, dell'ozono, delle piogge acide*, Torino, 1989; DRAAIJERS, *The Variability of atmospheric Deposition to Forests: the Effects of canopy Structure and forest Edges*, Utrecht, 1993), la diminuita pescosità dei mari, anche nei pressi delle coste nazionali, a causa del mancato rispetto da parte dei paesi limitrofi e non delle norme per la conservazione delle risorse ittiche (cfr., per tutti, LEANZA, *Il nuovo diritto del mare e la sua applicazione nel Mediterraneo*, cit., pp. 326 ss. e 422 ss., e bibliografia ivi riportata; nonché da ultimo GESTRI, *La gestione delle risorse naturali d'interesse generale per la Comunità internazionale*, cit., p. 173 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici): ecco alcuni degli infiniti esempi che possono essere portati a sostegno della opportunità di una strategia anticriminale unitaria nel settore ecologico, e in subordine di un generale ravvicinamento dei sistemi sanzionatori nazionali posti a tutela dell'ambiente.

(74) A questo proposito, si può dire che nel settore alimentare si manifesta in modo inevitabile e naturale un fenomeno per certi aspetti analogo a quello riscontrabile nel settore ambientale, specie dopo il venir meno nel 1992 dei controlli alle frontiere intracomunitarie per i prodotti importati: il livello di salvaguardia della salute collettiva offerto dai singoli Stati dell'Unione europea attraverso la loro normativa (sanzionatoria) in tema di alimenti condiziona il livello di salvaguardia raggiungibile nei restanti Stati membri. Tale fenomeno risulta facilmente comprensibile qualora si consideri che le eventuali carenze di tutela in materia alimentare riscontrabili in taluni Paesi del mercato unico, comportando negli altri Paesi CE un aumento del rischio di importare prodotti nocivi per la salute umana, vanificano in

reati informatici ([75]), ecc.), rischia di vanificare gli effetti di regola derivanti sul piano preventivo da scelte sanzionatorie nazionali ben ponderate; scelte le quali, invero, difficilmente potrebbero condizionare i comportamenti di quei soggetti che, agendo all'interno del territorio di Stati meno attenti a prevenire e reprimere tali forme di illegalità, vengono a ledere beni giuridici primari, o comunque di rilievo costituzionale, ([76]) di soggetti residenti altrove;

e) ostacola la previsione, da parte degli operatori internazionali (così come, più in generale, di ogni cittadino all'estero) delle conseguenze punitive connesse ai loro comportamenti; previsione che, in effetti, può risultare particolarmente difficile ove gli Stati membri mantengano le attuali, talora assai vistose, differenze in materia di sanzioni ([77]), e che viceversa viene intuitivamente facilitata all'interno di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia caratterizzato da una tendenziale omogeneità delle risposte punitive;

f) sul versante delle funzioni della pena, poi, tende a proiettare un'ombra di sospetto sulle stesse risposte punitive assicurate dai singoli Stati favorendo, a seconda dei casi, la sensazione di una loro inadeguatezza per difetto o per eccesso. A sua volta, questo sentimento di sospetto comporta inevitabilmente una perdita di efficacia della pena in prospettiva di "prevenzione generale positiva" ([78]) (che, come noto, si ha quando l'entità della pena, per la sua evidente sproporzione rispetto al fatto commesso, produce nei cittadini — colpevoli, vittime, terzi estranei — un senso di ribellione nei confronti della legge, favorendo forme di vendetta privata ovvero, all'opposto, trasformando l'autore dell'illecito in una vittima della società e del sistema punitivo che essa si è data;

g) sempre in relazione alle funzioni della pena, tende a vanificarne la

---

larga misura gli sforzi degli organi legislativi, amministrativi e giudiziari nazionali volti alla prevenzione degli illeciti alimentari.

([75]) I quali, come ben si sa, "avvengono in una dimensione spaziale del tutto particolare, difficilmente commensurabile con lo spazio fisico reale" PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, Napoli, 2004, p. 211, cui si rimanda per ulteriori riferimenti bibliografici sul punto.

([76]) Quali, in particolare, la salute, la vita, la riservatezza, il patrimonio.

([77]) Cfr., ad esempio, *Criminalité des affaires et Marché commun*, Paris, 1982, a cura di Delmas-Marty, pp. 153 ss. e 168 s.; HENNAU-HUBLET, *Les sanctions en droit communautaire: réflexions d'un pénaliste*, cit., p. 498 ss.; SIEBER, *Unificazione europea e diritto penale europeo,* in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1991, p. 983.

