

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAMERINO

ANNALI
DELLA
FACOLTÀ GIURIDICA
nuova serie

VOLUME III – ANNO 2014



CAMERINO

2014

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAMERINO

ANNALI
DELLA
FACOLTÀ GIURIDICA

nuova serie

VOLUME III – ANNO 2014

CAMERINO

2014

COMITATO SCIENTIFICO INTERNAZIONALE

Prof. Ignacio De Cuevillas Matozzi, Prof. Manuel Ignacio Feliu Rey, Prof. Luigi Ferrajoli, Prof. Giulio Illuminati, Prof. Fabian Klinck, Prof. Rolf Knütel, Prof. Luigi Labruna, Prof. Franco Modugno, Prof. Pietro Perlingieri, Prof. Ingo Reichard

DIRETTORE SCIENTIFICO

Prof. Antonio Flamini

COMITATO DI REDAZIONE

Rocco Favale, Felice Mercogliano, *condirettori*;
Maria Pia Gasperini, Marta Cerioni

SEGRETERIA

Dott. Gian Marco Quacquarelli
Facoltà di Giurisprudenza
Università degli Studi di Camerino
Palazzo Ducale - P.zza Cavour, 19
I - 62032 Camerino (MC)
e-mail: redazione.afg@unicam.it

La Rivista subordina la pubblicazione dei contributi alla valutazione positiva mediante doppio referaggio in forma anonima.

ISSN (on line): 2281-3063

Copyright: Facoltà di Giurisprudenza. Università di Camerino

INDICE SOMMARIO

STUDI

- 1** Ignazio BUTI, *Appunti in tema di prorogatio imperii*. III
- 43** Rocco FAVALE, *La responsabilità professionale del dottore commercialista*
- 69** Véronique CHAMPEIL-DESPLAT, *Protezione di alcune categorie di persone vulnerabili o svantaggiate volto alla interdizione di discriminazioni positive in Francia*
- 85** Tiziana CROCE, *Brief notes with regard to Electronic Democracy, Digital Citizenship, Legal Security*
- 95** Marcela GUTIERREZ QUEVEDO, *Giustizia riparativa vs. giustizia punitiva*
- 109** Anna CARDELLINI, *Cicerone, de domo 14,38 e Livio 6,41,10 per una interpretazione dell'auctoritas patrum*
- 125** Castor M. M. BARTOLOMÉ RUIZ, *Il diritto e la vita umana. Lo straniero e l'homo sacer*
- 145** Tiziana CROCE, *Information asymmetry in online bargaining*
- 161** Alejandro ZORNOZA, *P2P Lending Europa: La Spagna Crowd*

LETTURE

- 179** Felice MERCOGLIANO, *Fondamenti 'romanistici' delle società per azioni?*

IGNAZIO BUTI

Appunti in tema di «prorogatio imperii». III

La seconda guerra punica apre una nuova fase dell'istituto della *prorogatio imperii*, secondo una scansione temporale consolidata in dottrina, sia pure con qualche variante¹.

Ho già esaminato, in precedenti ricerche, il primo periodo, che va dal 478 al 218 a.C.² anno di inizio, appunto, della seconda guerra punica, ed intendo ora dedicarmi al successivo periodo, proseguendo nell'indagine sulle promagistrature³ caso per caso, in ordine cronologico.

1. La nuova fase sarebbe stata caratterizzata, ad avviso della Jashemski⁴, dall'affidamento del potere proconsolare a *privati*, realizzatosi per la prima volta nel 215 a.C., in favore di M. Claudio Marcello⁵. Questa novità sarebbe stata “anticipata”, nel 218 a.C., dalla attribuzione a Gneo Scipione (che era, al momento, un *privatus*) del comando delle truppe stanziato in Spagna. L' A. riconosce che, in realtà, lo status di Gneo Scipione è difficile da determinare: il Broughton⁶ lo colloca, però, tra i ‘*legati*’ (nel senso di lieutenants)

¹ Per le motivazioni della scansione rinvio a: I. BUTI, *Appunti in tema di “prorogatio imperii”. II. La casistica delle fonti fino al 218 a.C.*, in “Index” 20 (1992) 435 ss. (in seguito: *Appunti II*) -ivi, nt. 3, l'indicazione della letteratura specifica in materia- e *Considerazioni sul primo periodo della “prorogatio imperii”*, in *Fides, humanitas, ius. Studi in onore di L. Labruna*, I, Napoli 2007, 581 ss.

² *Appunti II*, cit. 435 ss., che faceva seguito a: *Appunti in tema di “prorogatio imperii”. I. Scansioni temporali delle magistrature*, in “Index” 19 - in memoria di G. Provera- (1991), 245 ss. (in seguito: *Appunti I*).

³ Intese in senso ampio, come precisato in *Appunti I*, 245 ss. ed in base alle considerazioni espresse in *Appunti II*, 435 ss.

⁴ W.F. JASHEMSKI, *The origins and history of the proconsular and the propraetorian imperium to 27 B.C.*, Chicago 1950 (rist. Roma 1960) [in seguito: *Origins*] 22 ss.

⁵ Sul punto si tornerà più avanti, al §4.

⁶ T.R. BROUGHTON, *The Magistrates of the Roman Republic*. I, New York 1951 [in seguito: *MRR*] 239; anche B. CAVEN, *The punic wars*, Londra 1980, 104 e G. CLEMENTE, *La guerra annibalica*, in *Storia di Roma*. II.1. *L'impero mediterraneo*, Torino 1990, 81, da ultimo, considerano Gneo *legatus* del fratello Publio.

dell'anno ed occorre quindi, in primo luogo, verificare quanto riportato dalle fonti che, va detto subito, appaiono incompatibili con l'assunto della Jashemski⁷.

Liv. 21.32.3-4 riferisce, infatti, che Gneo Scipione fu mandato dal fratello Publio Cornelio console (cui era stata assegnata come 'provincia' la Spagna - Liv. 21.17.2), con la maggior parte delle truppe, contro Asdrubale. Poiché Gneo era *missus*, risulta evidente che non era titolare di un *imperium* proprio, come è confermato da Liv. 21.40.3, in cui Publio ricorda che l'esercito arruolato per la provincia di Spagna conduce la guerra sotto i suoi auspici, al comando del fratello Gneo (*meis auspiciis rem gerit ubi eum gerere senatus populusque Romanus voluit*)⁸.

Anche il Babinet⁹ ritiene che Gneo sia stato titolare di un potere delegato¹⁰, ma che sia partito da Roma come un semplice privato. Al riguardo va osservato che, pur se è tecnicamente corretto definire *privatus* chi non è più magistrato, l'aver ricoperto la carica magistratuale più elevata (Gneo era stato console nel 222 a.C.) comportava una serie di effetti¹¹; oltre a questo, considerata anche la famiglia di appartenenza¹², è verosimile -anche in assenza di specifiche indicazioni nelle fonti- che Gneo avesse la qualifica di 'ufficiale'¹³

⁷ Come è stato messo in luce già da M. F. BABINET, *L'attribution extraordinaire de l'imperium avant la première guerre civile* (tesi di dottorato), Paris 1967, 62 ss., il quale però, a p.71 nt. 1, sostiene che Gneo è un promagistrato e ritiene che il Broughton l'abbia inserito a torto tra i *legati*, visto che T. Manlio Torquato, rappresentante del pretore Q. Flacco, nel 215 a.C., è classificato promagistrato; in effetti, è da notare che anche in almeno un altro caso il Broughton ha rubricato come promagistrati alcuni delegati: così per il 295 a.C. per L. Scipione Barbato (che peraltro compare anche tra i *legati*), Livius Denter, Cn. Fulvio Massimo Centumalo e L. Postumio Megello (su cui v. *Appunti II*, 447 ss.). Il rilievo del Babinet, peraltro, può esser giusto solo se ci si rifà alla nozione di promagistrato del Mommsen (cfr. *Appunti I*, 254), ma non si ataglia alla nozione più ristretta di promagistrato comunemente adottata (cfr. loc. ult. cit.).

⁸ In 21.60.1 Livio, riprendendo la narrazione degli avvenimenti in Spagna dopo l'exkursus sulle vicende di cui era stato protagonista Publio Cornelio, ribadisce che il fratello Gneo era stato *'missus in Hispaniam cum classe et exercitu'* (anche se qui, a differenza da Liv. 21.32.3 -dove si parla di "*maxima pars copiarum*"-, si specifica che si tratta di flotta ed esercito).

⁹ *L'attribution* cit. 70; cfr. pure NICOSIA, *Lineamenti* cit. 137 s.

¹⁰ Almeno nel 218, mentre negli anni successivi sarebbe stato titolare di *imperium* "en son nom propre, 'extra ordinem' et non plus par représentation" (*L'attribution* cit. 71), ma si tratta di una categoria che non trova riscontro nelle fonti (sul punto v. *infra*, § 9).

¹¹ Basta pensare al completamento del *cursus honorum* e al diritto di sedere in senato.

¹² Per la bibliografia in materia v. ora G. BRIZZI, *Scipione e Annibale*, Roma-Bari 2007, 387 ss.

¹³ Bibliografia sul punto in Y. LE BOHEC, *L'armée romaine*, Paris 1989, 278, e C. NICOLET, *Rome et la conquête du monde méditerranéen I*, Paris 1979, 56 s.: a p.317 s. una sintesi sul 'commandement'.

dell'esercito e, in ogni caso, va ribadito che ebbe il titolo di *proconsul* in quanto *legatus* del fratello¹⁴.

2. Per il 217 a.C. Publio Cornelio Scipione è qualificato come promagistrato dal Broughton¹⁵ e Livio 22.22.1¹⁶ attesta, con un ablativo assoluto che non lascia adito a dubbi, che gli era stato prorogato il comando e che era stato inviato in Spagna dal senato; le modalità della proroga non sono esplicitate¹⁷, ma -benché l'attribuzione dell'atto al solo senato sia considerata la più probabile¹⁸- il fatto che non vi sia riferimento al concorso dell'assemblea popolare potrebbe dipendere dalla concisione della frase e non implicare necessariamente che vi sia stata un'innovazione di questo genere (resta peraltro il dubbio se *ab senatu* debba riferirsi a *prorogato imperio* o a *missus*).

C. Centenio è inserito dal Broughton¹⁹ tra i promagistrati dell'anno, come propretore, mentre la Jashemski²⁰ lo colloca tra i detentori d'*imperium* quale *privatus pro praetore*. Al riguardo occorre ricordare che l'episodio di Centenio, riportato in Liv.22.8.1, deriva da Polibio e trova una diversa ricostruzione in Appiano (Hann. 9). Polibio, 3.86, riferisce soltanto che il console Gneo Servilio mandò Centenio (di cui non specifica la carica e che non risulta tra i pretori dell'anno precedente) con quattromila cavalieri come avanguardia per fronteggiare Annibale. E' Livio a precisare che era propretore (anche se gli attribuisce una forza di duemila cavalieri), mentre Appiano afferma che fu mandato contro Annibale un patrizio, peraltro privato cittadino, insignito del comando in mancanza di ufficiali disponibili. Il De Sanctis²¹ ha però argomentato che il resoconto di Appiano non è attendibile e ritiene "mal-sicuro" anche il titolo attribuito da Livio.

¹⁴ Anche Appiano, Ib. 14, non usa per Gneo i termini per designare i comandanti, ma specifica che era 'πρεσβευτήρ' (legato).

¹⁵ MRR. 245, analogamente gli altri studiosi della materia sopra citati.

¹⁶ *Hoc statu rerum in Hispania P. Scipio in provinciam venit, prorogato post consulatum imperio ab senatu missus, cum triginta longis navibus et octo milibus militum magnoque commeatu advecto.*

¹⁷ Ma si è visto che Livio, dopo i primi casi, le richiama di rado: cfr. *Considerazioni* cit. 545 s.

¹⁸ In tal senso BRIZZI, *Scipione* cit. 47; cfr. pure B.L.HOLLWARD, *Annibale invade l'Italia*, in *Storia Antica dell'Università di Cambridge*, VIII.1, tr. it., Milano 1971, 72.

¹⁹ MRR. 245.

²⁰ *Origins* 102.

²¹ *Storia dei romani* 3.2, Firenze 1968, 117 ss.

Si può pertanto concludere che Centenio (che non era stato in precedenza pretore) non si debba far rientrare tra i promagistrati e, considerato che tutti e tre gli storici antichi concordano sul fatto che fu inviato dal console a capo di un contingente di cavalieri, si può ipotizzare, al più, che potrebbe aver avuto il titolo attribuitogli da Livio solo in quanto delegato²².

Anche Gneo Cornelio Scipione è compreso nell'elenco dei promagistrati, ma le fonti che lo riguardano sono avare di particolari sulla qualifica. Livio, 22.22.3, si limita a ricordare che il fratello Publio, appena sbarcato in Spagna, partì per unirsi a lui e che da quel momento “*communi animo consilioque gerebant bellum*” senza nessuna specificazione dello status di Gneo. Il resoconto di Polibio, 3.97.112, lascia intravedere, o almeno supporre, qualcosa di più: egli infatti riferisce che il senato, ritenendo necessario non trascurare la Spagna e opportuno opporsi ai Cartaginesi ed estendere la guerra, allestì 20 navi, nominò Publio ‘στρατηγός’²³ e lo inviò presso il fratello Gneo con la missione di eseguire in comune con lui le operazioni in Spagna. Questa ultima espressione permette di supporre che il senato, nel decidere di estendere le operazioni militari in Spagna, incaricò delle stesse non solo Publio, ma anche il fratello Gneo, con un unico provvedimento di proroga dell'*imperium* riguardante i due fratelli²⁴.

Occorre segnalare che, se si accetta questa ipotesi, si manifesterebbe nel 217 a. C. una prima novità²⁵ nell'ambito dell'istituto della *prorogatio imperii*: in effetti, fino ad allora, vi erano sempre stati prolungamenti di comando in capo a chi aveva rivestito il consolato

²² Mentre Cornelio Nepote, Hann. 4.3, fa menzione del titolo di pretore e Zonara 8.25 usa il generico “στρατηγός” (sul punto v. nt. successiva).

²³ Il termine fa riferimento al ruolo militare e non sembra quindi confermare, di per sé, la proroga dell'*imperium* consolare, ma si deve ricordare che Polibio, e gli storici greci in genere, non dedicano particolare attenzione alle qualifiche “politico-costituzionali” dei comandanti romani e di conseguenza usano una pluralità di termini, spesso non coincidenti con quelli usati dagli storici romani: sul punto v., da ultimo, G. M. SIGNORELLI, *La “prorogatio imperii” e altri istituti di diritto pubblico romano nell'opera di Polibio e di Dione Cassio: aspetti e problemi di terminologia giuridica*, in “Index” 29 (2001) 165 ss. e lett. ivi cit.

²⁴ In alternativa, si potrebbe immaginare che Gneo continuasse ad operare in qualità di legato del fratello (come sostenuto da TH. MOMMSEN, *Römische Staatsrecht*, Leipzig 1887, 2.652, nt.2), ma la prospettiva offerta da Polibio permette di dar conto sia di Liv. 25.32.1, in cui i due Scipioni vengono definiti *imperatores* (e quindi, si direbbe, detentori di *imperium* proprio) che di Liv. 26.2.5 (in cui Gneo è qualificato *imperator*) e soprattutto di Liv. 25.3.6 (in cui -nel fornire il quadro degli incarichi istituzionali del 212 a. C.- si afferma che la provincia di Spagna è assegnata a Publio e Gneo Scipione). Il DE SANCTIS, *Storia* cit. 3. 229, si limita ad osservare che “il senato ebbe l'avvedutezza di conservare l'imperio [ai due fratelli] senza intervallo e senza mutamento di provincia ... dimenticando a tempo opportuno la norma repubblicana della sostituzione”.

²⁵ Peralto non rilevata o sottolineata dagli storici antichi, almeno per quanto ci è pervenuto.

nell'anno precedente²⁶, ed invece Gneo era stato console nel 222, anche se -come si è visto- nel 218 aveva avuto il comando delle truppe stanziato in Spagna per delega del fratello²⁷.

3. Per il 216 a. C. Livio, 22.34.1, afferma, lapidariamente, “*consulibus prorogatum in annum imperium*”²⁸, senza alcuna specificazione sulle modalità, ma questo non desta sorpresa, dato che per fronteggiare esigenze di carattere militare (e, per questo frangente, basta ricordare che l'anno prima c'era stata la sconfitta romana al Trasimeno e che Annibale si spostava, saccheggiando, nel meridione d'Italia²⁹), in particolare per avere la possibilità di mettere in campo un crescente numero di legioni con i relativi comandanti si era da tempo consolidata la prassi di confermare il comando a consoli appena usciti di carica³⁰. Semmai, è da rilevare che Livio fornisce invece dettagli sul momento in cui si decise la proroga: da Liv. 22.33.9 risulta che erano stati richiamati dal senato i consoli perché provvedessero alle elezioni e, dopo che questi avevano risposto di non poter allontanarsi “*sine detrimento rei publicae*”, si era passati alla nomina di un dittatore e poi, per pretese irregolarità nella relativa procedura, si era addivenuti alla pratica dell'*interregnum* e la *prorogatio* fu disposta prima dell'indizione dei comizi³¹, con una competizione elettorale molto accesa (“*magno certamine patrum ac plebis*”).

Anche i due Scipioni sono considerati tra i promagistrati: Livio (23.26.1) si limita a riferire che essi avevano diviso tra loro l'esercito, in modo che Gneo conducesse la guerra per terra e Publio per mare, ma né lo storico patavino né altri fanno menzione del loro titolo, per cui si può pensare o che vi era stato un normale, ulteriore, provvedimento di proroga o che il provvedimento di proroga dell'anno precedente fosse di durata non limitata all'anno ma estesa al compimento delle operazioni militari; questo, però, avrebbe costituito

²⁶ Cfr. *Considerazioni* cit. 581 ss.

²⁷ La JASHEMSKI, *Origins* 102, lo considera comunque “*privatus cum imperio*”: su questa categoria v. più avanti, § 9.

²⁸ Si tratta di M. Attilio Regolo e Cn. Servilio Gemino.

²⁹ Cfr., ad es., HOLLWARD, *Annibale* cit., 72 ss.

³⁰ Cfr. *Considerazioni*, 582 s.

³¹ E' da rilevare che si ha qui una certa analogia con il contesto degli avvenimenti riferiti a proposito del primo caso di *prorogatio*: cfr. *Appunti*.II, 438 ss.

un elemento di novità contrario al principio della limitazione ad un anno dei conferimenti dell'*imperium*³² che, verosimilmente, non sarebbe passato sotto silenzio³³.

Risultano inoltre menzionati tra i promagistrati³⁴ i propretori A. Cornelio Mammula e T. Otacilio Crasso, rispettivamente in Sardegna e in Sicilia. Livio, 23.21.1 e 4, indica il loro titolo quasi per inciso, nel riferire di una loro lettera al Senato, senza alcun cenno a tempi e modi della loro nomina, nonostante si sia di fronte al primo caso sicuro di proroga della carica di pretore (da ambedue ricoperta nell'anno precedente). Si può però ritenere che l'omissione sia giustificata dall'"economia" del racconto e si noti, peraltro, che lo stesso Livio dimostra la sua attenzione alla questione, perché non tralascia di informarci sulle modalità dell'estensione della *prorogatio* alla pretura, sia pure indirettamente e per inciso, ma proprio in un passo in cui si censura un abuso del titolo di propretore: si veda, infatti, Liv. 26.2.1 "*Principio eius anni cum de litteris L. Marci referretur, res gestae magnificae senatui visae: titulus honoris, quod imperio non populi iussu, non ex auctoritate patrum dato 'propraetor senatui' scripserat, magnam partem hominum offendebat: rem mali exempli esse imperatores legi ab exercitibus et sollemne auspiciandorum comitiorum in castra et provincias procul ab legibus magistratibusque ad militarem temeritatem transferrī*".

4. Per il 215 a. C. la lista dei promagistrati³⁵ è aperta da M. Claudio Marcello, che l'anno prima era stato pretore. Ne siamo informati da Livio, il cui racconto, però, presenta alcune incongruenze. In 23.30.19 si trova, infatti, affermato: "*M. Marcello pro consule imperium esse populus iussit, quod post Cannensem cladem unus Romanorum imperatorum in Italia prospere rem gessisset*". Risulterebbe pertanto una chiara indicazione delle modalità di conferimento dell'*imperium* -*populus iussit*-³⁶ ed anche la motivazione dello stesso, per cui non ci sarebbe da

³² Cfr. lett. cit. in *Appunti*.I, 245 s.

³³ Già TH. MOMMSEN, *Le droit public romain*, trad. Fr. Girard, Parigi 1892, II, 319, segnalava che una proroga per più di un anno, con un atto unico e non con provvedimenti successivi, appariva incostituzionale sia nell'uso che per disposizione di legge, senza eccezioni, fino al primo consolato di Cesare (anche se una prima parziale eccezione può esser vista in quanto affermato in Liv. 27.17.7 e 41.2.21.2, su cui si v. più avanti).

³⁴ BROUGHTON, *MRR*. 250.

³⁵ BROUGHTON, *MRR*. 255.

³⁶ Anche se l'espressa menzione del solo *populus*, e non anche del senato, desta qualche perplessità, così come la mancata attribuzione di compiti o assegnazione della *provincia*.

dubitare della notizia se non fosse che in Liv. 23.39.8³⁷ si trova: *inde M. Marcellum propraetorem cum iis copiis, quas habebat, Nolam in presidium misit*. Nel commento al passo³⁸ si spiega che il termine *propraetorem* è usato perché Marcello era stato pretore (mentre in base a quanto detto in 23.30.19 ci si sarebbe aspettati *proconsulem*) e si avanza l'ipotesi che Livio segua una fonte diversa rispetto a quella seguita nell'altro passo³⁹, ma l'ipotesi non elimina la contraddizione. Ulteriore motivo di perplessità è dato da Liv. 23.32.2, dove si afferma che Claudio Marcello è *missus* (dai consoli -o dal senato?-) *pro consule ad eum exercitum qui supra Suessulam Nolae praesideret*: il passo contrasta infatti con Liv.23.30.19, perché Marcello appare subordinato ai consoli, quasi un loro delegato⁴⁰, in quanto non si trova scritto *Claudius proconsul ... missus* (come ci si aspetterebbe se veramente avesse ricevuto la nomina dal *populus*) ma che è *missus pro consule* e quindi la qualifica pare attribuita dai consoli, insieme con l'ordine di recarsi presso l'esercito che presidiava Nola; per altro verso, la subordinazione di Marcello appare anche da Liv. 23.48.2, dove si afferma, invece, che il console Fabio “*M. Claudio proconsuli... imperavit ut ceteros milites dimitteret Romanam*”. In Liv. 23.31.5 (*Ad exercitum, cui ad conveniendum Cales edicta dies erat, M. Claudius Marcellus missus isque iussus in castra Claudiana deducere urbanas legiones*), per converso, è il senato che emana le istruzioni.⁴¹

Come si è già visto, nonostante queste incongruenze, il proconsolato di Marcello è considerato come il primo caso di *imperium* conferito ad un privato⁴² o come precedente del

³⁷ Stranamente omissa dal Broughton nella citazione, solitamente accurata e completa dei passi relativi ad ogni magistrato.

³⁸ Cfr. *Titi Livii, Ab urbe condita libri* bearbeitet von W. Weissenborn und H.J. Müller, ora nell'ed. Weidmann, Berlino 1963 [in seguito: WEISENBORN].

³⁹ Sull'utilizzazione di fonti diverse e contraddittorie da parte di Livio si v. BABINET, *L'attribution* cit. p. 182 ss.

⁴⁰ In WEISENBORN si considera normale che il proconsole sia agli ordini del console, rinviando in tal senso solo a Liv. 23.39.8 (in cui, però, Marcello è qualificato propretore) e a Liv. 22.40.6.

⁴¹ La non univocità delle fonti relative a Marcello si coglie anche da Plut., Marc. 12.2-7 (in cui Marcello è detto ‘*ἀνθὺπατος*’) e da Oros. 4.16.2, in cui è definito *expraetore proconsule designatus* (espressione questa che non trova riscontri e che, verosimilmente, vuol alludere al fatto che Marcello era *consul designatus*: così BABINET, *L'attribution* cit.186) e si riferisce di una sua vittoria contro Annibale (di cui in Liv. 23.41.13- 46-17, considerata dal DE SANCTIS, *Storia* cit.3.2,244, un'invenzione annalistica, e in Liv. Per. 23.15, in cui la vittoria è attribuita a Marcello pretore: ulteriore letteratura sul punto in BABINET, op. cit.189). Anche NICOSIA, *Lineamenti* cit. 141, non sembra prendere in considerazione Marcello come titolare di poteri autonomi nel 215, laddove afferma “ nel 213 si iniziava sotto il comando (con impero prorogato) ... di Claudio Marcello ... la riconquista”

⁴² JASHEMSKI, *Origins* 22 ss.; per l'analisi di questa categoria v. H. KLOFT, *Prorogation und ausserordentliche Imperien 326-81 v. Chr.*, Meisenheim am Glam 1977, 14 s. e 27 ss.

primo caso, rappresentato dall'attribuzione dell'*imperium* a Scipione Africano⁴³, ma si può - per intanto - osservare che le fonti a nostra disposizione non accennano a rilevare alcun elemento di discontinuità rispetto al passato.

I due Scipioni continuano a svolgere la loro azione in Spagna congiuntamente e, verosimilmente, con un rinnovo del potere proconsolare: sui loro successi nell'anno ci informa Liv.23.48.4 – 49.14.

Manlio Torquato è collocato tra i promagistrati⁴⁴; Livio, in 23.40.1, lo qualifica, in realtà, *praetor* e in 23.34.10-15 ci informa sulle circostanze della nomina: in Sardegna si andava profilando una situazione delicata; il pretore designato, Quinto Mucio Scevola, a causa di una malattia, non pericolosa ma lunga, non poteva sostenere gli impegni della guerra e, per di più, l'esercito era sufficiente a difendere la provincia in condizioni di pace ma non a sostenere una guerra. Per affrontare la situazione il senato delibera di incaricare il pretore Q. F. Flacco dell'arruolamento di 5000 fanti e 400 cavalieri e del trasferimento delle truppe in Sardegna appena possibile; l'elemento più rilevante è costituito dalla seconda parte del senatoconsulto, che invita il pretore a mandare un comandante a sua scelta: ... *mitteretque cum imperio quem ipsi videretur, qui rem gereret, quoad Mucius convalescisset*. L'*imperium* risulta conferito per un periodo di tempo relativamente breve (fino alla guarigione del titolare originario) dallo stesso pretore urbano e pertanto Manlio Torquato, che fu *missus* da Flacco, a ben vedere, era un normale delegato⁴⁵.

Anche M. Pomponio (Matho) è collocato tra i promagistrati: egli era stato pretore nel 216 a.C. e che sia stato prorogato nel 215 può desumersi da Liv.24.10.3 dove è detto che gli è confermato il comando dell'esercito in Gallia.

Di Otacilio Crasso Livio, 23.32.20, si limita a dire “*in Sicilia cum imperio qui classi praeeset missus*”. Nel capitolo 32 Livio segnala rapidamente le principali decisioni dei consoli e del senato e la menzione di Otacilio conclude, in maniera decisamente stringata, il capitolo, per cui si può solo ritenere che l'invio fu deciso dal senato, ma per quanto riguarda il titolo,

⁴³ Così DE SANCTIS, *Storia* cit. 3.2, 440, che però dubita della storicità del conferimento del potere a Marcello. Per l'autenticità della versione liviana, v. BABINET, *L'attribution* cit.197 ss., il quale -a pg.204 ss.- insiste sulla qualità di privato di Marcello nel momento in cui fu investito del potere proconsolare.

⁴⁴ BROUGHTON, *MRR*. 256, mentre JASHEMSKI, *Origins* 37 e 103, lo indica come *privatus propraetor*.

⁴⁵ Che combatteva sotto gli auspici del pretore urbano: così già nel commento del WEISSENBORN a Liv. 23.34.14.

si può, al più, ipotizzare che essendo stato questi nei due anni precedenti prima pretore e poi propretore, gli fosse stata rinnovata la propretura.

L'elenco dei promagistrati si conclude con C. Terenzio Varrone⁴⁶ : Liv.23.25.11 C. *Terentio consuli propagari in annum imperium neque de eo exercitu, quem ad presidium Apuliae haberet, quicquam minui*. Con questa notizia termina il cap. 25 , in cui è fatto il resoconto delle vicende relative alle elezioni per il 215 a. C. e di una serie di decisioni del senato, tra cui appunto la proroga dell'*imperium* a Terenzio, che non presenta elementi difformi rispetto alla prassi (salvo l'uso del termine *propagari* in luogo di *prorogari*) e che è ribadito in Liv. 23.32.20, in cui se ne specifica l'incarico: *Terentio proconsuli negotium datum, ut in Piceno agro conquisitionem militum haberet locisque iis praesidio esset*⁴⁷.

5. La lista dei promagistrati del Broughton⁴⁸ per l'anno 214 a.C. inizia con Appio Claudio Pulcro, ma in forma dubitativa, infatti il nome è preceduto da un punto interrogativo ed è inserito anche tra i legati (lieutenants): gli elementi testuali a disposizione fanno però propendere per la seconda ipotesi⁴⁹. Livio, infatti, ne parla senza specificare il titolo, ma in modi che lasciano intendere chiaramente che Appio era soggetto all'autorità del console: Liv. 24.30.1 *Marcellus cum omni exercitu profectus in Leontinos, Appio quoque accito, ut altera parte adgrederetur...*; in Liv. 24.39.12, poi, si afferma che Marcello concesse ad Appio la licenza di recarsi a Roma per partecipare alle elezioni a console⁵⁰.

Quelli che, a mio avviso, sono sicuramente i promagistrati dell'anno si trovano indicati in Liv. 24.10.3-4; il passo reca, infatti, la menzione di una delibera di proroga -con

⁴⁶ Il BROUGHTON, MRR. 256, lo indica con il *praenomen* M(arcus), ma si tratta verosimilmente di un refuso, perché, quando lo elenca tra i consoli il prenome è C.: MRR. 247.

⁴⁷ Con una modifica rispetto alla delibera di cui in Liv. 23.25.11, il senato stabilisce che l'esercito di Terenzio stanziato in Puglia sia concentrato a Taranto e Terenzio, rimasto in tal modo senza esercito, provveda a far leva nel Piceno: così Liv.23.32.16.

⁴⁸ MRR. 260, senza specificazione della qualifica, mentre la JASHEMSKI, *Origins*, 104, lo considera propretore.

⁴⁹ L'unica attestazione che potrebbe far pensare ad una promagistratura, è data da Polib. 8.3.1, in cui Appio è definito *ἀνθύπατος*, ma come si è visto lo storico greco è scarsamente affidabile nella definizione esatta delle cariche.

⁵⁰ E' vero che anche un propretore (questo è il titolo che il BROUGHTON, MRR. 262 nt.6, ipotizza per Appio) era soggetto alle disposizioni del console (cfr., ad es., Liv. 24.17.2), ma per Appio manca la specificazione del titolo e, d'altro canto, se fosse stato un promagistrato, non si capirebbe perché Livio non lo avrebbe menzionato nella lista di cui in 24.10.3-5 (subito *infra*, nel testo) né tra gli affidatari di legioni, di cui in Liv. 24.11.2-4. Anche il WEISSENBORN, nel commento a Liv.24.27.4, considera Appio *legatus* di Marcello.

l'elenco dei titolari, con i relativi incarichi- da parte del senato⁵¹ a carattere generale: *prorogatum deinde imperium omnibus, qui ad exercitus erant iussique in provinciis manere Ti. Gracchus Luceriae, ubi cum volonum exercitu erat, C. Terentius Varro in agro Piceno, M. Pomponius⁵² in Gallico, et praetorum prioris anni pro praetoribus Q. Mucius obtineret Sardiniam, M. Valerius ad Brundisium orae maritimae intentus adversus omnes motus Philippi, Macedonum regis, praeesset.*

Le fattispecie indicate in questo elenco non presentano elementi di novità: semmai potrebbe sorprendere l'assenza degli Scipioni⁵³, che però ben può esser spiegata con la trama espositiva seguita in questi libri da Livio che, anno per anno, tratta da un lato gli argomenti riguardanti l'Italia e le due isole maggiori e dall'altro, e separatamente, quelli per così dire più esterni, dedicando ampio ed autonomo spazio proprio alle vicende degli Scipioni⁵⁴.

6. Anche per il 213 a.C. Livio (24.43.9-44.6) ci informa del senatoconsulto in ordine alla conduzione della guerra, alle province ed agli eserciti: in questo quadro, si ebbe di nuovo una proroga collettiva del comando e delle attribuzioni territoriali⁵⁵ così specificate: a Claudio Marcello è assegnata la parte della Sicilia racchiusa nei confini del regno di Gerone; a Q. Mucio -ex pretore- la Sardegna; al propretore P. Lentulo (era stato pretore l'anno prima) il territorio della vecchia provincia: tutti restano con gli eserciti dell'anno precedente. A Tito Otacilio è assegnata la flotta, a M. Valerio la Grecia e la Macedonia con la legione e la flotta che già aveva; a C. Terenzio fu confermato il Piceno con la legione che già comandava.

⁵¹ Ciò non significa che tale delibera fosse ormai sufficiente da sola, è verosimile che Livio ometta di far menzione della delibera dei comizi per brevità ed anche perché l'iniziativa, ed il peso politico più rilevante, anche per la situazione di guerra, doveva essere del senato: cfr. supra § 3.

⁵² Il BROUGHTON, *MRR*. 260, avanza, dubitativamente, l'ipotesi di un ulteriore *Pomponius* menzionato in Liv. 24.17.2 e non conciliabile con questo, in quanto operante come rinforzo di Marcello: *MRR*. 261 nt. 4.

⁵³ Rilevata da WEISSENBORN nel commento al passo, insieme a quella di Appio Claudio in Sicilia, ma -come si è detto poco sopra- Appio non era titolare di un potere per proroga, ma per delega e questo basta a spiegarne l'assenza.

⁵⁴ Cui sono dedicati i seguenti passi liviani: per il 217 a.C. 22.19-22; per il 216 a.C. 23.26-29; per il 215 a.C. 23.48-49; per il 214 a.C. 24.41-42; per il 213 a.C. 24.48-49; per il 212 a.C. 25.32-39. Si noti che anche negli elenchi delle legioni messe in campo nei vari anni non è fatta menzione di quelle stanziare in Spagna.

⁵⁵ Liv.24.44.4 *prorogata imperia provinciaeque*: è da notare che anche per questo anno Livio non sente la necessità di specificare le modalità della proroga e nemmeno di ricordare -tranne che per Lentulo- il titolo attribuito ai singoli destinatari della stessa, peraltro desumibile dal loro precedente incarico.

Il Broughton inserisce tra i promagistrati, sia pure in forma dubitativa⁵⁶, Appio Claudio Pulcro: al riguardo vale quanto già osservato per il 214 a. C. e si consideri che Livio, ancora una volta, non lo elenca tra i destinatari della proroga per il 213 a.C.

Per gli Scipioni vale quanto detto sopra.

7. Per il 212 a. C. la lista del Broughton⁵⁷ coincide, o meglio è interamente desunta da Liv. 25.3.5-6: *Ti. Sempronio Graccho et P. Sempronio Tuditano imperium provinciaeque Lucani et Gallia cum suis exercitibus prorogatae, item P. Lentulo qua vetus provincia in Sicilia esset, M. Marcello Syracusae et qua Hieronis regnum fuisset; T. Otacilio classis, Graecia M. Valerio, Sardinia Q. Mucio Scaevolae, Hispaniae P. et Cn. Corneliis.*

Per questo anno Livio evita il ripetitivo riferimento al senatoconsulto di attribuzione di compiti e poteri (in 25.3.3 vi accenna appena, con le parole “*consulibus bellum cum Hannibale et binae legiones decretae*”, senza nominare esplicitamente il senato); non vi sono elementi di novità da segnalare, se non la presenza nella lista degli Scipioni, fin qui omessa, come si è visto⁵⁸.

8. Per il 211 a. C. Livio apre il libro 26 delle sue Storie con la menzione dell’entrata in carica, alle idi di marzo, dei consoli C. Fulvio Centumalo e P. Sulpicio Galba, i quali “*senatu in Capitolium vocato de re publica, de administratione belli, de provinciis exercitibusque patres consulerunt*” (26.1.1).

Il senatoconsulto, nella descrizione liviana, inizia con le determinazioni relative alla proroga dei comandi: in primo luogo ai consoli dell’anno precedente, Q. Fulvio e Appio Claudio⁵⁹ (cui sono anche mantenuti gli stessi eserciti, con la prescrizione di non allontanarsi da Capua prima di averla conquistata -26.1.2-); poi ai pretori dell’anno precedente, M.

⁵⁶ MRR. 264; la JASHEMSKI, *Origins*, 104, attribuisce invece ad Appio, senza dubbi, il titolo di propretore.

⁵⁷ MRR. 268s.; così pure la JASHEMSKI, *Origins* 105 che, però, continua considerare Publio Scipione proconsole e Gneo Scipione *privatus cum imperio*.

⁵⁸ Nel WEISSENBORN si osserva (a commento di 21.3.6): “vorher hat Liv. nicht erzählt, dass dem Cn. Scipio ein Imperium erteilt worden sei; s. 21,40,3; vielleicht war er, wie Silanus (s. 26,19,10. 20,3), dem P. Scipio, seinem Bruder, als Proprätor oder Legat beigegeben worden, als diesem das Imperium verlängert wurde; s. zu 26,2,5”.

⁵⁹ La proroga ai consoli chiudeva già il libro 25 (41.13): *consulibus prorogatum in annum imperium est*, ma senza specificazione dei loro compiti.

Giunio in Etruria e P. Sempronio in Gallia⁶⁰ (con le relative milizie -26.1.5-); a M. Claudio Marcello è ulteriormente prorogato il comando⁶¹, con il compito di portare a termine la guerra in Sicilia, con lo stesso esercito che già aveva, eventualmente ricorrendo, per rafforzarlo, alle legioni che erano state attribuite a P. Cornelio⁶²(26.1.6-7).

Dopo aver ricordato le attribuzioni ai pretori dell'anno (C. Sulpicio e L. Cornelio - 26.1.9 e 11-), Livio (26.1.12) afferma “*Tito Otacilio et M. Valerio Siciliae Graeciaeque ora cum legionibus classibusque , quibus praeerant, decretae*”, tralasciando di esplicitare che veniva anche prorogato il loro comando.

Anche Claudio Nerone è inserito nelle liste dei promagistrati dell'anno⁶³, ma non disponiamo di notizie circa le modalità della sua nomina, dato che Livio, 26.5.8, lo qualifica *propraetor* accennando alla ripartizione delle forze romane per fronteggiare l'iniziativa di Annibale a difesa di Capua e poi lo nomina più volte⁶⁴, ma senza indicarne il titolo o altri elementi utili a qualificarlo.

Quanto agli Scipioni, tuttora titolari di poteri prorogati, va ricordato che, in questo anno caddero ambedue in battaglia, a seguito della offensiva cartaginese⁶⁵.

9. Nel 210 a.C. la consultazione del senato da parte dei consoli non si effettuò al momento della loro entrata in carica, perché Marco Levino era assente ed il collega preferì attendere il suo ritorno⁶⁶: Liv. 26.27.17 *de re publica tamen primum ac de provinciis ambo consules ad senatum rettulere*. Il senato decise, come di consueto, sull'assegnazione di compiti e province, in particolare la proroga dei comandi riguardò C. Calpurnio (*in Etruriam post praeturam prorogato in annum imperium missus* -Liv. 26.28.6-) e Q. Fulvio, anche lui ex pretore, con *imperium* ugualmente prorogato per un anno e con *provincia* Capua (Liv. 26,28.7) ; per Gneo Fulvio, console dell'anno precedente niente mutò sia per quanto riguardava la *provincia*,

⁶⁰ E' però da notare (v. anche WEISSENBORN a Liv.26.1.5) che, in realtà tra i pretori dell'anno precedente, Cn. Fulvio non fu prorogato -anzi, fu costretto all'esilio- mentre P. Sempronio era stato già propretore.

⁶¹ Come proconsole, dopo che, come si è visto, era stato console, nel 214, ed aveva ricevuto la *prorogatio* già nel 213 e nel 212.

⁶² Si tratta di P. Cornelio Lentulo (indicato come P. Lentulo in Liv. 25.3.6).

⁶³ BROUGHTON, MRR. 274 e JASHEMSKI, *Origins* 106.

⁶⁴ Liv. 26.17.1-4 ; 17.12 e 15; 19.10.

⁶⁵ Sul punto v., ad es., DE SANCTIS, *Storia* cit. 3.2,431 ss. e CAVEN, *The Punic Wars* cit. 173 ss.

⁶⁶ Liv. 26.26.5 *M. Marcellus, cum idibus Martiis consulatum inisset, senatum eo die moris modo causa habuit professus nihil se absente conlega neque de re publica neque de provinciis acturum*.

l'*Apulia*, che l'esercito "*tantum in annum prorogatum imperium*" mentre del collega P. Sulpicio si dice solo che ricevette l'ordine di congedare l'esercito, al di fuori degli equipaggi delle navi fornite dalle città alleate (26.28.9)⁶⁷.

Nelle liste dei promagistrati⁶⁸ si trovano indicati anche Caio Claudio Nerone, P. Cornelio Scipione Africano (per il quale occorre una trattazione separata) e M. Giunio Silano. Quanto al primo, va osservato che, per questo anno, vi sono ulteriori elementi (oltre a quelli espressi nel paragrafo precedente) per dubitare che gli sia stato effettivamente prorogato il comando, dato che disponiamo solo di Liv. 26.20.4: *successit inde Neroni Silanus, et in hiberna milites novi deducti*, che non lascia intravedere incarichi per Nerone nel 210⁶⁹.

Quanto a Silano, è da rilevare che è discusso se debba considerarsi propretore o proconsole, visto quanto affermato da Livio, rispettivamente in 26.19.10 e in 28.28.14. In primo luogo, va chiarito che il suo incarico non è definito nell'ambito degli annuali provvedimenti di proroga dei comandi, ma è legato -e, verosimilmente, contestuale- alle vicende del conferimento dell'*imperium* a Scipione e risente della specificità di questo. Infatti Livio, dopo aver descritto le qualità di Scipione (26.19.3-8) passa a trattare delle truppe da mandare in Spagna e, quasi per inciso, afferma: *et M. Iunius Silanus propraetor adiutor ad res gerendas datus est* (26.19.10). Sembra dunque che il senato, pur non espressamente qui richiamato, volendo bilanciare i timori legati alla giovane età di Scipione, abbia deciso (con provvedimento autonomo?) di affiancargli un *adiutor* individuato nella persona dell'esperto⁷⁰ Giunio Silano che, in quel momento, era *propraetor*⁷¹: a mio avviso qui Livio usa pertanto il termine come appellativo e non per definirne i poteri; questa considerazione permetterebbe di ritenere non in contraddizione le parole attribuite a Scipione in Liv. 28.28.14 (*M. Silanus eodem iure*

⁶⁷ Il BROUGHTON, MRR. 299, lo colloca comunque tra i promagistrati citando a sostegno, oltre a questo passo, anche Liv. 27.10.12, che però si riferisce ai fatti dell'anno 209 e quindi resta quanto meno dubbio che sia stato proconsole anche nel 210; l'incongruenza liviana sul punto (rilevata anche dal WEISSENBORN nel suo commento) risulta dalla sequenza: in 26.22.1 Sulpicio è console (del 211) ed ha assegnata la Macedonia; in 26.28.9 (210) si dice solo che deve congedare l'esercito, mentre in 27.7.15 (209) si trova: *P. Sulpicio eadem legione eademque classe Macedoniam obtinere iusso prorogatum in annum imperium*.

⁶⁸ BROUGHTON, MRR. 280; JASHEMSKI, *Origins* 106.

⁶⁹ DE SANCTIS, *Storia* cit. 3.2, 440 nt.18 e subito *infra*, nel testo.

⁷⁰ "Homme d'âge mur et d'expérience comme mentor auprès de Scipion" è definito nel commento a Polibio 10.6.7 dell'edizione Les belles lettres, Parigi 1990.

⁷¹ Cfr. *supra*, in questo §: si noti che il WEISSENBORN, nel commento a Liv. 26.20.4, precisa che l'*unde* attesta che il *successit* si verifica più tardi (e cioè non nel 211 -anno di cui sta trattando Livio- ma l'anno dopo) e, appunto, che Silano era propretore.

eodem imperio mecum in provinciam missus) che fanno considerare Silano un proconsole⁷². Si deve, per converso, tener presente che l'*eodem iure eodem imperio*, è inserito nel discorso del generale ai soldati ribelli (si tratta della guarnigione sul fiume Scurone, sollevatasi a seguito delle notizie sulla malattia di Scipione) e può quindi essere un mero espediente retorico volto a fugare i timori che in caso di sua morte le truppe sarebbero rimaste senza comandante; è in ogni caso probabile che il provvedimento del senato volesse attribuire a Silano poteri simili a quelli di Scipione (una sorta di *conlega minor*, visto che era un *adiutor*) e la testimonianza di Polibio 10.6.7, in cui Giunio è definito 'συνάρχοντα', non è decisiva, vista la sua scarsa affidabilità in materia⁷³.