([78]) Vale a dire la funzione di orientamento dei consociati e di rafforzamento del sistema di valori protetto. Cfr., per tutti e con varietà di accenti, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2001, p. 662 ss.; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, p. 677 ss., e bibliografia ivi riportata; PALAZZO, *Introduzione ai principi di diritto penale*, Torino, 1999, p. 44 ss.

funzione risocializzativa ([79]). Ciò è facilmente comprensibile ove si consideri quanto sia difficile, all'interno di una Unione retta da valori comuni, giustificare l'applicazione in taluni Stati membri di sanzioni penali concepite per scopi eminentemente rieducativo-risocializzativi in relazione a fatti consentiti in altri Stati dell'Unione ovvero in questi ultimi sanzionati in via amministrativa (dunque con misure non finalizzate alla risocializzazione del reo), ovvero ancora ivi colpiti con sanzioni penali a contenuto meramente pecuniario (tendenzialmente carenti, come si sa, di effetti rieducativo-risocializzativi).

10. *Considerazioni conclusive.*

Dopo aver brevemente passato in rassegna le attuali diversità rinvenibili tra le discipline sanzionatorie proprie dei singoli Stati UE, nell'ultima parte di questo intervento ho cercato di sottolineare le ragioni (giuridiche, simboliche, pratiche) ([80]) per le quali si rivelerebbe opportuno porre mano, quantomeno in ambito europeo ([81]), a un articolato processo di

---

([79]) Cfr. BERNARDI, *Il diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo*, cit., p. 502, nt. 67.

([80]) Naturalmente, l'aver scelto di distinguere tra ragioni d'ordine giuridico, simbolico e pratico non impedisce di cogliere gli strettissimi nessi esistenti tra di esse, e financo di ammettere l'opinabilità dei criteri di selezione operati. Così, ad esempio, le ragioni consistenti nel facilitare le diverse forme di cooperazione penale (cfr. *supra*, *sub* par. 7, lett. *C*) potrebbero essere forse considerate a carattere non tanto giuridico, quanto piuttosto pratico. Per contro, le ragioni sottese a un ideale d'equità incentrato sul rispetto dei principi comunitari di uguaglianza e non discriminazione (cfr. *supra*, *sub* par. 8, lett. *a*) potrebbero da taluno essere fatte rientrare tra le ragioni d'ordine giuridico anziché simbolico. Ancora, profili preponderantemente giuridici potrebbero forse essere attribuiti alle ragioni — qui collocate tra quelle di tipo pratico — consistenti nel voler eliminare i diversi livelli di tutela dei cittadini dell'Unione (cfr. *supra*, *sub* par. 9, lett. *c*) o nel voler rendere maggiormente prevedibili le conseguenze sanzionatorie per i fatti illeciti commessi fuori del proprio Stato ma all'interno dell'Unione (cfr. *supra*, *sub* par. 9, lett. *e*).

È verosimile ritenere che nel fatto di privilegiare, volta a volta, il carattere giuridico, simbolico o pratico delle molteplici ragioni d'armonizzazione sanzionatoria in precedenza ricordate possa avere un ruolo non secondario la peculiare cultura giuridica del Paese di appartenenza. In particolare, nei Paesi di *civil law* potrebbe porsi l'accento sul profilo giuridico di tali ragioni, coerentemente con una concezione del diritto tesa a valorizzare le esigenze della logica formale rispetto a quelle d'ordine pratico. Per converso, nei Paesi di *common law*, ove vengono prioritariamente avvertite le concrete istanze della *consistency*, la maggior parte delle summenzionate ragioni potrebbe essere fatta rientrare tra quelle di tipo pratico.

([81]) In effetti, molte delle sopraccitate ragioni sottostanti all'armonizzazione

armonizzazione delle scelte sanzionatorie. Processo, questo, che da un lato dovrebbe implicare una certa qual crescita dei momenti di convergenza tra i Paesi dell'Unione in merito alle tipologie di pene utilizzabili (82), ai modelli processuali (83) e a taluni principi e istituti di parte generale (84), dall'altro lato dovrebbe presentare livelli differenziati di intensità a seconda delle categorie di fattispecie astratte coinvolte (85).