Resta da trattare di P. Scipione Africano, che è indicato come il primo sicuro caso di affidamento dell'*imperium proconsulare* ad un *privatus*⁷⁴. Va detto subito che, pur trattandosi senza dubbio di un evento al di fuori della tradizione costituzionale⁷⁵ ed anche della prassi consolidata in tema di promagistrature, la terminologia adottata dai moderni non trova alcun riscontro nelle fonti antiche⁷⁶ e quindi mi sembra opportuno cercare di ripercorrere la vicenda di Scipione, analizzando le modalità del conferimento dei suoi poteri e gli eventuali riflessi sull'istituto della *prorogatio*. Occorre anche premettere che la carriera politica e militare del futuro Africano⁷⁷ è ricca di episodi e di momenti di rottura con la tradizione. In particolare, il suo '*cursus honorum*'⁷⁸ presenta l'anomalia di iniziare -nel 213 a.C.⁷⁹- in anticipo

⁷² JASHEMSKI, *Origins* 25 s.

⁷³ Così DE SANCTIS, *Storia* cit. 3.2, 441 nt.19.

⁷⁴ Così già C. SIGONIUS, *De antiquo iure civium romanorum libri duo*, Venetiis 1569, 158 e I. ROSINUS, *Antiquitatum romanorum* (p. 74 dell'ediz. del Dempster, Genève 1609); DE SANCTIS, *Storia* cit. 3.2, 440 -e lett. ivi cit.-; NICOSIA, *Lineamenti* cit. 220; mentre il BABINET, *L'attribution* cit. 246 ss. parla di attribuzione straordinaria dell'*imperium* a semplici privati.

⁷⁵ Sul punto v., da ultimo, M. PANI, *Il costituzionalismo di Roma antica*, Roma-Bari 2010.

⁷⁶ Anche se sul punto specifico del conferimento dei poteri nel 209 disponiamo soltanto dei libri *ab Urbe condita* di Livio, perché -come è noto- la parte delle Storie di Polibio che dovevano trattarne ci è pervenuta in frammenti (sulla rilevanza dell'opera polibiana per la ricostruzione delle vicende di Scipione v., da ultimo, BRIZZI, *Scipione* cit. 347 ss. e lett. ivi cit.). In ogni caso, si può osservare che, trattando degli avvenimenti in Spagna e del carattere di Scipione, Polibio ricorda che egli si definiva 'στρατηγός υπάρχων' (Pol. 10.19.4) e lo qualifica 'στρατηγός' in 10.34.1: pertanto non offre alcun indizio a favore di una "straordinarietà" del suo potere.

⁷⁷ La bibliografia in materia è ricchissima: mi limito qui a rinviare a H.H. SCULLARD, *Scipio Africanus: soldier and politician*, London 1970 e al recente volume di BRIZZI, *Scipione* cit. e letteratura ivi cit.

⁷⁸ Gli inizi della carriera militare sono caratterizzati dalla sua iniziativa -da tribuno militare- per raccogliere gli sbandati dopo la battaglia di Canne: Liv. 22.53.2 ...*omnium consensu ad P. Scipionem admodum adolescentem et ad Ap. Claudium summa imperii delata est*; 22.53.6-13 *negat consilii rem esse Scipio iuvenis, fatalis dux: huiusce belli. Audendum atque agendum, non consultandum ait in tanto malo esse; irent secum extemplo armati, qui rem publicam salvam velent....*

rispetto all'età 'canonica', come gli veniva obiettato dai tribuni della plebe: Liv. 25.2.6 *huic petenti aedilitatem cum obsisterent tribuni plebis negantes rationem eius habendam esse, quod non dum ad petendum legitima aetas esset*. Anomala appare anche la risposta, peraltro pronta e quasi sfrontata, di Scipione, in quanto fa prevalere, rispetto alla legge, il consenso popolare: Liv. 25.2.7 *'si me' inquit 'omnes Quirites aedilem facere volunt, satis annorum habeo'*.

La tappa successiva avrebbe dovuto essere la pretura, ma la sconfitta, e la morte, del padre e dello zio⁸⁰ dell'Africano (avvenute verosimilmente nel finire del 212 a. C.) determinano la svolta; i consoli del 211 a.C., appena entrati in carica, ritennero che la questione più urgente da trattare dopo l'assegnazione di incarichi e province fosse proprio quella di individuare chi dovesse esser inviato in Spagna ed è da rilevare che Livio ricalca, in 26.2.5-6, l'espressione che aveva usato a proposito del primo caso di *prorogatio imperii*⁸¹, ricordando che i consoli proposero di trattare per primo questo argomento, riguardo al quale tutti i senatori furono d'accordo: *"agendum cum tribunis plebis esset, quem cum imperio mitti placeret in Hispaniam*. Ma un'altra disputa, secondo il dettagliato resoconto liviano, aveva concentrato l'attenzione dei cittadini sul comportamento del console Cneo Fulvio, accusato di aver perso per la sua inettitudine l'esercito in Puglia. Livio si dilunga poi sulle vicende militari intorno a Capua -e sulla minaccia di Annibale, che si avvicinava a Roma- fino alla caduta, e punizione, della città campana per tornare ad esaminare la questione della Spagna nel cap. 18, rilevando che a Roma il senato ed il popolo, dopo la resa di Capua non si preoccupavano certo dell'Italia più che della Spagna e sembrava opportuno accrescere le forze militari e mandare un (nuovo) comandante in capo ; vi era, tuttavia, incertezza su chi mandare e, soprattutto, si era consci che colui che doveva prendere il posto di due valorosissimi generali doveva essere scelto *"extraordinaria cura"*⁸². Vi erano diverse proposte, ed è da sottolineare che la delicatezza -ed importanza- della scelta inducono, infine, ad una nuova risoluzione (*postremum ad eum decursum est*), che modifica quella sopra richiamata: infatti non si procede

⁷⁹ Sulla data cfr. SCULLARD, *Scipio* cit.30 e 251, nt.21.

⁸⁰ Livio, 25.36.14-15, annota: *Anno octavo postquam in Hispaniam venerat, Cn. Scipio undetricensimo die post fratris mortem est interfectus. Luctus ex morte eorum non Romae maior quam per totam Hispaniam fuit; quin apud civis partem doloris et exercitus amissi et alienata provincia et publica traherat clades.*

⁸¹ Liv. 8.23.12 *actum cum tribunis est ad populum ferrent ut, cum Q. Publilius Philo consulatu abisset, pro consule rem gereret...*

⁸² Liv. 26.18.2-3: *et Romae senatui populoque post receptam Capuam non Italiae iam maior quam Hispaniae cura erat, et exercitum augeri et imperatorem mitti placebat; nec tam, quem mitterent, satis constabat, quam illud, ubi duo summi imperatores intra dies triginta cecidissent, qui in locum duorum succederet, extraordinaria cura deligendum esse.*

più con la proposta, peraltro già promulgata, dei tribuni della plebe al concilio per la scelta di chi -verosimilmente un ex magistrato- dovesse essere inviato a comandare l'esercito in Spagna, ma si opta per una convocazione dei comizi centuriati⁸³ “*proconsuli creando in Hispaniam*” e i consoli fissano subito la data della convocazione (Liv. 26.18.4).

Nell'espressione *proconsuli creando* va ravvisato, a mio avviso, l'elemento di novità, la svolta procedurale che si verifica: nella difficoltà di individuare l'uomo giusto per un compito tanto delicato, non si procede più con la proroga del comando a qualche ex magistrato (per la quale sarebbe stata sufficiente la scelta del senato ed il coinvolgimento dei *concilia plebis*), anzi, si deve ricordare che, per quanto ci risulta, fino ad ora la *prorogatio* era sempre stato un provvedimento ‘*ad personam*’⁸⁴, nel senso che il senato proponeva direttamente il nome dell'ex magistrato cui doveva esser prorogato il comando, e l'assemblea popolare esprimeva il suo parere, di solito, conforme⁸⁵. Ora si decide, invece, di far tenere i comizi per creare un *proconsul* e così, in fondo, una nuova figura istituzionale, quella, appunto, del *proconsul* di per sé, cioè di chi è destinatario di poteri proconsolari, a prescindere dal requisito (o, comunque, dal fatto) di esser stato console⁸⁶. Il rilievo della innovazione nella prassi costituzionale si può cogliere anche dalla scelta, sopra richiamata, di far pronunciare i comizi centuriati e va ribadito che Livio parla prima di tribuni chiamati a proporre alla plebe “*quem cum imperio mitti placeret in Hispaniam*” e poi della decisione “*ut proconsuli creando in Hispania comitia haberentur*”⁸⁷.

Si può ritenere che il massiccio susseguirsi delle proroghe di comandi e, in diversi casi, anche il prolungarsi delle stesse per più anni⁸⁸ avesse dato luogo ad una figura ormai tipizzata nei contenuti e la decisione di creare un proconsole rappresenta e formalizza questa

⁸³ Sulle motivazioni di carattere ‘politico’ della scelta v. DE SANCTIS, *Storia* cit. 3.2. 439 s. e BRIZZI, *Scipione* cit. 368 s; NICOSIA, *Lineamenti* cit. 220, ritiene che sia dovuta al fatto che per la prima volta veniva proposta per l'*imperium* proconsolare una persona che in precedenza non aveva rivestito una magistratura *cum imperio*: si noti, però che, stando a Livio, non vi fu una proposta del senato, ma fu lo stesso Scipione a proporsi inaspettatamente -almeno secondo il racconto- come candidato.

⁸⁴ Cfr. C. SIGONIUS, *De lege curiata magistratuum et imperatorum, ac iure eorum, liber*, Venetiis 1569, 42, che richiama Festo “*Cum imperio esse dicebantur cui a populo nominatim mandatum erat imperium*” (su cui v. *Appunti* I, nt. 38).

⁸⁵ Si rinvia alla casistica esaminata in *Appunti* II, 438 ss.

⁸⁶ E' da rilevare che anche Zonara, 9.7, si rifà a fonti che attestano l'elezione di Scipione.

⁸⁷ Si può richiamare inoltre quanto sostenuto dal SIGONIUS (l. c. a nt 84) circa la distinzione tra “*magistratus creatos*” e “*imperatores constitutos*”: i secondi ricevevano nominativamente l'*imperium* dal popolo, mentre i primi erano scelti dal popolo.

⁸⁸ Innovando rispetto al principio, sia pure non inderogabile, della non rielegibilità immediata ad una stessa magistratura; sul punto v. *Considerazioni* cit. 583 ss.

figura. Si noti infatti che viene usata -per la prima ed unica volta- la locuzione “*proconsuli creando*”⁸⁹ e, come si è visto⁹⁰, con il termine *creatio* si indicava l’insieme degli atti che determinavano l’assunzione della qualità di magistrato, a partire dalla proposta della lista dei candidati alla assemblea fino alla proclamazione dell’eletto. Se si può quindi affermare che sembra configurarsi il *proconsul* quale nuova magistratura, caratterizzata, ad es., dall’attribuzione di poteri più specifici, specie quanto ad ambiti territoriali, rispetto a quella del *consul*, si deve anche osservare che potrebbe trattarsi di una elaborazione della cultura politico-costituzionale del secolo successivo, alla quale Livio potrebbe aver attinto o dalla quale esser stato comunque influenzato.

Tornando ai passi liviani sopra richiamati (Liv. 26.2.5-6 e 26.18.3) a mio avviso tra essi non vi è contraddizione⁹¹ ma la menzione di un cambiamento nelle modalità di soluzione del delicato problema della scelta di chi dovesse comandare l’esercito in Spagna. I consoli -secondo il resoconto liviano- convocarono i comizi ed attesero che qualcuno si candidasse, ma l’aspettativa rimase insoddisfatta : il giorno della riunione i cittadini quasi disperavano che ci fosse qualcuno disposto ad assumere l’incarico⁹² e (stando alla colorita versione liviana) all’improvviso il giovane Publio Scipione pose la sua candidatura, ponendosi in modo tale da essere bene in vista: ne seguì un’immediata esplosione di consenso e, dato inizio alle votazioni, non solo tutte le centurie ma anche i singoli cittadini decretarono che il comando fosse conferito a Scipione (Liv. 26.18.7.10). Livio non fa alcuna considerazione esplicita sulla rilevanza della scelta popolare, ma la prosecuzione del racconto lascia trasparire la sen-

⁸⁹ Dal “*Vocabularium*” liviano risulta che il verbo *creo* ricorre circa 560 volte, sempre per indicare la procedura che porta alla nomina di re, magistrati ordinari e straordinari, patrizi e plebei, sacerdoti, ma solo una volta a proposito di un promagistrato, e con alcune sottolineature in caso di anomalie, come in Liv.22.8.6 per il caso di un dittatore nominato dal popolo -cosa prima mai avvenuta- ; in Liv. 22.31.9 e 10, invece, si dice che, non potendo il popolo nominare il dittatore, si ricorre, per fronteggiare l’emergenza, a creare *qui pro dictatore esset*; in Liv. 25.37.6 si richiama il grave caso di comizi militari che procedono alla *creatio* di un *dux* per l’esercito.

⁹⁰ *Appunti I*, 246.

⁹¹ Variamente spiegata in dottrina (talvolta con qualche inesattezza: ad es. BRIZZI, *Scipione* cit. 367, opta per ritenere più corretta la versione di Liv. 26.2.5 e pensa ai comizi tributi, ma si doveva trattare semmai di *concilia plebis tributa*, visto che la collaborazione era con i tribuni della plebe). M. ELSTER, *Die Gesetze der mittleren römischen Republik*, Darmstadt 2003, 226 s. respinge le tesi contrarie al ruolo dei comizi centuriati; ivi anche ulteriore letteratura sul punto.

⁹²In realtà, dietro alla vicenda doveva esserci la regia del senato che, non volendosi assumere la responsabilità di “dare l’*imperium* ad un giovane non insignito fino allora d’altra magistratura curule che l’*edilità*” perché “cosa troppo difforme dalle tradizioni” preferì indurre il popolo alla nomina di Scipione e lasciargliene in tal modo la responsabilità: così DE SANCTIS, *Storia* cit. 3.2, 439 s. Sui possibili -e probabili- retroscena della narrazione liviana, v. anche SCULLARD, *Scipio* cit. 31 e, da ultimo, BRIZZI, *Scipione* cit, 368 s.

sazione della portata innovativa di quella nomina; la respiscenza che lo storico attribuisce all'assemblea (*nonne favor plus evoluisse quam ratio*) è motivata soprattutto dai timori per la giovane età del comandante e per la cattiva sorte della sua famiglia⁹³, ma l'insistenza sulle rassicurazioni attribuite a Scipione e sulle sue virtù, costituisce a mio avviso la spia di un certo imbarazzo, che si vuol superare con la fiducia sulle qualità di Scipione; Liv. 26.19.8-9 ricorda: “molte altre circostanze di questo tipo (l'opinione diffusa che Scipione fosse di stirpe divina e relativi prodigi), alcune vere, alcune inventate, avevano fatto superare il limite dell'ammirazione che si può avere per un uomo; basandosi su questi elementi i Romani affidarono ad un giovane di età ancora immatura *tantam rerum molem tantumque imperium*”. Non si deve dimenticare, peraltro, che nel senato c'erano opposte fazioni che si misuravano di continuo in ordine alle scelte di fondo e che si manifestarono anche nel prosieguo della carriera di Scipione⁹⁴.

Un'ulteriore “spia” dei timori, al contempo rimedio per fugare le preoccupazioni, può esser trovata in Liv. 26.19.10, in cui, dopo aver parlato dei rinforzi militari da mandare in Spagna, quasi per inciso, si afferma: *et M. Iunius Silanus propraetor adiutor ad res gerendas datus est* (26.19.10). Sembra qui che il senato, pur non espressamente richiamato, volendo compensare i dubbi suscitati dalla giovane età di Scipione, abbia deciso (con provvedimento autonomo?) di affiancargli un *adiutor* individuato nella persona dell'esperto⁹⁵ Giunio Silano che, in quel momento, era *propraetor*⁹⁶. Occorre, al riguardo, qualche precisazione: a mio avviso qui Livio usa forse il termine come appellativo e non per definirne i poteri; questa considerazione permetterebbe di ritenere non in contraddizione le parole attribuite a Scipione in Liv. 28.28.14 (*M. Silanus eodem iure eodem imperio mecum in provinciam missus*) che fanno considerare Silano un proconsole⁹⁷. Si deve, per converso, tener presente che l'*eodem iure eodem imperio*, è inserito nel discorso del generale ai soldati ribelli (si tratta della guarnigione sul fiume Scurone, sollevatasi a seguito delle notizie sulla malattia di Scipione) e può quindi essere un mero espediente retorico volto a fugare i timori che in caso di sua morte le truppe

⁹³ Zonara, 9.7, è in linea con il racconto liviano sia sui timori connessi alla scelta, sia sul ruolo di Silano.

⁹⁴ Sul punto v., da ultimo, BRIZZI, l.u.c. e lett. ivi cit.

⁹⁵ “Homme d'âge mur et d'expérience comme mentor auprès de Scipion” è definito nel commento a Polibio 10.6.7 dell'edizione Les belles lettres, Parigi 1990.

⁹⁶ Cfr. *supra*, in questo § nt. 71.

⁹⁷ JASHEMSKI, *Origins* 25 s.

sarebbero rimaste senza comandante; è in ogni caso probabile che il provvedimento del senato volesse attribuire a Silano poteri simili a quelli di Scipione (una sorta di *conlega minor*, visto che aveva funzione di *adiutor*).

10. Nel trattare dei comizi elettorali del 209 a. C. Livio narra della disputa in ordine alla immediata rieleggibilità di un console uscente⁹⁸ e forse questa attenzione nel richiamare il rispetto di prassi costituzionali e di leggi non è casuale, nel senso che lascia pensare che Livio, dopo aver trattato della cesura costituita dal conferimento dell'*imperium proconsulare* a Scipione, senta il bisogno di richiamare episodi in cui viene ribadito, invece, il rispetto della tradizione⁹⁹.

Livio ci informa, poi, sulla distribuzione di compiti e province e, in particolare -in 27.7.8- della proroga del comando per un anno a M. Claudio, con l'assegnazione delle stesse legioni con le quali l'anno prima aveva condotto la guerra da console. Anche l'altro ex console, M. Valerio Levino, vede prorogato il suo comando in Sicilia, insieme a L. Cincio Alimento, che era stato pretore. Per C. Calpurnio, che era stato propretore, la notizia della proroga è implicita nelle parole "*C. Calpurnius eidem praeesset provinciae exercituique*" (Liv. 27.7.10) ed è più esplicita in 27.21.6, in cui si ricorda che Calpurnio aveva avuto la *provincia* d'Etruria appunto come propretore. Anche per Sulpicio Galba -già proconsole, indicato come tale in Liv. 27.10.12- il riferimento è conciso: Liv. 27.7.15 *P. Sulpicio eadem legione eademque classe Macedoniam obtinere iusso prorogatum in annum imperium*.

Come si vede, nel 209 tutto sembra tornare alle normali procedure in materia di *prorogatio* mentre un elemento di novità è, per noi, costituito dal fatto che a Scipione e Silano è prorogato il comando in Spagna, ma non per un solo anno (come ci risulta avvenuto finora), bensì fino a quando non fossero stati revocati dal senato e Livio, 27.7.17, si limita ad osservare che nessun mutamento avviene in Spagna, se non questa indefinitezza della durata, senza che ciò gli sembri inusuale o bisognoso di spiegazioni da parte sua¹⁰⁰.

⁹⁸ In proposito si v. quanto osservato in *Considerazioni* cit. 584 ss.

⁹⁹ Da questo punto di vista si consideri anche il resoconto del conferimento dei poteri a Marcio: *supra*, § 3 e *Considerazioni* cit. 594.

¹⁰⁰ Forse perché un comando per più anni risultava nelle sue fonti già conferito a Publio Scipione.

11. Per il 208 Livio continua a trattare delle proroghe subito dopo l'attribuzione dei compiti a consoli e pretori: 27.22.4 – 6 *prorogatum in annum imperium est Q. Fulvio Flacco, ut provinciam Capuam, quae T. Quincti praetoris fuerat, cum una legione obtineret; prorogatum et T. Hostilio Tubulo est, ut pro praetore in Etruriam ad duas legiones succederet C. Calpurnio; prorogatum et L. Veturio Philoni est, ut pro praetore Galliam eandem provinciam cum isdem duabus legionibus obtineret, quibus praetor obtinisset. Quod in L. Veturio, idem et in C. Aurunculeio decretum ab senatu latumque de prorogando imperio ad populum est, qui praetor Sardiniam provinciam cum duabus legionibus obtinuerat.*

Si può qui rilevare che la specificazione del decreto del senato e della successiva delibera popolare per il solo Aurunculeio dipende, verosimilmente, dal fatto che quella provincia sarebbe spettata ad un pretore¹⁰¹ (infatti, in tale veste, l'anno prima, l'aveva governata lui stesso).

In Liv. 27.22.7 poi, stranamente, si ricorda che in favore di Scipione e Silano sono decretati, per un anno¹⁰², *suae Hispaniae suique exercitus*, mentre in 27.7.17, come abbiamo visto, il comando risultava loro attribuito “*donec a senatu revocati forent*”. In 27.22.9-10, inoltre si dà notizia, solo per inciso, della proroga del comando a Valerio Levino¹⁰³ e a P. Sulpicio¹⁰⁴, ambedue già proconsoli.

Considerazione a parte merita il caso di Terenzio Varrone¹⁰⁵: Livio, 27.24.1-9, si limita a dire che venne inviato dal senato, *cum imperio*, prima a prendere in consegna gli ostaggi aretini e poi a condurre una delle due legioni urbane per tenere sotto controllo Arezzo; data la scarsità di particolari forniti sembra di poter parlare di una sorta di missione speciale in cui viene utilizzato un ex console e proconsole per una durata verosimilmente limitata al permanere del pericolo di rivolta della città e, quindi, al di fuori della normale procedura di nomina dei promagistrati.

¹⁰¹ Così WEISSENBORN nel commento a Liv. 27.22.6, con richiamo a MOMMSEN, *Staatsrecht*, 2.203,2.

¹⁰² Il WEISSENBORN nel commento si limita ad osservare “passt nicht zu 7.17”.

¹⁰³ Senza specificazione del tipo di comando, che ricaviamo da Liv. 28.4.5 *Valerio Laevino proconsule*.

¹⁰⁴ Anche C. Calpurnio Pisone è indicato tra i promagistrati (BROUGHTON, *MRR*. 291) ma Livio, 27.22.13, si limita a dire che ricevette l'ordine di non muovere l'esercito da Arezzo fino all'arrivo del suo successore.

¹⁰⁵ Considerato promagistrato da BROUGHTON, *MRR*. 291 e *privatus propraetor* da JASHEMSKI, *Origins* 26 e 107.

12. Per l'anno 207 a.C. Livio non segue la consueta modalità di esposizione delle decisioni senatorie in ordine alle attribuzioni delle *provinciae* a magistrati e promagistrati in quanto tratta prima della lunga disputa intorno alla individuazione stessa dei candidati al consolato (Liv. 27.34.1-14) fino all'accordo sull'elezione di M. Livio e C. Claudio (34.15); passa poi a trattare dell'elezione dei pretori e vi inserisce la notizia dell'invio di C. Terenzio Varrone, come propretore, in Etruria (35.2) per tornare ad occuparsi dell'intervento del senato per superare il rancore esistente tra i consoli¹⁰⁶. Pertanto, solo a proposito dell'assegnazione ai consoli degli eserciti, torna a dare notizia di *prorogationes*: (Liv. 27.34.12-13) *relictum a consule exercitum Q. Fulvius¹⁰⁷ proconsul acciperet, eique in annum imperium esset.*

Gli altri promagistrati dell'anno si possono desumere, in primo luogo, dalla narrazione liviana del nuovo divampare della guerra in Spagna (Liv. 28 cap. 1-4) con la descrizione delle iniziative di Scipione e Silano, senza che lo storico senta il bisogno di far menzione del loro titolo e di ricordare il rinnovo della proroga del comando¹⁰⁸ (ripetendo la tecnica espositiva già usata a proposito degli zii di Scipione¹⁰⁹).

Per il resto, le indicazioni si ricavano da diversi contesti: per Ostilio Tubulo la carica può desumersi dalla assegnazione di compiti (ma ancora una volta senza specificazione del titolo¹¹⁰): Liv. 27.35.2 *...ut ex ea provincia C. Hostilius Tarentum ad eum exercitum iret quem T. Quinctius consul tribuerat¹¹¹*; per P. Sulpicio¹¹² disponiamo del cenno in Liv. 29.12.2 (in cui è citato solo come colui al quale succede, in Grecia, il proconsole del 206, Sempronio); per Q. Claudio di Liv. 27.43.1-2 (*quattuor Galli equites ... delati a vagis per agros pabulatoribus Romanis ad Q. Claudium propraetorem deducuntur*); infine, per Valerio Levino, di Liv. 28.4.5 (*eodem anno classis Romana cum M. Valerio Laevino proconsole ex Sicilia in Africam transmissa...*)¹¹³.

¹⁰⁶ L'intervento permise di ottenere il loro impegno ad una comunanza di intenti e di decisioni: in ogni caso il senato decise di non assegnare loro province senza distinzione di regioni, come di norma, ma furono inviati «*extremis Italiae finibus*» (Livio in Gallia e Claudio nel Bruzzio -35.10-)

¹⁰⁷ Che era stato proconsole nell'anno 208 a.C.

¹⁰⁸ Ma si v. quanto detto nel § 10.

¹⁰⁹ Cfr. *supra* § 2 e 3.

¹¹⁰ Ma, verosimilmente, propretore, visto che Tubulo era stato pretore nel 209.

¹¹¹ Cfr. pure Liv. 27.40.10-14.

¹¹² Proconsole, visto che lo era stato nel 208.

¹¹³ Il BROUGHTON, MRR. 296, colloca tra i promagistrati, sia pure dubitativamente, anche Manlio Acidino, ma Liv. 27.50.8 si limita ad accennare a *litterae ab Manlio Acidino missae*, senza alcuna specificazione del suo ruolo, probabilmente delegato del pretore urbano: cfr. WEISSENBORN, nel commento al passo.

13. Nel cap. 10 del 28° libro, Livio, come solito, espone i provvedimenti senatori susseguenti le elezioni per il 206 a.C. e così ai § 11-12 riporta che a M. Livio, console dell'anno precedente, è prorogato il comando e, al § 15, che analoga proroga per un anno si ha a favore di Q. Claudio per la *provincia* di Taranto e di C. Ostilio Tubulo per quella di Capua.

Cornelio Lentulo e Manlio Acidino rientrano nel novero dei promagistrati¹¹⁴ sulla base di Liv. 28.38.1, ma sembra da preferire la versione di Pol. 11.33.8, secondo il quale Scipione lasciò l'armata ai suoi principali collaboratori (Silano e Marcio, propretori, in quanto delegati di Scipione¹¹⁵), mentre Lentulo ed Acidino, pur nominati forse già nel 206 a.C. assunsero la funzione solo l'anno successivo¹¹⁶.

Quanto a Sulpicio Galba¹¹⁷, disponiamo del cenno di Liv. 29.12.2 (*P. Sempronius proconsul successor imperii missus Sulpicio.*) che non contiene dettagli su titolo e modalità di conferimento.

Per Scipione disponiamo di dettagliati resoconti delle iniziative in Spagna (Liv. 28.13-37) che attestano la sua posizione di comando (Liv. 28.38.1 *Haec in Hispania P. Scipionis ducto auspicioque gesta*¹¹⁸; Liv. 28.16.14 *hoc maxime modo ductu atque auspicio P. Scipionis pulsus Hispania Carthaginienses sunt*) ma nulla ci dicono su modalità e tempi del prolungamento del comando (forse già prorogato per più anni?) e il passo si conclude semplicemente con il ricordare che la cacciata dei cartaginesi avviene nel 14° anno dall'inizio della guerra e nel quinto dal ricevimento da parte di Publio della *provincia* e dell'esercito¹¹⁹.

14. Per l'anno 205 a.C. Liv. 28.45.9-11 fornisce un primo cenno delle proroghe di *imperium* deliberate dal senato contestualmente alla contrastata¹²⁰ assegnazione delle *provinciae* ai consoli: la prima *prorogatio*, peraltro, è rimessa al caso: si stabilisce infatti che sia il

¹¹⁴ BROUGHTON, *MRR.* 299.

¹¹⁵ Anche Silano, ad avviso del BROUGHTON, *MRR.* 299, aveva anche ottenuto la nomina senatoria, mentre Marcio è considerato tra i *legati* (o.c.300): in ogni caso è attestato in più luoghi che essi erano agli ordini di Scipione.

¹¹⁶ DE SANCTIS, *Storia dei romani* cit. 3.2, 491 nt. 98, cui aderisce BABINET, *L'attribution* cit. 256 e 323.

¹¹⁷ Anche lui considerato tra i promagistrati dal BROUGHTON, *MRR.* 296 e dalla JASHEMSKI, *Origins* 108.

¹¹⁸ L'espressione indica che chi aveva ricevuto un *imperium proconsulare* aveva propri *auspicia*: cfr MOMMSEN, *St.R.* cit. 1.79, 88.5.

¹¹⁹ Su alcune incongruenze della cronologia liviana, v. WEISSENBORN nt. 14 del commento a Liv. 28.16.14 e DE SANCTIS, *Storia dei romani* cit. 3.2, 624 ss.

¹²⁰ Cfr. Liv. 28.40-45.8, col dettagliato resoconto dello scontro politico tra Scipione e Q. Fabio Massimo in ordine a chi -e se si- dovesse condurre la guerra in Africa.

sorteggio tra i consoli dell'anno precedente a determinare quale dei due avrà il compito di condurre la guerra nel Bruzzio e al tempo stesso la proroga dell'*imperium* per un anno; il sorteggio favorisce Q. Cecilio Metello. Per il resto, la delibera senatoria è di carattere generale e indiretto/mediato, nel senso che stabilisce che il comando sia prorogato a tutti coloro cui saranno assegnati eserciti e province (*et ceteris praeter consules praetoresque, qui exercitibus provincisque praefuturi erant, prorogata imperia*). Non è però da escludere che si tratti, piuttosto che di un mutamento della prassi senatoria, di un espediente espositivo dello storico, teso ad evitare l'abituale ripetizione dell'elenco dei magistrati prorogati, tanto più che è difficile ipotizzare che non vi sia comunque stata una delibera senatoria di attribuzione dei comandi¹²¹; potrebbe ipotizzarsi anche che il senato abbia proposto all'assemblea popolare un conferimento di proroghe "in bianco" o a carattere generale, da combinare appunto con la successiva attribuzione nominativa dei comandi, ottenendo così una semplificazione delle procedure. In ogni caso, della *prorogatio* a T. Quinzio ed a C. Ostilio Tubulo siamo informati dal rinvio fatto in Liv. 29.13.6 (ove si menziona la proroga dell'anno successivo "*sicut priore anno*"); di quella a L. Salinatore, da 28.46.13; di quella per Cornelio Lentulo e M. Acidino, come proconsoli, da 29.13.7, anche qui come rinvio, parlando dell'anno 204 a.C. e per di più con la specificazione che la proroga era stata proposta *ad populum*¹²²; per Sempronio Tuditano il rinvio è in Liv. 29.11.10, ove si ricorda che è eletto console (per il 204 a.C.) mentre era assegnatario della *provincia Graecia*¹²³.

15. Per il 204 a.C. Livio, 29.13, torna alla modalità espositiva più ricorrente del quadro di magistrati e promagistrati e, in 13.3, comincia col riferire che a P. Scipione è prorogato per un anno l'*imperium*, con la stessa flotta ed esercito che già aveva, e che la stessa proroga è disposta per P. Licinio (proconsole, come specificato in Liv. 29.36.6) con il compito di occupare con due legioni il Bruzzio¹²⁴. In 29.13.4-7 Livio prosegue l'elenco dei bene-

¹²¹ Del resto, esposizione analoga ricorre anche in Liv. 30.27.9.

¹²² Sul punto v. *infra* § 15.

¹²³ V. Levino e Q. Plemio, pur inseriti dal BROUGHTON, *MRR*. 303 e da JASHEMSKI, *Origins* 109, anche tra i promagistrati, sono da considerare solo *legati*.

¹²⁴ Sul finire di 13.3 Livio precisa peraltro che la durata del compito di Licinio è "*quoad ... consuli e re publica visum esset*", il che non deve sorprendere dato che il console Sempronio era assegnatario della provincia del Bruzzio e che il potere del magistrato era, nell'ambito della stessa provincia, superiore a quello del promagistrato.

ficiari di proroghe: M. Livio Salinatore (proconsole), Sp. Lucrezio, Cn. Ottavio, T. Quinzio, C. Ostilio (propretori); per tutti è specificata la durata *-in annum-*, ma non la modalità né la fonte della proroga.

Per quanto riguarda, invece, il governo della Spagna, Livio -29.13.7- precisa “*quos in eam provinciam duos proconsules mitti placeret, latum ad populum est. Omnes tribus eosdem, L. Corneliū Lentulum et L. Manlium Acidinum, pro consulibus, sicut priore anno tenuissent, obtinere eas provincias iusserunt*”. Sembrerebbe, pertanto, che il primo gruppo di nomine avvenga per esclusiva decisione del senato¹²⁵, mentre per la Spagna¹²⁶ lo stesso senato delibera che si debbano mandare *duos proconsules*, ma ne rimette la scelta *ad populum*. La ragione di questa procedura va ricercata nel fatto che si decide non di prolungare il comando ad un magistrato, ma di inviare qualcuno “in luogo di un console”; più ancora, probabilmente, dovette incidere l'intento di rispettare, e consolidare, il precedente costituito proprio dal conferimento del titolo e dei poteri di proconsole a P. Scipione¹²⁷, così da far considerare tale precedente non un'eccezione, uno “strappo”, ad una prassi costituzionale, ma un ulteriore adattamento di quella prassi per esigenze di particolare rilevanza, visto il ruolo strategico rivestito dalla provincia spagnola nel radicale cambiamento delle sorti della guerra contro Annibale¹²⁸. Resta qualche dubbio su quale assemblea popolare fu chiamata ad esprimersi, dato che Livio, dopo aver affermato “*latum ad populum est*” (che porterebbe ad escludere i concili della plebe)¹²⁹ prosegue con “*omnes tribus iusserunt*” che fa pensare ai comizi tributi, ma si attaglia anche ai concili della plebe¹³⁰.

16. La lista dei magistrati prorogati nel 203 a.C. si può desumere da: Liv. 30.1.3-10, nell'ambito del provvedimento di distribuzione delle *provinciae* ai consoli, nel quale sono menzionati, per inciso, P. Sempronio (“*-ei quoque enim proconsuli imperium in annum prorogaba-*

¹²⁵ Così anche WEISSENBORN, nel commento a Liv.29.13.7.

¹²⁶ L'espressione “*de Hispaniae imperio*” di Liv. 29.13.7 è analoga a quella di Liv. 26.2.5, su cui v. *supra* § 9.

¹²⁷ Precedente che, verosimilmente, era stato rispettato anche l'anno prima, per il quale, come abbiamo visto, non disponiamo di esplicito riferimento, ma l'espressione “*sicut priore anno tenuissent*” lo lascia supporre.

¹²⁸ Va rilevato inoltre che, anche in questo caso, si tratta verosimilmente di un'elezione e non della proposta di nomi da parte del senato con conforme delibera dell'assemblea popolare e che dei due prescelti, l'uno - Lentulo- non era stato magistrato e l'altro -Acidino- era stato pretore urbano.

¹²⁹ Ma potrebbe trattarsi anche di una imprecisione di Livio: cfr. *Appunti*, 2.441.

¹³⁰ Con un mutamento rispetto al precedente di Scipione per il quale erano stati coinvolti i comizi centuriati, ma anche in Liv. 30.41.4 è menzionato l'intervento dei concili plebei.

tur- 1.3); M. Cornelio (*novo consuli tradere exercitum iussus, ipse prorogato imperio Galliam provinciam obtinere* -1.7-) ; Sp. Lucrezio (già propretore in Spagna, *prorogatum imperium, ut Genuam oppidum a Magone Poeno dirutum exaedificaret* -1.10-). Chiude il § 10 la menzione della proroga a Scipione, che è concessa (sempre nel quadro delle decisioni senatorie) “*non temporis sed rei gerendae fine, donec debellatum in Africa foret*”, con una deroga alla prassi della durata prestabilita che non è priva di precedenti e che, verosimilmente, rispondeva alle esigenze di dare stabilità e certezza all’impresa di Scipione¹³¹.

In Liv. 30.2.3-5 è attribuita al decreto del senato la proroga del comando a M. Pomponio, pretore nel 204 a.C., destinato alla flotta a protezione della Sicilia e a Cn. Ottavio¹³² con lo stesso potere e numero di navi (40) a proteggere la Sardegna, mentre a M. Marcio, ugualmente pretore nell’anno precedente, è affidata la difesa delle coste dell’Italia. In 30.2.7, poi, si ha una inusuale formulazione¹³³ di proroga del potere: *Hispaniae¹³⁴ cum exercitibus imperioque veteribus imperatoribus, L. Lentulo et L. Manlio Acidino, decretae* : qui potrebbe destare qualche dubbio il mancato coinvolgimento dei comizi, che può esser fugato dalla considerazione che si trattava di una ulteriore conferma dei proconsoli che erano stati designati dai comizi l’anno precedente¹³⁵.

17. Nel 202 a.C. si ha ancora un rilevante numero di proroghe: cominciamo col considerare la posizione di Scipione; abbiamo appena visto che nel 203 a.C. gli era stato prorogato il comando “*donec debellatum in Africa foret*” ma questo sembra esser messo in discussione, infatti Livio (30.27.1-5), senza fornire motivazioni, riferisce che all’inizio dell’anno i consoli eletti relazionarono in senato sulla situazione delle province, e -desiderando ambe-

¹³¹ Sussistevano infatti tensioni politiche che continuavano a metterla in discussione (cfr. infra, § 17) e si erano manifestate in occasione dell’assegnazione della provincia Sicilia nel 205 a.C., quando Scipione fu eletto console: sul punto v., da ultimo, BRIZZI, *Scipione* cit. 140 ss.

¹³² Definito da Livio *praetor prioris anni*, ma -come rilevato dal WEISSENBORN- si tratta di una inesattezza, perché risulta dallo stesso Liv. 28.38.11 che era stato pretore nel 205 e propretore nel 204 (Liv. 29.13.5).

¹³³ Che riguarda, in verità, in diversa misura (mancanza del titolo e della durata) tutti i casi di questo cap.2 e che si può attribuire ad esigenze stilistiche, non inficianti la sostanza, visto che si tratta di prassi largamente consolidate.

¹³⁴ E’ da rilevare che qui, a differenza da Liv. 29.13.7, la provincia è menzionata al plurale, forse per indicare la Spagna citeriore ed ulteriore: così nel commento dello Scandola nell’ed. Milano 1986 della Storia di Roma di T. Livio; cfr. pure DE SANCTIS, *Storia dei romani* cit. 4.1, 492.

¹³⁵ Il BROUGHTON, *MRR*. 312 s., menziona tra i promagistrati, e al contempo tra i legati L. Bebio che però, stando anche a Pol.15.4.1, sembra da dover considerare solo un legato.

due l’Africa- chiesero che si decidesse mediante sorteggio, ma il senato, evidentemente diviso¹³⁶, preferì prima imporre ai consoli di trattare la questione con i tribuni della plebe, perché -se lo ritenevano opportuno- chiedessero al popolo chi dovesse “*bellum gerere*” in Africa e “*omnes tribus P. Scipionem esse iusserunt*”¹³⁷. Ciononostante, visto che il senato aveva comunque deliberato che vi fosse il richiesto sorteggio fra i consoli¹³⁸, questo fu effettuato e risultò a favore di T. Claudio “*ut quinquaginta navium classem. omnes quinquiremes, in Africam traiceret parique imperio cum P. Scipione imperatore esset*”.

A ben vedere, sembra dunque che i consoli (e le *partes* che li sostenevano) non volessero –né, verosimilmente, potessero- tanto mettere in discussione la *prorogatio* di Scipione *donec debellatum foret*, quanto stabilire a chi dovesse spettare il comando supremo, perché se la provincia Africa fosse stata assegnata ad un console, ciò avrebbe anche consentito la direzione delle operazioni militari, dato che il potere consolare, nell’ambito di una stessa provincia, era da considerare superiore a quello di un proconsole¹³⁹. Ma l’intervento della deliberazione popolare, che assegnò invece a Scipione la conduzione della guerra, sconvolse i piani dei consoli, tanto che pur avendo Claudio ricevuto la provincia Africa, si vide però riconosciuto un *imperium* specificatamente solo pari a quello di Scipione ma (il che contava di più) senza assegnazione di un esercito, bensì solo della flotta, tanto che in realtà non si recò nemmeno in Africa¹⁴⁰. In conclusione, si può affermare che nel 202 Scipione non riceve una nuova proroga ma l’assegnazione del potere, in pratica esclusivo, di condurre la guerra in Africa.

Nel resoconto liviano è poi menzionata, per inciso, la proroga del comando proconsolare in Etruria a C. Servilio (Liv. 30.27.6), proroga che presenta la particolarità, al momento dell’assegnazione, di essere eventuale: infatti appare subordinata alla condizione “*si consulem manere ad urbem senatui placuisset*”¹⁴¹, anche se poi divenne effettivamente operativa perché il console fu trattenuto a Roma (Liv. 30.38.6).

¹³⁶ Cfr. *supra*, nt. 121.

¹³⁷ Esprime dubbi al riguardo -di fatto e di diritto- peraltro non motivati e sormontabili, DE SANCTIS, *Storia dei romani* cit. 3.2, 530 nt.157.

¹³⁸ Forse confidando in un diverso risultato della consultazione popolare?

¹³⁹ Cfr. Liv. 26.9.10.

¹⁴⁰ Il senato, del resto, visto il positivo risultato delle operazioni militari, non poté fare a meno di stabilire che le condizioni di pace dovessero esser trattate da Scipione, piuttosto che dal console.

¹⁴¹ Dato che l’Etruria era stata assegnata, appunto, al console M. Servilio.

Nell'ambito dell'affidamento delle funzioni ai pretori eletti, (in Liv. 30.27.8) si ricorda -ancora una volta per inciso- che Villio Tappulo fu incaricato, come propretore, di difendere le coste della Sicilia.

Per le altre *prorogationes*, Livio sceglie, di nuovo, di evitare l'elencazione, affermando a chiusura delle attribuzioni ai pretori (27.9) "*ceteris ita, ubi quisque obtinebant provincias exercitusque, prorogata imperia*". Per ricostruire la lista dobbiamo ricorrere ai riferimenti indiretti: così la conferma dei proconsoli del 203 a.C. in Spagna (Lucio Cornelio Lentulo e L. Manlio Acidino) ci è attestata da Liv. 30.41.4-5; quella del propretore Publio Cornelio Lentulo in Sardegna da Liv. 30.36.2-4 e 41.2. Da Liv. 30.41.7 sembrerebbe Cn. Ottavio, come propretore¹⁴², sarebbe stato al comando della flotta in Sicilia, ma l'inciso¹⁴³ non ha alcun precedente, mentre in Liv. 30.36.3 risulta che, in questo anno Ottavio era alle dipendenze di Scipione, che gli ordina di condurre per terra le legioni a Cartagine.¹⁴⁴

18. Nel 201 a.C. si ripropongono le tensioni tra i consoli eletti, di tipo analogo a quelle dell'anno precedente¹⁴⁵: infatti "*Cn. Lentulus consul cupiditate flagrabat provinciae Africae*" (Liv. 30.40.7), seguendo le orme di Tiberio Claudio (console dell'anno precedente). E di nuovo i tribuni della plebe fecero sentire il loro peso (40.9) ed il senato deliberò "*latum ad populum esse cuius vellent imperium in Africa esse; omnes quinque et triginta tribus P. Scipioni id imperium decrevisse*" (40.10). Si noti che era così riproposta e parzialmente risolta la questione politica di chi dovesse avere il comando supremo in Africa senza che fosse, al momento, messa in discussione la proroga del comando a Scipione. Ma i contrasti politici non erano, in realtà, superati (40.11 *multis contentionibus et in senatu et ad populum acta res postremo eo deducta est*) fino al raggiungimento del compromesso per cui fu lasciata al senato la decisione di stabilire mediante sorteggio l'assegnazione ai consoli delle due province (l'Italia da un lato e, dall'altro, una flotta di cinquanta navi che navigasse in Sicilia, pronta a passare in Africa, se non si fosse raggiunta la pace con Cartagine. Il senato stabilì anche che il console a capo

¹⁴² Così BROUGHTON, *MRR*. 317 (con un errato riferimento a Liv. 30.27.9) e JASHEMSKI, *Origins* 111.

¹⁴³ Come fa notare il WEISSENBORN nel commento al passo.

¹⁴⁴ Il BROUGHTON, *MRR*. 317 (ma non la JASHEMSKI) include tra i promagistrati anche Spurio Lucrezio, per il quale però non vi sono riscontri in Liv. 30.27.9, e lo stesso vale per Pomponio Mato, pur indicato dubitativamente.

¹⁴⁵ Sul punto v., da ultimo, BRIZZI, *Scipione* cit. 217 ss.

della flotta avrebbe dovuto condurre la guerra per mare e Scipione per terra “*eodem quo adhuc iure imperii*” (Liv. 30.40.13).

Nonostante queste precisazioni, Livio (30.41.1), aprendo la lista delle proroghe dei comandi, sente il bisogno di sottolineare “*P. Scipioni cum exercitibus, quos haberet, in provincia Africa prorogatum imperium*”, il che può apparire superfluo, ma in realtà la riaffermazione della *prorogatio* (pur senza la specificazione del termine, il che però non costituisce ormai una novità) potrebbe esser dovuta al fatto che la precedente era stata deliberata “*donec debellatum in Africa foret*”¹⁴⁶, e la guerra era ormai finita¹⁴⁷. La conferma della proroga, del resto, consente (nonostante l’opposizione del console Cn. Lentulo alla propensione alla pace emersa in senato, e grazie all’intervento dei tribuni della plebe¹⁴⁸) a Scipione di esser investito anche del potere di condurre le trattative di pace e, poi, di stipularla formalmente¹⁴⁹.

Liv. 30.41.1 prosegue con le attribuzioni dei compiti ai magistrati e, in 41.3, riferisce della proroga dell’*imperium* a M. Servilio -console dell’anno precedente- in Etruria. Passa poi alla delibera senatoria che predispone la riorganizzazione dei comandi in Spagna (41.5), rimettendo ai consoli il compito di trattare con i tribuni “*ut, si iis videretur, plebem rogarent cui iuberent in Hispania imperium esse: is...*”¹⁵⁰. Il nuovo proconsole doveva ridurre i due eserciti stanziati in Spagna ad una legione e, in attesa della realizzazione del nuovo assetto, il senato implicitamente conferma i due proconsoli dell’anno precedente, L. Cornelio Lentulo e L.M. Acidino nel momento in cui affida loro il compito di ricondurre in Italia “*veteres milites*” (41.5)¹⁵¹.

E’ poi usata una formula inusuale per disporre la *prorogatio* di un *propraetor*: in Liv. 30.41.7, si afferma infatti che, se Scipione vorrà affidare il comando della flotta di quaranta

¹⁴⁶ Come abbiamo visto nel § 16.

¹⁴⁷ *Debellare* significa condurre la guerra a fine (con un combattimento, in questo caso quello di Zama) a prescindere dalla stipula della pace: per Livio, in particolare, cfr. ad es. 26.21.4, 29.32.3, 30.8.1.

¹⁴⁸ Sul punto v., da ultimo, BRIZZI, *Scipione* cit. 218 s.

¹⁴⁹ Liv. 30.43.1-4; 30.43.9.

¹⁵⁰ Si stabiliva così che in luogo dei due proconsoli, vista la fine della guerra in Africa, vi fosse un solo proconsole; ed è forse per questa rilevante decisione, oltre che per il ruolo strategico svolto dalla provincia, e per la prassi fin lì seguita, che si rimette la scelta ai comizi tributi (così anche WEISSENBORN, nel commento a Liv. 30.41.4) i quali, dopo aver eletto per il 200 a.C. - a quanto sembra - C. Cetego, torneranno a scegliere due proconsoli, come si vedrà nel § 20. Sulle vicende della Spagna si v. DE SANCTIS, *Storia dei romani* cit. 4.1, 428 ss.

¹⁵¹ Il ritorno si realizzerà, per Lentulo, nel 200 (Liv. 31.20.1) e, per Manlio, nel 199 (32.7.4), pertanto non si può (con BROUGHTON, *MRR*. 320) considerare C. Cetego tra i promagistrati dell’anno, tanto più che Liv. 31.49.7 afferma espressamente che Cetego *eodem anno* (200 a.C.) ...*Hispania obtinebat*.

navi -di cui era già assegnatario- a Cn. Ottavio, che già ne era stato comandante, allora “*Octavio pro praetore in eum annum imperium esset*”¹⁵².

Infine, in Liv. 31.3.2-3, M. Valerio Levino è qualificato propretore, ma è da rilevare che, in realtà, il console Publio Elio era stato autorizzato dal senato ad inviare, dotandolo di *imperium*, chi gli sembrasse opportuno per trasferire in Macedonia la flotta ricondotta dalla Sicilia da Cn. Ottavio, e il console scelse appunto il propretore Levino che, pertanto, sembra ricevere titolo ed incarico dal console e dovrebbe quindi esser annoverato tra i *legati*¹⁵³.

19. Anche per il 200 a.C. Livio non fornisce una lista, nemmeno parziale, delle *prorogationes* e non ne tratta, per così dire, organicamente¹⁵⁴, ma disponiamo di riferimenti indiretti, tranne che per Valerio Faltono, il cui incarico è menzionato dopo la distribuzione da parte del senato degli eserciti consolari e pretorii: Liv. 31.8.9 *M. Valerio Faltoni, qui praetor priore anno Campaniam provinciam habuerat, prorogatum in annum imperium est, uti propraetor in Sardiniam traiceret*.

La notizia relativa al proconsole per la Spagna è inserita invece solo nel cap. 49.7 del libro 31, (con le parole *Eodem anno C. Cornelius Cethegus, qui proconsul Hispaniam obtinebat, magnum hostium exercitum in agro Sedetano fudit*) mentre della scelta senatoria di far nominare dai comizi un solo proconsole siamo informati da Liv. 30.41.4-5¹⁵⁵.

E' inoltre da notare che in questo anno si hanno contemporaneamente tre proconsoli per la Spagna, con compiti distinti: oltre a Cetego, proconsole ‘ordinario’, per così dire, cioè verosimilmente con il compito di amministrare la provincia e capo dell'unica legione lì prevista, infatti, sono da considerare tuttora in carica sia L. Cornelio Lentulo¹⁵⁶ che Manlio Acidino, cui, come abbiamo visto nel paragrafo precedente, era stato affidato invece lo specifico compito di ricondurre in Italia *veteres milites*.¹⁵⁷

¹⁵² V. anche quanto osservato nel § 17 nt. 142 e si noti che Scipione si limitò ad ordinarli di condurre la flotta in Sicilia e di consegnarla al console Cn. Cornelio (Liv. 30.44.13).

¹⁵³ Il BROUGHTON, MRR. 340, indica, dubitativamente, come promagistrato T. Aurelio Cotta, per il quale si dispone, però, solo di un'iscrizione che lo definisce “*praetor iterum*”.

¹⁵⁴ Nel senso che, diversamente dalla prassi per lo più seguita, non riserva all'argomento uno spazio apposito nel resoconto delle delibere senatorie in ordine alle diverse cariche magistratuali.

¹⁵⁵ *Supra* § 18.

¹⁵⁶ Almeno fino al suo ritorno, avvenuto nel corso dell'anno.

¹⁵⁷ Il BROUGHTON, MRR. 324 (ma non la Jashemski) inserisce tra i promagistrati anche Cn. Cornelio Lentulo e M. Valerio Levino, ma gli indizi sembrano troppo labili.

20. Per il 199 a.C. Livio torna, almeno in parte, a trattare delle proroghe secondo le modalità ricorrenti: in 32.1.6-7, dopo aver riferito dell'attribuzione di province ed eserciti, afferma che ai pretori dell'anno precedente è prorogato il comando: C. Sergio Plauto, che era stato pretore urbano, si vede affidato lo speciale compito di procedere all'assegnazione di terreni ai soldati che *“in Hispania, Sicilia, Sardinia stipendia per multos annos fecissent”*¹⁵⁸; Q. Minucio Rufo ha invece il compito di portare a termine l'indagine sulle congiure nel Bruz-zio (che aveva condotto da pretore *“fide curaque”*), mandasse a giustiziare a Locri i colpevoli di sacrilegio da lui scoperti e ricollocasse nel santuario di Proserpina quanto era stato rubato.

La proroga a P. Sulpicio, console cui nell'anno precedente era toccata la Macedonia, è invece ricordata -come semplice attributo- in 32.1.12 (*a P. Sulpicio proconsole ex Macedonia litterae oblatae*) nell'ambito del racconto dei prodigi verificatisi nell'anno (1.10-14).

Del governo della Spagna Livio fornisce invece indicazioni nel trattare delle elezioni dell'anno, in particolare con riguardo ai problemi posti dall'elezione degli edili curuli. Stando a Liv. 31.50.6-10, il senato sollecitò due interventi dei tribuni della plebe: uno per l'esonero di Flacco dall'obbligo di giurare fedeltà alle leggi al quale non poteva adempiere perché era flamine di Giove; l'altro per permettere a Gaio Cornelio Cetego¹⁵⁹ di tornare per esercitare la nuova magistratura.

Il resoconto relativo a questo secondo plebiscito lascia però perplessi, da un lato per la carenza e, dall'altro, per la contraddittorietà delle informazioni. Occorre infatti ricordare che, come abbiamo visto, secondo Liv. 30.41.4, il senato, nel 200 a.C. aveva deliberato di riorganizzare l'amministrazione della provincia, prevedendo un unico detentore di *imperium*, che doveva essere eletto dai concili della plebe; questi avrebbe poi dovuto ridurre i due eserciti ad una legione. Ciononostante in Liv. 31.50.10 si parla di una *rogatio* avente ad oggetto *“quos duos in Hispaniam ad exercitus ire inberent”*: per spiegare questa diversa impostazione si può supporre che vi sia stata una delibera senatoria -non riportata da Livio- che torna a prevedere due comandanti e stabilizza la divisione della Spagna in due province,

¹⁵⁸ Si tratta qui di estendere la distribuzione predisposta l'anno precedente per le truppe di Scipione: cfr. Liv. 31.49.5.

¹⁵⁹ Che, come abbiamo visto, era stato eletto proconsole unico in Spagna.

l'Ulteriore e la Citeriore¹⁶⁰. Inoltre, Livio, in 31.50.10-11, afferma che l'invio dei due proconsoli serviva a permettere non solo a Cetego di venire ad esercitare l'edilità curule, ma anche a Manlio Acidino¹⁶¹ di tornare dalla provincia *multos post annos*, questa ultima motivazione contrasta, però, con quanto detto in 30.41.5, e cioè che il senato aveva già deliberato che questi dovesse rientrare in Italia con i veterani¹⁶². Al termine del § 50 Livio riporta infine il risultato della deliberazione popolare: “*plebes Cn. Cornelio Lentulo et L. Stertinio*¹⁶³ *pro consulibus imperium esse in Hispania iussit*” ed incorre nell'errore di indicare C. Lentulo invece di Cn. Cornelio Blasio¹⁶⁴.

21. Per il 198 a.C. abbiamo indicazioni sulle promagistrature inserite nell'ambito delle disposizioni senatorie di inizio anno solo per quanto riguarda L. Lentulo: Liv. 32.8.3 *L. Lentulo, prioris anni consuli, prorogatum imperium vetitusque aut ipse provincia decedere prius aut veterem deducere exercitum, quam cum legionibus novis consul venisset*. Questa *prorogatio* presenta alcuni aspetti anomali¹⁶⁵, perché non è chiaro il ruolo, affidato a Lentulo, visto che gli è solo vietato di lasciare la provincia (ma quale?¹⁶⁶) e pertanto da questa fattispecie non possono ricavarsi utili indicazioni.

Per gli altri promagistrati disponiamo soltanto di riferimenti che si limitano ad attestare la loro permanenza in carica (senza nulla dirci sulle modalità); così avviene per Cn. Cornelio Blasio e Lucio Stertinio, secondo Liv.32.27.1-4; del primo, a proposito del suo ingresso a Roma dopo aver ottenuto dal senato di celebrare l'*ovatio*, si ricorda: *ante C. Sempronium Tuditanum citeriorem Hispaniam obtinuerat*; del secondo, a proposito del suo conferimento

¹⁶⁰ Come risulta da Liv. 32.28.2 e 33.27.1-4.

¹⁶¹ Che è collocato tra i promagistrati dell'anno dal BROUGHTON, *MRR*. 328, e per il quale, come si è visto, può supporre che la proroga sia implicita -o collocata- nello stesso provvedimento con cui gli era affidato il compito di riportare in Italia i veterani.

¹⁶² Cfr. supra § 18.

¹⁶³ Ambedue i prescelti non avevano ancora rivestito magistrature *cum imperio*: si noti che, in questo caso (come rilevato da NICOSIA, *Lineamenti* cit. 220), sono chiamati ad esprimersi i concili della plebe.

¹⁶⁴ Che risulta da Liv. 33.27.1; cfr. BROUGHTON, *MRR*. 328 s.

¹⁶⁵ Dovuti alla scarsa chiarezza del passo, in cui manca la specificazione dell'esercito attribuito al proconsole.

¹⁶⁶ Secondo il BROUGHTON, *MRR*. 331 si tratterebbe della Gallia, ma Lentulo da console aveva avuto l'Italia e, pur essendosi recato in Gallia per rimediare alla sconfitta del pretore Bebio, era tornato a Roma senza aver compiuto nulla di notevole per tenere i comizi (Liv. 32.7.7-8); sembrerebbe pertanto più plausibile l'indicazione della JASHEMSKI, *Origins* 112, secondo la quale sarebbe l'Italia; a ragione, nel commento al passo, il WEISSENBORN osserva anche che non è nemmeno chiaro se Lentulo aveva condotto in Gallia un esercito a lui affidato.

all'erario di 5.000 libbre d'argento -senza neppure aver tentato di chiedere il trionfo- si fa cenno alla sua provenienza "*ex ulteriore Hispania*"¹⁶⁷.

22. Considerazioni conclusive.

L'esame, fin qui condotto, della casistica relativa al secondo periodo della *prorogatio imperii* consente di analizzare ora i dati nel loro complesso e di valutare costanti e novità nell'impiego dell'istituto introdotto nella 'prassi costituzionale' per esigenze di carattere militare circa un secolo prima dell'inizio del periodo qui esaminato.

Nell'arco di un ventennio, che rappresenta un momento cruciale nella storia di Roma, e nell'ambito di una guerra combattuta su più fronti, distanti fra loro, emerge in primo luogo il dilatarsi del fenomeno dal punto di vista quantitativo: il ricorso alla promagistratura¹⁶⁸, si verifica 126 volte in venti anni consecutivi¹⁶⁹ (con una media di sei promagistrati all'anno e ripetute 'punte' di nove); riguarda 45 persone diverse che -avendo in più casi rivestito più volte la stessa, o anche diversa, carica- permettono di distinguere 75 casi di affidamento di poteri da proconsole (a 25 persone diverse) e 51 da propretore (a 24 persone diverse).

Seguendo un ordine cronologico, mi soffermerò sulle 'novità', o per lo meno su quelle che appaiono tali ai nostri occhi e sono variamente definite dagli studiosi: mi limiterò, peraltro, a quelle che risultano sufficientemente sicure dalle fonti. Faccio un'eccezione per il caso di Gneo Cornelio Scipione per il quale -come si è visto¹⁷⁰- la Jashemski ha coniato la definizione di *privatus cum imperio* (mentre altri autori¹⁷¹ preferiscono parlare di *imperium extra ordinem*): Scipione ottenne i poteri proconsolari quanto meno dal 217 a.C. ma, a prescindere

¹⁶⁷ Il BROUGHTON, MRR.331 (ma non la Jashemski) annovera tra i promagistrati anche Villio Tappulo, console del 199, sulla base della considerazione che il suo successore nella provincia (il console T. Q. Flaminio) sarebbe arrivato ad anno inoltrato. E' però da osservare che in Liv. 32.9.8 abbiamo solo un brevissimo cenno (*inde Villio dimisso paucos moratus dies...*) che non ci permette di sapere se vi era stata o meno una *prorogatio* da parte del senato, come, invece, ci è riferito, ad es. da Liv. 32.28.9 per un caso analogo: *T. Quinctio prorogarunt imperium, donec successor ex senatusconsulto venisset.*

¹⁶⁸ Sempre nel senso specificato nei rinvii indicati *supra*, in nt. 3.

¹⁶⁹ Si noti che, nel periodo precedente, c'erano stati solo tredici promagistrati in undici anni diversi, nell'arco di oltre un secolo.

¹⁷⁰ *Supra* § 1.

¹⁷¹ Mi limito qui a rinviare ad un autore molto risalente, come il SIGONIUS, *De antiquo iure civium romanorum libri duo*, Venetiis 1563, p.156 (il quale, peraltro, considera *extra ordinem* tanto il potere conferito ai magistrati usciti di carica, quanto quello conferito a *privati*), ed ora KLOFT, *Prorogation*, cit. 18 ss. e lett. *ivi* cit.

dalla constatazione che le fonti sono avare di particolari sulle modalità di conferimento, desidero puntualizzare che di questa terminologia non c'è alcun bisogno, sol che si accetti la definizione già data da Nicosia¹⁷², e che si tenga conto che gli storici antichi non ne hanno avvertito l'esigenza e non se ne trova traccia nelle opere pervenuteci¹⁷³; al riguardo, per spiegare l'assenza di rilievi o spiegazioni (in particolare da parte di Livio, di solito attento a segnalare i fenomeni istituzionali) si può solo ipotizzare¹⁷⁴ che, essendo stato Gneo console nel 222, l'attribuire l'*imperium* con una *prorogatio* a chi era già stato detentore di *imperium*, sia pure a distanza di tempo, non doveva apparire una rottura della prassi costituzionale più di quanto lo fosse l'attribuirlo ad un magistrato che stava per uscire di carica e tornare ad essere un *privatus*. Del resto, un provvedimento di generale conferimento dell'*imperium* a tutti gli ex magistrati *cum imperio* "*donec recessisset a muris hostis*", vi sarebbe stato di lì a poco, nel 211 a.C., sia pure in un momento di particolare gravità (la minacciosa vicinanza di Annibale che era giunto fino al tempio di Ercole), ma a quanto risulta senza suscitare problemi o riserve: cfr. Liv.26.10.9.

Discorso diverso deve esser fatto per quanto riguarda Publio Cornelio Scipione Africano che è indicato come il primo sicuro caso di affidamento dell'*imperium proconsulare* ad un *privatus*¹⁷⁵, ma sul punto basta rinviare a quanto esposto nel § 9.

Passando ora alle modalità di conferimento della *prorogatio*, si può osservare che non sembrerebbero esserci novità rispetto al primo periodo: Livio (come noto, l'unica fonte che ci fornisce dettagli attendibili), infatti, nel parlarci dei primi casi occorsi durante la seconda guerra punica, non avverte la necessità di scendere in particolari, e peraltro è verosimile che avesse adottato questo criterio già nella prima fase, a partire da quando il ricorso a questo strumento divenne piuttosto frequente¹⁷⁶ (anche se questa è una mera congettura, data la perdita della seconda deca della Storia liviana).

¹⁷² *Lineamenti* cit. 219.

¹⁷³ L'unica traccia, per quanto mi risulta, è data dai *Fasti Triumphales*, p. 102 (ed. A. Degrassi) 196 a.C.: *Cn. Cornelius Blasio...quod Hispaniam Citeriorem extra ordinem obtinuerat permissum est, ovans de Celtibereis...*

¹⁷⁴ Come detto *supra* § 1.

¹⁷⁵ Così già C. SIGONIUS, *De antiquo iure civium romanorum libri duo*, Venetiis 1569, 158 e I. ROSINUS, *Antiquitatum romanorum* (p. 74 dell'ediz. del Dempster, Genève 1609); DE SANCTIS, *Storia* cit. 3.2, 440 -e lett. ivi cit.- ; NICOSIA, *Lineamenti* 220; mentre il BABINET, *L'attribution* cit. 246 ss. parla di attribuzione straordinaria dell'*imperium* a semplici privati.

¹⁷⁶ Rinvio a quanto osservato in *Considerazioni* cit. 591 ss.

Per Publio Cornelio Scipione, nel 217 a.C., infatti, si limita a riferire: “*P. Scipio in provinciam venit, prorogato post consulatum imperio ab senatu missus*” e sembra di poter ritenere che la proroga sia attribuita al solo senato, nonostante che questo caso presenti la particolarità costituita dal fatto che Scipione era stato console cinque anni prima e quindi non era un magistrato che stava per uscire -o appena uscito- di carica (come ci risulta esser sempre avvenuto fino ad allora), ma Livio non sembra avvertire alcun imbarazzo al riguardo (anche se quella che a noi appare un’omissione potrebbe non esser tale o dipendere da esigenze espositive).

Anche per il 216 a.C. la notizia della proroga ai consoli dell’anno precedente è data in forma molto concisa: “*consulibus in annum prorogatum imperium*” ed anche la novità costituita dal primo sicuro caso di proroga ad ex pretori, passa sotto silenzio ed è ricavabile dal fatto che C. Mammula e Otacilio Crasso sono menzionati con il titolo di propretori, senza alcun cenno a chi l’avesse conferito. E’ da rilevare, peraltro, che lo stesso Livio, in 26.2.1, nel riferire la stroncatura dell’abuso del titolo di *propraetor*, fa risaltare che anche per questo tipo di proroga occorreva lo *iussus populi* e l’*auctoritas patrum* (ma resta da vedere se alle affermazioni di principio seguisse sempre l’attuazione pratica, dato che innegabilmente da questo punto di vista, non disponiamo di informazioni e possiamo solo ipotizzare che, per snellire il procedimento di attribuzione dei poteri, di anno in anno si proponesse ai concili della plebe l’elenco delle proroghe decise dal senato¹⁷⁷: ma abbiamo anche visto che, per talune fattispecie al di fuori della routine, risultano coinvolti i comizi centuriati e, in altre circostanze, lo saranno i comizi tributi).

Nel 215 a.C. non abbiamo, ugualmente, specificazioni in ordine all’organo che attribuisce le proroghe. Per il 214 Livio menziona una delibera di proroga a carattere generale (non necessariamente una mera variazione stilistico-espositiva dello storico) che menziona il solo senato: “*prorogatum deinde imperium omnibus, qui ad exercitus erant iussique in provinciis manere*” (Liv. 24.10.3). Analoga modalità abbiamo per il 213 e, sebbene diversa, comunque sintetica è quella per il 212.

¹⁷⁷ E abbiamo visto che Livio ci presenta qualche esempio di proroghe “in blocco” o con provvedimento di carattere generale: *supra* §§ 6 e 14.

Per il 211 Livio apre il 26° con la menzione dell'entrata in carica dei consoli e del senatoconsulto “*de re publica, de administratione belli, de provinciis exercitibusque*” che contiene in primo luogo le determinazioni relative alle proroghe dei comandi e, più avanti, una stringata notizia su una deliberazione di carattere eccezionale, per fronteggiare la situazione di emergenza determinata dalla minacciosa vicinanza di Annibale alla città: (26.10.9) “*quia multis locis comprimendi tumulti erant, qui temere oriebantur, placuit omnes, qui dictatores, consules censorum fuissent, cum imperio esse, donec recessisset a muris hostis*”. Questa delibera pare attribuibile al solo senato.

Per gli anni successivi le informazioni sono contenute nel Sc. di inizio anno o riportando delibere a carattere generale, ma spesso anche con riferimenti sparsi ed indiretti o attraverso la sola attribuzione del titolo. E' quindi il caso di soffermarsi piuttosto sul problema del persistere della doppia deliberazione o dell'affermarsi della sola delibera senatoria, quanto meno per i casi “normali”, e cioè il conferimento della proroga ai magistrati che uscivano di carica. Nonostante alcuni studiosi ritengano che già dal 307 a.C. sarebbe stata sufficiente la sola delibera senatoria¹⁷⁸, va osservato che, nel 295 a.C., troviamo di nuovo la notizia del concorso di un plebiscito ed anche se, come abbiamo visto, nei primi anni della seconda guerra punica, questo non viene più ricordato, è probabile che ciò sia dovuto all'intento di evitare precisazioni ritenute superflue, come può esser confermato dal richiamo alla regola generale contenuto in Liv. 21.2.1.

D'altra parte, come abbiamo appena visto, Livio ricorda che, nel 210, per la delicata scelta del comandante da inviare in Spagna, si era dapprima deciso di coinvolgere i *concilia plebis* e si era poi optato per la sottoposizione del caso ai comizi centuriati per la rilevante novità –determinata dalla carenza (o indisponibilità) di ex magistrati adeguati al compito- di voler ricorrere all'attribuzione di quel comando a chi non avesse ancora esercitato l'*imperium* (come nel caso, appunto, del candidato ‘*in pectore*’ del senato).

Di nuovo, per il governo della Spagna nel 204 a.C. Livio -29.13.7- precisa *quos in eam provinciam duos proconsules mitti placeret, latum ad populum est. Omnes tribus eosdem, L. Cornelium Lentulum et L. Manlium Acidinum, pro consulibus, sicut priore anno tenuissent, obtinere eas provincias iusserunt*. Sembrerebbe, pertanto, che il primo gruppo di nomine avvenga per esclusiva deci-

¹⁷⁸ BABINET, *L'attribution* cit. 6 e lett. *ivi* cit.

sione del senato¹⁷⁹, mentre per la Spagna¹⁸⁰ lo stesso senato delibera che si debbano mandare *duos proconsules*, ma ne rimette la scelta *ad populum*. La ragione di questa procedura va ricercata nel fatto che si decide non di prolungare il comando ad un magistrato, ma di inviare qualcuno “in luogo di un console”; più ancora, probabilmente, dovette incidere l'intento di rispettare, e consolidare, il precedente costituito proprio dal conferimento del titolo e dei poteri di proconsole a P. Scipione¹⁸¹, così da far considerare tale precedente non un'eccezione, uno “strappo”, ad una prassi costituzionale, ma un ulteriore adattamento di quella prassi per esigenze di particolare rilevanza, visto il ruolo strategico rivestito dalla provincia spagnola nel radicale cambiamento delle sorti della guerra contro Annibale¹⁸². Resta qualche dubbio su quale assemblea popolare fu chiamata ad esprimersi, dato che Livio, dopo aver affermato “*latum ad populum est*” (che porterebbe ad escludere i concili della plebe)¹⁸³ prosegue con “*omnes tribus iusserunt*” che fa pensare ai comizi tributi, ma si attaglia anche ai concili della plebe¹⁸⁴.

In conclusione si può rilevare che Livio sembra menzionare una deliberazione ‘popolare’ in aggiunta a quella senatoria quando ricorrano condizioni ‘speciali’, cioè sia necessaria a sostenere mutamenti nella prassi costituzionale, come avviene con il coinvolgimento del *comitiatus maximus*, nel caso di Scipione (meno chiara appare l'esigenza del coinvolgimento del *populus* nella proroga ad Aurunculeio, quale propretore, nel 208, ma forse il plebiscito è richiesto perché la provincia a lui attribuita sarebbe spettata ad uno dei pretori in carica). E di nuovo, tornato dalla Spagna Scipione, il senato decide che per governare quella provincia si debbano mandare due proconsoli, ma questa volta ne rimette la scelta ai comizi tributi, probabilmente per mantenere una prassi simile a quella instaurata nel 210, ma il racconto di Livio è avaro di particolari e, per di più, riguarda la conferma del 204 e non l'anno in cui si pose il problema. In ogni caso, va rilevato che potrebbe anche esserci

¹⁷⁹ Così anche WEISSENBORN, nel commento a Liv. 29.13.7.

¹⁸⁰ L'espressione “*de Hispaniae imperio*” di Liv. 29.13.7 è analoga a quella di Liv. 26.2.5, su cui v. *supra* § 9.

¹⁸¹ Precedente che, verosimilmente, era stato rispettato anche l'anno precedente, per il quale, come abbiamo visto, non disponiamo di esplicito riferimento, ma l'espressione “*sicut priore anno tenuissent*” lo lascia supporre.

¹⁸² Va rilevato inoltre che, anche in questo caso, si tratta verosimilmente di un'elezione e non della proposta di nomi da parte del senato con conferma delibera dell'assemblea popolare e che dei due prescelti, l'uno - Lentulo - non era stato magistrato e l'altro - Acidino - era stato pretore urbano.

¹⁸³ Ma potrebbe trattarsi anche di una imprecisione di Livio: cfr. *Appunti*, 2.441.

¹⁸⁴ Con un mutamento rispetto al precedente di Scipione per il quale erano stati coinvolti i comizi centuriati, ma anche in Liv. 30.41.4 è menzionato l'intervento dei concili plebei.

stato un ripensamento sull'opportunità di creare *proconsules*, almeno a giudicare dall'espressione usata in Liv. 29.13.7: *quos in eam provinciam duos proconsules mitti placeret, latum ad populum est*.

Negli anni successivi troviamo menzionata la conferma dei proconsoli in Spagna solo da parte del senato, il quale, però, nel 200 sembra optare per un diverso assetto, in quanto delibera che è sufficiente un solo proconsole e -tramite i consoli- ne rimette la scelta ai concilii della plebe: Liv. 30.41.4-5 *uti consules cum tribunis agerent, ut, si iis videretur, plebem rogarent, cui iuberent in Hispania imperium esse: is ex duobus exercitibus in unam legionem conscriberet...* (e sappiamo che fu prescelto C. Cornelio Cetego. Ciononostante, nel 199 risulta il ritorno alla designazione di due proconsoli con il concorso dei concili della plebe, senza che siano indicate le motivazioni (verosimilmente ravvisabili in una scelta 'definitiva' di configurare per la Spagna due diverse province, la Citeriore e l'Ulteriore) e con una formulazione della *rogatio* ancora diversa: Liv. 31.50.10 *quos duos in Hispaniam ad exercitus ire iuberent*.

Sui contenuti, o meglio, sui compiti connessi alla *prorogatio* rinvio all'analisi sopra effettuata anno per anno: qui osservo solo che -forse anche a causa della grande quantità di casi e all'intento di non appesantire l'opera con troppi particolari- Livio alterna diverse modalità espositive e solo di quando in quando fornisce qualche specificità. Per lo più, le notizie sulle varie *prorogationes* sono date in forma molto sintetica, del tipo: "*prorogato imperio ... missus*" (con indicazione della provincia di destinazione); oppure "*prorogatum in annum imperium*" e specificazione del compito, es. *ut classi praeesset; prorogata imperia provinciaeque; et ceteris qui exercitibus provinciisque praefuturi erant prorogata imperia*. Come esempi di compiti specifici si possono ricordare: quello al propretore Iunio Silano di "*adiutor ad res gerendas*"; quello al propretore Sp. Lucrezio nel 203 "*ut Genuam oppidum a Magone Poeno dirutum exaedificaret*"; quello dei proconsoli in Spagna ai quali, nel 201, è implicitamente prorogato il comando affinché riconducano in Italia *veteres milites*; al propretore S. Plauto, nel 199, di assegnare terreni ai soldati che "*in Hispania, Sicilia, Sardinia stipendia per multos annos fecissent*"; al propretore Minucio Rufo, nello stesso anno, di portare a termine l'indagine sulle congiure nel Bruz-zio. Mi pare interessante segnalare che alcuni di questi casi possono anche considerarsi come primi esempi di utilizzo dei promagistrati non più in chiave soltanto militare ma, per

così dire, di ‘governo’, in senso lato e che, forse non a caso, si manifestano quando le esigenze militari si sono ormai notevolmente ridotte.

Quanto alla durata delle *prorogationes*, si può notare essa di solito è stabilita *in annum*, anche se non sempre è esplicitata (forse perché viene considerata la regola), ma non mancano varianti. In primo luogo si hanno casi di proroga la cui durata -prevedibilmente lunga- o connessa alla realizzazione di un fine importante per le sorti della *res publica*, è rimessa alla volontà del senato.

La prima fattispecie¹⁸⁵ ricorre in Liv. 27.7.17 “*non in annum Scipioni Silanoque, sed donec revocati ab senatu forent, prorogatum imperium est?*” e risulta essersi prolungata dal 209 al 206 e cioè fino alle decisive vittorie in Spagna di Scipione e al suo ritorno a Roma (avvenuto, peraltro, a quanto sembra, senza l’autorizzazione o il gradimento del senato) con l’immediatamente successiva elezione a console.

La seconda fattispecie riguarda, di nuovo, Scipione Africano. Questi, console nel 205, sia pure con la forte opposizione di Q. Fabio Massimo (e di quella parte del senato timorosa del suo potere e prestigio), aveva ottenuto la provincia d’Africa e, l’anno successivo, la *prorogatio* con lo stesso esercito e la stessa flotta di cui già disponeva; nel 203, invece, ottiene una proroga “*non temporis sed rei gerendae fine, donec debellatum in Africa foret?*” (Liv. 30.1.10). Questo provvedimento presentava una ulteriore particolarità ed era di notevole ampiezza perché la proroga non prevedeva (almeno esplicitamente, come nel caso ora visto) una revoca da parte del senato e la sua durata era indefinibile e, al tempo stesso prevedibilmente lunga, visto che si trattava di portare a termine una guerra che fino ad allora era stata caratterizzata da non poche sconfitte: evidentemente i ripetuti successi delle iniziative e della strategia di Scipione avevano convinto gli oppositori dell’opportunità di rimettere tutto nelle sue mani e di portare la guerra in casa del nemico, tanto che il senato delibera anche una *supplicatio* “*ut ea res salutaris populo Romano ipsique duci atque exercitui esset?*”.

Fenomeno simile alla proroga superiore all’anno è, per certi versi, quello dell’iterazione delle proroghe¹⁸⁶, anzi, questo non solo non era in linea con i principi repub-

¹⁸⁵ Perlomeno esplicita, perché è verosimile che analogo provvedimento fosse stato preso per Publio e Gneo Scipione, salvo pensare che per loro vi fossero stati ripetuti rinnovi annuali, ma le fonti nulla ci dicono al riguardo.

¹⁸⁶ Oltre a quello dell’iterazione delle cariche ordinarie, per il quale rinvio a *Considerazioni* cit. 583 ss.

blicani, ma, da un lato, aumentava esponenzialmente i rischi di “turbativa” al sistema di potere dell’oligarchia senatoria e, dall’altro, contrastava radicalmente con una delle caratteristiche della *res publica*: a tal proposito va richiamato un passo liviano giustamente messo in luce e valorizzato¹⁸⁷ in cui lo storico enuncia di voler trattare delle imprese del popolo romano libero ed insieme dei due elementi nei quali sembra ravvisare il fondamento di quella *libertas*: il potere delle leggi più forte di quello degli uomini e i magistrati annuali [Liv.2.1.1 *Liberi iam hinc populi Romani res pace belloque gestas, annuos magistratus, imperiaque legum potenti ora quam hominum peragam*].

Le ripetute iterazioni ed i vari prolungamenti furono però tollerati/subiti solo perché la regola della rotazione ed intervallo tra le cariche¹⁸⁸ contrastava con quello dell’efficacia dell’azione, specie in campo militare: il continuo cambiamento dei comandanti in capo aveva messo in grave pericolo le sorti della repubblica all’inizio della seconda guerra punica e fu gioco forza per il senato ricorrere al radicale cambiamento che consentiva che i comandanti che avessero dato buona prova di sé potessero continuare ad agire con lo stesso incarico o che potessero vedersi affidati nuovi compiti per più anni consecutivi o addirittura fino al raggiungimento di un determinato obiettivo. Il fenomeno riguarda sia il ripetersi di proroghe (talvolta non immediate) a ex magistrati o a magistrati appena usciti di carica, che il conferimento di *imperia* a chi non fosse stato magistrato (o comunque magistrato *cum imperio*), tanto a livello di poteri consolari che pretorii.

La prima fattispecie riguarda complessivamente 23 proconsoli e 21 propretori, la seconda 4 proconsoli e 1 propretore¹⁸⁹. Ma l’aspetto più interessante, e gravido di conseguenze, è dato dal sommarsi delle cariche ordinarie di console e/o pretore e, insieme, del ripetersi delle proroghe che comporta un notevole prolungarsi complessivo del potere in capo agli stessi soggetti (anche se, talvolta, con intervalli).

Seguendo un ordine decrescente, e limitandoci a considerare, per brevità, i soli casi di soggetti restati al potere per una durata di almeno cinque anni (in tutto 16), si può rilevare che la più lunga, e ininterrotta, permanenza al potere è quella di P. Cornelio Scipione Afri-

¹⁸⁷ L. LABRUNA, “*Civitas, quae est constitutio populi*”, Napoli 1999, 21 s.

¹⁸⁸ Per il quale rinvio a *Appunti I*, cit. 251 ss.

¹⁸⁹ Il computo, rispetto a quanto detto poco sopra, comprende 4 casi di soggetti che hanno rivestito sia il proconsolato che la propretura.

cano, che si protrae per dieci anni, dal 210 al 201 a.C. (sempre come proconsole, salvo il 205, in cui fu console). Segue M. Valerio Levino, con nove anni consecutivi (così ripartiti: pretore nel 215, poi propretore fino al 211, console nel 210, proconsole fino al 207). Publio Cornelio Scipione resta al potere per otto anni: dopo il consolato, nel 218, è proconsole fino al 211. Analogamente L. Cornelio Lentulo (proconsole dal 205 al 200, poi console e di nuovo proconsole nel 198) e Marco Claudio Marcello (pretore nel 216, poi propretore, console nel 214, proconsole fino al 211, di nuovo console nell'anno successivo e proconsole nel 209). M. Acidino resta al potere per sette anni (pretore nel 210 e, dopo un intervallo di quattro anni, proconsole dal 205 al 200).

Con sei anni di permanenza al potere ci sono poi otto persone: Gneo Cornelio Scipione (proconsole dal 216 al 211), Q. Fulvio Flacco (console nel 212, proconsole fino al 210, poi console e di nuovo proconsole fino al 207), P. Sulpicio Galba (al potere con un intervallo breve ed uno lungo: console nel 211, proconsole dal 209 al 206 e poi nel 199), P. Sempronio Tuditano (al potere con un intervallo di cinque anni: pretore nel 213, poi propretore fino al 211, proconsole nel 205, console nell'anno successivo e di nuovo proconsole per un anno), Ostilio Tubulo (pretore nel 209, poi propretore fino al 204), M. Iunio Silano (pretore nel 212, poi propretore fino al 207), Otacilio Crasso (con un intervallo di un anno: pretore nel 217, propretore fino al 215 e di nuovo dal 213 al 211); Terenzio Varrone (pretore nel 218, console nel 216 poi proconsole fino al 213, propretore nel 207).

Infine, con cinque anni, c'è P. Cornelio Lentulo (pretore nel 214, poi propretore fino al 212, di nuovo pretore nel 203 e propretore l'anno successivo).

Dal punto di vista della compatibilità con i principi della costituzione repubblicana il fenomeno ora esaminato avrebbe dovuto sollevare qualche dibattito o perplessità (e ciò, probabilmente, avvenne), ma non se ne trova quasi traccia nelle fonti, forse perché l'obbiettivo di contrastare efficacemente Annibale prevaleva su ogni altra considerazione.

Quanto alla suddetta compatibilità, è stato osservato¹⁹⁰ che la classe di governo romana, di fronte all'esigenza di fornire personale al sempre crescente complesso di posti di responsabilità, aveva l'alternativa tra l'aumentare il numero delle magistrature annuali e il prolungare il periodo di carica di uno o più magistrati oltre l'anno. La prima sarebbe stata

¹⁹⁰ A. TOYNBEE, *L'eredità di Annibale II*, Torino 1981, 600.

scartata per conservare allo stato Romano la sua struttura di città-stato ma, a ben guardare, l'ampliamento del 'personale amministrativo'¹⁹¹ si ebbe ugualmente con l'adozione della seconda (sebbene non a livello di stabilità istituzionale) perché, come abbiamo visto, si ebbero per più anni fino a nove promagistrati. La scelta appare quindi determinata soprattutto dalla richiamata esigenza di carattere militare di poter continuare ad avvalersi di quei comandanti che avessero dimostrato di possedere le doti necessarie per conseguire la vittoria.

Questo appare evidente nel considerare la vicenda di Scipione Africano, infatti nonostante l'avversione crescente nei suoi confronti da parte del senato, a partire dal suo ritorno a Roma dalla Spagna manifestatosi dapprima con la mancata autorizzazione a reclutare nuove truppe per la campagna d'Africa¹⁹² e poi con il tentativo, nel 202 a.C. , di dare il comando supremo delle operazioni ad uno dei consoli, prevalse alla fine la fazione che privilegiava l'obiettivo di riportare la vittoria definitiva su Cartagine.

Solo dopo l'eliminazione del pericolo esterno il senato decise, compatto, di risolvere il pericolo interno costituito dalla posizione di preminenza personale di Scipione rispetto agli altri componenti la *nobilitas* senatoria, consolidatasi anche con la sua elezione alla censura. Di fronte al rischio di venir scardinata, l'oligarchia 'collegiale'¹⁹³ rinserrò le fila ed in breve tempo, con l'impulso accorto e spregiudicato di Catone, riuscì a costringere Scipione a ritirarsi dalla vita pubblica nel volontario esilio di Literno, ma questa scelta, secondo Seneca, dette maggior lustro a Scipione: "*magis in illo admirabilem..... cum reliquit patriam quam cum defendit*"¹⁹⁴.

Camerino, marzo 2014.

¹⁹¹ Così TOYNBEE, l.c.

¹⁹² Carezza cui Scipione rimediò con il ricorso a volontari ed alleati, specie per l'allestimento della flotta.

¹⁹³ TOYNBEE, *L'eredità* cit. 2.599, parla di monopolio collettivo del potere da parte della classe di governo.

¹⁹⁴ La frase è in Sen. *Epist.*86.1 ed è preceduta da *Eo perducta res erat... ut aut libertas Scipioni, aut Scipio libertati faceret iniuriam .. aut Scipio esse debebat aut Roma in libertate.*

ROCCO FAVALE

La responsabilità professionale del dottore commercialista

Sommario: 1. La professione di dottore commercialista e il contratto professionale. – 2. La prestazione del commercialista. – 3. Inadempimento e responsabilità professionale del commercialista. – 4. La responsabilità professionale per i ricorsi tributari. – 5. L'assicurazione della responsabilità civile del commercialista.

1. *La professione di dottore commercialista e il contratto professionale*

Le attività svolte dai dottori commercialisti e dagli esperti contabili (i vecchi ragionieri)¹ sono disciplinate dal d.lgs. 28 giugno 2005, n. 139, emanato in attuazione della l. delega 24 febbraio 2005, n. 34², per l'istituzione dell'Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili³.

Dal 1° gennaio 2008 gli Ordini dei dottori commercialisti ed i collegi dei ragionieri e periti commerciali istituiti in un circondario di tribunale sono soppressi. Nello stesso circondario di tribunale viene istituito l'Ordine territoriale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili nonché l'albo unico (artt. 58 e 61 d.lgs. n. 139 del 2005). La normativa ha lasciato inalterati i requisiti di accesso alle due categorie di professionisti⁴, tanto che la S.

¹ G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, p. 389, discorre di professione «piuttosto recente» rispetto alle altre professioni. Soltanto col D.P.R. 27 ottobre 1953, n. 1067, v'è stato il riconoscimento legale del titolo di dottore commercialista.

² Per un primo commento, v. A. MARI, *L'istituzione dell'ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili (commento alla l. 24 febbraio 2005, n. 34)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, p. 813 ss.

³ Sulla figura del commercialista in generale: V. BELLINI, *Dottore commercialista*, in *Noviss. dig. it., Appendice*, III, Torino, 1982, p. 189 ss.; S. PIRAINO, *Dottore commercialista*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, 1990, p. 335 ss.; G. PIGNATARO, *Le responsabilità del dottore commercialista*, in *Professioni e responsabilità civile* diretto da P. Stanzone e S. Sica, Bologna, 2007, p. 343 ss.

⁴ TAR Umbria, 10 novembre 2006, n. 556, in *Giur. merito*, 2007, p. 1458, precisa che «ai sensi degli artt. 58 e 59, d.lg. 28 giugno 2005, n. 139, l'unificazione dell'ordine dei dottori commercialisti e del collegio dei ragionieri, con i rispettivi organi locali e nazionali, nonché i rispettivi albi professionali, avrà effetto solo a partire

Corte ha deciso che «l'istituzione del nuovo ordine territoriale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili e la costituzione dell'albo unico, sulla base degli art. 58 e 61 del d.lg. 28 giugno 2005 n. 139, non hanno eliminato le differenze dei requisiti di accesso all'una ed all'altra categoria con la conseguenza, tra l'altro, che colui il quale alla data del 31 dicembre 2007, risultasse iscritto nel soppresso albo dei ragionieri e periti commerciali, pur venendo collocato, ai sensi del comma 4 dell'art. 61 del d.lg. n. 139 del 2005, nella Sezione "A Commercialisti" del nuovo albo unico, non può per ciò solo avvalersi del titolo di dottore commercialista in ragione del possesso di una laurea specialistica astrattamente idonea, senza aver superato il relativo esame di Stato per l'abilitazione all'esercizio della professione»⁵.