Da tutto ciò si deduce l'estrema complessità di una attività riformistica diretta a perseguire, con coerenza e razionalità, il ravvicinamento delle risposte punitive derivanti in concreto dalla commissione di un dato illecito. Complessità che appare ancora più evidente ove si consideri il fatto che il processo di armonizzazione dovrebbe investire, al contempo, i tre momenti della comminatoria edittale, del giudizio e dell'esecuzione. In effetti, i singoli sistemi sanzionatori nazionali si caratterizzano, ognuno alla sua maniera, per una certa qual coerenza interna, frutto spesso di peculiari equilibri e compensazioni tra le scelte operate in sede legislativa, giudiziaria ed esecutiva. In questo senso, la ricerca di un'armonizzazione sanzionatoria concentrata su uno solo di questi momenti potrebbe addirittura produrre l'effetto di una ulteriore diversificazione delle effettive risposte punitive riscontrabili negli Stati dell'Unione, come nel caso in cui si volessero ravvicinare i compassi edittali previsti in due Paesi caratterizzati da una ben diversa incidenza dei benefici applicabili in fase di giudizio e di esecuzione, ovvero, prima ancora, contraddistinti da principi e regole antitetiche in materia di concorso di reati e di pena, di recidiva, ecc.

Tuttavia, proprio la consapevolezza delle ragioni atte a evidenziare l'opportunità di articolati fenomeni di armonizzazione sanzionatoria su scala europea dovrebbe essere di stimolo ad affinare i meccanismi capaci di realizzare tali fenomeni, e a ricercare metodi coerenti e razionali per dare vita a percorsi di ravvicinamento punitivo (86) capaci di inglobare il diritto

---

sanzionatoria sembrano suggerire processi riformistici nient'affatto circoscritti all'ambito europeo, ma piuttosto operanti su scala tendenzialmente universale. Appare tuttavia evidente che i meccanismi armonizzanti in precedenza ricordati (cfr., *supra*, *sub* par. 6, nt. 42 ss.) possono operare solo all'interno dell'Unione, così come non è difficile comprendere che molteplici ragioni d'ordine sociale e culturale rendono ulteriormente ardue le forme di ravvicinamento delle legislazioni e delle prassi nazionali a carattere spontaneo.

(82) Cfr. *supra*, *sub* par. 2, lett. *A), a)* e par. 3, lett. *A, a), b), d)*.

(83) Il pensiero corre, innanzitutto ma non solo, all'eventuale adozione di procedure penali semplificate che implicano diminuzioni di pena (cfr., *supra*, *sub* par. 3, lett. *A, e*), ovvero di procedure penali "flessibili" volte a privilegiare la mediazione e la riparazione.

(84) Cfr. *supra*, *sub* par. 5, lett. *a)*.

(85) Cfr. *supra*, *sub* par. 5, lett. *b)*.

(86) È proprio con lo scopo di individuare tali percorsi che nel giugno 2004 è stato

sostanziale e il diritto processuale, il momento legislativo e quello applicativo, i modelli di pena e i metodi dell'esecuzione.

Avviandomi alla conclusione del mio discorso, vorrei sottolineare come il processo di ravvicinamento delle scelte sanzionatorie di cui ho cercato di cogliere le ragioni appaia tutt'altro che in conflitto con le prospettive delineate oggi da Jescheck nella sua relazione di oggi. In effetti, la caratteristica prima di tale processo sarebbe quella di evitare, almeno in linea tendenziale (87), di dar vita a un vero e proprio sistema penale sostanziale e processuale uniforme, che inevitabilmente sacrificherebbe i diritti penali nazionali e le relative soluzioni dogmatiche non confluenti nel modello unico (88).

La constatazione che attraverso il processo in questione non sarebbe compromessa "l'intera varietà dello stato di evoluzione scientifica del diritto penale in Europa e delle sue radici nella storia degli Stati membri" (89) non può comunque certo da sola legittimare una coatta armonizzazione, tramite appositi atti "europei" (90), dei sistemi penali nazionali nel loro complesso (91).

È per questo che, ai fini di quel ravvicinamento dei sistemi sanzionatori nazionali auspicato e stimolato dalla summenzionata ricerca dell'*Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris* (92), si rivela essenziale l'opera della scienza penalistica europea; in particolare, si rivela decisiva un'opera di comparazione attuata allo scopo precipuo di addivenire a concezioni dot-

---

lanciato da M. Delmas-Marty e dalla sua *équipe* del *Collège de France*, un progetto di ricerca avente per oggetto *"Les chemins de l'harmonisation"*.

(87) Cfr., peraltro, con riferimento alla tutela sanzionatoria dei *beni "comunitari" in senso proprio*, quanto osservato *supra*, *sub* par 5, lett. *b)*.

(88) In effetti, un siffatto sistema penale uniforme, oltre ad essere bollato da JESCECK come il "regno dell'utopia" (*Nuove prospettive del diritto penale nazionale, europeo e internazionale: quale politica criminale per il XXI secolo?*, p. 8 del testo dattiloscritto), viene da lui considerato come un possibile momento di "perdita di qualità legislativa e di cultura giuridica nazionale" (*ivi*).

(89) JESCECK, *ivi*, p. 8-9.

(90) Ovvero tramite una giurisprudenza ulteriormente evolutiva della Corte di giustizia in tema di proporzionalità delle norme sanzionatorie nazionali attuative di atti comunitari (cfr., *supra*, *sub* par. 6, nt. 53).

(91) In particolare, anche ammesso con una autorevole dottrina che attraverso gli strumenti del terzo pilastro possa essere imposta la modificazione di istituti di parte generale "come in particolare autorìa e partecipazione, tentativo, errore" (TIEDEMANN, *Armonizzazione del diritto penale dell'economia nell'Unione Europea ("Euro-Delitti")*, p. 22 del testo dattiloscritto in corso di pubblicazione), è da ritenersi che oggi ciò possa avvenire solo laddove tali modificazioni operino con esclusivo riferimento ai settori della criminalità espressamente previsti dal Trattato UE (vale a dire, essenzialmente, ai diversi settori della criminalità organizzata).

(92) Cfr., *supra*, sub *par*. 1.

trinarie vieppiù compatibili, in vista di un'adozione quanto più possibile "spontanea" di soluzioni normative e giurisprudenziali armonizzate ([93]).

Alla luce di tali considerazioni, deve essere considerato con favore il fatto che la ricerca in questione veda coinvolti ricercatori appartenenti alla massima parte dei Paesi UE, presenti una dimensione essenzialmente scientifica, e infine risulti tesa non già a formulare precise proposte armonizzatrici da affidarsi a testi normativi di fonte sovrastatuale più o meno vincolanti ([94]), quanto piuttosto a far emergere valori e principi comuni condivisi a livello continentale; valori e principi in assenza dei quali la pretesa di costruire una vera comunità giuridica tra gli Stati del vecchio continente si rivelerebbe senz'altro velleitaria. Dicendo questo non intendo certo affermare un inesistente primato della dogmatica né

([93]) Cfr. già SALEILLES, *Conception et objet de la science du droit comparé. Rapport présenté au Congrès international de droit comparé*, in *Bull. Société de législation comparée*, 1900, p. 383 ss.; ANCEL, *La méthode du droit comparé en droit pénal,* in *Rev. intern. dr. comp.,* 1949, p. 512 ss. Cfr. altresì, per tutti, DELMAS-MARTY, *Verso un diritto penale comune europeo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 543 ss.; DÖRKEN, *La comparaison en tant que méthode de la science du droit pénal et de la criminologie,* in *Rev. sc. crim.,* 1979, p. 415 ss.; ESER, *Funzioni, metodi e limiti della ricerca in diritto penale comparato*, in *Diritto penale — XXI secolo*, 2002, p. 14 ss; HERZOG, *Les principes et les méthodes du droit pénal comparé,* in *Rev. intern. dr. comp.,* 1957, p. 337 ss.; JESCHECK, *Il significato del diritto comparato per la riforma penale,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 803; MANACORDA, Jus commune criminale? *Enjeux et perspectives de la comparaison pénale dans la transition des systèmes*, in *Variations autour d'un droit commun*, a cura di Delmas-Marty, Muir Watt, Ruiz Fabri, Paris, 2002, p. 350 ss.; PALAZZO, PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2000, p. 24; PEDRAZZI, *L'apporto della comparazione alle discipline penalistiche,* in *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica,* a cura di Sacco, Milano,1980, p. 167 ss.; PRADEL, *Droit pénal comparé*, Paris, 2002, p. 13 ss.