Per quanto riguarda la figura del revisore contabile, questa non rappresenta più un profilo professionale del commercialista, ma, a seguito del d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39, costituisce una figura autonoma con albo autonomo nonché tirocinio e accesso separati⁶.

dall'1 gennaio 2008 ma fino al 31 dicembre 2016 dottori commercialisti e ragionieri commercialisti, pur essendo iscritti all'unico albo e pur avendo eguale competenze professionali, continueranno a costituire le due distinte categorie, ciascuna delle quali procederà separatamente all'elezione degli organi istituzionali».

⁵ Così, Cass., 26 febbraio 2013, n. 4796, in *Insexplorer online*. Sulle ripercussioni del nuovo riassetto in seno al problema della composizione del collegio dei revisori previsto dall'art. 234 Testo unico degli enti locali, v. TAR Umbria, 10 novembre 2006, n. 556, in *Giur. merito*, 2007, p. 1458, con nota di D. LAMANNA DI SALVO e G. RAIMONDO, *Dottori commercialisti e ragionieri tra differenze ed omogeneità*, secondo cui «è legittima la delibera del Consiglio comunale con la quale, in via di autotutela, viene annullata la precedente deliberazione afferente l'elezione dei membri del collegio di revisione economico-finanziaria in occasione della quale risultavano eletti un professionista iscritto al registro dei revisori contabili e due dottori commercialisti, mentre l'art. 234 t.u. prescrive che i tre componenti siano rispettivamente: il primo iscritto al registro dei revisori contabili, il secondo iscritto all'albo dei commercialisti e il terzo iscritto all'albo dei ragionieri. Tale disposizione non può ritenersi tacitamente modificata dal sopravvenuto d.lg. n. 139/2005 che ha riformato l'ordinamento professionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili ed unificato le figure professionali del dottore commercialista e del ragioniere. L'art. 234 TUEL, nella parte in cui riserva a ciascuna delle due categorie professionali un posto nel collegio di revisione dell'ente locale, non si può dire che sia divenuto privo di senso o comunque insuscettibile di avere applicazione pratica. Al contrario, si direbbe che la stessa *ratio* che porta a riservare ai ragionieri una certa aliquota di posti nei consigli territoriali dell'ordine unificato può essere invocata per giustificare un'analoga riserva di posti nel collegio di revisione dell'ente locale. Sino a che, naturalmente, il legislatore non ritenga di intervenire per modificare l'art. 234». Tuttavia, Cons. Stato, 26 maggio 2014, n. 2676, in *Insexplorer online*, precisa che «ai sensi degli artt. 16 comma 25, d.l. 13 agosto 2011 n. 138, convertito dalla l. 14 settembre 2011, n. 148, e 234 e ss. t.u. 18 agosto 2000 n. 267, è legittimo il decreto del Ministero dell'interno 15 febbraio 2012 n. 23 nella parte in cui consente l'inserimento nell'elenco dei revisori dei conti degli enti locali anche dei soggetti iscritti all'Albo dei dottori commercialisti ed esperti contabili, che non siano contemporaneamente iscritti nel registro dei revisori contabili».

⁶ Precisamente, Cons. Stato, Atti norm., 28 marzo 2012, n. 285, in *Foro amm., CdS*, 2012, p. 741 s., declama che «in ordine alla questione del rapporto tra la professione di dottore commercialista e quella di revisore contabile va osservato che prima della riforma, operata con decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 39 la funzione di revisore non era un titolo professionale a se stante, ma un profilo interno alla funzione-professione di dottore commercialista, mentre ora, sulla base dell'art. 2, comma 6, della legge delegata rappresenta un titolo professionale vero e proprio; pertanto, alla luce della su richiamata normativa, si configurano due distinte profes-

L'oggetto della professione di commercialista è fissato dal d.lgs. n. 139/2005 (art. 1), che richiama diverse tipologie di attività, fra le quali: l'amministrazione, la custodia e la liquidazione delle aziende, le valutazioni, le perizie e i pareri, la tenuta della contabilità, la formazione del bilancio, le revisioni contabili, le operazioni societarie, la consulenza contrattuale ed economico-finanziaria, l'assistenza nelle procedure concorsuali, l'assistenza, la rappresentanza e la consulenza tributaria, l'attività di sindaco di società⁷.

Nell'ipotesi di esercizio abusivo della professione la norma contenuta nell'art. 2231 c.c. prevede che il professionista abusivo non ha alcuna azione per il pagamento del compenso⁸.

La norma appena citata nel comminare la *denegatio actionis* rifletterebbe sul piano civilistico il reato di esercizio abusivo della professione, così come stabilito dall'art. 348 c.p. La prestazione professionale eseguita da un soggetto non iscritto all'albo sarebbe soggetta sia alla sanzione penale di cui all'art. 348 c.p., sia alla sanzione civile sancita dall'art. 2231, comma 1, c.c.⁹.

Secondo una prima lettura del disposto civilistico, al dovere negativo di non esercitare abusivamente la professione si giustappone «un altro dovere, non escluso da esso, e quindi con esso coesistente, che è quello, incombente a tutti coloro a cui favore si è svolta l'altrui opera, di corrispondere il pattuito compenso della medesima»¹⁰. Da una parte si nega

sioni, dottore commercialista e revisore contabile, con effetti precisi ai fini della gestione degli Albi (separati) e del tirocinio, degli esami di accesso e delle strade delle due professioni».

⁷ Sulle attività dei commercialisti, cfr. S. PIRAINO, *Dottore commercialista*, cit., p. 335; G. PIGNATARO, *Le responsabilità del dottore commercialista*, cit., p. 346;

⁸ Secondo A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* Cicu e Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 1996, p. 700, la norma civilistica costituisce «un esempio di collegamento tra nullità e rilevanza pubblica del destinatario del divieto».

⁹ secondo una dottrina isolata, le due norme vengono in applicazione in presenza di presupposti diversi: la norma civile colpisce la condotta del soggetto che pur avendo conseguito l'abilitazione eserciti la professione senza aver regolarizzato la propria iscrizione; la norma penale, invece, colpisce il soggetto che eserciti l'attività professionale in assenza di abilitazione. Così «commette un reato, [...] il laureato che, senza aver conseguito la prescritta abilitazione, utilizza abusivamente il titolo. Non lo compie, invece, il laureato abilitato, ma non iscritto, al quale si applica esclusivamente, sempre che si tratti di prestazioni esclusive, la regola dell'art. 2231 c.c.». Di conseguenza, «solo le prestazioni compiute senza la prescritta abilitazione ricadono nell'ambito penale, mentre la nullità che affetta le prestazioni compiute da soggetto abilitato ma non iscritto all'albo è soggetta soltanto alla sanzione civilistica della *denegatio actionis*» (A. ALBANESE, *I contratti conclusi con professionisti non iscritti all'albo*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 239).

¹⁰ Così, A. DE CUPIS, *Sull'obbligazione naturale di retribuire la prestazione del professionista non iscritto all'albo*, in *Giust. civ.*, 1953, p. 180; A. ORENGO, *In tema di prestazione d'opera del professionista non iscritto all'albo*, in *Foro pad.*, 1957, III, c. 13.

l'azione per il pagamento del compenso al professionista abusivo, dall'altra si qualifica l'obbligo del cliente quale dovere morale e sociale che giustifica il divieto di ripetizione ai sensi dell'art. 2034 c.c.¹¹.

In diversa prospettiva, si pone l'accento sull'«antitesi fra l'apprezzamento negativo che attribuisce la nota dell'antigiuridicità all'opera del professionista non iscritto e quell'ipotetico dovere etico che imporrebbe la retribuzione dell'opera stessa»¹². In siffatto bilanciamento parte della dottrina sostiene l'illiceità della prestazione professionale che porta alla nullità del contratto per illiceità dell'oggetto¹³, oppure nel medesimo solco argomentativo la dottrina sostiene la nullità del contratto per illiceità della causa¹⁴.

Non meno persuasivo è l'orientamento che lega la nullità del contratto stipulato dal professionista abusivo a un difetto di capacità giuridica dello stesso¹⁵. La prestazione in sé sarebbe lecita, soltanto che il fatto della mancata iscrizione del professionista abusivo la rende illecita coinvolgendo il rapporto contrattuale instaurato con il cliente.

Un problema sollevato fin nella *Relazione al codice civile* è quello riguardante il rapporto fra le disposizioni degli artt. 2231 e 2126 c.c.¹⁶. Ritenuta applicabile l'ultima norma anche al lavoro autonomo, in concreto sarebbe risolta negativamente se la prestazione del professionista abusivo comporti la nullità del relativo contratto per illiceità dell'oggetto o della

¹¹ In questo senso, G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, p. 235, nota 3, secondo cui «il nuovo codice, negando l'azione per il compenso al professionista non iscritto nell'albo o elenco professionale, nel caso di iscrizione obbligatoria (art. 2231 c.c.), ha creato questa nuova e non dubbia ipotesi di obbligazione naturale».

¹² G. MELFI, *Sulla nullità del contratto d'opera per difetto di titolo professionale*, in *Riv. dir. lav.*, 1952, I, p. 262; su questa scia, A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 710, che esclude l'applicabilità alla fattispecie dell'art. 2035 c.c., «poiché soltanto la prestazione del professionista è illecita, mentre non può dirsi che il cliente versi in una situazione di immoralità; diversamente si potrebbe forse dire qualora il committente, in malafede, si sia rivolto intenzionalmente al professionista non iscritto o radiato ben sapendo di non essere tenuto a pagarlo per l'opera prestata, e poi abbia corrisposto ugualmente il compenso». Già G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 33.

¹³ G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 31; A. PALAZZO, *Prestazione di opera di professionisti non iscritti all'albo o sospesi o cancellati*, in *Temi*, 1949, p. 301 ss.

¹⁴ F. CARNELUTTI, *Nullità del contratto di patrocinio per difetto del titolo professionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1953, I, p. 313 ss.

¹⁵ L. RIVA SANSEVERINO, *Delle professioni intellettuali*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1943, p. 804 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Professioni intellettuali*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1968, p. 24; G. GIACOBBE, *Professioni intellettuali*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, p. 1071.

¹⁶ Relazione al codice civile, n. 916: «in caso di difetto di iscrizione, il codice dichiara illecita la prestazione effettuata (art. 2231), in omaggio al principio che già trova corrispondente applicazione nell'art. 2126 in tema di rapporto di lavoro».

causa. La tesi del difetto di capacità giuridica si presterebbe a giustificare una soluzione modulare limitata a colpire esclusivamente il singolo atto esecutivo del rapporto¹⁷.

La soluzione più restrittiva ha dalla sua parte l'idea di offrire una più adeguata e opportuna tutela del lavoro¹⁸. In questo senso, la regola dell'art. 2231 c.c. non pare trovare applicazione anche a tutte quelle attività o atti che non presuppongono l'iscrizione all'albo da parte del professionista¹⁹.

Nella diversa ipotesi di contratto concluso da un professionista che nel corso del rapporto subisce la cancellazione della sua iscrizione all'albo, il secondo comma dell'art. 2231 c.c. sancisce la risoluzione del contratto²⁰, salvo il diritto al rimborso delle spese sostenute e al compenso proporzionato alla utilità del lavoro compiuto verso il cliente²¹.

Per quanto concerne il rapporto professionale fra commercialista o esperto contabile e cliente, esso è sottoposto alla disciplina del contratto d'opera intellettuale (art. 2229 ss. c.c.)²². L'oggetto del contratto professionale può riguardare anche prestazioni meccaniche (ad es. operazioni di calcolo), perché ciò non preclude una certa discrezionalità nell'esercizio dell'attività²³.

¹⁷ G. GIACOBBE, *Professioni intellettuali*, cit., p. 1071.

¹⁸ Di recente, F. CAROCCIA, in F. MARINELLI e F. CAROCCIA, *Contratto d'opera e prestazione d'opera intellettuale*, in *Tratt. dir. civ.* CNN diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2013, p. 188 s.

¹⁹ G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro autonomo. I) Diritto del lavoro*, in *Enc. giur.* Treccani, XVIII, Roma, 1990, p. 15. La giurisprudenza distingue ai fini applicativi dell'art. 2231 c.c. le attività professionali che implicano l'iscrizione dalle altre liberamente esercitabili: cfr. Cass., 13 maggio 1968, n. 1474, in *Giust. civ.*, 1968, I, p. 1858; Cass., 8 agosto 1997, n. 7359, in *Rass. forense*, 1998, p. 145; Cass., 19 febbraio 2007, n. 3740, in *Corr. giur.*, 2007, p. 627 ss., con nota di Mariconda. La stessa Corte cost., 27 novembre 1996, n. 418, in *Foro amm.*, 1997, p. 1342, ha ribadito che «al di fuori delle attività comportanti prestazioni che possono essere fornite solo da soggetti iscritti ad albi o provvisti di specifica abilitazione (iscrizione o abilitazione prevista per legge come condizione di esercizio), per tutte le altre attività di professione intellettuale o per tutte le altre prestazioni di assistenza o consulenza (che non si risolvano in una attività di professione protetta ed attribuita in via esclusiva, quale l'assistenza in giudizio), vige il principio generale di libertà di lavoro autonomo o di libertà di impresa di servizi a seconda del contenuto delle prestazioni e della relativa organizzazione».

²⁰ A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 713. Critico, invece, F. CARNELUTTI, *Nullità del contratto di patrocinio per difetto del titolo professionale*, cit., p. 314, secondo cui nel caso v'è nullità successiva del contratto, e qui secondo l'Autore «l'errore è così manifesto da rasentare lo svarione»; nella stessa scia G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 33 s. La S. Corte riconosce efficacia retroattiva all'annullamento del provvedimento di cancellazione (Cass., 16 giugno 1956, n. 2125, in *Giust. civ.*, 1957, p. 113).

²¹ L. RIVA SANSEVERINO, *Delle professioni intellettuali*, cit., p. 806.

²² Sulle caratteristiche del contratto, v. F. CAROCCIA, in F. MARINELLI e F. CAROCCIA, *Contratto d'opera e prestazione d'opera intellettuale*, cit., p. 171 ss.; G. MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, in *Il Cosice Civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2009, p. 87 ss.

²³ Per Cass., 14 gennaio 2013, n. 730, in *Iusexplorer online*, l'attività svolta dal consulente di parte nell'ambito del processo ha natura squisitamente difensiva, anche se di carattere tecnico, ed è riconducibile al contratto d'opera professionale.

Il contratto d'opera intellettuale può essere arricchito da obbligazioni accessorie di mandato «sia in quanto connaturali al rapporto principale, sia in quanto comunque compatibili con le obbligazioni caratteristiche di tale tipo contrattuale»²⁴.

Contratto di mandato e contratto d'opera professionale hanno sì ad oggetto una prestazione di *facere*, tuttavia il primo si caratterizza per un'attività diretta al compimento di atti giuridici per conto e nell'interesse del mandante, il secondo per un'attività di cooperazione diretta al compimento di un'opera a favore del committente attraverso la quale trova espressione una competenza specifica²⁵.

La giurisprudenza di legittimità è dell'opinione che «il contratto di mandato e di locazione d'opera si distinguono in relazione al rispettivo oggetto, che nel secondo caso è rappresentato da un'attività di cooperazione (estranea alla sfera negoziale), che si traduce nel compimento di un'opera o di un servizio, materiale od intellettuale, mentre nel primo caso consiste in un'attività qualificata di conclusione di negozi giuridici per conto e nell'interesse del mandante, la quale, tuttavia, può concretarsi anche nel compimento di atti volontari non negoziali aventi rilevanza esterna, diretti alla conclusione ed al regolare adempimento di contratti tra le parti»²⁶. Di conseguenza qualifica mandato l'attività dell'incaricato diretta a favorire una transazione su una controversia giudiziale insorta con un terzo a seguito di una compravendita immobiliare.

²⁴ Così, Cass., 9 novembre 2012, n. 19503, in *Iusexplorer online*, che nella specie l'obbligazione accessoria di mandato concerneva la restituzione delle somme versate al commercialista, in conseguenza dell'abbandono dell'iniziativa imprenditoriale che ne aveva giustificato la consegna.

²⁵ G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 38; da ultimo, P. PERLINGIERI e E. CAPOBIANCO, *Manuale di diritto civile*, 7. ed., Napoli 2014, p. 723, orientano la distinzione sulla cooperazione giuridica del mandato rispetto al compimento di un'attività intellettuale del contratto d'opera intellettuale.

²⁶ Così, Cass., 26 luglio 2005, n. 15607, in *Iusexplorer online*. Secondo Cass., 26 ottobre 2004, n. 20739, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 2075, «il contratto di mandato e di locazione d'opera, pur avendo in comune entrambi un *facere*, si distinguono in relazione al rispettivo oggetto, che nel primo caso è rappresentato da un'attività qualificata di conclusione di negozi giuridici per conto e nell'interesse del mandante, e nel secondo da un'attività di cooperazione (estranea alla sfera negoziale) consistente nel compimento di un'opera o di un servizio, materiale od intellettuale»; in scia a Cass., 30 marzo 1995, n. 3803, in *Mass. Giust. civ.*, 1995, p. 741; Cass., 17 maggio 1993, n. 5582, in *Mass. Giust. civ.*, 1993, p. 879; Cass., 27 marzo 1987, n. 2965, in *Mass. Giust. civ.*, 1987, p. 846 s. I problemi distintivi sono richiamati altresì nel periodo di vigenza del codice di commercio, dove va citata una decisione emessa da Trib. Milano, 16 luglio 1913, in *Dir. comm.*, 1913, p. 673 ss., che esamina e risolve la disputa alla luce anche delle tesi della dottrina citate esplicitamente (da Chironi a Laurent, da Vidari a Baudry e Lacantinerie, da Vivante a Saffa); ciò in violazione dell'art. 265, comma 2, reg. gen. giudiz. (r.d. 14 dicembre 1865, n. 2641) che vieta al giudice nella compilazione dei motivi della sentenza di «invocare l'autorità degli scrittori legali».

Ciò non esclude che nel contratto professionale possano inserirsi obbligazioni di mandato, come accade nell'incarico al commercialista di compiere un ricorso tributario. Qui all'attività di assistenza, consulenza e studio della causa si affianca l'attività di rappresentanza processuale sulla base della procura *ad litem*²⁷. Salvo caso concreto, si ha un unico contratto di prestazione d'opera intellettuale che contiene e regola profili di cooperazione gestoria nonché ulteriori prestazioni anche a titolo gratuito (custodia di somme di denaro)²⁸.

2. La prestazione del commercialista

La prestazione professionale del commercialista richiama – allo stesso modo della prestazione d'opera intellettuale in generale – le figure delle obbligazioni di risultato e delle obbligazioni di mezzi²⁹.

Mentre con le prime il debitore deve garantire un risultato oggettivamente determinato, con le altre è tenuto solamente ad un'attività diligente, indipendentemente dalla circostanza se l'attività compiuta realizzi il risultato perseguito dal creditore³⁰.

²⁷ Sull'incompatibilità dell'obbligo di rendiconto con il mandato *ad litem* v. Cass., 19 aprile 2010, n. 9264, in in *Mass. Giust. civ.*, 2010, p. 562, secondo cui «l'istituto del rendiconto di cui agli art. 1713, comma 1, c.c. e 263 c.p.c. non è compatibile con le peculiarità del mandato *ad litem*. Il mandato, infatti, abilita il difensore a compiere e ricevere nell'interesse della parte stessa - che ha rilasciato il mandato - tutti gli atti del processo, ma l'adempimento dell'obbligazione, da parte del debitore del mandante del procuratore *ad litem*, anche se - per ipotesi - a seguito di giudizio esecutivo, non costituisce "atto del processo". Pertanto, non è compatibile con il rapporto che lega il difensore al proprio cliente l'obbligo del "rendiconto" di cui all'art. 1173, comma 1, c.c., salvo apposita pattuizione con cui sia stato espressamente conferito al difensore anche un mandato *ad negotia* o sussista una autorizzazione, in favore di costui, a riscuotere somme dovute al proprio cliente ed a liberare il debitore».

²⁸ Cass., 9 settembre 2008, n. 22658, in *Guida dir.*, 2008, N. 39, p. 44, secondo cui «la detenzione del denaro da parte del legale per la consegna alla controparte è da ritenere assolutamente funzionale all'incarico professionale di assistenza stragiudiziale, eseguendo l'avvocato tale ulteriore compito per compiacere e appagare i suoi clienti e quindi in vista di una sua convenienza e utilità, sempre dunque nell'ambito degli incarichi ricevuti; e perciò il legale deve rispondere a titolo di deposito oneroso nel caso di furto del denaro».

²⁹ La distinzione di origine tedesca ha suscitato forti entusiasmi fra gli interpreti francesi. Fra tutti, il riferimento è al *Traité des obligations* di René Demogue, nel quale riposa la distinzione fra *obligation de moyens* e *obligation de résultat*: «au lieu de promettre un résultat, on peut être obligé légalement ou conventionnellement de prendre certaines mesures qui normalement sont de nature à amener un résultat» (R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, I, *Sources des obligations*, V, Paris, 1925, p. 539).

³⁰ La *regula* consolidata in giurisprudenza, assume di solito questo tenore: «a differenza dell'obbligazione di mezzi, la quale richiede al debitore soltanto la diligente osservanza del comportamento pattuito, indipendentemente dalla sua fruttuosità rispetto allo scopo perseguito dal creditore, nell'obbligazione di risultato, nella quale il soddisfacimento effettivo dell'interesse di una parte è assunto come contenuto essenziale ed irriducibile della prestazione, l'adempimento coincide con la piena realizzazione dello scopo perseguito dal creditore, indipendentemente dall'attività e dalla diligenza spiegate dall'altra parte per conseguirlo. Pertanto, l'obbligazione di risultato può considerarsi adempiuta solo quando si sia realizzato l'evento previsto, come conseguenza dell'attività esplicata dal debitore, nell'identità di previsione negoziale e nella completezza quanti-

Giusto sessantanni fa, Luigi Mengoni, nello studio fondamentale pubblicato nella *Commerciale*, avvertiva che «in qualunque obbligazione il bene dovuto è qualche cosa oltre l'atto del debitore. Senonché, nelle obbligazioni c.d. di mezzi (o di diligenza), l'oggetto del diritto di credito non è senz'altro una certa modificazione o la conservazione della situazione-presupposto del rapporto, e quindi l'effettivo soddisfacimento dell'interesse primario del creditore, ma soltanto la produzione di una serie più o meno ampia di mutamenti intermedi ai quali è condizionata la possibilità di tale soddisfacimento. Ciò che si attende dal debitore, affinché l'obbligazione possa dirsi adempiuta, è un comportamento idoneo a dare principio ad un processo di mutamento (o di conservazione), l'esito del quale dipende peraltro da condizioni ulteriori, estranee alla sfera del vincolo»³¹.

Secondo questa autorevole dottrina la massima «*imperitia culpa adnumerandum*», che ingloba l'imperizia nella nozione di colpa, costituisce la base argomentativa per la costruzione di un concetto più ampio di diligenza³². Quest'ultima non integra «un comportamento ma piuttosto un modo di comportarsi, e quindi una misura del contenuto di un concreto dovere di prestazione»³³.

In ordine alla distinzione fra obbligazione di mezzi e obbligazione di risultato la figura della diligenza si doppia in diligenza in senso proprio e diligenza in senso improprio.

La prima costituisce «una qualità soggettiva di una attività, significa cura, sollecitudine, sforzo, studio, attenzione al fine» e la sua funzione non avvolge tanto l'adempimento quanto «la conservazione della possibilità di adempiere». Per questo la diligenza rappresenta «un presupposto dell'(esatto) adempimento», ma mai «l'oggetto di una obbligazione di comportamento si riduce nei termini di un mero dovere di sforzo per riuscire a far bene»³⁴.

tativa e qualitativa degli effetti previsti e, per converso, non può ritenersi adempiuta se l'attività dell'obbligato, quantunque diligente, non sia valsa a far raggiungere il risultato previsto» (Cass., 10 dicembre 1979, n. 6416, in *Mass. Giust. civ.*, 1979, p. 2837).

³¹ L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 189. Sulla distinzione v., altresì, V. DE LORENZI, *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, XII, Torino, 1995, p. 397 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1991, p. 71; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Milano, 1991, p. 137; A. DI MAJO, *Obbligazioni in generale*, Bologna, 1985, p. 456 ss.; P. RESCIGNO, *Obbligazioni (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 190; M. GIORGIANNI, *Obbligazione*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 598.

³² L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., p. 194 ss.

³³ L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., p. 187.

³⁴ L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., p. 193 s.

L'altra versione – regolata nella disposizione contenuta nell'art. 1176, comma 2, c.c. – riguarda direttamente tutte quelle obbligazioni aventi ad oggetto un'attività tecnica ed assume un significato diverso in quanto indica «l'esecuzione esperta della prestazione», una prestazione eseguita secondo le regole dell'arte esercitata dal debitore. In siffatto contesto la diligenza non integra un criterio generale di imputabilità della impossibilità della prestazione, ma invece viene a coincidere con l'adempimento. Ossia «la negligenza (colpa) finisce con identificarsi con la nozione oggettiva di inadempimento, e perciò non trova altro limite che nel caso fortuito». Se il debitore professionista è stato diligente nell'eseguire la prestazione, ha posto in essere la massima cura, attenzione, sollecitudine, la sua imperizia si risolve in una semplice *difficultas praestationis* che lo rende inadempiente e quindi responsabile.

Per questa strada risultato dovuto e «*culpa-diligentia*» non si legano reciprocamente come l'illustre Maestro conferma: «dall'esattezza del risultato si argomenta che il lavoratore si è comportato diligentemente. Ma questo giudizio mediato non è affatto sicuro. Può darsi che l'attività di prestazione abbia un esito precisamente conforme al risultato dovuto, benché il debitore non si sia condotto con la diligenza dedotta in obbligazione. E viceversa può darsi che la prestazione risulti inferiore all'aspettativa (tutelata) del creditore, nonostante il debitore si sia sforzato di adempiere con la massima diligenza. Attività diligente e attività obiettivamente adeguata allo scopo del rapporto obbligatorio non sono concetti reciprocamente impliciti»³⁵.

L'apparente antinomia fra le disposizioni degli artt. 1176 e 1218 c.c. viene così risolta senza corrompere il sistema generale delle obbligazioni in un rapporto di integrazione: la norma dell'art. 1218 spinge la responsabilità del debitore fino all'impossibilità a lui non imputabile della prestazione, mentre quella contenuta nell'art. 1176 statuisce la liberazione del debitore dal vincolo obbligatorio quando la diligenza del buon padre di famiglia non è stata sufficiente a bloccare la causa dell'impossibilità della prestazione³⁶.

La teoria binaria della diligenza non si pone in netta contrapposizione con la prospettiva tradizionale che inserisce la norma dell'art. 1176 c.c. esclusivamente nell'area dell'adempimento. La correzione sostenuta dall'illustre Maestro, dopo aver rilevato l'errore

³⁵ L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., p. 195.

³⁶ L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., p. 200 s.

di costruire due ambiti autonomi di operatività delle regole degli artt. 1176 (obbligazioni di mezzi) e 1218 (obbligazioni di risultato), ammette «che codesta interpretazione [nelle obbligazioni di mezzi la condotta diligente del debitore costituisce esatto adempimento] contiene un fondo di verità, ma, così come si trova formulata, essa appare fundamentalmente viziata dalla confusione tra il concetto di diligenza in senso tecnico e il concetto improprio dianzi accennato. Certamente il legislatore intende la diligenza non solo come misura del caso fortuito, ma anche come misura dell'adempimento di alcune obbligazioni (di fare). Ma è certo altresì che, in questa funzione ulteriore, la diligenza assume il più delle volte un contenuto maggiore di quello originario, e comunque perde in ogni caso il significato tecnico che la designa come concetto essenzialmente correlativo alla colpa (imputabilità)»³⁷.

La dottrina dominante segue, per converso, la concezione unitaria della diligenza – confermata altresì dalla lettera della disposizione dell'art. 43 c.p. – nel cui seno rientra anche la perizia, o meglio la diligenza è governata da diversi criteri di natura sociale o tecnica. La diligenza ricomprende gli aspetti che riguardano «l'attenzione volta al soddisfacimento dell'interesse creditorio» (cura), «l'osservanza delle misure di cautela idonee ad evitare che sia impedito il soddisfacimento dell'interesse che l'obbligazione è diretta a soddisfare e che siano pregiudicati altri interessi del creditore giuridicamente tutelati» (cautela), «l'impiego di adeguate nozioni e strumenti tecnici» (perizia) e, infine, «l'osservanza delle norme giuridiche rilevanti al fine del soddisfacimento dell'interesse del creditore e al rispetto della sua sfera giuridica» (legalità)³⁸.

La giurisprudenza non ha alcuna esitazione a seguire la teoria unitaria, per cui «nella diligenza è quindi compresa anche la perizia, da intendersi come conoscenza ed attuazione delle regole tecniche proprie di una determinata arte o professione»³⁹. Il professionista nell'adempimento della sua obbligazione è tenuto ad agire diligentemente, dove la diligenza «non è solo quella del buon padre di famiglia, come richiesto dall'art. 1176, comma 1, ma è quella specifica del debitore qualificato, come indicato dall'art. 1176, comma 2, la quale

³⁷ L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., p. 201.

³⁸ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, cit., p. 92 ss.

³⁹ Cass., 19 maggio 1999, n. 4852, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2874; già prima, Cass., 3 marzo 1995, n. 2466, in *Mass. Giust. civ.*, 1995, p. 514.

comporta il rispetto di tutte le regole e gli accorgimenti che nel loro insieme costituiscono la conoscenza della professione»⁴⁰.

La diligenza che il professionista deve adoperare nello svolgimento dell'attività professionale è quella ordinaria che coincide con la diligenza del professionista di preparazione e di attenzione medie posta in essere nell'esercizio dell'attività⁴¹.

La dottrina dominante individua nella norma contenuta nel secondo comma dell'art. 1176 c.c. una specificazione del principio generale statuito nel primo comma del medesimo articolo che impone al debitore di usare nell'adempimento la *diligentia* ordinaria⁴². La formula generale contenuta nel primo comma dell'art. 1176 c.c. costituisce modello esclusivo anche nel caso di *imperitia*, per cui il *bonus parterfamilias*, fondato su valori medi, «verrà conservato in ogni altra applicazione: quella del 2° comma, e quant'altre se ne possano avere nel concreto lavoro di determinazione dei doveri sussidiari che danno, di volta in volta, capo alla nozione di colpa»⁴³.

Una parte della dottrina critica la scelta legislativa che richiama la nozione astratta e generale del buon padre di famiglia con riferimento alla diligenza del debitore nell'esecuzione della prestazione. Al contrario, il criterio della diligenza si specifica «a seconda del contenuto della prestazione e della natura del risultato, che ne rappresenta l'oggetto. [...] Si tratta infatti di un criterio essenzialmente elastico, che si adatta in concreto alle singole situazioni e non di una misura fissa ed astratta, pronta ad entrare in azione in tutti i casi con intensità costante. La particolare precisazione, che, con riferimento alle “obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale”, è contenuta nel comma 2 dell'art. 1176 appare, in questo senso, indubbiamente assai significativa»⁴⁴.

⁴⁰ Cass., 19 maggio 1999, n. 4852, cit., c. 2874; Cass., 11 marzo 2002, n. 3492, in *Giur. it.*, 2003, p. 240 s.

⁴¹ «La diligenza che il libero professionista deve porre nello svolgimento dell'attività professionale in favore del cliente è quella media: la diligenza, cioè, del professionista di preparazione media e di attenzione media nell'esercizio della propria attività; in definitiva, la diligenza che, a norma dell'art. 1176, 2° comma, c.c., deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata» (Cass., 29 novembre 1973, n. 3298, in *Foro it.*, 1974, I, c. 678).

⁴² F. SANTORO PASSARELLI, *Professioni intellettuali*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 25.

⁴³ C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 9, Torino 1984, p. 58; M. GIORGIANNI, *Obbligazione*, cit., p. 598; G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Il codice civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, 2ª ed., Giuffrè, Milano p. 181 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, cit., p. 95; A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 581; v., altresì, G. D'AMICO, *Negligenza*, in *Disc. dig. priv., Sez. civ.*, XII, Torino, p. 43 ss.

⁴⁴ U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, *Il comportamento del debitore*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1984, p. 80.

In questa prospettiva gli stessi studiosi sottolineano il carattere relativo del criterio della diligenza, dove risulta «l'esigenza di una valutazione, che in concreto tenga conto del tipo del rapporto e dell'attività nella quale si esprime la prestazione e delle circostanze in cui essa è o deve essere eseguita, e che non sia, perciò, ancorata ad una misura astratta e determinata una volta per tutte, anche se tendente ad un livello generale di sufficienza, quale è quello, che, di volta in volta, può essere svelato dalla "comune esperienza". Tale livello può anche dirsi normale, ma si tratta di una normalità, che non è uniformità, variando essa, piuttosto, col variare del genere e della specie delle singole situazioni»⁴⁵.

Sul problema la giurisprudenza conferma che il prestatore d'opera intellettuale deve osservare «nell'adempimento delle obbligazioni inerenti alla sua attività professionale, la diligenza del buon padre di famiglia»⁴⁶.

La giurisprudenza di merito collega intimamente la norma del 2° comma dell'art. 1176 c.c. al principio generale del 1° comma, allorquando sostiene che la prima regola «disciplina un'applicazione particolare del principio generale contenuto nel 1° co. della stessa norma e cioè è rilevante l'inosservanza della normale diligenza, valutata con riguardo alla natura dell'attività esercitata»⁴⁷.

I giudici della responsabilità si orientano a qualificare maggiormente la diligenza professionale allorquando volgono l'attenzione al bagaglio delle cognizioni tecniche; in questo caso discorrono di diligenza «scrupolosa e superiore alla media»⁴⁸.

Siffatto modello rigoroso rimane all'unisono con la formula generale del buon padre di famiglia, il cui contenuto non richiama l'idea della «media» ma piuttosto quella più elevata di «notevole», meglio orientata a salvaguardare gli interessi del creditore. Secondo un autorevole studioso l'aggettivo *bonus* o *diligens* non richiama la media o la normalità, ma indica

⁴⁵ U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, cit., p. 98.

⁴⁶ Cass., 11 agosto 1990, n. 8218, in *Rep. Foro it.*, 1990, *Professioni intellettuali*, n. 114; Cass., 7 maggio 1988, n. 3389, *Dir. prat. ass.*, 1989, p. 497; Cass., 3 dicembre 1974, n. 3957, in *Rep. Foro it.*, 1974, *Professioni intellettuali*, n. 23.

⁴⁷ Pret. Bologna, 12 maggio 1970, in *Giur. it.*, 1972, I, 2, c. 54, con nota di C. LEGA. Secondo App. Milano, 27 marzo 1981, in *Resp. civ. prev.*, 1981, p. 433, «l'inadempimento consiste cioè nella inosservanza della diligenza prescritta dall'art. 1176 comma 2° c.c. che è la normale diligenza con riguardo alla natura dell'attività esercitata, inosservanza che si risolve nella colpa anche lieve, eccetto che si tratti di prestazioni di speciale difficoltà, nel qual caso la diligenza deve essere valutata con minor rigore per modo che il professionista risponde solo della colpa grave oltre che del dolo, ai sensi dell'art. 2236 c.c.»; v., altresì, Trib. Benevento, 18 gennaio 1982, in *Giur. merito*, 1983, p. 620.

⁴⁸ Cass., 15 dicembre 1972, n. 3616, in *Foro it.*, 1973, I, c. 1474.

«un valore assoluto [...] che molto probabilmente l'uomo normale non riesce a raggiungere»⁴⁹.

Alcuni studiosi sottolineano come l'attività professionale modifichi in modo rilevante lo *standard* di diligenza del comune debitore in quanto esige un criterio valutativo più rigido, meglio compatibile con gli interessi perseguiti dal creditore nonché con il suo affidamento nell'attività discrezionale del professionista⁵⁰.

Nella visuale soggettiva la colpa, come imperizia, viene riconosciuta «in colui che volontariamente si è dedicato a un'attività per la quale non aveva in nessun modo le doti necessarie»⁵¹. L'imperizia, per questa via, configura una mancanza di diligenza *ex ante* al momento dell'assunzione dell'obbligazione: «al pari dell'ignoranza, è solo remota e perciò ben sottolinea il naturale dovere del soggetto di non avventurarsi, per così dire, in imprese più grandi di lui»⁵². Ciò incontra l'obiezione della dottrina avversa, giusta la quale la responsabilità per inadempimento sarebbe sorretta dalla colpa precontrattuale con risarcimento limitato all'interesse negativo⁵³. La replica della dottrina soggettiva basata sulla figura dell'impossibilità originaria soggettiva pare risolvere le perplessità avverse, in quanto la piena validità del contratto conferisce al creditore la pretesa all'adempimento o al risarcimento con riguardo all'interesse contrattuale positivo.

Tuttavia la soluzione non sembra persuasiva perché il persistere della situazione originaria di impossibilità diventa oggetto di autonoma valutazione distaccata dal momento dell'assunzione dell'obbligazione. In proposito si precisa che «anche se a tale assunzione il debitore sia addivenuto per una troppo facile valutazione della propria capacità di far fronte all'impegno o, addirittura, con la piena consapevolezza di non essere in grado di adempiere,

⁴⁹ M. GIORGIANNI, *Obbligazione*, cit., p. 597; da ultimo, per una esauriente ricognizione, v. G. SANTORO, *L'inadempimento*, in *La responsabilità civile. Responsabilità contrattuale. Il diritto privato nella giurisprudenza* a cura di P. Cendon, Torino, 1998, p. 91 s.

⁵⁰ In questa direzione si sostiene che «il riferimento all'uomo di media diligenza si risolve in una pura astrazione; e il criterio di valutazione della colpa che se ne vorrebbe trarre rischia di togliere alla colpa stessa ogni connotato di concretezza e di elasticità. Il pericolo è, allora, che non si pretenda da certi soggetti (per esempio, dotati di particolari competenze professionali) o in relazione a certe attività (per esempio, altamente specializzate) tutto lo sforzo di diligenza che sarebbe concretamente (anche se non astrattamente) esigibile; e che, viceversa, si pretenda da certi soggetti, o in relazione a certe altre attività, uno sforzo di diligenza concretamente non esigibile» (F.D. BUSNELLI, *Illecito civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma, 1991, p. 9).

⁵¹ G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, Padova, 1966, p. 218.

⁵² P. FORCHIELLI, *Colpa (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988, p. 2.

⁵³ L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., p. 197 ss.; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, cit., p. 86 s.

cioè in mala fede, tale fatto non inciderebbe sulla valida esistenza del rapporto e sulla necessità della relativa attuazione. In nessun caso, quindi, potrebbe escludersi la responsabilità per l'inadempimento, risalendo, piuttosto, ad una pretesa *culpa in contrabendo* ai sensi dei c. artt. 1337 e 1338. D'altra parte, il protrarsi della situazione soggettiva di impossibilità (*recitius*: di incapacità tecnica o patrimoniale), anche successivamente all'assunzione dell'obbligazione, non potrebbe che essere oggetto di autonoma valutazione, con riferimento al comportamento tenuto dal debitore ai fini dell'adempimento e per giungere all'affermazione o alla esclusione di una sua colpa in questa fase; senza bisogno, per identificare l'eventuale momento determinante dell'inadempimento e della conseguente responsabilità, di risalire al tempo dell'assunzione dell'obbligazione»⁵⁴.

Inoltre, nell'ipotesi di professioni intellettuali protette, ove si presume un certo grado di perizia nell'esercente, l'assunzione dell'obbligazione impone al debitore professionista di «colmare le lacune ed adeguarsi, al contatto con i problemi concreti, alle difficoltà da superare»⁵⁵.

«L'originaria mancanza di perizia, non costituendo causa di invalidità del contratto, rappresenta sempre una responsabilità *in adimplendo*, vuoi che l'incarico professionale sia stato assunto con “coscienza e volontà” (*id est* con il requisito “soggettivo” della colpevolezza *ex art.* 42 c.p., comune anche all'illecito civile colposo), vuoi che la condotta manchevole prescindendo dall'imprudente o negligente assunzione del lavoro (*id est* dall'elemento intellettuale-psicologico della colpa); e ciò per la semplice ragione che l'*imperitia* è colpa essa stessa, che determina un'imputazione causale indipendentemente da ogni atteggiamento psichico-volitivo del singolo. Il professionista dovrà dunque rifiutare la prestazione quando sia consapevole della propria insufficiente preparazione tecnica, informando il cliente della conseguente inettitudine a porre in essere la prestazione a regola d'arte ed eventualmente suggerendo al cliente medesimo il ricorso a (o l'affiancamento di) altro professionista più esperto; ma una volta assunto l'incarico, risponderà della negligenza o dell'imperizia quali rischi legati al proprio *status*, come “prezzo” – altri osserva – della propria autonomia professionale»⁵⁶.

⁵⁴ U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, cit., p. 87.

⁵⁵ G. COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1955, p. 62.

⁵⁶ A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., pp. 588-589.

In questo senso la giurisprudenza ha deciso che il professionista che assuma una prestazione «esorbitante le sue possibilità, deve rispondere, in virtù delle norme comuni della responsabilità, per responsabilità aggravata del mancato uso dei criteri di diligenza e di prudenza determinativi dell'assunzione dell'obbligazione»⁵⁷.

Pur se sul versante medico, la S. Corte precisa che il professionista «deve valutare con grande prudenza e scrupolo i limiti della propria adeguatezza professionale, ricorrendo anche all'ausilio di un consulto se la situazione non è così urgente da sconsigliarlo»⁵⁸.

In realtà l'imperizia, come ogni forma di colpa, va configurata oggettivamente come uno scarto fra l'attività effettivamente prestata e l'attività dovuta dal professionista, senza «esaminare se l'esecuzione imperita della prestazione sia dovuta a colpa, perché l'imperizia è colpa essa stessa»⁵⁹.

Secondo una lettura autorevole, il legislatore perviene «ad un massimo grado di oggettivazione dell'agire diligente, avendo in sostanza identificato tali agire con il rispetto e/o l'osservanza di quel complesso di norme e/o regole tecniche che caratterizzano l'esecuzione di una prestazione, ove quest'ultima sia svolta nell'esercizio di attività professionale, ossia di attività organizzata in professione e quindi riassuntiva di un patrimonio di esperienze tecniche e competenze, il che potrà anche dare vita a particolari *status* che individuano la posizione dei soggetti che quell'attività esercitano non episodicamente ma con carattere di continuità»⁶⁰.

La S. Corte avverte che «la diligenza che il libero professionista deve porre nello svolgimento dell'attività professionale in favore del cliente è quella media: la diligenza, cioè, del professionista di preparazione professionale media e di attenzione media nell'esercizio della propria attività; in definitiva, la diligenza che, a norma dell'art. 1176, comma 2, c.c. «deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata»⁶¹.

Siffatta risposta, invero, avvolge tutti i professionisti, dove l'inadeguatezza della preparazione va rilevata in seno alla concreta fattispecie e alle sue circostanze.

⁵⁷ App. Trieste, 16 aprile 1964, in *Arch. resp. civ.*, 1964, p. 317; v. anche Cass., 21 aprile 1977, n. 1476, in *Arch. civ.*, 1977, p. 734; Cass., 6 marzo 1971, n. 606, in *Giust. civ.*, 1971, I, p. 850.

⁵⁸ Cass., 5 luglio 2004, n. 12273, in *Giur. it.*, 2005, p. 1410.

⁵⁹ G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 57.

⁶⁰ A. DI MAJO, *Obbligazioni in generale*, cit., p. 431.

⁶¹ Cass., 29 novembre 1973, n. 3298, in *Giust. civ.*, 1974, I, cc. 408-409.

Con riferimento al professionista forense, i giudici superiori, alla luce dei parametri normativi degli artt. 1176, comma 2, e 2236 c.c., declamano la *regula* secondo la quale «l'avvocato debba considerarsi responsabile verso il cliente per il caso di incuria o di ignoranza di disposizioni di legge ed in genere nei casi in cui per negligenza od imperizia comprometta il buon esito del giudizio, mentre nei casi di interpretazione di leggi o di risoluzioni di questioni opinabili deve ritenersi esclusa la responsabilità dell'avvocato medesimo nei confronti del suo cliente, a meno di dolo o colpa grave»⁶².

3. *Inadempimento e responsabilità professionale del commercialista*

Con riferimento al regime di responsabilità, una recente decisione della S. Corte si distingue in un caso riguardante la redazione della dichiarazione dei redditi, attività importante e frequentemente esercitata dal professionista commercialista. Quest'ultimo ha l'obbligo di verificare la correttezza delle informazioni comunicate dal cliente nonché di escludere i costi sui quali non esiste sufficiente documentazione⁶³.

Le obbligazioni del professionista, quindi anche del commercialista, costituiscono obbligazioni di mezzi, ma in alcune decisioni la giurisprudenza di legittimità ridimensiona la distanza con le obbligazioni di risultato in un intento diretto a salvaguardare la primazia della disposizione dell'art. 1218 c.c.⁶⁴.