([94]) In particolare, circa il coefficiente di vincolatività delle decisioni quadro (in merito alle quali v. *supra*, *sub* par. 6, nt. 50) cfr., per tutti e con varietà di sfumature, BERNARDI, *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali europei*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2002, p. 826 ss.; LABAYLE, *La lutte anti-fraude et le troisième pilier*, in *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione*, a cura di Grasso, Milano, 2000, p. 318; MILITELLO, *Agli albori di un diritto penale comune in Europa: il contrasto al crimine organizzato*, in *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale*, a cura di Militello, Paoli, Arnold, Milano, 2000, p. 41; SALAZAR, *La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio europeo di Tampere*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1123; SICURELLA, *Il titolo VI del Trattato di Maastricht e il diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1310 ss.; TIEDEMANN, *Diritto penale comune europeo tra realtà e utopia*, cit., p. 4 del testo dattiloscritto in corso di pubblicazione.

Tuttavia, in merito all'ipotesi secondo la quale il mancato rispetto da parte degli Stati membri degli obblighi di risultato imposti dalle decisioni quadro possa comportare l'attivazione delle procedure di infrazione di cui agli artt. 226 ss. TCE, cfr.

sulla politica *tout court*, né sulla politica criminale degli Stati e dell'Unione. Intendo solo affermare che le proposte della dottrina — se ponderate, se ragionevoli — sono tutt'altro che prive di forza persuasiva e di ripercussioni all'interno degli ordinamenti nazionali e delle stesse organizzazioni internazionali, come Jescheck stesso ci ha dimostrato attraverso l'opera di tutta una vita.

ABSTRACT

The article deals with opportunity of reapproching of punishment solutions in European Union.

First of all, the author observes that, in Europe, national punishment systems reveal deep differences relating to both general profiles and single crime regulation. These differences have various causes (humanitarian, technical, economic, procedural and, in general, cultural causes).

Furthermore, the author notices that, even if only few of these causes can cease to exist in a short time, there are various reasons — legal, symbolical and practical — for supporting reapproching of national punishment solutions. In particular, it may be possible through special measures provided for by first and third European Union pillar.

Lo studio affronta il tema relativo all'opportunità di un processo di ravvicinamento delle risposte punitive all'interno dell'Unione europea.

Al riguardo, viene innanzitutto osservato che in Europa i sistemi sanzionatori nazionali presentano profonde differenze attinenti tanto ai loro profili generali quanto alla disciplina punitiva prevista per i singoli illeciti, e che tali differenze sono dovute ad una molteplicità di cause (a carattere umanitario, tecnico-scientifico, economico, funzionalistico, processualistico e culturale in senso ampio).

Successivamente si afferma che, nonostante non tutte le succitate cause siano destinate a venire meno in tempi brevi, esistono numerose ragioni — di natura sia strettamente giuridica, sia simbolica, sia pratica — per le quali il processo di ravvicinamento delle discipline punitive nazionali merita comunque di essere favorito, anche e soprattutto attraverso il ricorso agli appositi strumenti previsti nel primo e nel terzo pilastro dell'Unione.

NOTIZIARIO

Nell'anno 2005 il DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI FERRARA ha promosso incontri di studio e attività seminariali di complemento alla didattica.

Nell'ambito degli insegnamenti attivati si segnala che, nel corso di Diritto parlamentare e delle Assemblee elettive il dott. M. Jaeger, Presidente della terza sezione del Tribunale di prima istanza della Corte di Giustizia delle Comunità europee, ha tenuto una lezione su *L'applicazione del Diritto comunitario tra giudici ordinari e Corti costituzionali e di giustizia.*

Gli insegnamenti di Diritto costituzionale, Giustizia costituzionale, Diritto parlamentare e delle assemblee elettive hanno poi organizzato una conferenza su *La Costituzione conquistata. Il 25 aprile in difesa della Carta fondamentale della Repubblica italiana*, relatore O. L. Scalfaro, Presidente Emerito della Repubblica.

Il DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO COSTITUZIONALE di Ferrara ha promosso, in collaborazione con l'Istituto Universitario di Studi Superiori (IUSS) - Ferrara 1391 (Macroarea EGUS), diversi seminari.

In tema di *Simboli e valori della democrazia costituzionale,* ha parlato il dott. A. Morelli, dell'Università Magna Grecia di Catanzaro; su *Come si usano i "fatti" nello studio del Diritto costituzionale*, ha tenuto una relazione il prof. S. Bartole, dell'Università di Trieste; in tema di *Revisioni formali e modifiche tacite della Costituzione*, ha discusso il prof. A. Ruggeri, dell'Università di Messina

Per il ciclo "*Amicus Curiae*" la prof. M. D'Amico, dell'Università di Milano, ha parlato sul tema *Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia;* al dibattito hanno partecipato numerosi magistrati, professionisti e studiosi di diritto costituzionale, comunitario, internazionale, penale e procedura penale.