Questo recente orientamento giurisprudenziale tende ad assottigliare sempre più la distinzione fra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato entro i limiti di quel «fondo di verità»⁶⁵ o della natura delle cose che sono alla base della distinzione.

Il commercialista nell'attività professionale di compilazione della dichiarazione dei redditi va oltre la mera prestazione di mezzi, in quanto deve garantire la conformità della dichiarazione alla normativa vigente. Solamente nelle ipotesi di particolari problemi tecnici, il professionista non risponde per colpa lieve – come dettato dall'art. 2236 c.c. – ma l'onere

⁶² Cass., 4 dicembre 1990, n. 11612, in *Iusexplorer online*.

⁶³ Così, Cass., 26 aprile 2010, n. 9916, in *Dir. prat. trib.*, 2010, II, p. 997 ss., con nota di G. VISINTINI, *Le responsabilità professionali del dottore commercialista nell'esercizio dell'attività di consulenza per il cliente*, secondo cui il commercialista ha il dovere di chiedere al cliente la documentazione che giustifica i costi ai fini della veridicità.

⁶⁴ Cass., Sez. Un., 28 luglio 2005, n. 15781, in *Obbl. e contr.*, 2006, p. 716 s.; G. FACCI, *La responsabilità civile del professionista*, Padova, 2006, p. 1012 ss.; M. GARRONE, *La responsabilità del commercialista*, in *Trattato della responsabilità contrattuale* diretto da G. Visintini, II, Padova, 2009, p. 625 ss. Successivamente, sviluppano tale tendenza Cass., 13 aprile 2007, n. 8826, in *Iusexplorer online*; Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Iusexplorer online*.

⁶⁵ Così, L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., p. 204.

della prova sia in ordine all'esistenza dei presupposti per l'applicazione della norma da ultimo citata, sia in ordine alla mancanza di dolo o colpa grave è in capo al professionista⁶⁶.

Quando oggetto della prestazione professionale è un'attività di consulenza, nella specie fiscale, il commercialista deve informare correttamente il cliente rendendolo edotto della situazione sotto tutti gli aspetti, favorevoli e non, al fine di agevolarlo nella scelta della strategia da seguire. Lo scopo della consulenza fiscale è quello di rendere chiaro al committente la situazione tributaria più favorevole per i suoi interessi. In presenza di problemi tecnici complessi il professionista può giovare del trattamento più favorevole previsto dall'art. 2236 c.c.

Molto delicata è, infine, la situazione del commercialista nei casi in cui è incaricato di stimare il valore di aziende, patrimoni ecc. La peculiarità della fattispecie sussiste nel fatto che la responsabilità del professionista può estendersi anche verso i terzi che subiscono un pregiudizio dalla prestazione difettosa, oltre che ovviamente la controparte. Si pensi ad una sovrastima di un bene acquistato da terzi che poi concedono in ipoteca per un valore nettamente inferiore. La dottrina domestica richiama il problema della lesione della libertà contrattuale, la quale ricorre allorché un terzo interferisca nell'attività negoziale di una parte con fatti che alterano la formazione della volontà. Il rimedio extracontrattuale, attraverso la clausola di ingiustizia del danno, pare per alcuni studiosi la soluzione più acconcia⁶⁷.

La giurisprudenza ha affrontato un'ipotesi di violazione della libertà contrattuale, condannando la società di revisione nei confronti di terzi estranei al rapporto negoziale di revisione pregiudicati dalla prestazione difettosa della parte professionale. Nel caso concreto, i terzi acquirenti di quote societarie non avrebbero concluso il contratto definitivo, ma esercitato il diritto di recesso in sede di preliminare, se avessero conosciuto il reale valore della società⁶⁸.

⁶⁶ Per ulteriori considerazioni, cfr. G. FACCI, *La responsabilità civile del professionista*, cit., p. 1028 ss., secondo cui «l'aspetto, in ogni caso, più problematico con riferimento alla responsabilità del commercialista per errore nella compilazione della dichiarazione dei redditi o nella tenuta delle scritture contabili, consiste nell'accertare dove inizia l'errore del professionista e dove la colpa del contribuente» (p. 1044).

⁶⁷ In generale, cfr. F.D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella terra di nessuno tra contratto e fatto illecito: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. e impr.*, 1991, p. 561 ss.

⁶⁸ Cass., 18 luglio 2002, n. 10403, in *Danno e resp.*, 2003, p. 537, con nota di A. ADDANTE, *Responsabilità civile delle società di revisione e solidarietà*.

Altra parte della dottrina richiama il rimedio contrattuale per risolvere siffatto problema⁶⁹. Il modello ispiratore è quello tedesco che oggi ha dedicato, con la *Schuldrechtsreform* del 2001, una disposizione puntuale nel § 311, comma 3, BGB⁷⁰. Questa norma va poi collegata con l'altra contenuta nel secondo comma del § 241 BGB che riconosce gli obblighi di protezione, i quali, se di regola vivono accanto agli obblighi di prestazione, in taluni casi possono sussistere autonomamente, come nelle ipotesi di *culpa in contrahendo*, di effetti protettivi di un contratto nullo, di contratti con effetti protettivi per i terzi.

Ritornando alla disposizione del § 311 BGB, la sua conformazione è disegnata secondo la tesi di Claus-Wilhelm Canaris, presidente della Commissione di riforma del BGB, sostenitore della responsabilità da affidamento entro l'area della responsabilità professionale⁷¹. Infatti la norma dispone che un rapporto obbligatorio può nascere anche con soli obblighi di protezione verso soggetti che non diventano parti contrattuali. La norma continua specificando che ciò può accadere quando il terzo suscita un affidamento particolarmente significativo tanto da influenzare in modo rilevante le trattative contrattuali o la conclusione del contratto.

L'architettura della disposizione appena descritta consente l'inquadramento della responsabilità professionale per false informazioni quale applicazione specifica della *Vertrauenshaftung*⁷². Come detto in maniera efficace, «si è passati dalla *Drittschutz* alla *Dritthaftung*»⁷³, che attraverso il medio contrattuale consente il risarcimento del danno meramente patrimoniale.

4. La responsabilità professionale per i ricorsi tributari

⁶⁹ La tesi contrattuale poggia non tanto su una ricostruzione della *culpa in contrahendo* come vincolo sorto fra le parti in sede di trattative, quanto sull'esistenza di obblighi di protezione in capo al soggetto professionista in relazione all'affidamento suscitato dalla sua professionalità. Il percorso ricostruttivo è chiaramente delineato da C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, 3. ed., Milano, 2006, p. 517 ss.

⁷⁰ Una chiara ed esauriente sintesi del panorama degli orientamenti in ordine al delicato e complesso problema della *Berufshaftung* è offerta da G. VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, Napoli, 2004, spec. p. 102 ss.

⁷¹ C.-W. CANARIS, *Die Haftung des Sachverständigen zwischen Schutzwirkungen für Dritte und Dritthaftung aus culpa in contrahendo*, in JZ, 1998, p. 603 ss.; ID., *Die Vertrauenshaftung im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, in 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft a cura di C.-W. Canaris, I, München, 2000, p. 129 ss.

⁷² La questione è chiarita efficacemente da J. KOCH, § 311 Abs. 3 BGB als Grundlage einer vertrauensrechtlichen Auskunftschaftung, in AcP, 204, 2004, p. 69 ss.

⁷³ G. VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, cit., p. 136.

Con riferimento agli accertamenti fiscali dell'amministrazione pubblica, il commercialista a volte risponde della mancata presentazione del ricorso avverso l'accertamento subito dal cliente⁷⁴.

La S. Corte ha riconosciuto la responsabilità professionale del commercialista, il quale, a seguito di un esame superficiale degli atti rimessigli dal cliente, aveva fatto decorrere i termini per proporre l'opposizione davanti al giudice tributario, ove in presenza anche del fatto che, all'epoca, il rito tributario non prevedeva la condanna del contribuente al pagamento delle spese processuali nonché la prevedibilità di un imminente condono⁷⁵.

La sussistenza della responsabilità del professionista, e quindi anche del commercialista, nelle ipotesi di ricorsi tributari, postula un espresso mandato del cliente ad eseguire la prestazione. La mera domiciliatura della contabilità del cliente presso lo studio del commercialista non è sufficiente per dimostrare l'esistenza di un contratto d'opera intellettuale⁷⁶.

La responsabilità professionale del commercialista per mancata impugnazione dell'accertamento fiscale presuppone che il cliente debba provare accanto ai vizi dell'accertamento fiscale anche il fatto che la negligenza del professionista ha impedito la realizzazione del risultato perseguito. Il cliente ha quindi l'onere di dimostrare il danno e il nesso causale fra inadeguata attività del professionista e pregiudizio subito⁷⁷.

La mancata presentazione del ricorso fiscale quale attività del commercialista cagiona la sua responsabilità secondo le regole della responsabilità per condotta omissiva, ossia a seguito di valutazione prognostica di carattere affermativo in ordine al sicuro e chiaro fondamento del ricorso e, quindi, sul probabile esito favorevole dell'azione giudiziale che avrebbe dovuto essere proposta e diligentemente seguita⁷⁸.

⁷⁴ Su questo versante valgono le regole coniate dalla giurisprudenza per l'errore professionale dell'avvocato in seno all'attività di rappresentanza in giudizio della parte difesa: per tutti, R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, 2^a ed., Padova, 2011, spec. p. 196 ss.; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e M. FEOLA, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, Torino, 2014, p. 339 ss.

⁷⁵ Cass., 9 giugno 2004, n. 10966, in *Dir. prat. trib.*, 2005, II, p. 5, con nota di G. VISINTINI, *In tema di responsabilità professionale del commercialista per perdita di chances*.

⁷⁶ Cass., 26 aprile 2010, n. 9917, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 2505, con nota di G. MUSOLINO, *Prova del vincolo contrattuale e responsabilità del commercialista per omissione*.

⁷⁷ Indicativa, Trib. Genova, 20 gennaio 2012, in *Giur. merito*, 2012, p. 1303, con nota di V. AMENDOLAGINE, *La responsabilità del commercialista nei confronti del cliente esige la prova del rapporto e del danno*.

⁷⁸ Cass., 9 giugno 2004, n. 10966, cit. p. 5. Per una ricostruzione delle tappe giurisprudenziali, cfr. R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, cit., p. 203 ss.

D'altra parte, la responsabilità del commercialista per mancata presentazione di un ricorso fiscale non segue alla semplice considerazione che periodicamente il legislatore concede sanatorie in favore degli evasori fiscali⁷⁹.

Agli esordi del nuovo secolo la S. Corte, in un caso di inesatto adempimento di un contratto di domiciliazione da parte di un dottore commercialista con conseguente impossibilità di proporre impugnazione degli avvisi di accertamento per tardiva comunicazione degli avvisi fiscali da parte del professionista, distingue fra «danno da mancata impugnazione» e «danno da perdita della possibilità d'impugnazione»⁸⁰.

La giurisprudenza aveva sempre ribadito che «solo l'accoglimento dell'impugnazione [...] determina il danno costituito dal contenuto della sentenza che si sarebbe impugnata, mentre nessun danno può ricollegarsi alla mancata proposizione dell'impugnazione, di per sé sola considerata»⁸¹.

La seconda Sezione della S. Corte, per la prima volta, nell'ambito delle professioni legali riconosce la risarcibilità del danno da perdita di *chance*, configurato come «entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile d'autonoma valutazione». La risarcibilità di un danno per la perdita della possibilità di conseguire un risultato utile ed economicamente vantaggioso è riconosciuta senza esitazioni allorché si verte in tema di responsabilità contrattuale. La questione dell'*an* non sorge minimamente in presenza di inadempimento contrattuale e nesso causale fra questo e perdita della possibilità di conseguire un risultato utile, a differenza del profilo del *quantum*, risolto sulla base di un criterio prognostico fondato sulle concrete ragionevoli possibilità di risultati utili⁸².

⁷⁹ Così, Cass., 5 giugno 1996, n. 5264, in *Danno e resp.*, 1996, p. 581, con nota di E. BRUNETTI, *Responsabilità del commercialista per mancata presentazione del ricorso alla commissione tributaria*.

⁸⁰ Cass., 13 dicembre 2001, n. 15759, in *Danno e resp.*, 2002, p. 393 ss.

⁸¹ Cass. 27 gennaio 1999, n. 722, in *Danno e resp.*, 1999, p. 1123, con nota di A. LAZZARI, *Perdita di chances in giudizio: la responsabilità del sindacato per omesso appello da parte del lavoratore*, ove precisa che per la prova della responsabilità del professionista forense per mancata impugnazione, il cliente «non può limitarsi a dedurre la astratta possibilità della riforma in appello in senso a lui favorevole [...], ma deve dimostrare l'erroneità di questa, oppure produrre nuovi documenti o altri mezzi di prova idonei a fornire la ragionevole certezza che il gravame, se proposto, sarebbe stato accolto».

⁸² Cass., 13 dicembre 2001, n. 15759, cit., p. 393 ss. A differenza della giurisprudenza nostrana, la giurisprudenza francese ammette in seno alla responsabilità del professionista legale il risarcimento per perdita di *chance* (il *leading case* rimonta addirittura a fine Ottocento: Req., 17 luglio 1889, in *Sirey*, 1891, I, p. 399) in ipotesi di notifica di un atto di appello nullo, di mancata notifica del ricorso, di esercizio di azione prescritta, di deposito tardivo di memorie ecc. Le Corti ammettono la responsabilità del professionista legale, in quanto la sua condotta inadeguata ha fatto perdere al cliente le *chances* di poter ottenere la vittoria in giudizio. Per una esaustiva

Tre anni più tardi, la medesima Sezione e il medesimo giudice estensore confermano il riconoscimento del danno da perdita di *chance* del professionista legale⁸³. Di nuovo si tratta della negligenza di un dottore commercialista incaricato di impugnare degli avvisi di accertamento fiscale ritenuti dal cliente infondati e illegittimi. Pur essendo risultata la responsabilità professionale del commercialista per negligente svolgimento dell'incarico, sotto i due rilevanti profili di difetto dei motivi per i ricorsi alla commissione di secondo grado e di tardiva proposizione per i ricorsi alla commissione centrale, il giudice di secondo grado riteneva che non fosse stato dimostrato che, ove il professionista avesse svolto diligentemente l'attività richiestagli, gli effetti di essa sarebbero stati, con ragionevole probabilità, vantaggiosi per i clienti. Non erano stati provati nel caso altresì né il nesso causale tra inadempimento e danno né la sussistenza stessa del danno e la sua riferibilità all'inadempiente.

La Cassazione ribadisce che nel caso concreto trova applicazione la figura del danno da perdita di *chance* (come perdita della possibilità di impugnare), ove quest'ultima integra un'entità patrimoniale autonoma la cui lesione attenta all'integrità del patrimonio. In ambito contrattuale l'inadempimento dell'una delle parti, cui consegua la perdita, per l'altra, della *chance* d'intraprendere o gestire una lite in sede giudiziaria, cagiona un danno per il quale non può porsi alcun problema d'accertamento sotto il profilo dell'*an*, ma solo, eventualmente, sotto quello del *quantum*. Siffatto pregiudizio va liquidato in ragione d'un criterio prognostico basato sulle concrete ragionevoli possibilità di risultati utili, assumendo come parametro di valutazione il vantaggio economico complessivamente realizzabile dal danneggiato diminuito d'un coefficiente di riduzione proporzionato al grado di possibilità di conseguirlo e deducibile, caso per caso, dagli elementi costitutivi della situazione giuridica dedotta o, ove tale criterio risulti di difficile applicazione, con ricorso al criterio equitativo *ex art. 1226 c.c.*⁸⁴.

Sulla base di questo orientamento giurisprudenziale potrebbe essere superata la delicata questione dell'accertamento da parte del giudice del danno da perdita del processo in

panoramica del modello francese di responsabilità del professionista legale, cfr. A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e M. FEOLA, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, cit., p. 345 ss.

⁸³ Cass. 22 novembre 2004, n. 22026, in *Dir. prat. trib.*, 2005, II, p. 10 ss.

⁸⁴ Cass. 22 novembre 2004, n. 22026, cit., p. 10 ss.

tutte quelle ipotesi in cui non è certo il nesso causale fra inadempimento professionale e danno.

La dottrina più sensibile non manca di sottolineare i vantaggi in proposito della teoria della *chance*, secondo la quale «proprio l'opportuna distinzione tra il danno consistente nella perdita del processo e quello che ha ad oggetto la perdita delle *chances* di vincere in giudizio rende inutile, ed eccessivamente gravosa per il professionista, la parallela adozione di un blando criterio probabilistico (analogo a quello elaborato dalla giurisprudenza del “trenta per cento” nel settore della responsabilità medica) in tema di accertamento del nesso eziologico tra la condotta colposa e la perdita della “posta finale” consistente nella soccombenza in giudizio. Allorché la causalità è “incerta”, il risarcimento della perdita di *chances* appare come la soluzione che maggiormente è in grado di distribuire proporzionalmente il peso del danno tra il professionista negligente e il suo cliente, rivelandosi come la soluzione più equa ed efficiente»⁸⁵.

5. *L'assicurazione della responsabilità civile del commercialista*

Il codice deontologico della professione di dottore commercialista ed esperto contabile, approvato dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili il 9 aprile 2008, stabilisce che «il professionista deve porsi in condizione di poter risarcire gli eventuali danni causati nell'esercizio della professione, anche mediante adeguata copertura assicurativa» (art. 14)⁸⁶.

L'obbligo assicurativo è ora esteso per legge ad ogni professionista, in seguito al disposto contenuto nell'art. 5 D.P.R. 7 agosto 2012, n. 137, quale attuazione dell'art. 3, comma 5, lett. e) d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148.

La violazione della norma sulla copertura assicurativa del professionista costituisce illecito disciplinare.

La copertura assicurativa comprende anche l'attività di custodia di documenti e valori del cliente⁸⁷. Al momento dell'assunzione dell'incarico, il professionista deve rendere noti

⁸⁵ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e M. FEOLA, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, cit., p. 372.

⁸⁶ Questa regola perpetua la vecchia disposizione dell'art. 9 del codice deontologico dei dottori commercialisti varato nel 1987.

⁸⁷ Sono escluse le attività non tipiche del professionista esercitate a favore del cliente.

alla controparte, gli estremi della polizza professionale, il relativo massimale e ogni variazione successiva.

L'assicurazione professionale può coprire attività non tipiche del commercialista se esplicitamente esistono clausole *ad hoc*. Così significativo è l'arresto della S. Corte – anche se nel caso riguarda la figura del consulente del lavoro ma le cui competenze in parte si sovrappongono a quelle del commercialista – che non estende la copertura assicurativa all'attività di redazione contrattuale (nella specie di locazione)⁸⁸.

Si è discusso se la polizza di responsabilità civile professionale stipulata da un commercialista o da un avvocato potesse comprendere anche i rischi derivanti dallo svolgimento dell'attività, da parte loro, di curatore fallimentare.

La S. Corte, in proposito, ha affermato che qualora un commercialista stipuli una polizza per la copertura dei rischi derivanti dalla propria attività professionale, rientri nella garanzia anche il rischio inerente allo svolgimento dell'attività di curatore fallimentare, visto che tale ultima attività è ricompresa tra quelle riservate al commercialista per legge, a meno di esplicita esclusione nella polizza⁸⁹.

⁸⁸ Così, Cass., 31 agosto 2009, n. 18912, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 191, secondo cui «la predisposizione di un contratto di locazione, pur non essendo vietata in linea di principio al consulente del lavoro, in quanto si tratta di attività per la quale non è prevista alcuna riserva a favore di specifiche categorie professionali, non rientra tuttavia nelle attività “tipiche” previste per il consulente del lavoro dall'art. 2 l. 11 gennaio 1979 n. 12 (a norma del quale “il consulente del lavoro svolge per conto del datore di lavoro tutti gli adempimenti previsti da norme vigenti per l'amministrazione del personale dipendente”, nonché ogni altra funzione a ciò affine, connessa e conseguente). Tale attività di predisposizione non rientra pertanto nella copertura assicurativa di una polizza avente ad oggetto “la responsabilità civile derivante all'assicurato nella sua qualità di esercente la libera professione di consulente del lavoro”, quand'anche la garanzia sia estesa “alla consulenza fiscale e tributaria, quali compilazioni della dichiarazione dei redditi e allegati, denuncia annuale i.v.a., compresi i relativi allegati, registrazione e quant'altro previsto dalla normativa fiscale e tributaria in generale”».

⁸⁹ Così, Cass., 15 luglio 2005, n. 15030, in *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 165: «Qualora il curatore fallimentare, commercialista, sia responsabile, ai sensi del combinato disposto degli art. 38, comma 1, l. fall. ed art. 2043 c.c., del risarcimento di un danno ingiusto cagionato nell'espletamento della sua attività di ausiliare di giustizia, l'assicuratore della responsabilità civile per la sua attività professionale deve tenerlo indenne (salvo che il rischio sia espressamente escluso dal contratto), atteso che l'attività di curatore fallimentare rientra tra le possibili attività professionali specificamente previste per i commercialisti dalla legge, in quanto il professionista intellettuale non esaurisce la sua attività professionale nell'ambito tratteggiato dalle disposizioni codicistiche (art. 2227-2230 c.c.) relative al contratto di prestazione d'opera intellettuale, ma continua a restare un professionista privato anche quando nell'ambito di tale attività espleta un incarico giudiziario (curatore fallimentare, notaio delegato allo scioglimento delle divisioni, consulente tecnico d'ufficio), in relazione al quale svolge pubblici poteri».

Tale impostazione ha trovato conferma successivamente in quanto l'attività di curatore fallimentare è esercitata di regola dai professionisti contabili⁹⁰.

La linea interpretativa adottata dalla giurisprudenza superiore appare pienamente condivisibile, in quanto l'oggetto del contratto assicurativo (e quindi l'estensione del rischio garantito) non può che coincidere con l'area di tutte le attività consentite al commercialista⁹¹.

Infine, il contratto di assicurazione per la responsabilità civile del commercialista può contenere clausole *claims made*, in base alle quali l'assicuratore può coprire condotte del professionista assicurato commesse prima della conclusione del contratto, ma la cui domanda di risarcimento del danno sia proposta in periodo successivo alla conclusione del contratto.

La S. Corte recentemente si è pronunciata favorevolmente, affermando che «nei contratti di assicurazione della responsabilità civile l'estensione della copertura alle responsabilità dell'assicurato scaturenti da fatti commessi prima della stipula del contratto (cosiddetta clausola “claims made”) non fa venire meno l'alea e, con essa, la validità del contratto, se al momento della stipula le parti (e, in specie, l'assicurato) ignoravano l'esistenza di questi fatti, potendosi, in caso contrario, opporre la responsabilità del contraente *ex artt. 1892 e 1893 c.c. per le dichiarazioni inesatte o reticenti*»⁹².

Abstract

⁹⁰ Cass., 24 gennaio 2009, n. 2460, in *Danno e resp.*, 2009, p. 459, ove espresso rinvio alla decisione del 2005 citata nella nota precedente. Ad un risultato analogo è pervenuto il Supremo Collegio (Cass., 15 febbraio 2007, n. 3468, in *Obbl. e contr.*, 2007, p. 390), in fattispecie in cui, in assenza di esclusioni convenzionali, era stata offerta una copertura dei rischi derivanti dalla responsabilità civile professionale ad un avvocato che tale garanzia invocava anche per l'attività svolta quale curatore fallimentare. La Cassazione, come nelle ipotesi di attività di curatore svolta da commercialista, ha riconosciuto che il rischio assicurato dovesse comprendere anche l'attività di curatore, in quanto questa viene svolta, in via del tutto normale, dagli avvocati e che pertanto, come tale, costituisce un'attività professionale dell'avvocato.

⁹¹ Interessante, Cass., 13 dicembre 2011, n. 26783, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, p. 1768, giusta la quale «nei contratti di assicurazione contro i danni che prevedano la determinazione del premio in base ad elementi variabili (cosiddetta assicurazione con la clausola di regolazione del premio), l'obbligo dell'assicurato di comunicare periodicamente all'assicuratore gli elementi variabili costituisce oggetto di un'obbligazione civile diversa da quelle indicate nell'art. 1901 c.c., il cui inadempimento non comporta l'automatica sospensione della garanzia, ma può giustificare un tale effetto, così come la risoluzione del contratto, solo in base ai principi generali in tema di importanza dell'inadempimento e di buona fede nell'esecuzione del contratto».

⁹² Cass., 17 febbraio 2014, n. 3622, in *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 826 ss., con nota di L. LOCATELLI, *Clausole claims made, rischio e successione di polizze*.

The essay traces the routes of doctrine and case law about the liability of chartered accountants, in order to highlight relevant aspects of the topic within the discipline of liability of legal professionals. In terms of performance, the efforts of judges emerge. They intended to force some aspects of the subject, such as those relating to the burden of proof, causation and loss of chances, especially in the context of tax litigation. Finally, the paper deals with the sensitive issue of insurance for civil liability of professional, especially with regards to the profile of the insurance coverage of the various activities carried out by a chartered accountant as well as the difficult issue of claims made clauses contained in the insurance contract.

Camerino, novembre 2014.

VÉRONIQUE CHAMPEIL-DESPLATS

*Protezione di alcune categorie di persone vulnerabili o svantaggiate
volto alla interdizione di discriminazioni positive in Francia*

Sommario: I. La concezione formale del principio di uguaglianza e la mancanza di obbligo legale di proteggere tutte le persone svantaggiate o vulnerabili; II. Divieti di discriminazioni positive e le sue sfumature: il caso paradigmatico della parità uomini/donne; II. Il divieto della considerazione dei criteri sensibili e le politiche pubbliche A. Il dibattito sulle statistiche etniche; B. L'oggettivazione dei criteri delle politiche pubbliche e il rafforzamento delle misure contro la discriminazione

Una parte dei principi oggi vigenti nell'ordinamento giuridico francese è direttamente ereditato dalla Rivoluzione. Uno dei migliori esempi è il principio di uguaglianza. Strettamente collegato al concetto di universalismo che è alla base dell'idea repubblicana, il principio di uguaglianza è stato a lungo promosso dalla Francia nella sua dimensione formale e astratta. L'articolo 6 della Dichiarazione dei diritti dell'Uomo e del Cittadino (26 agosto 1789) esprime perfettamente questo concetto:

“La Legge è l'espressione della volontà generale. Tutti i cittadini hanno diritto di concorrere, personalmente o mediante i loro rappresentanti, alla sua formazione. Essa deve quindi essere uguale per tutti, sia che protegga, sia che punisca. Tutti i cittadini essendo uguali ai suoi occhi sono ugualmente ammissibili a tutte le dignità, posti ed impieghi pubblici secondo la loro capacità, e senza altra distinzione che quella delle loro virtù e dei loro talenti”.

Al tempo della Rivoluzione francese, la promozione dell'uguaglianza si giustifica con la volontà di rompere con i privilegi esistenti sotto il Vecchio Regime. A questo proposito, non dobbiamo dimenticare che uno dei primi atti giuridici adottati in questo momento

storico è appunto l'abolizione dei privilegi, deciso la notte del 4 agosto 1789. Al tempo, il concetto di privilegio aveva un significato molto specifico: indicava non tanto l'idea di un trattamento favorevole per alcuni gruppi sociali al potere, quanto piuttosto l'esistenza di norme specifiche basate sull'appartenenza a gruppi professionali o sull'area geografica. Il concetto di privilegio va quindi compreso nel suo senso etimologico, cioè nel significato latino "*privata lex*".

Come risultato, in Francia, la concezione del principio di uguaglianza è tradizionalmente formale: "la legge è uguale per tutti". Si ritiene quindi che l'uguaglianza di trattamento, correlata all'assenza di discriminazione sulla base di alcuni criteri - il colore della pelle, l'origine etnica, le convinzioni religiose, le opinioni politiche, il sesso, l'orientamento sessuale... - sia sufficiente a garantire l'uguaglianza effettiva (I).

L'articolo 6 della Dichiarazione del 1789 resta ancora oggi alla base di numerose politiche pubbliche e decisioni giudiziarie, le quali, come vedremo, si oppongono ad alcuni criteri che possano costituire differenze di trattamento tra categorie di individui. Tali norme si applica naturalmente nel caso di un trattamento sfavorevole, cioè di discriminazione negativa, ma anche di un trattamento favorevole rivolto a categorie di individui svantaggiati o vulnerabili, cioè di discriminazione positiva. Questo divieto ammette poche eccezioni ed è suscettibile di interpretazione restrittiva (II). La protezione delle persone vulnerabili e svantaggiate è quindi basata sulla definizione di politiche pubbliche e sociali che rafforzano la lotta contro la discriminazione (negativa) e cercano di utilizzare criteri oggettivi per la redistribuzione della ricchezza e l'attuazione di misure per l'uguaglianza (III).

I. La concezione formale del principio di uguaglianza e la mancanza di obbligo legale di proteggere tutte le persone svantaggiate o vulnerabili

Una delle conseguenze giuridiche della concezione formale di uguaglianza che regna in Francia è l'idea che il raggiungimento appunto dell'uguaglianza possa giustificare un diverso trattamento tra categorie di soggetti versanti in differenti condizioni economiche, idea enunciata dai giudici francesi tardivamente.

La prima enunciazione infatti è datata 1974, ad opera del Consiglio di Stato¹. Si ammette che le diverse categorie di beneficiari dei servizi pubblici possano essere trattate in maniera differente di fronte ad un servizio reso dall'amministrazione, a condizione che ciò sia "la conseguenza necessaria di una legge, (...) che esistessero tra gli stessi beneficiari delle situazioni differenti apprezzabili (...)" e che esista un bisogno di interesse generale. Questa posizione di principio consente ad esempio di giustificare certe modulazioni delle tasse in base al numero di bambini nelle famiglie.

L'ammissione di una differenza di trattamento successivamente è stata accettata dal Consiglio costituzionale in una decisione del 12 luglio 1979²:

“Se il principio di uguaglianza di fronte alla legge implica che per situazioni simili si applicano soluzioni simili, non ne consegue che situazioni diverse non possano avere soluzioni diverse”.

Dopo questa decisione, la formulazione del principio di uguaglianza può essere modificata e precisata, ma l'idea di fondo è la stessa. Le ultime decisioni del Consiglio costituzionale interpretano l'articolo 6 della Dichiarazione 1789 nel senso che:

“il principio di uguaglianza non si oppone né a che il legislatore regoli in modo diverso situazioni differente, né a che deroghi il principio di uguaglianza per motivi di interesse generale, a condizione che in entrambi i casi, la differenza di trattamento che ne risulta sia direttamente correlata alla finalità della legge”³.

Tuttavia, - e qui incontriamo una prima difficoltà a una considerazione sistematica della situazione di persone vulnerabili o socialmente svantaggiate -, tale disparità di trattamento non è un obbligo giuridico costituzionale in Francia.

I giudici francesi, siano essi del Consiglio Costituzionale, della Corte di Cassazione, o del Consiglio di Stato, hanno sempre pensato che la differenza di trattamento di persone poste in situazioni diverse è una possibilità, una facoltà. È stato il Consiglio di Stato a precisarlo per la prima volta⁴. La soluzione è stata quindi ripresa dalla Corte di Cassazione⁵

¹ Consiglio di Stato, 10 maggio 1974, *Denoyez et Chorques*, ric. n° 88032; n° 88148, in <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007643192>

² Decisione no. 79-107 DC, 12 luglio 1979, ric. 31.

³ Decisione n°. 2012-266 QPC del 20 luglio 2012, ric. 390.

⁴ CE 28 marzo 1997, *Société Baxter*, ric. n° 179.049, 179.054.

⁵ Corte soc. Mar 24, 1998, *Azad c/ Chamsidine*, *Dr. soc.* 1998, 615.

e dal Consiglio costituzionale in una decisione intervenuta precisamente in materia di protezione sociale riguardante i bisogni delle persone più povere.

Così, dopo aver constatato che in questo caso il legislatore ha voluto offrire una copertura di base per le persone sprovviste del diritto a prestazioni sanitarie e riguardanti la maternità, il Consiglio sottolinea che "il principio di uguaglianza non impone al legislatore, come ha cercato di fare in questo caso, di ridurre le disparità di trattamento in materia di protezione sociale, o di porre rimedio contemporaneamente a tutte le disparità esistenti"⁶. In altre parole, il legislatore può liberamente determinare le disparità sociali ed economiche cui intende rimediare.

Va osservato che questa interpretazione della portata del principio di uguaglianza è in conflitto con la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea. Per essa infatti, "l'applicazione della stessa norma a situazioni diverse" costituisce una discriminazione tanto quanto "l'applicazione di norme diverse a situazioni analoghe"⁷.

II. Divieto di discriminazioni positive e sue sfumature: il caso paradigmatico della parità uomo/donna.

1. Il concetto di discriminazione o azione positiva è oggetto di differenti letture e interpretazioni. Esso può essere definito in senso ampio e in senso stretto.

Nel senso più ampio, il concetto di discriminazione o azione positiva si riferisce a tutte quelle misure che possono essere adottate in favore di categorie di persone che si trovano in situazione di disuguaglianza rispetto a una o più categorie di altri individui. Si pongono almeno due problemi: è necessario, da un lato, poter identificare e misurare la differenza di posizione della categoria di individui considerata cercando l'essenza delle disuguaglianze e degli svantaggi della loro posizione. D'altra parte, il problema di una definizione ampia è che, in ultima analisi, qualsiasi politica pubblica o di redistribuzione sociale a favore di categorie di individui identificati come svantaggiati, qualunque sia la caratteristica comune che li unisce, può essere considerata come discriminazione positiva. Il

⁶ Decisione n. 99-416 DC del 23 luglio 1999, ric. 100.

⁷ v. Corte di Giustizia 14 febbraio 1995, *Finanzamt Kolb Altstadt- c / R. Schumacker*, C-279/93.

concetto di discriminazione positiva non svolge particolare funzione concettuale o cognitiva.

Quando poi si discute in Francia, o altrove, sul concetto di discriminazione positiva, ci si riferisce più o meno implicitamente a un significato più ristretto, parlando di “*alcune*” azioni favorevoli rivolte ad “*alcune*” categorie svantaggiate. La domanda che ci si pone allora è cosa si intenda per “*alcuni*” e “*alcune* azioni”. La risposta è che si tratta di riferimenti a quote che consentono a persone escluse dai luoghi del sapere o del potere di prendervi parte.

Inoltre, la persona è considerata alla base di alcuni criteri distintivi specifici. Questi sono generalmente tutti o in gran parte criteri su cui si fondano i divieti di misure discriminatorie in senso negativo, cioè sfavorevoli. Questi criteri sono spesso indicati come “sensibili”: il loro numero e la loro qualità possono variare in base ai diversi tempi e contesti socio-culturali, e sono rintracciabili nelle norme di legge anti-discriminazione. Attualmente sono in gran parte basati sulla razza, sull'origine etnica, sulle convinzioni religiose, politiche, ideologiche, di genere e, più recentemente, sull'orientamento sessuale, sullo stato di salute, sulla disabilità, ecc.

La discriminazione positiva è definita quindi come “una misura o una azione presa in favore di una categoria di individui che le leggi, le norme internazionali o costituzionali proteggono contro le discriminazione negative”.

In questo senso, sulla base di un'interpretazione universalista del principio di cui all'articolo 6 del DDHC e in generale del principio di uguaglianza, la discriminazione positiva non è giuridicamente consentita in Francia, e le eccezioni si interpretano restrittivamente. Queste eccezioni riguardano principalmente le persone portatrici di handicap e le donne. Per le prime, le aziende con un determinato numero di dipendenti e l'amministrazione pubblica hanno l'obbligo di assumere quote di personale disabile. Il problema tuttavia è che molte aziende preferiscono pagare una somma compensativa piuttosto che impiegare tale personale. Per le donne, la questione è più vasta e complessa.

2. Il divieto generale di utilizzo di quote basate su determinati criteri è stato particolarmente ricordato in occasione dei primi tentativi di promuovere la presenza delle donne per ricoprire incarichi amministrativi e politici.

a) Un primo esempio è dato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato in materia di concorsi pubblici, in particolare sulla possibilità di organizzare concorsi separati per uomini e donne. Il Consiglio di Stato ha sempre sostenuto una concezione universalista e formale del principio di uguaglianza. Non accetta deroghe se non in casi eccezionali, giustificate da condizioni di esercizio delle funzioni o da motivi di interesse generale. Il Consiglio di Stato ha ammesso il reclutamento separato per uomini e donne per le guardie carcerarie giustificando questa differenza in base alle condizioni di esercizio della funzione (gli uomini guardie nelle prigioni maschili e le donne in quelle femminili) mentre ha respinto la rappresentanza separata uomo/donna nei consigli di disciplina di docenti e di supervisori nella scuola⁸. Allo stesso modo, ha ritenuto illegale la quota del 20% del numero di donne candidate nel corpo dei commissari dell'Esercito⁹.

b) Il divieto generale delle politiche di quota si è soprattutto affermato nelle prime decisioni del Consiglio costituzionale. In una decisione del 18 novembre 1982, il Consiglio ha giudicato incostituzionale una legge che poneva un tetto del 75% alla presenza di candidati dello stesso sesso per il rinnovo dei consigli comunali, ritendendo tale azione contraria al principio di uguaglianza enunciato dall'articolo 6 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino e dall'articolo 3 della Costituzione del 1958 che proclama l'uguaglianza e l'universalità del voto.

Tale posizione sembra sedimentarsi nell'ordinamento giuridico, e il legislatore, per molto tempo, non ricerca misure alternative per affrontare il problema. Tuttavia, il dibattito riemerge alla fine del 1990, momento nel quale la sinistra ha voluto contraddistinguere con diverse misure simboliche il suo ritorno al potere. Ma di fronte a un disegno di legge che ha cercato di obbligare i partiti politici ad assicurare la parità uomo/donna nelle liste di candidati presentate alle elezioni regionali, il Consiglio costituzionale ribadisce la sua

⁸ Consiglio di Stato, 26 giugno 1989, *Federazione generale dei sindacati di istruzione e ricerca*, in http://basedaj.aphp.fr/daj/public/index/display/id_theme/113/id_fiche/4275

⁹ Consiglio di Stato, 11 maggio 1998, *Mademoiselle Aldige*, req. N° 105049, in <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000008007903&fastReqId=719732287&fastPos=1>

posizione del 1982. Si inserisce così un'indicazione non trascurabile: il Consiglio precisa che la sua interpretazione dell'art 6 del DDHC è legata al concetto di “stato di diritto”: in altre parole non ha il potere costituente di operare cambiamenti:

“Nello stato di diritto, (...) la qualità di cittadino comprende il diritto di voto e di eleggibilità in condizioni identiche a tutti coloro che non sono esclusi né per ragioni di età, incapacità o nazionalità, né per ragioni tendenti a preservare la libertà dell'elettore o l'indipendenza degli eletti senza che possa essere operata alcuna distinzione tra gli elettori o gli eletti a causa del loro sesso”¹⁰.

In queste condizioni, solo un emendamento costituzionale potrebbe consentire di prevedere misure ispirate alla parità: bisogna perciò attendere la legge costituzionale dell'8 luglio 1999, la quale aggiunge un quarto comma all'articolo 3 della Costituzione:

“La legge promuove l'uguaglianza di accesso delle donne e degli uomini ai mandati elettorali e alle funzioni elettive”

e un secondo paragrafo all'articolo 4:

I partiti e i gruppi politici «contribuiscono all'attuazione del principio enunciato al secondo comma dell'articolo 3°, alle condizioni stabilite dalla legge».

Non si obbliga il legislatore ad imporre misure di parità, ma, in una prospettiva promozionale – per usare le parole di Norberto Bobbio –, gli si permette di favorire la parità di accesso tra donne e uomini “ai mandati elettorali e alle funzioni elettive”.

3. Questa soluzione di compromesso è indicativa dei riflessi e della forza dell'idea universalista in Francia, e delle posizioni che si trovano più comunemente in questi dibattiti. Anche coloro che hanno difeso la “parità” - un termine che è simbolicamente usato per evitare quello di “quota” – hanno sottolineato il carattere eccezionale della riforma e l'assenza di qualsiasi ispirazione comunitarista.

Tre tipi di posizioni sono state espresse sulla riforma. Affrancandosi dalle divisioni politiche tradizionali, il dibattito ha opposto, da un lato, la tradizione universalista francese e, dall'altro, i sostenitori cosiddetti “differenzialisti”, suddivisi in “paritaristi dogmatici” e “pragmatici paritaristi moderati”. Possiamo riassumere queste tre posizioni come segue:

¹⁰ Decisione n° 98-407 del 14 gennaio 1999, ric. 21.

- Gli *Universalisti* ritengono che qualsiasi misura differenzialista per favorire una categoria di persone svantaggiate individuata in funzione del loro genere, ma anche più in generale, del loro credo, orientamento sessuale o di criteri etnici (ecc.) è in contrasto con il principio di uguaglianza. In altre parole, in questo caso, la parità è contro l'uguaglianza. La parità restringe la libertà di scelta degli elettori, poiché costretti a votare per un candidato a causa del suo sesso, e non a causa della rilevanza delle sue idee politiche. Lasciando da parte nella discussione coloro che strumentalizzano la posizione di universalità per nascondere la loro vecchia visione misogina, l'universalità difende l'uguaglianza tra uomini e donne, come più in generale tutti gli individui. Tuttavia, gli universalisti vogliono stabilire l'uguaglianza, non per quote, bensì mediante politiche pubbliche e riforme sociali strutturali di base (riflessioni sul tempo di lavoro, la ripartizione dei lavori domestici...).

- Il "paritarismo dogmatico", al contrario, si basa su una distinzione radicale tra uomini e donne volta a stabilire "la parità per la parità". In altre parole, la parità è un mezzo e un fine. La rivendicazione della parità è in parte fondata sul presupposto che solo le donne possono rappresentare gli interessi delle donne. Questa è una tendenza molto minoritaria in Francia, che si ispira ad un radicale femminismo di tipo comunitarista.

- Infine, il "paritarismo pragmatico" o moderato difende la parità per l'uguaglianza. Questa è la posizione assunta dalla maggioranza della sinistra al potere al momento della riforma, sostenuta da alcuni intellettuali. Non è questione di parità sulla base di una radicale distinzione tra uomini e donne, a scapito dell'unità del genere umano, ma si concepiscono le misure in favore della parità come strumento temporaneo in vista dell'istituzione di un'uguaglianza di accesso di uomini e donne al potere.

Le giustificazioni al ricorso della parità sono molto pragmatiche. Esse si basano:

- Sul divario tra i principi e le statistiche;
- Sull'impasse dell'universalismo repubblicano che, rifiutandosi di distinguere giuridicamente gli uomini e le donne, non permette di lottare rapidamente ed efficacemente contro le discriminazioni nei confronti delle donne;
- Sull'inadeguatezza delle misure elettorali tradizionali (l'esperienza 'dello scrutinio proporzionale alle elezioni parlamentari del 1986 non ha portato all'elezione supplementare delle donne);

- Sull'impossibilità di fare affidamento sulla buona volontà dei partiti politici;
- Sulla convinzione che la paura della diffusione delle rivendicazioni comunitariste è infondata; la differenza sessuale non delimita una categoria identitaria paragonabile alle altre, fondate su religione, orientamento sessuale e colore della pelle, per esempio.

“La parità alla francese” non è quindi comunitarista. Essa esprime un compromesso tra le esigenze universalistiche e un'uguaglianza che si ritiene debba essere più reale. Ora capiamo perché il riconoscimento costituzionale della necessità di una parità non ha assunto la forma di un obbligo generale, ma di un registro normativo promozionale.

c) Data la revisione costituzionale, il Consiglio costituzionale ha continuato a difendere una posizione universalista. Ha preso atto della riforma, ma interpretandola in modo restrittivo. Fondandosi, di volta in volta, su l'articolo 6 del DDHC, ha ricordato che la riforma si applica in materia di elezioni politiche, e non per elezioni professionali¹¹. Questa interpretazione ha portato ad una ulteriore revisione della Costituzione datata 23 luglio 2008, nel contesto di una più ampia riforma di modernizzazione delle istituzioni. L'articolo 1 della Costituzione ora recita:

«La legge promuove l'uguaglianza di accesso delle donne e degli uomini ai mandati elettorali e alle funzioni elettive, nonché alle responsabilità professionali e sociali».

Al di fuori di questi settori, in particolare per quanto concerne l'accesso alle funzioni pubbliche e la materia delle commissioni di concorso, il Consiglio costituzionale, così come il Consiglio di Stato, possono consentire alcune azioni di promozione per le donne, ma sempre ricordando che le misure adottate a favore dell'equilibrata rappresentazione delle donne e degli uomini – nello specifico nelle commissioni di concorso - e, di conseguenza, le considerazioni di genere - non possono in alcun modo prevalere sul criterio della competenza. Il Consiglio costituzionale riconosce la costituzionalità di una legge che prevede “commissioni (di concorsi), i cui membri sono nominati dal governo, sono composti in maniera da garantire un'equilibrata rappresentanza di donne e uomini”, ma a condizione che non abbiano come “obiettivo” o come “effetto” quello di fare prevalere,

¹¹La decisione n° 2001- 445, 19 giugno 2001, ric. 63, su una legge organica per il Consiglio Superiore della Magistratura; decisioni n° 2006-533 del 16 marzo 2006, ric. 39, sulla legge di uguaglianza e retribuzione tra uomini e donne e sulla legge del 30 marzo 2006, sulla pari opportunità.

nella costituzione delle commissioni, la considerazione di genere sulle capacità, abilità e qualifiche.

In altre parole, l'amministrazione può comporre delle commissioni paritetiche a condizione che le donne e gli uomini siano scelti con eguali competenze. Non si tratta di promuovere una persona soltanto in considerazione del fatto che sia una donna. La considerazione del genere non deve surclassare il criterio della capacità. Inoltre, la costituzionalità di queste misure è anche correlata al fatto che esse non sono obbligatorie, ma rimangono di natura promozionale poiché utili soltanto “per contribuire ad una rappresentanza equilibrata di donne e uomini”¹². Il Consiglio costituzionale accoglie pertanto le misure per promuovere la presenza delle donne, nel fissare “un obbligo di mezzi e non di risultato”¹³.

Il Consiglio di Stato assume esattamente la stessa posizione. Per citare solo i casi più recenti relativi alla presenza delle donne negli organi delle federazioni sportive (prima della riforma del 2008 che ha dato al legislatore la possibilità di intervenire), il Consiglio di Stato ricorda:

“Se il principio costituzionale della parità non è di ostacolo alla ricerca di accesso equilibrato di donne e uomini alle responsabilità, vieta, fatte salve le disposizioni costituzionali speciali, di fare prevalere la considerazione di genere su quella delle capacità e l'utilità comune”¹⁴.

II. *Il divieto della considerazione dei criteri sensibili e le politiche pubbliche*

A. *Il dibattito sulle statistiche etniche*

Per molti anni, la prevalenza delle idee universaliste ha messo in evidenza la scarsità di dati statistici sulle donne. Più in generale, il divieto di discriminazioni positive in Francia è garantito a monte da un divieto di compilazione dei dati statistici sulla base di criteri “sensibili”. Se fino agli ultimi 30 anni, la questione non ha posto grandi difficoltà, dopo gli sviluppi relativi alla crisi economica e sociale si sono venute a creare situazioni di esclusione

¹² Decisione n°2001-455 del 12 gennaio 2002, ric. 49

¹³ Cfr. Quaderni del Consiglio costituzionale, 2006, n° 20, 45.

¹⁴ Consiglio di Stato, 10 ottobre 2013, n°. 359219, in <http://www.legifrance.com/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000028057180&fastReqId=715805827&fastPos=1>

e disuguaglianza sociale. Queste hanno dimostrato di essere strettamente legate a criteri relativi alla salute, al genere, ossia al sesso, ma anche a ciò che è legato alla presunta appartenenza razziale o etnica: è anche quello che alcuni sociologi chiamano la scissione sociale-razziale¹⁵.

La domanda allora è come misurare con precisione tali scissioni per eventualmente rimediare. Tra gli strumenti considerati, alcuni hanno formulato il proposito di sviluppare l'uso di statistiche. Diverse ragioni sono state avanzate, dall'aver dati più dettagliati sulla discriminazione e la disuguaglianza per meglio affrontarle attraverso politiche e misure di lotta appropriate alla promozione della diversità come valore positivo. In particolare si è sostenuto che esistono tali statistiche in altri Stati, dove le misure differenzialiste sono considerate da molto tempo come uno strumento di lotta alle discriminazioni e vengono promosse dall'Unione Europea¹⁶.

Tuttavia, la proposta è stata superata a causa delle profonde radici universalistiche che strutturano le politiche pubbliche francesi e la sfiducia legate ad alcune esperienze storiche drammatiche. Si è sostenuto :

- che i cosiddetti criteri etnici o razziali sono sfuggenti e relativi, soprattutto nella società francese che si caratterizza per una forte multietnicità ;
- che la considerazione di questi criteri nei dati ufficiali comporta il rischio di "essenzializzarli" laddove sono relativi e contingenti;
- che colpiscono "l'attaccamento al modello repubblicano" che deve rimanere 'sordo' alle origini;
- che la loro considerazione è più specificatamente contraria al principio di non-discriminazione sancito dall'articolo 1 della Costituzione secondo il quale la Francia "assicura l'eguaglianza dinanzi alla legge a tutti i cittadini senza distinzione di origine, di razza o di religione".

¹⁵ V. CORCUFF PHILIPPE, Settembre 2003, "*Clivage national-razial contre question sociale – Un cadre d'analyse socio-politique pour interpréter les progrès de l'extrême-droite en France*", *ContreTemps*, n°8, pp. 42-50, in <http://www.contretemps.eu/sites/default/files/Contretemps%2008.pdf>.

¹⁶ Cfr. D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, PUF, 2010, 113.

- Infine, è spesso ricordato l'uso razzista e antisemita che è stato fatto di statistiche etniche nel governo di Vichy¹⁷.

In definitiva, è questa posizione di principio che il Consiglio costituzionale ha mantenuto, senza sorprese, quando è stato chiamato a pronunciarsi sulla questione¹⁸. La disposizione legislativa contestata tendeva a

“consentire lo svolgimento di studi sulla misurazione della diversità delle origini, della discriminazione e della integrazione, con previa approvazione della Commissione nazionale dell'informatica e delle libertà, per la realizzazione del trattamento dei dati personali che mettono in evidenza direttamente o indirettamente, l'origine razziale o etnica delle persone”.

Il Consiglio Costituzionale ha dichiarato incostituzionale la disposizione legislativa per il fatto che

“Se i trattamenti necessari alla conduzione di studi sulla misura della diversità delle origini delle persone, della discriminazione e dell'integrazione possono basarsi su dei dati oggettivi, non sarebbero – senza violare il principio enunciato dalla l'articolo 1 della Costituzione - basati sull'origine etnica o la razza”.

Come ha suggerito Danièle Lochak¹⁹, una chiave per uscire dalla controversia e dall'impasse legate al divieto di fondare le politiche pubbliche su criteri sensibili - laddove alcuni ritengono che la conoscenza dei dati fondati su questi criteri permetterebbe di lottare contro le disuguaglianze e la vulnerabilità sociale - sarebbe “distinguere tra le modalità della raccolta dei dati e l'uso da farne”. In questo senso, se le statistiche personali che l'individuo non potrebbe contestare sono senza alcun dubbio da escludere, si può considerare meno categoricamente la raccolta di dati stabilita in forma anonima, usata per fini di conoscenza, attraverso l'autorizzazione di una commissione indipendente.

¹⁷ V. D. LOCHAK, *o. c.*, p. 113 s.

¹⁸ Decisione n° 2007-557 DC 15 novembre 2007, ric. 360.

¹⁹ D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, cit., p. 115.

B. L'oggettivazione dei criteri delle politiche pubbliche e il rafforzamento delle misure contro la discriminazione

In un contesto di sfiducia e di divieto della considerazione di c.d. “criteri sensibili”, com'è possibile definire politiche pubbliche per ridurre le disuguaglianze di persone la cui situazione di vulnerabilità sociale è in parte dovuta al fatto che presentano proprio tali criteri?

Consideriamo in primo luogo alcune iniziative volte alla creazione di criteri oggettivi per le politiche sociali dello Stato al fine di ridurre le disuguaglianze; in secondo luogo è necessario parlare del rafforzamento delle politiche antidiscriminatorie.

1. Sebbene ufficialmente la considerazione dei criteri sensibili sia proibita, le tecniche di oggettivazione dei criteri utilizzati per definire le politiche pubbliche hanno una lunga storia. Tradizionalmente, il criterio più utilizzato per stabilire le misure redistributive o compensative è quello del reddito o dei quozienti familiari o ancora la considerazione della natura "isolata" della persona, sapendo che il criterio concerne più spesso le donne.

Più di recente, si assiste anche a una grande inventiva di vocaboli per evitare riferimenti ai termini di comunità, di minoranza fondata su basi religiose, etniche o di genere: la politica francese si presenta come la politica di promozione della “diversità “o “mix etniche”. Ma diversità rispetto a che cosa? Come? Ecco che le risposte diventano più caute ed evanescenti.

Un bell'esempio di oggettivazione dei criteri e della denominazione stessa dei criteri è data dall'iniziativa di apertura dell'Institut d'Etudes Politiques de Paris, considerata un grande scuola di formazione delle élite politiche. L'idea alla base dell'iniziativa è quella di aprire la Scuola a persone provenienti da ambienti socio-economici bassi, ma meritevoli, per completare il reclutamento tramite concorso altamente selettivo che incoraggi gli studenti provenienti da famiglie di alto livello socio- culturali.

Domanda: sulla base di quali criteri viene operata questa seconda selezione? Piuttosto che fare riferimento alla nazionalità dei figli o genitori, al livello di reddito, ci si aspettava che l'Istituto concludesse delle convenzioni con le scuole secondarie di certe aree geografiche liberamente scelte fissando delle modalità particolari destinate a garantire un

reclutamento diversificato “tra tutti gli studenti della scuola secondaria”. Controllando le norme che hanno permesso la realizzazione di questo progetto, il Consiglio costituzionale ha ammesso questa impresa di “diversificazione” a condizione che “le modalità particolari” fissate a questo fine, fossero basate su “criteri oggettivi” volti a garantire il rispetto del requisito costituzionale della uguaglianza di accesso all'istruzione²⁰.

Chiaramente, ciò significa che questa “diversificazione” non dovrebbe portare ad una politica di quote per gli studenti simile al sistema americano.

2. Infine, la Francia ha operato, nel corso negli ultimi dieci anni, anche sull'impulso dell'Unione Europea, un significativo rafforzamento delle misure e delle normative anti- discriminatorie.

Oltre alla creazione di una Autorità specifica per la lotta contro la discriminazione nei primi anni 2000 che è stata assorbita nel 2011 in una nuova istituzione di più ampia portata “Le Défenseur des droits”, i dipartimenti di stato, le leggi e la giurisprudenza hanno ampliato i criteri discriminatori (salute, sesso, orientamento sessuale, disabilità ...), affinato le definizioni dei tipi di discriminazione (discriminazione diretta, indiretta...), le modalità di identificazione, il sistema delle prove di discriminazione, le disposizioni di informazioni in materia di discriminazione e ancora le sanzioni contro la discriminazione.

Tutto sembra ridursi alla fine ad un ragionamento per cui il rafforzamento della lotta contro la discriminazione, intesa come azione sfavorevole, sia una forma di palliativo per la frivolezza e la diffidenza nei confronti della discriminazione positiva.

La domanda chiave che ci si continua a porre è sapere in che misura questo rafforzamento può sostituirsi a delle politiche pubbliche strutturali di riduzione delle disuguaglianze e di redistribuzione delle ricchezze nelle società contemporanee, dove le situazioni di esclusione e di vulnerabilità sono spesso legate a dei fattori che i poteri pubblici preferiscono mantenere nascosti per non risvegliare vecchi disturbi.

²⁰ Decisione n° 2001-450 DC del 11 luglio 2001, ric. 82.

Abstract

French democracy was built on the basis of a universalist republican ideal in which there is no intermediary between the nation and the individual. There are no minorities as legal persons to be protected. In this model, the respect of formal equality is considered sufficient to achieve social justice. The differential measures in favor of disadvantaged or vulnerable special categories are thought as exceptional, temporary ones. The prohibition of discrimination is intended in a negative way, i.e. as a measure that disadvantage certain groups to certain criteria (religion, sex, ethnicity, sexual orientation...), both in a positive manner, with actions of “positive discrimination”. You will see how the protective measures of the individuals vulnerable are enrolled in this context between a universalist ideal and a principle of social justice for which formal equality is not enough.

Parigi, marzo 2014.

TIZIANA CROCE

Brief notes with regard to Electronic Democracy, Digital Citizenship, Legal Security

Contents: Introduction. – 1. Electronic Democracy. – 2. Digital Citizenship. – 3. Legal Security. – Conclusions.

Introduction. These brief notes are placed in the context of the information society, where information, in all its meanings such as construction of knowledge, communication and utilization¹, plays a vital role. Actions due to the development of information and telecommunication technologies and to the process of liberalization and harmonization in electronic communications implemented by the European Union² for the competitiveness of the domestic market and the fulfillment of the rights of EU citizens³, recognizing the right of access to networks as “keystone of goods and services usability”⁴.

In the communications market, the age of access and the right to interconnect tend to also ensure pluralism of operators as distributors of public communication services. Ensuring access to electronic communications services takes on a particular meaning of social equity and justice. If, on the one hand, the right of access to the network of operators determines the condition of effectiveness of economic initiative⁵ and the right of access to

¹ P. COSTANZO, *L'informazione*, Bari 2004, 36.

² The Reform of the European Regulatory Framework for Electronic Communications of 2002 and 2009.

³ Framework Directive 2002/22/EC, OJ L 108/33 Given no. 4: The Lisbon European Council of 23 and 24 March 2000 highlighted the potential for growth, competitiveness and job creation, inherent for shifting to a digital, knowledge-based economy. In particular, it emphasized the importance of access to a world-class communications infrastructure and a wide range of inexpensive services for both European businesses and citizens.

⁴ V.M. SBRESCIA, *L'Europa delle comunicazioni elettroniche*, Napoli 2011, 24.

⁵ G. DE MINICO, *Internet Regola e Anarchia*, Napoli 2012, 45 et seq.

next generation networks⁶, on the other hand, the right to a fast connection determines the inclusion of the person in the social and political process⁷.

The fast connection, or the spread throughout the country of broadband and ultra wideband, would offer a real opportunity to set up essential public services to citizens such as, among other things, e-health and e-education.

The new generation networks implementation, not being established as a universal service (in fact, the European Union did not want to include the fast connection among the social rights), will not depend, despite the story of 2009⁸ on an obligation imposed on the incumbent, but on a free choice of investment and not on the basis of a social tie, preventing territorial rebalancing and administrative fairness.

1. *Electronic Democracy*. A thorough reflection on the phrase electronic democracy leads to identifying different meanings which in turn depend on how the term electronic approaches the term democracy. And so, a first meaning is definitely electronic democracy as recognition and guarantee of network access also due to policies for the sustainability of the costs for the acquisition of hardware and software resources, as well as policies for the expansion of network infrastructure.

Another plausible meaning is freedom and equality in the network, as long as the network is free of restrictions and prohibitions, confidential and secure; or understanding technology as a further means of participation, control and democratic decision. Last but not least, it could mean the electronic democracy understood as a third kind, after representative democracy and direct democracy.⁹

⁶ Namely New generation networks: a Next Generation Network (NGN or "next generation network") is a network based on packet switching in a position to provide services - including telecommunications services - and able to make use of multiple broadband technologies with QoS, in which the features related to the provision of services are independent of transport technologies used. It offers unrestricted access to users to different service providers. It supports generalized mobility enabling consistent and ubiquitous provision of services to users.

⁷ *Ibidem*

⁸ Directive 2009/140/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 amending Directives 2002/21/EC on a common regulatory framework for electronic communications networks and services, 2002/19/EC on access to, and interconnection of, electronic communications networks and associated facilities, and 2002/20/CE on the authorization of electronic communications networks and services, OJ L 337, 18.12.2009

⁹ Così, P. COSTANZO, *La democrazia elettronica*, Milano 2003, 465 et seq.

The network as a reticular tool for the dissemination of information is, inevitably, a possible place for exchange of views and opportunities for active participation, but network timing is more often incompatible with the temporal and spatial requirement of arguments, so expressing personal opinions and having no possibility to control or to know the interpretations of others leads to inevitable errors, and there lies the danger of a plebiscitary democracy with totalitarian tendencies.¹⁰ Nevertheless, electronic democracy can contribute to the implementation of classical forms of democracy, albeit conditioned on the removal of inequalities caused by obstacles that prevent the access to the network and/or the usability of the plurality of comprehensive, updated and accessible information.¹¹

The network defines a different relationship between government and citizen and reiterates the importance of information as a fundamental element of democracy; although it was, before its global spread, the prerogative of a minority and in some cases it has led to strict control on citizens, the dissemination of knowledge and the tangibility of transparency of the conduct of those who govern and those who exercise economic power, through the network, could now create “a Bobbio image of power operating in an ivory tower”.¹²

It is true that the Internet must be regarded also as an instrument for the defense of individual freedom against dictatorship and against pseudo-democracies; we refer to the WikiLeaks case or the Snowden affaire, facts that cannot be reduced to simple leaks of confidential information.

As provided by art. 21 of the Constitution, namely the right to be informed and to inform, information constitutes one of the fundamental freedoms of the individual, a fortiori in the cyberspace.

¹⁰ *Ibidem*

¹¹ The Web index of 2013 of World Wide Foundation the crisis in 2008-2010 was accompanied by a double gap: *the digital one on infrastructures and access to connectivity, and the participative one, defined as unequal access to online knowledge and expressive possibilities that denies millions of people a free informed participation in public life. Censorship and surveillance on the Internet, both growing, help to maintain and exacerbate the gap between those who are connected and those who are not and between those who can and who cannot participate, invalidating critically the relationship between network and democracy ... Especially as long as the resources and computer skills remain so poorly distributed, technological change will only accelerate, rather than reduce economic inequalities.*

¹² G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in *www.costituzionalismo.it*, f. 2/ 2011.

The Internet introduces a profound transformation of democracy rules, and in a context of radical social change, which regulatory tools are needed, and if needed, is it in order to regulate or more exactly to balance, on the one hand, the freedom to get information and inform, and on the other hand, the respect for the rights of the other parties?

A first consideration to be made is the following: an explicit inclusion of the network in the Constitution would not be conclusive because for any future technologies, which are not predictable, it is necessary to work on a new Charter, creating many problems for art. 138 which places strict limits on constitutional amendments; the second is that our Charter has a great flexibility in its mandatory contents, so much so that it is possible to include new situations, not predictable in the historical context of the drafting of the Constitution. In fact, the Internet, constituting a means through which information is conveyed, is attributable to "other means of dissemination of thought" according to art. 21 of the Constitution.

By distinguishing and putting on different levels the access and use of the network, some configure the constitutional right of free access to the network by each citizen as a fundamental human right, thus indicating the need for intervention in order to integrate the art. 21 of the Charter¹³.

With regard to network use, it is highly desirable the drafting of a complex and articulated corpus of behavioural rules that should operate around the world, reconfirming the insufficiency of the indication of a general principle of fairness in the use of the network, also protecting the rights, and not a general law of a single state, given the non-territoriality of Internet. If a possible solution is the drafting of an International Charter of Principles, which will be the constituent subjects and what would it be worth?

The Bill of Rights developed by the Internet Governance Forum (IGF) is the most comprehensive global Internet Bill of Rights; IGF is an association composed of representatives of governments, companies and associations and it is headed by the secretary of the

¹³ S. RODOTÀ provides an art. 21bis "Everyone has the right to equal access to the Internet network, on equal terms, with means that are technologically appropriate and that remove all obstacles of economic and social order.". Rodotà's proposal has taken the form of constitutional draft law A.S. no. 2485, XVI Leg., "Introduction of article 21 bis of the Constitution, laying down rules aimed at the recognition of the right of access to the Internet". G. AZZARITI, *op. cit.*, shares the same opinion, but the author believes that the text is to be inserted as paragraph 2 of Art. 21, because "the right of access is a specification of the more general right to freedom of expression".

UN. As any international charter of principles, without appropriate legal form, it will be binding on the states if implemented by an international treaty; until then, it will operate on the level of argumentation and persuasion.¹⁴

2. *Digital citizenship*. In the new historical and social context, *the innovation* and the issue of digital divide (whether social, geographical and generational) are rising, becoming by now part of the group of *civil rights*, because not being able to access the network, not being partakers of the results of innovation entail a restriction of the *rights of participation and citizenship*. In order to implement a framework of social development ensuring greater participation of citizens¹⁵, it is right and necessary that innovative technologies are aimed at improving the processes of public administrations, as well as the processes of private enterprises. And, as already mentioned, because the new *fundamental rights of citizenship* in the third millennium have an actual use, it is necessary that advanced technologies take up their place in the definitions of *universal service*¹⁶, inasmuch that both citizens and businesses have access to the new opportunities offered by information and communication technology.¹⁷ The main services which all citizens and businesses may use are listed below; although not exhaustive, this information represents a set of possibilities that leads to a new way of interaction of the network users with new technologies: access to information and interaction with the local, central, national, European government; Internet and mobile banking; tele-

¹⁴ G. AZZARITI, *op.cit.*

¹⁵ <http://laboratorioinnovazione.wikispaces.com/Cittadinanza+digitale>.

¹⁶ The first definition of universal service given by the secondary Community law refers to a "defined minimum set of services of specified quality which is available to all users regardless of their geographical location and, in the light of specific national conditions, at an affordable price". (Directive 97/33/EC of 30 June 1997, art. 2, paragraph 1, letter g)

¹⁷ It refers to broadband, WI-FI and WiMAX. Broadband indicates the transmission and reception of information data sent and received simultaneously in greater quantities on the same cable or by radio through the use of transmission media and transmission techniques which support and exploit a bandwidth greater than the previous telecommunication systems known as narrowband systems. The WI-FI network (Wireless Fidelity) is a telecommunications network, possibly interconnected with the Internet, conceptually similar to a cellular network covering a small-scale (*local*), with two-way radio devices such as access points (APs) in lieu of the traditional radio base stations of mobile phone networks (client-server architecture model). *WiMAX* (*Worldwide Interoperability for Microwave Access*) is a technology of radio transmission, and therefore (*wireless*, for the use of Internet and telephony services). This is a new technology for wireless broadband access. Thanks to WiMAX, it is possible, without any telephone cable, to phone and surf the Internet with ease, safety and high speed. Source: Wikipedia

medicine, telecare, telemonitoring; e-learning or distance education, access to advanced training services, to define them in only one word, *infomobility*.

The e-government model to which we need to reference tends to modify the public administration by intervening on the flow of information transfer within the apparatus, establishing a new governance, open to the multiplicity of stakeholders in public decisions; consequently, we switch from the management system of vertical type to a horizontal reticular system, and public administration becomes a partner in the delivery of services together with private partners; above all, a more flexible public administration which abandons the "command and control" model and focuses more on the "public value" to pursue.

Technological changes and socio-economic conditions determine the need for continuous functional change of government, sometimes the need to reinvent functions, tasks and purposes. The task of a modern public administration in the third millennium is to coordinate, promote, enhance the experiences of innovation coming from different realities and different stakeholders, and therefore to guarantee quality and accountability for its own choices, actions and expenditures.¹⁸

New models of management and policy-making¹⁹ are emerging, with great spontaneity, in the panorama of public administration; cities and regions become breeding ground of innovation: from welfare to digital artisan production of *fab labs*²⁰, up to innovative management of common goods. Public administration must overcome the command-control model and assume the role of coordinator of a multitude of players and networks to pursue the public good; it must create, through the active involvement of citizens and mass collaboration, social value, by exploiting the enormous potential of social media with the creation of collaborative communities, more precisely it must create a civic engagement, a set of individual and collective actions designed to identify and address issues of public interest. A radical redefinition of the relations of public-private collaboration is underway: new

¹⁸ E. CROCE, *Modernizzazione del paese e valorizzazione del capitale professionale delle pubbliche amministrazioni*, in *Rivista elettronica di diritto, economia, management*, 1-2013, 8.

¹⁹ Policy-making is the ability to get results without resorting to legislative innovations, but simply through better coordination of available resources.

²⁰ A fab lab (from fabrication laboratory) is a small shop that offers custom digital manufacturing. A fab lab is generally equipped with a series of computerized tools able to realize, in a flexible and semi-automatic manner, a wide range of objects. These include technological products generally considered to be the exclusive prerogative of mass production.

techniques referred to as *solution economy*²¹. The development and expansion of phenomena such as *crowdfunding*²², *crowdsourcing*²³, *ridesharing*²⁴, *app-developing*, *co-design* and participation or creation practices characterizing the various fields in the institutional sphere, starting from Digital Agenda to smart cities, which provide for inclusiveness (participation of stakeholders in the development and achievement of a responsible and strategic response to sustainability), materiality (relevance of the themes), responsiveness (response to issues raised by stakeholders), for a different relationship with the citizen, redefining the metamorphosis of the public sector from a logic of "service provider" to the one of "service facilitator".

To be able to run any complex project or simply to implement new services, public administration necessarily needs to involve external parties such as suppliers, sponsors, non-profit organizations, partners, interested citizens. Therefore, this means governing the network of the various stakeholders involved by developing a new participatory operating model by which to achieve a public action that is supported by the citizens, instead of being carried out "against their will".

This new mode to interoperate, defined as Solution Revolution, is a global phenomenon, which affects mostly non-governmental actors committed in solving the greatest challenges of modern society. Government and public authorities can no longer play on their own: there is a need to welcome a new collaborative paradigm.

²¹ <http://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2014-05-27/lo-stato-diventa-partner-e-ora-solution-economy-202855.shtml>

²² Crowdfunding, or collective funding in Italian, is a collaborative process of a group of people who are using their money to supporting efforts people and organizations. Crowdfunding can refer to initiatives of any kind, from aid during humanitarian tragedies to supporting art and cultural heritage, participatory journalism, up to innovative entrepreneurship and scientific research. Crowdfunding is often used to foster innovation and social change, breaking down the traditional barriers of financial investment.

²³ Crowdsourcing (from 'crowd' and 'outsourcing' "outsourcing part of its activities") is a business model in which a company or an institution entrusts the design, construction or development of a project, object or idea to an indeterminate group of persons previously unorganized. This process is favoured by instruments made available by the web. Usually, the mechanism of open call is made available through the portals located on the Internet. For example, the public may be required to develop new technologies, carry forward design activities, define or develop an algorithm, or help to record, systemize or analyse large amounts of data. Crowdsourcing was initially based on the work of volunteers and enthusiasts who dedicated their free time to the creation of contents and problem solving. The open source community was the first to benefit. The Encyclopedia Wikipedia is considered by many as an example of crowdsourcing.

²⁴ Ridesharing: this term is often used by companies, journalists and other categories to make reference to the tendency of structuring mass collaboration, made possible by the new technologies of Web 2.0, in order to achieve specific objectives.

The right way is erasing the boundaries between public sector, private enterprises and civil society; the outcome will be of mutual benefit.²⁵

3. *Legal security*. The term security takes on different meanings depending on the context in which it is used, so security may be construed as a set of means for protection from attacks or from external threats to a social group or a specific community organization; or as a set of rules for the protection of fundamental rights and also provisions that limit the action of the individual for the protection of collective interests; and last but not least, as a set of rules for the protection of legally relevant goods or fundamental principles of a given legal system. All these profiles are relevant and law protected, the primacy of one over the other is due above all to the legal order type of the state.

In relation to society, legal security is also called social security; it is defined as expectation for a legal system to intervene in the free play of social and economic relations and to take protective measures in favour of those economically weaker or culturally disadvantaged. By virtue of this, the necessity of regulatory interventions for the relationship between citizens and public administration should be highlighted; in this regard, through the technologies of information society, institutional communication and provision of services of public institutions take on an additional importance in the redefinition of the public sphere itself in a globalized society, where the Internet represents an innovative tool and which is not to be ignored, as it allows expressing opinions without the typical filters of other means of communication. Similarly, computerization involves many aspects of social life, relationships between individuals and relations between citizens and public administrations, and thus new requirements to regulate new situations. The role played by computerization in inter-subjective relations is such that digital equality, if not assumed as social right, can lead to situations of substantial inequality; and equally, the right to education must be guaranteed by the State. In support of the above, the Digital Administration Code provides that institutional communication should use new telematic instruments as a new form of

²⁵ W.D. EGGERS, P. MACMILLAN, *The Solution Revolution: How Business, Government, and Social Enterprises are Teaming Up to Solve Society's Toughest Problems*, Harvard Business Review Press- 2013.

popular participation²⁶, the right to computer literacy²⁷, and the right to the use of information technology.²⁸

Conclusions. The rules with which the Internet should be equipped are inherent to the true nature of the network, they are based on principles of equality and freedom. So asymmetric rules should intervene for the less fortunate categories, if state powers do not put in place appropriate tools, to the protection of the network non-territoriality and universality, in order to achieve substantial equality that realizes social inclusion and democracy even more than the manifestation of thought and freedom of the press, in consideration of the other important peculiarity of the network: its neutrality that actually provides users with a genuine pluralist choice of information sources. Technological progress is not intrinsically directed at a single and predetermined direction; this is the legislator's task, who directs the technology toward a goal, for an advantage in favour of the weak person weak or of the strong one, the first choice will result in a distributed growth, the second in a further enrichment.²⁹

There are widespread calls for the drafting of a "bill of digital citizenship rights" to guarantee the right to digital identity, the right to personal data protection, the access and social inclusion right, the right to education, the right to information and content use, the right to participation, the right to everyday use of digital technologies benefits³⁰. The bill

²⁶ Digital Administration Code, Legislative Decree No. 82 dated 7/3/2005, art. 9 "The State encourages all forms of use of new technologies to promote greater participation of the citizens, even residing abroad, in the democratic process and to facilitate the exercise of political and civil rights, both individual and collective. "

²⁷ Digital Administration Code, Legislative Decree No. 82 dated 7/3/2005, art. 8 1. 1. "The state promotes initiatives to favour computer literacy of the citizens, with particular attention to groups at risk of exclusion, in order to encourage the use of public administration telematic services."

²⁸ Digital Administration Code, Legislative Decree No. 82 dated 7/3/2005, Article 3 "Citizens and businesses have the right to request and obtain the use of information and communication technologies in communications with the public administration, with the entities referred to in Article 2, paragraph 2, and with the managers of public services in accordance with the provisions of this Code. "

²⁹ Così G. DE MINICO, *op. cit.*, 202 *et seq.*

³⁰ <http://laboratorioinnovazione.wikispaces.com> "... unique digital identity should be formally assigned at birth and recognized as essential for all communications with the administrations and between administrations, through different available tools and technologies; it should guarantee security and privacy of personal data in public and private archives; it should guarantee access to the network, regardless of the economic, logistic and territorial conditions, and it should eliminate the technological barriers that prevent the effective use of services and information through ICT, personalised lifelong learning, technological literacy widespread through daily use of technology in schools, availability of archives of research, publications and courses for citizens self-training implemented with grants from universities and cultural institutions; it should guarantee citizen's

must constitute the basis for both the drafting of the bill of digital services, prerogative of public authorities, and for the creation of codes of conduct for the network users, where, in addition to duties, the responsibilities to conduct contrary to the common rules must be specified, too.³¹

The improvement of people's lives will increasingly depend on the growth of democratic governance through the use of the network.³²

Abstract

Information, consultation and active participation by means of telematic tools increase administration transparency and accountability; under these conditions, stronger relations with the government encourage active citizens and facilitate their integration in the society. Likewise, they foster citizens' commitment in public life, by stimulating their participation in political debates, elections and community life, thus contributing to the consolidation of democracy.

Camerino, luglio 2014.

access to high quality, comprehensive, up to date, diversified information, as a duty and not as an optional service, making it available on non-proprietary formats, giving visibility and transparency to its operational and decision-making processes, ensuring that the "public contents" are available on the net, reproducible and usable for the cultural growth of the community, for example by adopting Creative Commons licenses; it should ensure that citizens participate in the political decision making process by consultation and interaction with the public authorities and political organizations; it should ensure implementation of a transparent and functional public administration and development of services that concretely impact on the quality of life and democratic participation."

³¹ A code of conduct represents a social contract between the company and its stakeholders and has the function of legitimizing the company autonomy, publicly announcing that it is aware of its obligations of citizenship, that it has developed policies and business practices in line with these obligations and that it is theoretically able to implement them through appropriate organizational structures and sanctions. This last part, however, seems the most difficult to achieve.

³² W.D. EGGERS, P MACMILLAN, *op.cit.*

MARCELA GUTIERREZ QUEVEDO

*Giustizia riparativa vs. giustizia punitiva**

"Non c'è mai stata, nella storia dell'umanità, una grande trasformazione che non sia stata considerata illusoria, idiota o utopistica da una larga maggioranza degli esperti alcuni anni prima di divenire realtà." S. Scheerer.

Sommario: 1. Introduzione; 2. La realtà dell'insuccesso di creare esseri umani liberi; 3. Giustizia ripartiva.

1. Introduzione

Esiste una negazione dei diritti umani per quel che riguarda l'istituzione carceraria ed un'insoddisfazione delle vittime dovuta all'assenza di una giustizia riparativa. Uno dei motivi è che la politica criminale non è omnicomprensiva e si concentra solo sull'aspetto punitivo, su di un controllo eccessivo che crea solo esseri umani impauriti e privi di autonomia libertaria.

Lo Stato e la società hanno mostrato indifferenza verso le violenze e nei confronti di un sistema punitivo che nulla risolve, banalizzando il rispetto dei diritti umani nel mondo carcerario.

Un altro anello della catena punitiva è il diritto penale, in quanto criminogeno per la sua selettività ed inefficienza, sia per, i processi eccessivamente vertenti su fatti associati alle dro-

* Questo lavoro è la traduzione in italiano del testo pubblicato originalmente in spagnolo, con lo stesso titolo, in ASSY B., BARTOLOMÉ C. M. M., CARRIZOSA J., DE CICCIO M. C., DORNELLES J. R., GUTIÉRREZ M. et. al. (2013). *Cátedra Unesco y Cátedra Unicef "Derechos humanos y políticas públicas"*. Bogotá D. C.: Universidad Externado de Colombia, pp. 139-159.

ghe, all'intimità delle persone e alla mancanza di risorse economiche sia per la recidiva¹ di prigionieri che sono passati per una fase di desocializzazione e stigmatizzazione.

A fronte di tali premesse, desidero sviluppare l'argomento guardando a una giustizia riparativa che intenda soddisfare le vittime e considerare in modo appunto riparativo il reo. La metodologia usata² si è basata su fonti secondarie e fonti primarie del lavoro empirico (in carceri e in comunità indigene).

Fin dalle origini dell'istituzione carceraria sono esistiti proteste e malcontento dovuti a ragioni politiche, economiche³, sociali, umanitarie⁴ e discriminazione".

Non sorprende il fatto che fin dalle origini del carcere, la persecuzione politica⁵ ed il controllo nei confronti della popolazione, e in particolare dei disoccupati, sia stato un elemento ripetitivo e persistente al fine di sottomettere e dominare il corpo⁶ e lo spirito.

¹(Tolstoy, 1899) "L'obiezione ordinaria che consisteva nel dire quello che si doveva fare di ladri e assassini non aveva per lui il minor peso. Tale obiezione solo avrebbe avuto senso se le punizioni avessero ridotto il numero dei reati, se avessero corretto i criminali; ma l'esperienza gli dimostrava il contrario. I tanti secoli spesi dall'uomo a processare il crimine erano forse riusciti ad abolirlo o almeno ad attenuarlo? Lungi da ciò, lungi dall'averlo attenuato, avevano anzi contribuito a diffonderlo, depravando i prigionieri con le condanne loro imposte e aggiungendo ai reati di ladri e assassini quelli commessi da altri criminali chiamati magistrati, procuratori, giudici di istruttoria, carnefici, poliziotti e sindaci."

² Fonti secondarie. Dottrina, giurisprudenza internazionale e nazionale. Articoli di giornale, diritto di interrogazione presso le autorità giudiziarie e regolamenti penitenziari.

Fonti primarie. A causa del silenzio e della paura di vittime e rei si registra un elevato numero di cifre poco chiare; di fatto, denunciare all'interno del carcere è più rischioso che farlo al di fuori. Tuttavia, sono state condotte interviste nel carcere La Picota di Bogota per comprovare che il carcere è irrazionale e mostrare la necessità di una giustizia più umana e garante dei diritti fondamentali senza discriminazione.

³ Dice Alejandro Gómez Jaramillo a Dario Melossi e Massimo Pavarino, *Carcere e fabbrica*, p. 7. "il carcere e le altre istituzioni di imprigionamento sono luoghi chiusi e quindi isolati e separati dalla società libera ma questa separazione è più apparente che reale, dato che il carcere non fa altro che esprimere o portare al parossismo modelli sociali o economici di organizzazione che si mettono a prova o che già esistono nella società".

⁴(Wilde, 1949) "Nella mia tragedia tutto è stato terribile, meschino, repugnante e privo di stile; la nostra stessa uniforme ci rende grotteschi. Siamo i buffoni del dolore. Paggiacci con il cuore a pezzi. Particolarmente adatti ad eccitare il senso umoristico. Il 13 novembre 1895 sono stato trasferito qui da Londra. Quel giorno, dalle due alle due e mezzo, sono dovuto rimanere sul binario centrale della stazione di Clapham Junction con l'uniforme da detenuto, in manette, facendo da spettacolo alla gente. Ero stato fatto uscire dall'ospedale senza il minimo preavviso. Di tutti gli oggetti immaginabili io ero il più grottesco. Al vedermi la gente sorrideva. Ad ogni treno che arrivava aumentava il pubblico. Nulla poteva superare il loro divertimento. Questo, naturalmente, finché non seppero chi ero. Appena lo seppero, risero ancor più di cuore. Rimasi lì mezz'ora, sotto la pioggia grigia di novembre, circondato da una folla canzonatoria. Dopo aver vissuto questa esperienza, ho pianto per un anno, ogni giorno, alla stessa ora e per la stessa durata di tempo. Magari non sarà così tragico come potrebbe sembrare. Per chi sta in carcere, le lacrime fanno parte della esperienza quotidiana. Un giorno di carcere in cui non si versano lacrime è un giorno in cui il cuore si è indurito e non un giorno in cui il cuore si sia sentito felice".

Il potere di condannare qualcuno alla prigione costituisce, pertanto, un tipo di dominio privilegiato: "Foucault dice che quando si condanna qualcuno alla prigione, lo si rinchioda, lo si priva di cibo, riscaldamento, gli si impedisce di uscire, fare l'amore, ecc., ecco lì, l'espressione del potere più delirante che si possa immaginare" (Gómez Jaramillo, 2008).

In alcune circostanze, associazioni nazionali ed internazionali hanno protestato contro la perversità della punizione statale. Tuttavia, l'istituzione non crolla, anzi, si legittima. Vengono create normative "umaniste" e sistemi punitivi con una serie di principi pertinenti ma che non vengono applicati abitualmente.

Le Nazioni Unite, in diverse⁷ fonti normative, hanno posto l'accento su una giustizia penale e penitenziaria focalizzata sulla prevenzione, secondo un contesto di sviluppo equilibrato e sostenibile e l'uso del diritto penale come estrema *ratio*.

Prevenire⁸ è prevedere, vedere, conoscere in anticipo un danno. Lo stato dovrebbe realizzare ed implementare una forte politica sociale in modo da evitare l'acuirsi di violenze che possano mettere in crisi le istituzioni.

⁵ In Colombia si sono registrati casi di repressione, detenzioni arbitrarie, contributi forzati, mutilazioni di prigionieri contro gli oppositori del governo (dittature) e guerre di partiti e vendette punitive ai danni di prigionieri politici. Altre persecuzioni come quella contro Auguste Blanqui in Francia, contro Rosa Luxemburgo in Germania e contro Antonio Gramsci in Italia.

⁶(Dostoevskij, 1846) "Ma il giorno dopo mi portarono via dalla prigione per mettermi i ferri. Erano le mie catene informi, enormi, e con voce da basso, come dicevano i prigionieri".

⁷ *Regole minime standard per il trattamento dei prigionieri del 1957*. L'articolo 80 stabilisce che, fin dal momento in cui si inizia a scontare la pena, si deve tener presente il futuro del prigioniero dopo il suo rilascio. Si dovrà incoraggiare il prigioniero a mantenere o a stabilire rapporti con persone od organismi esterni capaci di favorire gli interessi della sua famiglia nonché il suo reinserimento sociale.

Dichiarazione sulla protezione di tutte le persone contro la tortura o altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti del 1975. L'articolo 5 afferma che ogni stato, nell'addestramento delle forze di polizia e di altri funzionari pubblici responsabili delle persone private della libertà, assicurerà che venga considerato il divieto della tortura e di altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti. Questo divieto farà altresì parte delle norme o istruzioni generali pertinenti che vengano pubblicate in materia di doveri e funzioni di ogni persona responsabile della custodia o del trattamento di tali persone.

Principi guida in materia di prevenzione del crimine e di giustizia penale nell'ambito dello sviluppo e di un nuovo ordine economico internazionale del 1985. L'articolo 14 sottolinea la prevenzione del crimine e la pianificazione. Una politica integrata o coordinata di prevenzione del crimine e giustizia penale non solo ridurrebbe i costi umani e sociali delle nuove ed usuali forme di delinquenza ma contribuirebbe anche, nei casi pertinenti, all'implementazione di meccanismi di protezione capaci di garantire la piena ed equa partecipazione della società nel processo di sviluppo, promuovendo in tal modo la fattibilità dei piani, programmi e misure nazionali di sviluppo.

Una società in cui le politiche pubbliche, siano prioritarie e tengano conto delle disuguaglianze economiche e sociali è più egualitaria, meno violenta e non vede quindi la materia penale fra le sue priorità: le opportunità fornite ai cittadini sono perciò alla base della cittadinanza e della lotta contro l'impunità sociale: parliamo in altre parole della prevenzione.

Essa pone la legge come ultima *ratio* del sistema penale. È per questo che l'Alta Commissaria delle Nazioni Unite per i diritti umani⁹ raccomanda alle istituzioni colombiane l'adozione e l'attuazione di una politica criminale democratica e garantista, capace di assicurare la progettazione concertata di politiche sociali, prevenzione della violenza e gestione del conflitto intracarcerario.

Anche se in Colombia diverse istituzioni¹⁰ parlano di prevenzione allo scopo di difendere i diritti umani all'interno del sistema carcerario, la realtà dimostra l'impossibilità di un'adeguata gestione del problema.

Evitare a tutti i costi l'ingresso nel mondo del carcere è una prevenzione reale all'interno di una vera e completa politica criminale in cui attuare tutte le misure necessarie volte a garantire la convivenza cittadina: in tal senso il carcere andrebbe contro tale obiettivo di convivenza perché ne rispecchierebbe il fallimento.

La OAS (Relazione sulle persone private della libertà) attraverso i suoi strumenti insiste su una giustizia penale capace di rispettare la dignità e i diritti umani in modo concreto. Infatti, la Commissione Interamericana dei Diritti Umani¹¹ ha condannato, da un lato, vari Paesi dell'America Latina per detenzioni arbitrarie e, dall'altro, ha sottolineato l'obbligo di adempiere all'articolo 5 della Convenzione Americana sui Diritti Umani circa il diritto all'integrità personale, in quanto ha riscontrato che le condizioni inumane di molte prigioni costituiscono pene crudeli e degradanti. La CIDU ha insistito sul fatto che lo stato è garante dei diritti delle persone che sono sotto la sua custodia ed ha un obbligo internazionale di garantire a tutti il pieno

⁸ Reale Accademia Española. *Dizionario della lingua spagnola*, in <http://lema.rae.es/drae/?val=prevenir>

⁹ E/CN.4/2001/15, Párr.RR.278.

¹⁰ Politica preventiva della *Procuraduría General de la Nación* nell'ambito dei diritti delle persone private della libertà (2006). Il CICR e la situazione umanitaria. Relazione delle attività Colombia, 2012.

¹¹ Caso Cabrera Garcia e Montes Flores contro il Messico. Sentenza del 26 novembre 2010.

Relazione n° 35/96. CASO-10.832; Caso Massacro di Ituango. vs. Colombia. Sentenza del 1° luglio 2006.

esercizio dei diritti dell'uomo, progettando e implementando una politica penitenziaria per la prevenzione di situazioni critiche (OAS, 2010).

Nonostante ciò, le osservazioni e le raccomandazioni sull'importanza di individuare i responsabili altro non sono che uno sforzo meramente burocratico, uno spreco di risorse economiche ed umane che non riescono a tutelare e riconoscere in modo soddisfacente i diritti e le libertà delle persone.

La Colombia è uno stato democratico e sociale di diritto, con una costituzione garantista dei diritti fondamentali e con meccanismi idonei di adempimento. In altre parole, è uno stato che dovrebbe garantire la partecipazione, la legalità e i diritti sociali, economici culturali e civili dei cittadini.

La Corte Costituzionale ha realizzato un importante lavoro attorno alla teoria del nocciolo essenziale¹² dei diritti fondamentali che per nessun motivo deve essere toccato o negoziato. La Corte ha spiegato i motivi per i quali la situazione delle carceri in Colombia sia ritenuta incostituzionale¹³ e non rispettosa dei diritti umani dei detenuti¹⁴, affermando che la limitazione della libertà di movimento è altra cosa rispetto agli altri diritti fondamentali per cui la limitazione non deve trasformarsi in sospensione. Le azioni legali poste a difesa dei diritti umani mettono in evidenza le difficoltà di far rispettare le norme e l'impossibilità da parte dell'istituzione penitenziaria di poter gestire la situazione di sovraffollamento.

¹² Sentenza della Corte costituzionale T 062 del 2011. Sulla restrizione e limitazione dei diritti fondamentali dei detenuti. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. E la sentenza della Corte Costituzionale T 077 del 2013. Diritto fondamentale all'acqua. M.P. Alexei Julio Estrada.