Sempre promossi dai corsi indicati, sul tema: *Finale di partita? Le riforme istituzionali di fine legislatura,* hanno parlato il prof. C. Guarnirei, dell'Università di Bologna, su *La riforma dell'ordinamento giudiziario*; il prof. A. Barbera, dell'Università di Bologna, su *La riforma della legge elettorale*; il prof. V. Onida, dell'Università di Milano, Presidente Emerito della Corte costituzionale, su *La revisione della Costituzione*.

Nel corso di Istituzioni di diritto privato II il prof. B. Eccher, dell'Università di Innsbruck, ha tenuto una serie di lezioni su *I Codici del consumatore in Italia, Austria e Germania*; dette conferenze hanno avuto ad oggetto l'esame comparativo dei codici del consumatore in Italia, Austria e Germania e gli argomenti affrontati sono stati: *Il codice del consumo italiano*; *La legge sulla tutela del consumatore (Konsumentenschutzgesetz) austriaca; La protezione del consumatore in Germania*

In Diritto privato comparato e Diritto privato europeo si è tenuto un

seminario internazionale dal titolo**:** La *giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti***.**

Il simposio prende spunto dal "Manifesto sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti", predisposto dal Gruppo sulla giustizia sociale nel diritto privato europeo, per riflettere sui contenuti del Piano d'azione comunitario sul diritto contrattuale europeo; presente al seminario era il prof. M. Barcellona, dell'Università di Catania. Dopo una introduzione del prof. A. Somma, dell'Università di Ferrara, sono intervenuti: il prof. S. Rodotà, dell'Università di Roma, e il prof. R. Sica, dell'Università di Salerno, che hanno parlato di *Diritto dei contratti e democrazia: "Quali istituzioni comunitarie devono occuparsi di diritto dei contratti?"*; il prof. A. di Majo, dell'Università di Roma, e il prof. G. Marini, dell'Università di Perugia, che hanno trattato di *Diritto dei contratti e codice: "Quale contenitore per il diritto europeo dei contratti?"*; il prof. P.G. Monasteri, dell'Università di Torino, e il prof. G. Vettori, dell'Università di Firenze, che hanno affrontato il tema del *Diritto dei contratti e politiche sociali: "Quale modello di giustizia sociale per il diritto europeo dei contratti?"*; le conclusioni sono state tenute dal prof. G. Alpa, dell'Università di Roma. E' seguita una tavola rotonda dal titolo: *Costituzione europea e patrimonio costituzionale europeo,* nella quale sono intervenuti il prof. U. Romagnoli, dell'Università di Bologna, il prof. A. Lettieri, dell'Università di Roma e il prof. S. Rodotà, dell'Università di Roma.

Per il DOTTORATO DI RICERCA IN COMPARAZIONE GIURIDICA E STORICO GIURIDICA (*Curriculum Diritto romano)* il prof. P.P. Zamorani, dell'Università di Ferrara, ha parlato di *Esegesi liviane*, la prof. L. Desanti, dell'Università di Ferrara, su *Il fantasma del fedecommesso: dal diritto romano al diritto civile*, il prof. A. Manfredini, dell'Università di Ferrara, di *Tra il detto, l'audire, il sentire: saggio di interpretazione giurisprudenziale*.

Il prof. L. Costato, titolare dell'insegnamento di Diritto dell'Unione europea e Diritto agrario dell'Unione europea presso la Facoltà di Giurisprudenza, sede di Rovigo, ha organizzato il *Primo congresso europeo di diritto alimentare*, che si è svolto in occasione del decennale del Consorzio Università Rovigo, con la collaborazione dell'Associazione italiana di Diritto alimentare, la Fondazione della Cassa di Risparmio di Padova e Rovigo e il Consorzio Università Rovigo.

Il prof. P. Borghi, titolare della cattedra di Diritto alimentare dell'Unione europea, Sicurezza dei prodotti alimentari e Diritto dell'Unione europea, presso la Facoltà di Giurisprudenza di Ferrara, ha partecipato al convegno con una relazione dal titolo: *Le declinazioni del principio di precauzione*. Il prof. L. Costato ha presentato una comunicazione dal titolo *L'evoluzione della politica alimentare della Comunità europea a fronte dell'involuzione della PAC*.

Nel quadro del progetto ERASMUS, per l'a.a. 2004/'05, vi sono stati studenti in uscita 21 e in entrata 28.

[W.F.C.]