¹³ Decisione T 153 del 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. "Le carceri colombiane sono caratterizzate da sovraffollamento, da gravi carenze in termini di servizi pubblici e assistenziali, dal predominio della violenza, da estorsione e corruzione e dalla mancanza di opportunità e mezzi per la risocializzazione dei detenuti. Questa situazione si adatta completamente alla definizione dello stato incostituzionale delle cose. Ne consegue una flagrante violazione di una serie di diritti fondamentali dei detenuti nei centri penitenziari colombiani, quali la dignità, vita e integrità personale, famiglia, salute, lavoro, presunzione di innocenza, ecc."

¹⁴ Nella sentenza della Corte Costituzionale T 596 del 1992: Ciro Angarita spiega: "il carcere non è un luogo estraneo al diritto. Le persone reclusi in uno stabilimento penitenziario non sono state rimosse dalla società. Il rapporto speciale di assoggettamento che hanno con lo stato non toglie loro la qualità di soggetti aventi diritto".

2. *La realtà dell'insuccesso di creare esseri umani liberi*¹⁵

Quando il dover essere si riduce a una mera forma senza sostanza ecco che le norme diventano inganno, senza rilevanza giuridica né umana. Lo stato di diritto e le sue istituzioni di giustizia si riducono ad una vera e propria entelechia visto che l'intero apparato finisce con l'esercitare funzioni soltanto teoriche di prevenzione nei confronti della e della responsabilità cittadina.

Varie commissioni di esperti hanno già segnalato che in Colombia la politica criminale è reattiva, punitiva e avventata (Ministero della giustizia, 2012). Il legislatore, senza basi empiriche e di ricerca, e soprattutto senza una puntuale raccolta di dati modifica livelli minimi e massimi delle pene senza valutare quindi il loro impatto sul comportamento sociale; non esiste perciò una relazione diretta fra l'inasprimento delle pene e la deterrenza sia generale che specifica. Esistono invece atteggiamenti pericolosi, sproporzionati e inutili per il loro carattere religioso, politico ed elettorale che sono volti a una convivenza cittadina basata sulla punizione e non su meccanismi riparativi. Possiamo fare gli esempi di aborto, incesto, mancata prestazione dei mezzi di sussistenza, associazione a delinquere, possesso di dose minima per uso personale, porto illegale di armi, ecc. Il fine è quello di criminalizzare senza fondamento (sociale, economico e criminologico) e l'unica proposta è un aumento delle pene attraverso il carcere eccessivo e irrazionale.

Le riforme penali non modificano alle fondamentale pratiche oppressive del sistema di giustizia penale, bensì le riproducono in modi diversi, da qui la famosa espressione in criminologia: *Nothing Works*.

E poi c'è il dato processuale: le Procure (e il ramo giudiziario in genere) avviano un alto numero di procedimenti che portano all'allungamento dei tempi della macchina giudiziaria, una

¹⁵ Secondo Michel Foucault, la prigione è stata una fabbrica di delinquenti: la produzione di delinquenza da parte della prigione non è un fallimento della prigione, è il suo successo, poiché per questo venne costruita. La prigione permette la recidiva, afferma un gruppo di criminali professionali. Per i precedenti giudiziari, le misure di sorveglianza e per la conoscenza dell'ambiente carcerario e così la prigione mantiene il controllo dell'illegalità; escludendo tutti gli effetti di reinserimento sociale fa in modo che i delinquenti continuino ad essere criminali (Foucault, 1993).

congestione in cui le statistiche giocano un ruolo di 'efficienza' e non di giustizia¹⁶ e in cui non seguono il principio *pro libertate*. Fortunatamente, le Alte Corti hanno sviluppato importanti criteri di depenalizzazione, come nei casi dell'aborto, del possesso di dose per uso personale, ecc.

Le istituzioni giudiziarie che processano quindi moltitudini di persone¹⁷, cercano la sicurezza da contrapporre a un presunto flagello delinquenziale che è stato creato da uno stato indifferente, una società indolente, un ramo legislativo cieco e una branca investigativa e giurisdizionale al collasso.

"In questa società tutto si riduce a reato e segrete. Io ho solo ricevuto cose indegne e ingrato e lo stesso vale per la mia famiglia. Non vedo nessun futuro (Picota E. 2., 2013)".

Le guardie carcerarie vivono esercitando un¹⁸ lavoro perverso perché tutto il sistema provoca danni e nessuna soddisfazione emerge per gli esseri umani rinchiusi¹⁹. Un funzionario penitenziario si espone a gravi fattori di rischio e paga il prezzo in termine di salute e funzionamento sociale. Si riscontrano comportamenti problematici tra cui l'uccisione di guardiani il cui tasso supera quello previsto per i semplici cittadini colombiani (Acosta, Menotti, Carlos e Tapias, 2010).

Le vittime entrano in questo circolo vizioso di norme e di progetti senza via d'uscita. I sondaggi di vittimologia dimostrano infatti i pochi risultati e le scarse soddisfazioni delle vittime di reati venute in contatto col sistema di giustizia penale, dato che porta alla diminuzione della percentuale di denunce.

¹⁶ Si osserva che il sistema investigativo e giudiziario registrano difficoltà nella raccolta delle prove per mancanza di supporto scientifico nelle indagini. Di conseguenza, le decriminalizzazioni di fatto sono sempre più numerose.

¹⁷ Sovraffollamento in Colombia agosto 2013. 120 mila persone con un sovraffollamento del 55%.

¹⁸ <http://www.utpcolombia.org/comunicados/9-comunicados-utp/5-acuerdo-utp-inpec-agosto-de-2012>. e guardie carcerarie denunciano il loro isolamento, i suicidi, gli attacchi, le morti, la discriminazione sul lavoro e lo stigma sociale. E affermano inoltre che le carceri colombiane sono indegne a causa dell'abbandono dello stato che riduce i detenuti a vivere la loro quotidianità come un trattamento crudele e degradante.

¹⁹(Molano, 2004) Mostra gli aspetti perversi dello stato e del lavoro delle guardie che cercano la sicurezza in un'istituzione impossibile da gestire. "C'è uno stato di totale impotenza da parte di noi guardiani nei confronti dei detenuti, cioè noi che dovremmo imporre l'ordine e stabilire l'autorità siamo superati da chi dovrebbe essere sorvegliato. Sono i detenuti che proteggono, che sorvegliano le guardie".

I detenuti e le loro famiglie sono al centro dei progetti di punizione invece di essere al centro di politiche pubbliche in grado di spezzare il circolo vizioso della stigmatizzazione punitiva e sociale di alcuni gruppi storicamente vulnerabili come giovani, indigeni, popolazione afro, prostitute, mendicanti, sfollati, e così via.

Si pone in evidenza la “fabbricazione” di individui attraverso un processo di oggettivazione, classificazione e normalizzazione degli individui (Lacombe, 1993). Il detenuto è una costruzione sociale che passa per un processo di selettività da parte del sistema giudiziario, viene bollato come un deviato e stigmatizzato per il resto della vita (Baratta, 1998). In pratica, l'obiettivo è quello di avere esseri umani disciplinati fino al punto di annientarli.

"Il carcere non corregge, anzi è un luogo dove ci si perde dove trovi solo vizio e malvagità. Ho perso il contatto con la famiglia. C'è molta distanza tra me e i miei figli. Immagino una giustizia che sia di beneficio per gli esseri umani, come scuola e libertà (Picota, 2013)."

Siamo di fronte a una desocializzazione prodotta dagli effetti del mancato reinserimento sociale e dalla²⁰ illegalità diffusa che provoca un permanente traffico di entrata/uscita dalle carceri.

"Mi sono staccato dalla famiglia e dalle persone che amo. Mi hanno tolto il diritto all'amore, all'affetto, alla salute, ad alimentare i miei figli, ecc. Per noi c'è solo tristezza e lacrime. E per la vittima non c'è la società, non c'è nulla. Oggi ho imparato a spogliarmi di tutto ciò che ho avuto e ora apprezzo molto i sentimenti (Picota L., 2013)."

"Un indigeno della etnia Paez dice: io ero capace di lasciare questo corpo materiale e passare ad un altro piano della natura. Il carcere è un luogo sconsigliato dove non c'è uno spazio per concentrarmi e stare da solo. Non c'è nessun senso di vita e identità indigena (Picota E. i., 2013)."

"Mi hanno trasformato attraverso la sofferenza e il crimine. Ho perso tutto. La mia famiglia e i miei figli vivono senza il papà e il marito " (Picota G. E., 2013).

²⁰(Zárate, 1990) "Non mi spiego perché l'uomo libero si scandalizza tanto per la pena di morte che per il detenuto costituisce un sollievo immediato, mentre rimane indifferente di fronte alla prigione che rappresenta un supplizio corruttore, iniettato poro a poro, minuto per minuto, al rallentatore, con il contagocce più miserabile della degradazione umana".

Per questo la prigione è conosciuta come la camera oscura della legalità (Foucault, 1993) o l'istituzione che possiede una cifra oscura del crimine indecifrabile. La conseguenza è recidiva e illegalità permanente (Foucault, 1993) e infinito dolore. I sogni e le illusioni sono circondati dalla sofferenza²¹ poiché il potere è illegittimo e occulto.

La domanda che potremmo porci quindi è: come creare uomini liberi?

3. *Giustizia riparativa*²²

Se la ricerca empirica ha dimostrato l'irrazionalità del sistema punitivo, è necessario indagare su misure formali e informali che ricostruiscano i legami dopo un conflitto.

La giustizia riparativa è una procedura con risultati appunto riparatori (tessuto sociale vitale²³). È ciò che permette a vittime, rei e a qualsiasi membro della comunità, con l'aiuto di collaboratori, di partecipare in modo adeguato alla ricerca della pace sociale in modo libero e dignitoso all'interno dei diversi contesti culturali.

Esistono esempi di giustizie ricostruttive in alcuni popoli indigeni della Colombia.

La giurisdizione indigena è stata accettata in Colombia allo scopo di riconoscere il pluralismo giuridico e culturale. In alcune comunità indigene la parola (paragonata con il testo scritto) è un elemento di vita del tessuto sociale, con maggiore attenzione all'aspetto qualitativo più che agli approcci globalizzanti. I pensieri e le leggi ancestrali proteggono l'identità e si cerca di porre rimedio a ogni disarmonia attraverso il circolo della parola, dell'aiuto, del reinserimento giusto e riparatore nella comunità.

Nella comunità "*wayúu*" della Colombia i conflitti vicini vengono risolti attraverso lo "*aula*" o lo zio materno, mentre i conflitti mediamente vicini si risolvono tramite il "*palabrero*" che ha la qualità di essere paziente e saper ascoltare in modo da avvicinare i gruppi sociali in

²¹(Dostoevskij, 1846) "Nel delinquente, il carcere e gli stessi lavori forzati non fanno altro che promuovere il rancore, la sete di piaceri proibiti e una terribile leggerezza dello spirito".

²²(Gómez Jaramillo, 2008) "Di fronte alla violazione dei diritti umani, al genocidio, ai crimini contro l'umanità, le esigenze delle comunità dovranno essere più ricche, più forti dell'indurimento delle pene, dovranno essere rivolte a un confronto strutturale del conflitto e non a una soluzione semplicistica che, nel fondo, ribadisce gli interessi che rendono la punizione criminale un sistema di dominazioni"

²³HulsmanLouk. Peines perdues. Ariel, 1996.

conflitto e raggiungere un compromesso. Gli indigeni “*arbuacos*” hanno il pagamento (o liturgia²⁴) come misura preventiva e repressiva riconosciuta ancestralmente e in essa prevale l'identità culturale e spirituale. Il diritto di origine regola tutto e l'autorità indigena “*mamo*” conosce la legge e i codici della natura con un modo di pensare integrato nella natura²⁵ stessa.

Gli indigeni “*pijao*” non vogliono espandere l'odio e le minacce. Poiché si considerano tutti fratelli cercano di sradicare le violazioni applicando un'antica modalità punitiva inerente alla loro cultura e basata sull'utilizzo del lavoro come strumento a scopo riparatorio.

"Il lavoro comunitario e la "reclusione" nella natura è giusto e utile per la mia famiglia, la persona lesa e la comunità" (Picota E. i., 2013).

In Colombia, in recenti sentenze emesse in merito ad azioni legali per la protezione dei diritti fondamentali, i giudici hanno invitato a riflettere sull'importanza della libertà e sulla eccezionalità delle misure privative della libertà stessa.

Scarcerazioni parziali e misure alternative alla detenzione vanno indirizzate prioritariamente a quelle persone o popolazioni che soffrono a causa di un grave sovraffollamento: anziani, persone con disabilità fisiche o sensoriali e malattie che richiedono un trattamento speciale.

Normative volte a prevenire nuovi ingressi nelle strutture carcerarie; rilascio anticipato dei detenuti che hanno scontato una parte sufficientemente grande della pena tale da far presumere che il rilascio non condizioni il principio di resocializzazione né la sicurezza della cittadinanza; il rilascio di coloro che si trovano nell'ultima fase di esecuzione della pena o che fruiscono di benefici amministrativi; sospensione delle misure cautelari in virtù del principio di innocenza nonché misure cautelari diverse e ulteriori²⁶ sono tutti strumenti volti a migliorare l'attuale situazione di sovraffollamento delle strutture.

La CIDH (25 novembre 2008) ha adottato una risoluzione contenente misure provvisorie a favore dei detenuti del carcere Doctor Sebastiao Martins Silveira in Araraquara, Sao Paulo,

²⁴ Relazione del Governatore Lorenzo Muelas nel Corso del Diploma Interculturale, 2013, UEC.

²⁵ Corso di Diploma in interculturalità e normativa tra il diritto positivo, il diritto proprio e la normativa ancestrale Universidad Externado de Colombia. Ottobre 2013.

²⁶Tutela 000016 del 2013 ECI Tribunale civile 56 del circuito di Bogotá.

Brasile, stabilendo le procedure per il corrispondente decongestionamento, in modo responsabile e graduale, a gruppi di cento detenuti a settimana, dando la priorità ai beneficiari di cure mediche, secondo un programma approvato dal potere giudiziario. Per i trasferimenti sono stati considerati i centri di detenzione che offrivano le migliori condizioni per l'esecuzione delle condanne, le richieste personali di trasferimento e la vicinanza del detenuto alla famiglia.

In Argentina, caso Verbitzky, la Corte ha concesso al Centro di Studi Legali e Sociali la legittimazione collettiva per presentare un ricorso di *habeas corpus* correttivo e collettivo a favore di persone detenute nei commissariati di Buenos Aires e ha ordinato al governo della provincia di Buenos Aires di risolvere e superare le condizioni disumane di reclusione.

Negli Stati Uniti, caso Brown Plata, è stato dichiarato che l'unico rimedio è la riduzione carceraria. Vi è anche la Corte per le Droghe che propone di costituire un'alternativa alla reclusione, contribuendo così a ridurre il sovraffollamento, la criminalità e la recidiva. La ratio risiede nell'evitare la detenzione per reati legati ad un uso rilevante delle droghe, riducendo la potenziale esposizione a reti criminali. Inoltre, grazie a cure mediche e servizi sociali, i soggetti hanno a disposizione migliori strumenti per evitare ricadute e raggiungere il reinserimento sociale²⁷.

Ci sono molti dubbi e poche prove sulla capacità del sistema penale e penitenziario di conferire responsabilità ai cittadini e di trasformare la società (Mathiesen, 1997). Non possiamo rimanere in silenzio di fronte all'alto costo sociale ed umano pagato: Non solo le vittime devono essere risarcite attraverso il miglioramento del sistema processuale, ma soprattutto è necessario puntare sulla giustizia riparativa più che su quella punitiva basata sulle strutture carcerarie, riducendone al minimo l'utilizzo.

Lo Stato deve agire secondo i principi di legalità e umanità, garantendo i diritti e adempiendo ai propri obblighi di protezione verso i cittadini, evitando altresì la semplice e sbrigativa applicazione dello strumento punitivo sostituendolo con misure di rieducazione e promozione della vita (giustizia) riparativa nelle comunità.

²⁷ http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=estado_de_derecho&publicacion=1228

Nella speranza dell'abolizione dello strumento carcerario, è importante aprire alle misure alternative alla detenzione non appena possibile, senza cadere quindi in misure "alternative" contemplanti funzioni carcerarie²⁸.

Abolire gli strumenti punitivi non garantisti della persona vuol dire riscattare la giustizia riparativa nel rispetto della diversità²⁹ dei partecipanti.

Le società (all'interno e all'esterno delle strutture di detenzione) devono essere coerenti nel loro agire con l'obiettivo della pace sociale e della prevenzione.

La ricerca sin qui sviluppata dimostra che vi è necessità di un rinnovato principio di responsabilità nei confronti delle persone lese, attraverso provvedimenti volti a:

- Decentralizzare il conflitto e affrontarlo localmente, attraverso lo sviluppo del dibattito e, al fine di rendere le istituzioni e le procedure più umane e adeguate;
- Garantire la dignità degli esseri umani attraverso l'applicazione delle normative ai casi concreti;
- Far prevalere la comprensione sull'odio³⁰ nelle fattispecie in cui si rilevano reati anche gravi;
- Implementare la conoscenza delle parti coinvolte in ambito processuale e sviluppare diversi modi di assunzione della responsabilità (individuale e collettiva) a fronte di un sistema di approccio naturale (vs. artificiale) per la risoluzione dei conflitti.

Bibliografia

²⁸ Secondo Michel Foucault "fino a un certo punto si libera il delinquente, si liberano di più le funzioni carcerarie. Le funzioni carcerarie di risocializzazione attraverso il lavoro, la famiglia e l'auto-colpevolizzazione. Questa risocializzazione non si trova solo nell'ambiente chiuso del carcere, si troverebbe adesso in stabilimenti aperti, si vuole estendere, diffondere le vecchie funzioni in tutto il corpo sociale".

²⁹(Cervantes Saavedra, 2008) "*Della libertà che diede Don Chisciotte a molti sventurati che loro malgrado lo portavano dove non sarebbero voluti andare.*" *Capitolo XXII*. I reati e le pene non sono assoluti, esiste infatti una relatività della loro gravità data la relatività dell'essere umano. Ecco perché le pene dovrebbe tener conto della condizione umana e sociale".

³⁰Nils Christie. Restoring Societies, 29 dicembre 2012. Dopo le atrocità (69 morti) verificatesi su un'isola vicino Oslo (Norvegia), il primo ministro si rammaricò di quanto accaduto e chiese solidarietà nei confronti delle vittime. Sottolineò come, di fronte a questi atti di terrore, non si dovesse rispondere con terrore e vendetta, per preservare gli ideali di una società democratica.

- ACOSTA, D., MENOTTI, s, CARLOS, S., & mura, a. (2010). *Problematico psicosociale alle guardie carcerarie*. Bogota: USTA.
- BARATTA, a. (1998). *Criminologia critica e critica del diritto penale*. Madrid: Siglo XXI.
- CERVANTES SAAVEDRA, M. (2008). *Don Quixote de la Mancha*. Madrid: Ariel.
- DOSTOYEVSKI, F. (1846). *Memorias de la casa muerta*. Madrid: Aguilar.
- FOUCAULT, M. (1993). "Alternatives à la prison: diffusion ou décroissance du controle social". *Criminologie Volume I. XXVI.*, 28.
- GÓMEZ JARAMILLO, a. (2008). *Un mundo sin cárceles es posible*. Mexico: ED. Coyoacan.
- LACOMBE, D. (1993). «Les liaisons dangereuses: Foucault et la criminologie ". *Dossier Criminologie*, 51-69.
- MATHIESEN, T. (1997). *La abolición de la cárcel un sueño imposible*. Oslo.
- MINISTERIO DE JUSTICIA. (2012). *Comisión asesora de política criminal*. Bogotá: Ministerio de Justicia.
- MOLANO, a. (2004). *Penas y cadenas*. Bogotá: Planeta.
- OAS. (2010). *Privación de la libertad y condiciones carcelarias. Cuadernos de compilación jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. San Jose: Sanabria.
- PAEZ, E. n (2013). *Encuentro interacciones culturales*. Bogotá: UEC.
- PICOTA, E. 2. (2013). *Entrevistas*.
- PICOTA, E. i. (2013). *Proyecto Encuentro interacciones interculturales*. Bogotá: UEC.
- PICOTA, G. E. (2013). *Encuentro interacciones culturales C Picota*. Bogotá: UEC.
- PICOTA, I. 1. (2013). *Entrevistas mes de septiembre 2013*. Bogotá.
- PICOTA, L. (2013). *Entrevista 3*.
- TOLSTOI, L. (1899). *Resurrección*. Madrid: Aguilar.
- WILDE, O. (1949). *Epistola in Carcere... de profundis*. Madrid: Aguilar.
- ZARATE, J. (1990). *La cárcel*. Bogotá: Planeta.

Abstract

Considering the rights of persons deprived of liberty, both domestically and internationally proclaimed by the Constitution and the Constitutional Court of Colombia, the principles of a) equality and non-discrimination; b) the dignity of the people, the undermentioned rights are violated by a prison policy that does not distinguish cultural diversity. It criminalizes members of indigenous peoples without regard to their ethnicity and it treats the persons in sub human conditions.

Barranquilla, novembre 2014.

ANNA CARDELLINI

Cicerone, de domo 14,38 e Livio 6,41,10 per una interpretazione dell'auctoritas patrum

L' *auctoritas patrum* all'interno del sistema giuridico romano, costituisce un istituto fondamentale per lo sviluppo del diritto pubblico. Essa è un atto di approvazione o di ratifica del senato, al quale era subordinata la validità delle deliberazioni dei comizi centuriati.¹ Della vasta problematica relativa all' *auctoritas patrum* interessa qui cogliere le implicazioni presenti in un famoso passo di Cicerone, *de domo* 14,38, che ritengo vada confrontato con un passo di

¹ L' AMIRANTE, Il concetto unitario dell'*auctoritas*, Studi Solazzi, 1948, 387 ss., forte della convinzione che, in tempi remoti, all'origine del concetto di *auctoritas* vi fosse un significato unitario (punto di partenza per tutte le applicazioni, che di essa in seguito si sono avute) propone l'analogia fra *auctoritas patrum* -convalida delle deliberazioni comiziali- e *auctoritas tutoris* -convalida degli atti di volontà del pupillo- sulla base del fatto che entrambe sono l'esplicazione di quella che lui chiama *potestas publica*, i cui unici depositari e custodi erano i *patres*, cioè i capi delle antiche famiglie gentilizie, che formavano il *senatus*; e in virtù di tale *potestas* esercitavano l'*interregnum*, designavano il *rex*, detenevano gli *auspicia*, presupposto religioso di ogni potere politico. Obbiezioni a questa tesi sono state mosse da NOCERA, Il potere dei comizi e i suoi limiti, Milano 1949, 250 ss., che ritiene l'analogia dell'Amirante inaccettabile, perché diverse sono le modalità di concessione dell'*auctoritas patrum* rispetto all'*auctoritas tutoris*: la prima, in quanto ratifica, è concessa quando ormai l'atto deliberativo dei comizi si è perfezionato, la seconda, invece, viene concessa contemporaneamente e contestualmente al compimento del negozio giuridico da parte del pupillo. Anche FABBRINI, La definizione del potere in Roma antica, Roma 1983, p.46 e FERRARY, Le idee politiche a Roma nell'epoca repubblicana, in Storia delle idee politiche, economiche, sociali, 1982, 743 ss. non concordano affatto sul rapporto *auctoritas-potestas*, formulato dall'autore. Entrambe sostengono la differenza fra *potestas* ed *auctoritas*, in quanto "*potestas in populo, auctoritas in senatu*" (Cic. de leg. 3,28); ma mentre il primo ritiene che la suprema *potestas*, come massimo potere, pienezza di diritti politici, appartenga al popolo romano, e l'*auctoritas* sia uno speciale privilegio riservato ai membri patrizi del senato, in quanto organo della *civitas*, diretto ad integrare l'incapacità di agire dell'assemblea popolare al momento dell'emanazione delle leggi, il FERRARY limita tale distinzione al fatto che l'*auctoritas* fosse la facoltà di dare pareri, esercitata dal senato, in quanto consiglio formato da coloro che, avendo ricoperto una carica magistratuale, possedevano un' *auctoritas* a titolo personale, e la *potestas* fosse, invece, la facoltà del popolo di dare ordini, quando legiferava. Quindi *potestas* ed *auctoritas*, pur distinte, sono tra loro in rapporto come lo sono il popolo e il senato e in questo senso si può dire che si completano a vicenda. Per una ampia ed accurata analisi delle fattispecie, in cui le fonti attestano il ricorrere dell'*auctoritas patrum*, si veda da ultimo GRAEBER, *Auctoritas patrum*, Berlino 2000, con ulteriore letteratura.

Livio, 6,41,10, contenente significative coincidenze ed ugualmente importante ai fini di questa indagine.

Cic. *de domo* 14,38: *Ita populus brevi tempore neque rege sacrorum neque flamines nec salios habebit nec ex parte dimidia reliquos sacerdotes neque auctores centuriatorum comitiorum, auspiciamque populi romani, si magistratus patricii creati non sint, quod et ipsum patricium esse et a patriciis prodi necesse est.*

Livio 6,41,10: *Vulgo ergo pontifices, augures, sacrificuli reges creentur cuilibet apicem Dialem, dummodo homo sit imponamus; tradamus ancilla, penetralia, deos deorumque curam, quibus nefas est; non leges auspiciato ferantur, non magistratus creentur, nec centuriatis nec curiatis comitiis patres auctores fiant.*

Nei due passi, anche se con riferimenti ad epoche e contesti diversi, sia Cicerone che Livio esprimono la loro preoccupazione per il fatto che, a causa del venir meno della distinzione fra patrizi e plebei e (di conseguenza della distinzione fra cariche patrizie -dotate di *auspicia*- e cariche plebee -prive di *auspicia*-), si sia creata una situazione in cui per mancanza di veri patrizi, vengono a mancare anche gli *auspicia* di cui i patrizi sono i soli depositari²; con la conseguenza che si arriverà a compiere atti solenni, come la nomina dei magistrati o la proclamazione delle leggi, senza poter consultare gli auspici, né si avranno più pontefici, auguri, sacerdoti, che si distinguano dagli altri uomini per gli *auspicia*. Alla luce di queste considerazioni chi si deve intendere come *auctores* dei *comitia centuriata* e *curiata*. Willems ha pensato di risolvere i dubbi circa l'interpretazione da dare all'espressione *auctores* del passo della *de domo*, affermando che tale orazione non può in alcun modo essere attribuita a Cicerone, ma piuttosto ad un retore dell'impero, che nulla sapeva delle istituzioni repubblicane.³ La via attraverso la quale il Willems è giunto a tale conclusione può sembrare, a prima vista, anche logica e documentata, ma –come si vedrà subito- è anche facilmente confutabile. La tesi che la *de domo* non sia di Cicerone, perché altrimenti sarebbe l'unica sua opera in cui esplicitamente l'*auctoritas* appare essere prerogativa dei soli senatori patrizi, in un'epoca, il I secolo a. C., in cui ormai non esiste più all'interno del senato alcuna distinzione fra patrizi e plebei, sarebbe avvalorata, secondo

² Cicerone si riferisce alla *transitio ad plebem* effettuata da Clodio per assumere il tribunato. GUARINO, Il vuoto di potere nella "libera repubblica", Index 3, 1972, p. 295; FAVORY, Clodius et le péril servile: fonction du thème servile dans le discours polémique cicéronien, Index 8; 1978/79, p. 181.

³ WILLEMS, Le sénat de la république romaine. Sa composition et ses attributions, II, Louvain 1885, p.25.

Willems, da altri passi,⁴ attribuibili invece con certezza all'oratore, e in particolar modo, dal *de rep.* 2.32.56,⁵ in cui si fa esplicito riferimento all' *auctoritas*. Ad avviso del Willems mentre in *Pro Plancio* 3,8, *Brut.* 14,55 e *de rep.* 2,13,25, l'Arpinate usa l'espressione *patres auctores*, senza che peraltro si possa attribuire ad essa un significato circoscritto, nel *de rep.* 2,32,56 è presente un esplicito riferimento all'*auctoritas senatus*; quindi essendo questo passo riconducibile al I secolo a. C., come la *de domo*, Willems arriva a stabilire che tale orazione non può essere di Cicerone, perché sarebbero due opere di uno stesso autore riferibili ad uno stesso periodo, ma in contrasto fra di loro; in una, infatti, l'*auctoritas* sarebbe attribuita a tutto il senato, nell'altra invece ai soli senatori patrizi. La conclusione del Willems è però affrettata e soprattutto superficiale⁶ e frutto di un metodo di indagine non molto ortodosso, in quanto non si può negare la paternità di Cicerone a proposito della *de domo*, semplicemente argomentando sul significato di un termine o facendo un confronto soltanto con un'altra opera dello stesso autore, quando invece nella *de domo* ci sono numerosi riferimenti alla vicenda personale di Cicerone, fatto mandare in esilio da Clodio e ritornato poi a Roma nel 57 a.C.⁷

L'insostenibilità della tesi del Willems circa la paternità della *de domo* toglie ulteriormente credibilità anche alla conclusione che egli trae da questo disconoscimento e cioè alla tesi secondo la quale per tutto l'arco di tempo in cui l'*auctoritas* è esistita, essa è stata sempre e comunque una funzione svolta da tutto il *senatus*. Tale opinione è troppo radicale, perché non tiene conto del fatto che l'*auctoritas patrum* non può essere analizzata alla sola luce di *de domo* 14,38, ma deve essere vista nei vari momenti della sua evoluzione.

⁴ *Pro Plancio* 3,8: *Tum enim magistratum non gerebat is, qui ceperat, si patres auctores non erant facti.* *Brut.* 14,55: *Patres ante auctores fieri cogit.* *De rep.* 2.13.25: *Regem alienigenam patribus auctoribus ipse populus adscivit.*

⁵ *Tenuit igitur hoc in statu senatus republicam temporibus illis, ut in populo libero pauca per populum, pleraque senatus auctoritate, et instituto ac more geretur... Quodque erat ad obtinendam potentiam nobilium vel maximum, vehementer id retinebatur, populi comitia ne essent rata, nisi ea patrum approbavisset auctoritas.*

⁶ SCHANZ-HOSIUS, *Geschichte der Römischen Literatur*, Erster Teil, Die Zeit der Republik, Monaco 1965, p. 428 nota 1, condivide la critica che il MOMMSEN, *Römischen Staatsrecht* 3, Leipzig 1887, p.1037 nota 2, rivolge al Willems: "wobei zugleich bemerkt wird, daß an die Unechtheit dieser Rede heutzutage kein Philologie und Historiker mehr glaubt". Della stessa opinione dello Schanz-Hosius è anche il TEUFFEL, *Geschichte der Römischen Literatur*, Lipsia 1965, p. 381.

⁷ *De domo*, 14, 44-47-71

Le stesse fonti, citate a suo tempo dal Willems a sostegno del suo assunto, sono utili invece per meglio interpretare la *de domo* 14,38 e quindi anche Liv. 6,41,10⁸, che però Willems, fermo nella convinzione che sia stato sempre tutto il senato ad esercitare l'*auctoritas*, contrariamente a quanto si vuol dimostrare, ha ritenuto essere un passo dal quale non si può dedurre che l'*auctoritas* fosse un'attribuzione della sola componente patrizia del senato.⁹

Ciò che è ribadito dalla maggior parte della dottrina¹⁰ è che l'*auctoritas patrum* sia stata di certo in origine una funzione esercitata esclusivamente dai patrizi e che tale caratteristica si è mantenuta anche dopo la recezione dei plebei nel *senatus*, iniziata intorno alla metà del IV secolo a. C. e precisamente dopo il 367 a.C., anno dell'emanazione delle leggi *Licinia Sextiae*; infatti stabilendo una di queste leggi che uno dei due consoli dovesse essere plebeo, dava la possibilità ai plebei di accedere alla più alta magistratura della repubblica e quindi di entrare a far parte del senato come ex magistrati; la conseguenza fu che, sull'esempio di questa legge, a poco a poco, anche le altre cariche patrizie divennero accessibili alla plebe¹¹.

Solo in seguito al venir meno della distinzione fra patrizi e plebei e addirittura alla frequenti *transitiones ad plebem* dei patrizi, il senato venne ad essere composto sempre più da plebei e sempre meno da membri del patriziato e l'*auctoritas* divenne una funzione del senato nel suo complesso e non più dei soli membri patrizi¹². Ma contemporaneamente al mutamento

⁸ A tal proposito il WILLEMS, *Le sénat*, cit., p.55, sostiene che, data la somiglianza fra i due passi ed essendo la *de domo* di un'epoca posteriore, a maggior ragione essa non può che essere una parafrasi del discorso pronunciato da Appio, fatta da qualche retore di età imperiale.

⁹ WILLEMS, *Le sénat*, cit., p.46.

¹⁰ ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, Napoli, 1957, p. 41; BISCARDI, *Auctoritas patrum*, BIDR, 48, 1941, p.414 ss., anche in *Antiqua*, 44, Napoli 1987, p.20 ss.; BONFANTE, *Storia del diritto romano*, I, Milano 1958, p. 112; BRANCA, *Cic. de domo* 14,38 e *auctoritas patrum*, IURA XX, 1969, p. 49; CASSOLA-LABRUNA, *Linee di una storia delle istituzioni repubblicane*, Napoli 1979, p.159; DE MARTINO, *Storia della costituzione romana I*, Napoli 1972, p.271; DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano I*, Milano 1940, p.354 ss.; FABBRINI, *La definizione*, cit., p.47 nota 161; FREZZA, *Corso di storia del diritto romano*, Roma 1974, p. 196; GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano*, Torino 1965, p.202; MAGDELAIN, *De l'auctoritas patrum à l'auctoritas senatus*, IURA XXXIII, 1982, p.27 ss.; MOMMSEN, *Römischen Staatsrecht*, cit., p.1037 ss.; NOCERA, *Il potere dei comizi*, cit., p.252 ss..

¹¹ BISCARDI, *Auctoritas*, *Antiqua*, cit. p. 11 ss.; BONFANTE, *Storia*, cit., p. 112; BRANCA, *Cic. de domo* 14,38, cit., p. 49; CASSOLA-LABRUNA, *Linee di una storia*, cit., p. 99 ss.; DE MARTINO, *Storia*, cit., p.395; GROSSO, *Lezioni di storia*, cit., p. 108 ss..

¹² Come osserva SERRAO, *Classi, partiti e legge nella repubblica romana*, Pisa 1974, p. 168, semmai "una differenza tra membri patrizi e membri plebei derivava dal fatto che i primi erano nobili, a prescindere dalla circostanza se

di titolarità dell'*auctoritas*, dovuto in parte anche alla *lex Licinia Sextia de consule plebeio creando*, si verifica un mutamento ancor più importante, direi sostanziale della stessa, in seguito alla emanazione della *lex Publilia Philonis* del 339 a. C., consistente nella trasformazione dell'*auctoritas* da ratifica delle deliberazioni comiziali a parere preventivo¹³.

E' interessante notare che il sia il cambiamento di titolarità che quello di contenuto dell'*auctoritas*, sono riconducibili ad un particolare fenomeno che venne svolgendosi in quegli anni successivi al 367 a. C. a conclusione dei lunghi contrasti fra patrizi e plebei. Mi riferisco alla formazione della nuova classe dirigente, in sostituzione del patriziato, la *nobilitas*, formata da antiche famiglie e da quelle famiglie plebee che nel corso delle lotte politiche avevano acquistato una forte posizione economica, intessendo rapporti commerciali e amicizie con i patrizi¹⁴. Erano quindi gli stessi appartenenti alla *nobilitas* patrizio-plebea, che andavano poi a formare il *senatus*, a dar vita a quella *nobilitas* senatoria che si affermò come ceto di governo, elevandosi al di sopra della restante popolazione. In questo modo si era certamente raggiunto il tanto agognato pareggiamento fra le due classi, ma a discapito della parte più povera del popolo romano, per cui la legge *Publilia* e con essa la trasformazione dell'*auctoritas*, possono essere considerate come il tentativo, in parte riuscito, delle classi meno abbienti, di arginare il potere politico della *nobilitas* senatoria, che veniva privata di un importante strumento di controllo sull'attività deliberativa delle assemblee popolari, quale era l'*auctoritas* successiva, e alla quale invece era lasciata solamente la possibilità di manifestare un parere preventivo, in nessun caso vincolante per i comizi. Pertanto parlare dell'*auctoritas* come di una prerogativa patrizia significa parlare di una funzione spettante ai soli patrizi, in quanto strumento di controllo politico sulle decisioni delle assemblee deliberanti.

E' riconosciuto ormai unanimemente dalla dottrina che il passo di Cicerone in questione non può che essere considerato, al contrario di quanto fatto dal Willems, un racconto

avessero o no rivestito una magistratura, i secondi erano nobili solo in quanto fossero stati essi magistrati o discendessero, per via agnaticia, da un magistrato: *stirpem nobilitabat honor* (CIL 1,2,15).

¹³ ZAMORANI, La *lex Publilia* del 339 a. C. e l'*auctoritas* preventiva, *Annali Università Ferrara*, nuova serie II, 1988, p. 5 ss..

¹⁴ CASSOLA-LABRUNA, *Linee di una storia*, cit., p.171 ss..

riferentesi ad un'epoca storica anteriore, e cioè al IV secolo a. C., quando in effetti gli *auctores* dei comizi curiati e centuriati, il *rex sacrorum*, i Flamini, i sacerdoti erano i soli patrizi, mentre invece al tempo di Cicerone, nel I secolo a. C., se le cariche religiose rimangono appannaggio dei patrizi, l'*auctoritas*, come loro prerogativa, è solamente un ricordo, a cui l'Arpinate si abbandona nella sua foga oratoria¹⁵. Ciò considerando, il Branca ha proposto che il passo di Cicerone vada inteso: "Così il popolo romano in breve non avrà più né il re dei sacrifici, né i Flamini, né i Sali, né per metà gli altri sacerdoti, né coloro i quali furono gli *auctores* dei comizi centuriati e curiati"¹⁶. Partendo dalla tesi del Branca che, nel riferire l'espressione *patres auctores*, usata da Cicerone, ad un periodo anteriore a quello in cui la *de domo* fu pronunciata, è possibile, nel tentativo di andare alle radici dell'*auctoritas*, spiegare il perché essa sia nata esclusivamente come funzione dei patrizi e si sia mantenuta tale per un lungo periodo di tempo.

Con il termine *patres*, che ricorre nell'espressione concreta *patres auctores*¹⁷ e nell'equivalente forma astratta *patrum auctoritas*¹⁸, se il Willems, e con lui pochi altri¹⁹, identificano i senatori in genere, sia prima che dopo la metà del IV secolo a. C., periodo in cui i plebei cominciano a far parte del senato, la maggior parte della dottrina²⁰ oramai, invece, intende soltanto i senatori patrizi e di conseguenza l'*auctoritas* una loro ratifica alle deliberazioni comiziali, almeno per quanto riguarda il periodo anteriore al 339 a. C., mentre ancora dubbi

¹⁵ BRANCA, *Cic. de domo* 14,38, cit., p.51; BISCARDI, *Auctoritas*, cit., p.61 ss.; CANCELLI, Vico, l'annalista e il diritto, SDHI 39, 1973, p.485; MANNINO, *L'auctoritas patrum*, Milano 1979, p.35 ss; MOMMSEN, *Römischen Staatsrecht*, cit., p.1037 ss..

¹⁶ BRANCA, *Cic. de domo* 14,38, cit., p.51, si distacca dal Branca GRAEBER, *Auctoritas*, cit., p.16 ss..

¹⁷ *Cic. de domo* 14,38; *Pro Plancio* 3,8; *Brut.* 14,55; *Liv.* 1,22,1; 1,17, 9-11; 6,41,10; 6,42,14.

¹⁸ *Cic. de prov.* 22; *de rep.* 2,14,36; *Liv.* 3,3,6; 3,21,1; 37,51,6; 39,39,10.

¹⁹ COSTA, *Storia del diritto romano pubblico*, Firenze 1920, p.107 ss., identifica la *patrum auctoritas* con la *senatus auctoritas*, per cui i *patres* sarebbero tutti i senatori, e allo stesso tempo critica la tesi del Niebhuhr e dei suoi seguaci, secondo la quale, essendo il significato originario di *patres* quello di patrizi, la *patrum auctoritas* sarebbe stata concessa da questi ultimi tutti raccolti per curie; una tale interpretazione, però, come il Costa rileva, contrasta con le testimonianze che si hanno nelle fonti della necessità di una *patrum auctoritas* anche per le deliberazioni dei comizi curiati.

²⁰ ARANGIO-RUIZ, *Storia*, cit., p.41; BISCARDI, *Auctoritas*, cit., p.20 ss.; BONFANTE, *Storia*, cit., p.112; BRANCA, *Cic. de domo* 14,38, cit., p.49; CASSOLA-LABRUNA, *Linee di una storia*, cit., p.196; DE FRANCISCI, *Storia*, cit., p.354 ss.; DE MARTINO, *Storia della costituzione*, cit., p.271; FABBRINI, *La definizione*, cit., p.47 nota 161; FREZZA, *Corso di storia*, cit., p.196; GROSSO, *Lezioni*, cit., p.202; MOMMSEN, *Römischen Staatsrecht*, cit., p.1037 ss.; NOCERA, *Il potere dei comizi*, cit., p.252 ss.. Da ultimo, anche il GRAEBER, *Auctoritas*, cit., pp. 38 e 48, con specifico riferimento a Livio 6,41,40, ritiene che con il termine *patres* ci si volesse riferire ai patrizi.

esistono sulla sorte di essa, successivamente alla sua trasformazione in un atto preventivo, che l'avrebbe resa una pura e semplice formalità, priva, praticamente, di significato politico.

E' a questo punto che il passo di Livio 6,41,10, al quale precedentemente si è accennato, viene in aiuto, anche se il racconto dello storico riguarda un periodo diverso da quello al quale si riferisce Cicerone, e precisamente il periodo della lotta fra patriziato e plebe per le *rogationes Liciniae Sextiae*. I due testi sono, almeno in parte abbastanza simili, tanto da far pensare a qualcuno²¹ che Livio abbia parafrasato il racconto di Cicerone, allo stesso tempo apportando però le modifiche necessarie per adattarlo alla diversa situazione, da lui presa in considerazione.

Dal loro confronto il Biscardi²² nel suo studio analitico sull'*auctoritas patrum* individua un punto di collegamento fra l'*auctoritas*, come funzione esclusivamente patrizia, e numerosi privilegi, che, per tradizione ormai antichissima, erano riconosciuti ai patrizi e non ai plebei. Tali erano le cariche religiose del *rex sacrorum*, del flaminato maggiore, dei sacerdoti dei salii Palatini e Collini, la cui scomparsa come cariche soltanto patrizie avrebbe provocato anche la scomparsa degli *auctores* dei comizi centuriati e curiati. Questo parallelo fra cariche sacerdotali e *patres auctores*, non casuale, ma voluto da entrambe gli autori, ha condotto il Biscardi²³ a ravvisare la connessione fra *auctoritas* e *patres* (nel senso di senatori patrizi) in un motivo di ordine religioso, più che di natura politico-giuridica, come invece potrebbe ritenersi se si considera l'originario ordinamento costituzionale romano basato sulla distinzione fra patrizi e

²¹ Secondo il CANCELLI, Vico, l'annalista, cit., p.487, il passo di Livio non è altro che un indizio di quanto egli ha fatto, avvalendosi ampiamente "del vocabolario giuridico-politico ciceroniano e delle impostazioni retoriche di lui nelle polemiche". E' questa però un'interpretazione troppo riduttiva dell'opera di Livio, perché potrebbe far pensare che se non ci fosse stato Cicerone con la sua forza oratoria, non ci sarebbero nemmeno stati nell'opera liviana certi passi di così alta eloquenza. Mi sembra invece più credibile semmai la tesi del WEISSENBORN, Titi Livi ab urbe condita libri, III, Berlino 1965, p.97, secondo il quale la somiglianza fra questi due passi sarebbe dovuta al fatto che sia Livio sia Cicerone si rifanno ad una fonte comune; anche secondo il MOMMSEN, Römische Forschungen, I, Berlino, ristampa 1962, p.238 nota 27, questi autori riportano un'espressione tratteggiata del diritto pubblico romano alla quale farebbe riferimento anche Dionigi di Alicarnasso, 2.60.3: "ἐγγλησίας δὲ μετὰ τοῦτο συναχθεῖσιν, ἐν ἧ διήνεγγαν ὑπὲρ αὐτοῦ τὰς ψήφους αἱ φηλαὶ κατὰ φράτρας καὶ τῶν πατριχίων ἐπιχρωσάντων τὰ δόξαντα τῷ πλήθει καὶ τελευταῖον ἔτι τῶν ὀρνιθοσκόπων αἴσια τὰ παρὰ τοῦ δαιμονίου σημεῖα ἀποφηνάντων παραλαμβάνει τὴν ἀρχήν." (Dopo di ciò, riunita l'assemblea del popolo, in cui le tribù votarono per fratricidio a suo favore, e i senatori ratificarono il voto del popolo, e infine gli auguri dichiararono che i segni del cielo erano favorevoli, egli assunse il potere.)

²² BISCARDI, *Auctoritas*, cit., p.63.

²³ BISCARDI, *Auctoritas*, cit., p.65.

plebei. Un indizio per individuare questo motivo religioso, se non viene esplicitamente da Cicerone, ce lo fornisce invece Livio. Basta riferire il termine auspicato non soltanto alla frase “*non leges... ferantur, non magistratus creentur*”, come è necessario da un punto di vista grammaticale, ma anche alla frase successiva “*nec centuriatis nec curiatis comitiis patres auctores fiant*”, così da intendere: rinunciamo agli *auspicia* nella votazione delle leggi, rinunciamo agli *auspicia* nelle elezioni dei magistrati, rinunciamo agli *auspicia* nella ratifica delle decisioni comiziali. Ciò vuol dire che la concessione dell'*auctoritas* al pari di altri atti di vitale importanza per la repubblica, quali l'emanazione delle leggi e l'elezione dei magistrati, dovesse essere preceduta dal rito dell'auspicazione, che soltanto i patrizi potevano compiere, perché, sin dalle origini di Roma, erano gli unici depositari degli *auspicia*. Ma se gli auspici erano propri dei soli patrizi e se l'*auctoritas* poteva essere prestata dopo lo svolgimento del rito augurale, essa pertanto era data dai soli senatori patrizi, i *patres* per l'appunto. Appio Claudio, perciò, con il discorso che Livio gli attribuisce, contesta la *rogatio de consule plebeio*, che stabiliva che uno dei due consoli dovesse essere plebeo, sulla base del fatto che i plebei non potevano ricoprire una così alta carica perché erano privi di quegli *auspicia*, propri dei patrizi e mai, per istituzione degli antenati, avrebbero potuto averli. Già il Cancelli, pur riconoscendo l'autorevolezza e la validità della tesi della dottrina corrente, pressoché concorde a vedere nel passo di Cicerone un esplicito riferimento all'*auctoritas patrum* ha però sostenuto che, in consonanza anche con Liv. 6,41,5-7²⁴, l'oratore abbia piuttosto voluto riferirsi agli *auspicia patriciorum*, che a differenza dell'*auctoritas*, nonostante i mutamenti sociali e politici, rimangono sempre una prerogativa del patriziato, ma

²⁴ “*Penes quos igitur sunt auspicia more maiorum? Nempe penes patres; nam plebeius quidem magistratus nullus auspicio creatur; nobis adeo propria sunt auspicia ut non solum quos populus creat patricios magistratus non aliter quam auspicio creet sed nos quoque ipsi sine suffragio populi auspicio interregem prodamus et privati auspicia habeamus, quae isti ne in magistratibus quidem habent?*”. (Ebbene a chi spettano gli auspici in base alla tradizione dei nostri padri? Ai patrizi, evidentemente. Infatti nessun magistrato plebeo viene eletto dopo aver preso gli auspici. E gli auspici ci appartengono in maniera così esclusiva che non solo i magistrati patrizi eletti dal popolo possono essere eletti solo dopo aver preso gli auspici, ma siamo sempre noi che, pur senza il voto del popolo, nominiamo l'interré in base agli auspici e anche in qualità di privati cittadini abbiamo il diritto di trarre gli auspici, dal quale costoro sono invece esclusi addirittura nella loro veste di magistrati).

rischiano di estinguersi se non si eleggono magistrati patrizi, che sono potenziali senatori, tra i quali viene eletto l'*interrex*, detentore degli *auspicia*²⁵.

In considerazione di quanto fin qui esposto, il prospettato rapporto fra *auctoritas* ed *auspicia* deve essere analizzato più profondamente in riferimento al rapporto fra leggi comiziali e *ius civile*. Non deve anzitutto meravigliare la convivenza all'interno dell'ordinamento romano di istituti giuridici e sistemi divinatori, come quelli degli *auspicia* e degli *auguria*, se si pensa all'importanza che il popolo romano attribuiva al fatto di interrogare la divinità prima di prendere qualsiasi decisione, che riguardasse sia la vita privata di un qualunque cittadino, sia la vita sociale e politica della comunità per intero. Il collegamento fra l'*auctoritas* e pratiche religiose come gli *auguria* e gli *auspicia* può avere un fondamento nella derivazione etimologica dei termini *augur* ed *auctor*, da cui *augurium* e *auctoritas*, dalla stessa radice del verbo *augeo*, il cui significato originario è quello di aumentare, accrescere²⁶; pertanto mentre *augurium* indica un arricchimento, un accrescimento di potenza di un'attività umana, attraverso l'intervento della divinità²⁷, l'*auctoritas* si manifesta come incremento all'attività delle assemblee popolari, ritenute giuridicamente incapaci, da parte dei *patres* del senato, i quali però, essendo depositari degli *auspicia*, attraverso la concessione dell'*auctoritas* si fanno interpreti della volontà divina nei confronti delle deliberazioni comiziali. L'*auctoritas* è quindi l'espressione dell'incidenza del potere sacrale dei *patres*, espresso con gli *auspicia*, sulla realtà umana²⁸. A questo punto si può dire che alla base di tutto il discorso sull'*auctoritas* e sugli *auspicia* si delinea la configurazione di

²⁵ CANCELLI, Vico, L'annalista, cit., p.486. A tal proposito MANNINO, L'*auctoritas*, cit., p.36, esprime qualche perplessità per il fatto che una simile interpretazione condurrebbe ad intendere l'espressione "*auctoritas centuriatorum et curiatorum comitorum*" nel senso di *interreges*, quando invece dalle testimonianze forniteci dalle fonti si può vedere che questi sono sempre indicati con il termine tecnico e mai con una frase di quel tipo. Dal canto suo, però, il Cancelli sostiene che Livio, ogni volta che vuole indicare l'*auctoritas* come prerogativa dei patrizi, usa la forma *auctoritas patrum* o quella *patres auctores esse o fieri*, indubbiamente più diretta della generica "*centuriatis curiatis comitiis patres auctores*", che si trova in Liv.6,41,10, passo che concorda in pieno con Cic. *de domo* 14,38.

²⁶ HEINZE, *Auctoritas*, Hermes, 1925, p.349: "... *auctoritas* die Eigenschaft des *auctor*...den Zustand des *auctorem esse*...*Auctor* nun ist *qui auge*...denn wenn *vir* auch für *augere* aus den im Altlatein nebeneinander begegnendem Bedeutungen vermehren und bereichern die allgemeinere zunehmen, wachsenlassen (nicht stärken oder bestärken) als die ältere erschließen Können...").

²⁷ ERNOUT-MEILLET, Dictionnaire étymologique de la langue latine, Paris 1951, p.101: "l'accroissement accordé par les dieux à une entreprise".

²⁸ MANCUSO, Alle radici della storia del *senatus*. Contributo all'identificazione dei *patres* nell'età precittadina, Annali Seminario Giuridico Palermo, XXXIII, 1972, pp.302-303.

un originario potere dei *patres*, definibile come augurale e frutto di un rapporto privato fra il suo titolare e la divinità, e di cui gli *auspicia* e l'*auctoritas* sono manifestazioni tra loro connesse: gli uni, espressione della volontà divina, richiesta dalla comunità per il tramite dei *patres*, in qualunque situazione concreta e presente nel tempo, l'altra espressione reale di quella conferma divina, ottenuta mediante gli *auspicia*, alle deliberazioni comiziali. L'*auctoritas* è quindi un potere di sanzione e ratifica facente capo in astratto ai senatori patrizi e che si concretizza e realizza sulla base della titolarità degli *auspicia*. Utile, a tal proposito, evidenziare l'opinione che induce a considerare privati gli *auspicia* dei *patres*²⁹, in riferimento anche alla definizione che ne dà Livio 6,41,6-7. Occorre tener presente la distinzione, all'interno della più generale categoria degli *auspicia*, fra *auspicia publica* e *auspicia privata*, dovuta ad una differenziazione di oggetti, divinità ed elementi oggettivi³⁰. Gli *auspicia* che i *patres* traggono al momento di esercitare l'*auctoritas* sono *auspicia privata*, che si distinguono dagli *auspicia publica* collegati all'esercizio della magistratura. Questi particolari auspici esistono quindi indipendentemente da una *potestas publica*, sono propri della persona, in quanto patrizia per nascita e per diritto gentilizio: sono una prerogativa dei *patres*, come lo è l'*auctoritas* ad essi connessa, e non potranno mai essere un'attribuzione dei plebei. Tutto ciò porta a concludere che l'*auctoritas* e gli *auspicia*, ad essa inerenti, sono elementi che individuano il potere dei *patres*, attraverso il quale si manifesta la volontà degli dei in merito all'attività deliberativa del popolo.

Questa relazione di carattere religioso fra *auspicia* e *auctoritas* induce quindi a ritenere che la concessione dell'*auctoritas* alle leggi comiziali fosse sentita dai romani come una vera e propria necessità di avere da parte della divinità una conferma a decisioni degli uomini, che potevano influenzare il complesso sistema del *ius civile*, derivante per lo più dai *mores maiorum*, affinché non si venisse a turbare la *pax deorum*, cioè quella situazione di favore e benevolenza degli dei, condizione necessaria per la vita della società romana. Una simile ipotesi potrebbe

²⁹ BISCARDI, *Auctoritas*, cit., p. 67 ss.; CANCELLI, Vico, l'annalista, cit., p.487 ss.; CATALANO, Contributi allo studio del diritto augurale I, Torino 1960, p.458 ss. MANCUSO, Alle radici della storia, cit., p.292 ss..

³⁰ Non è questa la sede opportuna per entrare nel merito della questione riguardante gli auspici pubblici e privati; a tal proposito si veda CATALANO, Contributi allo studio, cit., pp.198 ss., p.450 ss..

trovare conferma nella teoria del Cornelius³¹, peraltro criticata dalla dottrina più autorevole³², il quale, riferendosi sempre all'etimologia del termine *auctor*, derivante come il termine *augur* dalla radice “*aug*” di *augeo* e che significherebbe “colui che procura la benedizione divina”, sostiene che l'*auctoritas*, come espressione della posizione dei *patres* rispetto agli dei, sia consistita originariamente nell'apportare la grazia delle divinità alle deliberazioni dei *Quirites*.

Si può, a questo punto, anche pensare che la necessità per la legge di avere l'*auctoritas*, intesa nel senso finora considerato, si possa meglio comprendere alla luce dello stretto rapporto fra il *ius civile* e la *lex comitalis*, basato su di una particolare clausola presente nella *sanctio legis*: “*Si quid ius non esset rogari, eius ea lege nihilum rogatum*”³³. E' nell'epoca più antica della Repubblica che il rapporto fra la *lex* il *ius civile* si pone con maggiore evidenza³⁴. La *lex* è il prodotto dell'attività normativa dello stato, il *ius civile*, invece, derivante dai *mores maiorum*, la cui applicazione è frutto dell'*interpretatio prudentium*, costituisce rispetto ad essa “un *prius* storico e logico”³⁵. Il *ius civile* si presenta come un sistema giuridico dotato di un'efficacia innata, derivante da una necessaria aderenza allo sviluppo delle cose, tale da far sì che esso fosse il frutto dei rapporti fra gruppi gentilizi organizzati in una società interfamiliare, nella quale non interferivano i poteri della *civitas*, che, invece, sorta con funzioni alquanto limitate, si andava organizzando in una vera e propria comunità politica, al cui sviluppo concorrevano soprattutto

³¹ CORNELIUS, Untersuchungen zur frühen römischen Geschichte, Monaco, 1940, p.97 nota 21.

³² GUARINO, La genesi storica dell'*auctoritas patrum*, Studi Solazzi, 1949, p.24 nota 18, non ritiene questa teoria adeguata a cogliere il senso dell'*auctoritas patrum*; DE FRANCISCI, *Arcana imperii* 3, I, Milano 1948, p.44 nota 5, invece, pur ritenendo che l'*auctoritas* avesse qualcosa di religioso, non crede che essa si ricollegli al rapporto dei *patres* con la divinità: “essa deriva dalla loro posizione di *patres*, i quali sono bensì sommi sacerdoti dei gruppi, ma non soltanto questo”. Si potrebbe ritenere, invece, che gli *auspicia* e l'*auctoritas* vadano inseriti in un sistema di relazioni *patres*-divinità da una parte, *patres*-popolo dall'altra, all'interno del quale l'*auctoritas patrum* costituisce il collegamento fra divinità e popolo; o, per meglio dire, laddove l'attività deliberativa del popolo opera in materie di derivazione divina, come è il caso del *ius*, essa necessita dell'approvazione degli dei, che si manifesta attraverso l'*auctoritas* dei *patres*, gli unici capaci di interpretare, tramite gli *auspicia*, la volontà divina.

³³ Tale formulazione è presente in Cicerone, *Pro Cecina* 33,95 e *de domo* 40,106; Probo, *de notis iuris* III,13 usa una formulazione diversa: “*Si quid sacri sancti est quod non iure sit rogatum eius hac lege nihil rogatum*”.

³⁴ Secondo il WIEACKER, *Ius e lex* in Roma arcaica, *Sodalitas* 7, Napoli 1984, p.3116, al suo sorgere la *lex* si pose come entità distinta dal *ius civile*, non avendo nulla in comune con esso; *ius* e *lex* erano dei sistemi coesistenti all'interno di uno stesso ordinamento giuridico. Soltanto nella tarda repubblica si assiste ad un avvicinamento tale fra i due, quasi ad arrivare all'identità.

³⁵ GROSSO, Premesse generali al corso di diritto romano, Torino 1953, p.79.

le “frequenti statuizioni positive”³⁶, che per la maggior parte erano costituite da accordi intercorrenti fra ceti sociali, determinati dalla necessità di risolvere problemi concreti del momento storico. Tali statuizioni, denominate *leges*, altro non erano che accordi fra il popolo e il magistrato³⁷. La *lex* venne così a porsi come prodotto dell’organizzazione della *civitas* parallelamente al *ius civile*, che invece era sorto come ordinamento di una comunità precivica, quale era quella costituita dalle famiglie gentilizie; il risultato fu chiaramente una contrapposizione fra *ius* e *lex*, al di là della quale interessa, però, evidenziare i punti di incontro fra i due sistemi, attraverso l’esame della natura di entrambe. La caratteristica che distingue il *ius civile*, come diritto non scritto, dalla *lex*, diritto scritto, è rappresentata da quel complesso, di origine immemorabile, di tradizioni e consuetudini ancestrali che vanno sotto il nome di *mores maiorum*, ai quali, però, come giustamente sottolinea il Talamanca³⁸, non si può limitare il contenuto del *ius civile*, come semplice applicazione di usi e costumi, ma in quanto “corrispondenza alla volontà divina”. Il *ius civile* verrebbe così ad avere un’origine teocratica, non nel senso di una sua diretta derivazione dalla divinità³⁹, ma nel senso di *ius* che, esistente sin dalla notte dei tempi e rispondente ad un ordine naturale delle cose, non può essere in contrasto con la volontà divina: se dunque i *mores maiorum* e quindi il *ius civile* non sono l’espressa manifestazione del volere degli dei, -mancano tra l’altro le fonti a sostegno di una simile ipotesi- di certo, però, ne presuppongono l’esistenza, altrimenti non si spiegherebbe l’esigenza dei romani, proprio al fine di mantenere la *pax deorum*, di ottenere l’assenso delle divinità per quegli atti che comporterebbero mutamenti di rilevanza giuridica. Ciò conferma il fatto che, nonostante il mutare dei tempi e delle condizioni socio-culturali, il *ius civile*, per eccellenza, sopravvive non in quanto effettivamente vigente, ma, come osserva acutamente

³⁶ GROSSO, Premesse, cit., p.80.

³⁷ La *lex rogata*, in effetti, rappresenta in modo evidente il prodotto dell’attività congiunta del magistrato, da una parte, come ispiratore e proponente, e del popolo, dall’altra, come organo deliberante.

³⁸ TALAMANCA, Lineamenti, cit., p.36.

³⁹ Osserva TALAMANCA, Lineamenti, p.39, che invece sistemi di teofanie normative sono diffusi presso le civiltà medio-orientali: esempi più famosi sono il Decalogo Biblico e il Codice di Hammurabi. Confronta anche BRETONE, Storia, cit., p.69.

Albanese, in quanto “*ius* consapevolmente assunto quale termine esplicito di riferimento per innovazioni radicali che altri fattori costitutivi del sistema giuridico via via introducono”⁴⁰.

Uno di questi fattori è costituito, per l'appunto, dalla *lex*, che, nell'ambito del rapporto istauratosi con il *ius civile*, sulla base del carattere naturale dell'uno e convenzionale dell'altra, è rivolta non ad abrogare le norme del *ius*, ma ad operare nei confronti e sul presupposto di esso attraverso un'attività di integrazione, laddove le esigenze della *civitas* lo richiedessero. In un tale contesto *lex* e *ius civile* possono svolgere la loro azione parallelamente, senza contrapposizione, in un rapporto di cooperazione e coordinazione, entro però il limite, costituito dall'immutabilità e dalla necessità del *ius*, che faceva sì che alla convenzionalità della *lex* fosse sottratta la possibilità di produrre taluni effetti⁴¹. L'impossibilità della legge di intervenire in alcune materie tipiche del *ius* è fissata in una clausola specifica della stessa *sanctio legis*⁴², che, però, sembrerebbe in contrasto con il principio decemvirale “*ut quodcumque postremum populus iussisset, id ius ratumque esset*”, che sancisce il potere incondizionato dei comizi in campo legislativo. La dottrina, nel tentativo di risolvere tale contrasto, ha pur sempre finito col concludere che la sovranità delle assemblee popolari, per quanto grande, non era tale da permettere l'elusione di certi principi ritenuti fondamentali ed immutabili⁴³. Il fatto poi che Cicerone⁴⁴ affermi la presenza della clausola “*si quid ius non esset rogari eius ea lege nihilum*

⁴⁰ ALBANESE, Premesse allo studio del diritto privato romano, Palermo 1978, p.108.

⁴¹ GROSSO, Premesse, cit., p.93.

⁴² “*Si quid ius non esset rogari eius ea lege nihilum rogatum*”: tale clausola era introdotta, qualora la legge, dovendo disciplinare una determinata materia, avrebbe potuto violare quelli che erano considerati i principi fondamentali e immutabili del *ius civile*. Altre due clausole erano inoltre previste nella *sanctio*: “*Si quid sacri sancti est quod non iure sit rogatum, eius hac lege nihil rogatur*”, con la quale era fatto divieto alla legge di modificare le norme *sacrosanctae*; “*Si quid in hac rogatione scriptum est quod per leges plebisve scita promulgare abrogare sine fraude sua non liceat non licerit, quove qui promulgavit derogavit ob eam rem poenae multaeve sit, eius hac lege nihilum rogatum*”, tale clausola vietava di modificare o abrogare leggi o plebisciti precedenti. In merito alla *sanctio* si veda SERRAO, Classi, partiti e legge, cit., p.80 ss..

⁴³ ARANGIO-RUIZ, La règle de droit et la loi dans l'antiquité classique, *Rariora*, Roma 1946, p.252 ss.; FREZZA, Il precetto della legge e il precetto dell'autonomia privata nell'ordinamento romano, *Ius* IV, 1961, p.473 ss.; GIOFFREDI, *Ius, lex, praetor*, SDHI, 13-14, 1947-1948, p.67 ss.; MAGDALEIN, La loi à Rome. Histoire d'un concept, Paris 1978, p.60 ss.; ROTONDI, Problemi di diritto pubblico romano I, “*Eius hac lege nihilum rogatum*”, Scritti giuridici I, Pavia, 1922, p.370 ss..

⁴⁴ *Pro Caecina* 95: “*Ut ne longius abeam, declarat ista ascriptio esse aliquid, nam, nisi esset, hoc in omnibus legibus non ascriberetur*”. Secondo FASCIONE, Per lo studio della sigla “*S.S.S.E.Q.N.I.S.R.E.H.L.N.R.*”, Studi Biscardi VI, p.66, da quanto dice Cicerone si dovrebbe dedurre che tutto ciò che era contenuto nei testi delle *rogationes* avesse una sua funzione specifica e concreta, e quindi anche le clausole apparentemente prive di valore, avrebbero avuto

rogatum” in tutte le leggi comiziali ha indotto molti a ravvisare in essa un perpetuo limite della *lex* nei confronti delle norme del *ius civile*. C’è chi come il Mancuso⁴⁵, invece, ritiene che non si possa parlare di “principi-limite” al potere dei comizi, in quanto in epoca repubblicana non è ravvisabile un ordinamento costituzionale in senso formale; pertanto la contraddizione si risolverebbe nel senso di considerare le clausole limitative della *sanctio* come auto-limitazioni del *populus*, che avevano efficacia fino a quando il popolo ritenesse di osservarle. Il principio delle XII Tavole rimarrebbe, quindi, l’unico criterio di limitazione all’attività legislativa dei comizi, mentre la *sanctio legis*, quale mezzo regolatore dei rapporti fra *lex* e *ius*, perderebbe valore e importanza, riducendosi ad una semplice formalità⁴⁶.

In effetti, però, la *sanctio*, alla luce del suo significato più proprio ed originario ha un carattere più che formale⁴⁷. Il sostantivo *sanctio* con il corrispondente verbo *sancire* deriva etimologicamente dalla radice *sak* o *saq*, il cui valore, originariamente, ha oscillato fra il

sempre un qualche scopo che ne giustificava l’inserimento, in quanto esprimevano il “gusto e il pensiero del rogante che l’apponeva”. Così Fascione critica la denominazione di “stile” attribuita alle clausole della *sanctio legis* da studiosi come PUGLIESE, *Intorno al supposto divieto di modificare legislativamente il ius civile*, Scritti giuridici scelti, III, Napoli, 1985, p.69, o FREZZA, *Preistoria e storia della lex publica*, BIDR, 59-60, 1956, p.78.

⁴⁵ MANCUSO, *Il concetto di costituzione nel pensiero politico greco-romano*, Annali Seminario Giuridico Palermo, XXXIX, 1987, p.18 ss.; la tesi del Mancuso si scontra con quella di STEIN, *Regulae iuris*, Edinburgh 1966, p.13, secondo il quale la presenza della clausola “*s.q.i.n.e.r.e.e.l.n.r.*” non può che avvalorare il fatto che la *lex* avesse soltanto il potere di confermare le norme del *ius* vigente e di non crearne di nuove, neppure attraverso modificazioni o abrogazioni; mentre trova concorde CATALANO, *Il principio democratico a Roma*, SDHI, 28, 1962, p.324, che vede nella norma delle XII Tavole, il riconoscimento di un popolo “sovrano nel proprio ambito”, ma anche limitato da due principi fondamentali: il rispetto del volere divino e il rispetto delle strutture della *civitas*.

⁴⁶ PUGLIESE, *Intorno al supposto divieto*, cit., p.60 ss., parla di un limite interno alle stesse leggi, che, anche se inserito in tutte le deliberazioni comiziali, come afferma Cicerone, *pro Caecina* 95, non vincolava i legislatori, essendo una clausola di stile. Quindi un testo legislativo che non contenesse, attraverso la riserva “*si quid non esset*”, alcun divieto esplicito di legiferare in determinate materie e in un determinato modo non poteva essere considerato invalido, semmai l’unica conseguenza possibile era una sanzione a carico del magistrato che avesse presentato la *rogatio*. Sostanzialmente Pugliese nega l’inderogabilità del *ius civile*.

⁴⁷ ARCHI, *La summa divisio rerum* in Gaio e in Giustiniano, SDHI 3, 1937, p.5 ss.; BAVIERA, *Leges imperfectae, minus quam imperfectae e perfectae*, Studi Fadda II, Napoli 1906, p.203 ss.; BORSACCHI, *Appunti sulla sanctio delle leges Iuliae agrariae del 59 a.C.*, Studi Senesi 88, 1975, p.83 ss.; DI PAOLA, *Leges perfectae, Synteleia* Arangio-Ruiz, Napoli 1964, p.1074 ss.; FASCIONE, *Per lo studio della sigla*, cit., p.62 ss.; GIOFFREDI, *La sanctio della legge e la perfectio della norma giuridica*, Archivio Penale, 1946, p.166 ss.; GIOFFREDI, *Ius, lex*, cit., p.67 ss.; HONSELL, *Der gesetzstil in der Römischen Antike*, *Sodalitas* 4, Napoli 1974, p. 1669 ss.; SANTORO, *Potere e azione nell’antico diritto romano*, Palermo 1967, p.376 ss..

significato religioso di “consacrare” e quello profano di “stabilire, confermare, rafforzare”⁴⁸, per poi fissarsi su quest’ultimo, in seguito anche alla trasformazione della natura della pena da religiosa in civile. Da questo significato originario deriva il carattere di clausola penale, cioè infliggente una pena, della *sanctio* nella legge comiziale⁴⁹. Allo stesso tempo il verbo *sancire* letteralmente significa “rendere *sanctus*” qualcosa, che non lo è per sua natura, cioè non è *sacer*, sacro, consacrato agli dei e in quanto tale garantito e difeso con la *sacratio capitis*. La *sanctio* rappresenta la garanzia delle *res sanctae*. In modo significativo Ulpiano, D.1.8.9.3⁵⁰, definisce le *res sanctae* come quelle *res* che non sono né sacre né profane, ma che comunque godono di una garanzia, la *sanctio*, per l'appunto; la *sanctio* fornisce la stessa garanzia, che hanno le *res sacrae*, alle altre *res*, in virtù della quale quest’ultime vengono a trovarsi sotto la protezione degli dei, anche se non sono in diretto rapporto con essi⁵¹. *Res sacre* e *res sanctae* sono ben distinte fra loro, ma godono della stessa garanzia.

Alla luce di queste considerazioni si potrebbe avanzare un’ipotesi circa la funzione della *sanctio* nel rapporto fra *lex* e *ius civile*. La presenza della *sanctio* nella legge comiziale può ritenersi necessaria perché costituisce per il *ius civile* una garanzia di inviolabilità; il *ius civile* non è una *res sacra*, perché, come si è osservato precedentemente, non ha una derivazione divina, ma è una *res sancta* e come tale, però, si trova sotto la protezione della divinità, che si manifesta attraverso la *sanctio*. Quindi le leggi comiziali provviste di *sanctio* non possono, in alcun modo disporre in violazione di determinati principi del *ius civile*, che così viene ad essere garantito.

Non è infine da escludere che la rilevanza della *sanctio* debba essere posta in relazione con l'*auctoritas patrum*; non si hanno dalle fonti testimonianze di casi in cui la negazione dell'*auctoritas*

⁴⁸ In questo senso SANTORO, Potere ed azione, cit., p.376 nota 5: “Bisogna chiarire che il concetto originario di *sanctio* non si identifica con la conseguenza, normalmente di natura penale, prevista dalla legge per il caso di violazione, ma rappresenta, propriamente, un apporto legislativo diretto a rafforzare il contenuto della *lex*, eventualmente anche attraverso l’irrogazione di una pena”. Santoro ritiene, però, che la legge potesse essere priva della *sanctio*, intesa nel senso originario, perché la sua efficacia derivava esclusivamente dalla “forza magica” delle parole, attraverso le quali essa era formulata.

⁴⁹ SANTORO, Potere ed azione, cit., p.436.

⁵⁰ “*Proprie dicimus sancta, quae neque sacra neque profana sunt, sanctione enim quadam sunt subnixae. Quod enim sanctione quadam subnixum est id sanctum est, etsi deo non sit consecratum: et interdum in sanctionibus adicitur, ut qui ibi aliquid commisit, capite puniatur*”.

⁵¹ GIOFFREDI, La *sanctio* della legge, cit., p.168.

sia dovuta a difetto di *sanctio*⁵². Si potrebbe, però, supporre che in alcuni casi, in cui la motivazione del diniego non è esplicitata, il rifiuto di concedere l'*auctoritas* da parte dei *patres* a leggi che non contenevano la *sanctio* o che ne avessero una inadeguata al contenuto, fosse dovuto, invece, non tanto ad un vizio di forma, che rendeva nulla la legge, quanto al fatto che, mancando la *sanctio*, mancava lo strumento attraverso il quale sarebbe dovuta avvenire la regolazione dei rapporti *lex-ius* e ciò avrebbe potuto comportare il rischio di una attività normativa in contrasto con la volontà divina. E' questo però un argomento, che pur essendo di stimolo a discussioni, dovrà essere trattato in altra sede, perché implica necessariamente dover affrontare il problema della possibilità da parte della legge di modificare il *ius civile*⁵³.

Abstract

The *auctoritas patrum* as part of the roman legal system, played a fundamental part in the development of public law. It was an act of approval or ratification by the senate to which the validity of the decisions of the centuriate assembly were subordinate. When considering the numerous issues raised by the *auctoritas patrum* it is worth looking at the implications present in the famous *de domo*, 14.38 of Cicero. I think that this last is well worth comparing with a passage of Livy 6,41,10 which expresses these issues in almost the same terms, and is equally important to this enquiry.

The purpose of this study is to understand the nature of the *auctoritas patrum*, the ratification of the deliberations of the centuriate assembly or the expression of dissenting opinion where the auspicial powers appear decidedly patrician, when examining the relationships between *ius civile* and *lex comitialis* law by public assembly which were so much part of the republican period.

Camerino, novembre 2014.

⁵² PUGLIESE, *Intorno al supposto divieto*, cit., p.69.

⁵³ Tema questo per il quale il saggio del PUGLIESE, *Intorno al supposto divieto di modificare legislativamente il ius civile*, già citato, offre numerosi spunti di riflessione anche in merito alle tesi di studiosi italiani e stranieri.

CASTOR M. M. BARTOLOMÉ RUIZ

Il diritto e la vita umana. Lo straniero e l'homo sacer

Sommario: 1. Introduzione; 2. Teoria critica del diritto: l'*homo sacer*; 3. Segue; 4. Lo straniero, un paradosso del diritto e della vita; 5. L'eccezione, un dispositivo di controllo della vita umana; 6. Segue; 7. Lo straniero continua nella condizione di nuda vita; 8. Segue; 9. Segue; 10. Conclusione; 11. Segue.

1. *Introduzione*

I diritti umani ad oggi si trovano ad affrontare un grande paradosso: da un lato riconosciuti sempre più come valori universali non negoziabili, dall'altro di fatto negati in molti casi. La problematica questione dei diritti, che noi identifichiamo anche tra i cosiddetti Stati democratici di diritto, è la loro formale affermazione parallela alla negazione sostanziale o alla mancata applicazione. Importa quindi esaminare criticamente questa distanza tra teoria e pratica, alle volte attribuita a cavilli e tecnicismi giuridici, alle volte alla mancata volontà dei legislatori di intervenire per risolvere le relative problematiche, facendo attenzione al ruolo che il diritto riveste come strumento di potere.

Cercheremo di dimostrare che l'inefficace applicazione dei diritti umani deriva proprio dal diritto, o meglio, da un suo errato utilizzo come strumento appunto di potere e regolamentazione della società. Più chiaramente, il diritto, con un'errata applicazione o utilizzo da parte del legislatore, o altresì con una burocrazia d'intralcio alla difesa dei diritti, può paradossalmente diventare un pericolo per la difesa della vita umana. Nel contesto di questo ampio dibattito di filosofia critica del diritto, ci proporremo inoltre di riprendere e mettere in discussione alcuni punti delle tesi di Giorgio Agamben, soprattutto in merito alla riflessione della figura dell'*homo sacer*, così sintetizzabile: dobbiamo ripensare la relazione critica del diritto con la vita umana una volta che la difesa di questa non viene rafforzata

dalla ampliamento dei dispositivi giuridici, ma dalla (ri)significazione politica dell'alterità umana, che (pro)pone la vita umana nella singolarità della persona come riferimento ético primario che giudica la validità di qualsiasi diritto e di ogni politica.

Contrasteremo quindi la figura giuridica dell'*homo sacer*, con uno dei primi dispositivi giuridici registrati, riguardanti la condizione dello straniero nella *polis* antica. Infine, concluderemo con alcune tesi riguardo al rapporto diritto/vita, un paradosso come detto che continua ad essere una sfida per l'applicazione concreta dei diritti umani, con particolare riferimento alla condizione giuridico-politica dello straniero.

2. Teoria critica del diritto: l'homo sacer

Una consolidata tradizione del pensiero critico ha già indicato i limiti e le trappole epistemologiche, politiche e giuridiche che collegano il diritto con la vita. Il saggio di Walter Benjamin del 1927, *Zur Kritik der Gewalt*¹, ha dimostrato l'esistenza di vincoli talmente stretti del diritto con la *Gewalt* (violenza o potere) al punto da non essere possibile pensare il diritto al di fuori di questo rapporto. La critica di Benjamin alla violenza del diritto proponeva di pensare ad una forma per cui il concetto di vita andasse oltre il diritto. In questo contesto, Benjamin ha coniato la formula di *vita nuda* o *mera vita* (*bloßes Leben*) ovvero una vita che sopravvive come vita colpevole nella connessione della violenza col diritto². Secondo Benjamin, di solito questa vita nuda viene proclamata come sacra. Comunque, queste oscure connessioni della vita col diritto hanno indotto Benjamin ad indagare sulla necessità di ricercare di più il senso della sacralità in questo rapporto³.

Recentemente, Giorgio Agamben, alla schiera della sfida lanciata da Benjamin, ha ripreso le ricerche sul diritto e sulla vita umana⁴. Agamben cerca di coniugare le sue tesi in

¹ BENJAMIN Walter, "Zur Kritik der Gewalt" in *Gesammelte Schriften*, col. II.1, herausgegeben von R. Tiedemann e H. Schweppenhäuser, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1999, S. 179-204. (Traduzione portoghese: BENJAMIN Walter, "Sobre a crítica do poder como violência", in: ID. *O Anjo da história*. Belo Horizonte: Autêntica, 2012.

² BENJAMIN Walter, *Sobre a crítica do poder como violência*, op. cit., 79.

³ "Talvez valesse a pena investigar as origens do dogma do caráter sagrado da vida. Talvez esse dogma seja recente, é muito provável que assim seja. Talvez seja o último erro da enfranquecida civilização ocidental..." BENJAMIN Walter, *Sobre a crítica do poder como violência*, op. cit., 81.

⁴ AGAMBEN Giorgio, *O homo sacer. O poder soberano e a vida nua*, Belo Horizonte: UFMG, 2002.

un incrocio teorico di diversi filosofi, come Hannah Arendt⁵, Michel Foucault⁶ e Walter Benjamin.

Per fondare e argomentare la sua tesi, Agamben ha riscattato l'antica e romanistica figura giuridico-politica dell'*Homo Sacer*, mostrando che fin dall'origine del diritto la vita umana ha sofferto una specie di cattura, di esclusione biopolitica, e che la sacralità è la categoria originaria di questa cattura. L'eccezione è biopolitica perchè si attua, come dispositivo, direttamente alla vita umana. La figura giuridica dell'*homo sacer* rappresenterebbe il paradigma biopolitico originario attraverso il quale la vita umana è stata catturata dal diritto sotto la forma dell'eccezione. L'eccezione sarebbe la categoria biopolitica che già nella figura dell'*homo sacer* minaccia la vita tramite un'esclusione inclusiva. Esclude la vita dal diritto incluendola in una zona di anomia dove si trova abbandonata e totalmente vulnerabile per essere controllata dall'arbitrarietà di una volontà sovrana. Per Agamben, il diritto mostra tutta la sua paradossale potenza nella possibilità di decretare l'eccezione sulla vita umana. Il vincolo occulto del diritto con la eccezione biopolitica si rivela nell'archeologia della sacralità dell'*homo sacer*. Per Agamben, la sacralità è "la forma originaria di implicazione della vita nuda nell'ordine giuridico politico"⁷.

3. *Segue*

Per contestualizzare il proseguo del discorso è necessario soffermare l'attenzione sul concetto di *homo sacer* nel diritto romano antico. La persona che veniva dichiarata *homo sacer* da un atto di diritto entrava in una condizione giuridico-politica speciale che era assimilata all'eccezione giuridica, secondo la formula di Sesto Pompeo Festo (II secolo d. C.):

*"homo sacer is est quem populus iudicavit ob maleficium: neque fas est eum immolari, sed qui occidit parricidi non damnatur; nam lege tribunicia prima cavetur 'si quis eum qui eo plebei scito sacer sit, occiderit, parricida ne sit'. Ex quo quivis homo malus atque improbus sacer appellari solet".*⁸

⁵ ARENDT Hannah, *Origens do totalitarismo*, São Paulo: Cia das Letras, 2009.

⁶ FOUCAULT Michel, *Il font défrendre la société*, Paris: Seuil/Gallimard, 1997. (Tradução: *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2000); ID. *Sécurité, territoire, population*. Paris: Seuil/Gallimard, 2004. (Tradução: *Segurança, território e população*. São Paulo: Martins Fontes, 2008).

⁷ AGAMBEN Giorgio, *O homo sacer*, op. cit., 91.

⁸ AGAMBEN Giorgio, *O homo sacer*, op. cit., 79.

La persona dichiarata *sacer* era legalmente esclusa dal diritto dalle *polis* e *civitas*⁹. Non era condannata legalmente alla morte né al sacrificio, ma spogliata di qualsiasi diritto e, di conseguenza, esposta a ogni sorta di violenza¹⁰. In altri termini, un mero essere vivente senza diritti e la cui uccisione non era imputabile. Una vita paradossale appunto, posta in una zona di anomia in cui si trova catturata dall'abbandono. La persona quindi non era semplicemente esclusa dal diritto, ma anche catturata dalla eccezione. L'eccezione è un dispositivo giuridico che opera creando uno spazio di anomia, in cui l'assenza di diritto è riempita dall'arbitrarietà della forza, facendo emergere quella nuda violenza che può soltanto emergere da un atto di sovranità. E qui il paradosso per cui questo atto che è all'infuori del diritto, si trova legittimato dal diritto stesso, di cui si arriva perfino a invocare la difesa mentre in realtà lo si sta negando. Nell'eccezione infatti il diritto si identifica con l'ordine legale stabilito e la vita umana si trova ridotta allo *status* di oggetto biologico. Sulla vita quindi opera, *de facto*, una doppia eccezione nella forma di esclusione e di cattura. In questa condizione, la vita *sacer* diventa vulnerabile a qualsiasi violenza, e viene relegata alla condizione di pura vita animale, *zoe*. La vita dell'*homo sacer* sopravvive tra il diritto divino (che non la riconosce come sufficiente per il sacrificio) ed il diritto umano (che la esclude da qualsiasi garanzia).

Quando era dichiarata la condizione di *sacer* su qualcuno, il diritto della *polis* veniva ritirato *ipso facto*. Egli cessava di essere un cittadino per convertirsi in un mero *homo*, un *homo communis*. L'*homo communis* – diverso dal cittadino protetto dal diritto sacro – era un essere umano nella condizione di mera vita nuda (*bloßes Leben*) al di fuori del diritto e senza garanzie. Agamben sostiene la tesi che l'archeologia del *sacer* rimette al senso della doppia esclusione del diritto, una volta che la sacralità e l'esclusione sono categorie connesse. La sospensione del sacro diritto della vita del cittadino implicava la perdita automatica della sua condizione giuridica di persona. Occorre notare che la vita umana nelle antiche *polis* non era riconosciuta come una alterità in sé stessa. L'altro non era necessariamente un simile *per natura*. Giuridicamente, l'altro essere umano era riconosciuto come simile soltanto

⁹ Abbiamo mantenuto il plurale "oportuguesado" *polis* e *civitas* invece del plurale corrispondente nel greco e nel latino *poleis* e *civitates* a causa della condizione già consolidata che questi termini hanno acquistato nella lingua portoghese.

¹⁰ *Ibidem*, 90.

quando diventava una persona giuridica, ciò significava che il diritto sacro della *polis* o della *oikos* proteggeva la persona¹¹. Lo statuto di persona era concomitante a quello di cittadino¹². E la condizione di persona veniva riconosciuta nell'essere umano soltanto quando possedeva questi diritti sacri, altrimenti la persona era un *homo communis*, ovvero un semplice essere vivente.

4. *Lo straniero, un paradosso del diritto e della vita*

La figura giuridico-politica dell'*homo sacer* rivela il rapporto paradossale, fino adesso insolubile, del diritto con la vita umana. Tale paradosso è visibile nella constatazione che il diritto che protegge (o dovrebbe farlo) la vita umana è lo stesso che l'abbandona. Un altro paradosso classico di questo rapporto è che l'essere umano ha bisogno del diritto per difendersi dalla violenza, ma lo stesso diritto si avvale della violenza per imporsi come legittimo¹³. Ossia, il diritto protegge con ciò che minaccia: la violenza. Il paradosso diventa più acuto quando il diritto che protegge e garantisce la dignità umana viene usato nella società contemporanea come dispositivo per normatizzare la vita. La normatizzazione è diventata la tecnologia biopolitica per eccellenza di controllo delle società moderne¹⁴. Con questa tecnologia biopolitica si cerca di regolare capillarmente il comportamento quotidiano delle persone, disciplinandolo e controllandone le attività.

L'analisi critica ci mostra che il paradosso è costitutivo della relazione del diritto con la vita umana, già presente nelle prime figure giuridiche del diritto occidentale, tra cui, oltre all'*homo sacer* in precedenza analizzato, anche nella condizione giuridica e politica dello straniero nelle città antiche. Occorre ricordare che essere straniero era una condizione politica e anche antropologica. Colui che era straniero, già che non apparteneva a nessuna famiglia (*lar, gens*), nè a nessuna casa (*domus, oikos*), era un individuo senza diritti. Lo straniero era un individuo abbandonato dal diritto, di guisa che si trovava sempre esposto all'arbitrarietà delle famiglie, delle persone e dei cittadini. Lo straniero era riconosciuto

¹¹ Nella prospettiva delle *polis* antiche, l'origine del diritto è collegata al carattere sacro dei *gens* e dei *lares*. Cfr. COULANGES Fustel, *A Cidade Antiga*. Porto: Antiga, 1988, 100.

¹² IGLESIAS Juan, *Derecho Romano – Instituciones de derecho privado*, Madrid: Ed. Ariel, 1965.

¹³ BENJAMIN Walter, *Sobre a crítica do poder como violência*, op. cit., 213-216.

¹⁴ FOUCAULT Michel, *Segurança, território e população*, São Paulo: Martins Fontes, 2008.

come un inferiore, un essere umano che non era persona perchè non aveva diritti. La sua condizione era di un *homo sacer* di fatto, qualcuno che naturalmente stava al di fuori della cittadinanza a causa della sua condizione antropologica di straniero. Qualsiasi violenza contro di lui era ritenuta non imputabile dal diritto della città.

Nelle società greco-romane la cittadinanza aveva un forte legame con la sacralità, l'essere cittadino derivava dal diritto alla partecipazione ai culti sacri della città. Quando qualcuno era escluso dai culti era al tempo stesso privato dai suoi diritti civili e politici. Ad esempio, a Sparta il cittadino che non frequentava la cerimonia dei “*repastos*”, anche se involontariamente, era escluso dalla categoria di cittadino¹⁵. Anche a Roma il cittadino non partecipante alle cerimonie della *lustratio* era privato dal diritto di cittadinanza fino al *lustrum* seguente. Nelle città indo-europee la cittadinanza e il diritto erano espressi nel rapporto col sacro, la sacralità era concomitante alla legittimità dei diritti¹⁶.

L'impossibilità per lo straniero di prendere parte alle cerimonie di culto era una regola così rigida che la violazione, e quindi la presenza di uno straniero alle cerimonie religiose della città, costituiva un sacrilegio, sinonimo di grave delitto politico castigato, nella maggioranza dei casi, con la pena di morte. La sacralità coinvolgeva e penetrava tutti gli aspetti giuridici e politici della cittadinanza, che era distinta dagli stranieri per mezzo dell'accesso ai diritti della *polis*. Quando l'assemblea politica della città era convocata, il sacerdote tracciava un cerchio sacro intorno all'assemblea affinché nessuno straniero lo varcasse: in caso contrario l'esecuzione era immediata.. Una estrema rigidità legale che non solo impediva agli stranieri l'accesso a qualsiasi diritto nella città, ma ancora di più non permetteva l'acquisizione del vero e proprio diritto di cittadinanza¹⁷. Il numero e la gravità degli ostacoli era così grande da far diventare la cittadinanza quasi inaccessibile allo straniero.

Tuttavia, man mano che nelle città si consolidavano le reti di commercio da cui dipendeva l'economia, gli stranieri diventavano importanti legami di ricchezza, si pensi ai commercianti: la mera condizione di vita nuda e senza diritti li respingeva e impediva la

¹⁵ COULANGES Fustel de., op. cit., 238 ss.

¹⁶ In Grecia, la formula che riconosceva la cittadinanza di diritto pieno a qualcuno era fatta con la espressione *condividere le cose sacre*. Cfr. COULANGES Fustel de., op. cit., 239.

¹⁷ COULANGES Fustel de., op. cit., 240

conclusione di importanti accordi. Nemmeno di fronte a queste esigenze fu data la possibilità di concedere i diritti della città agli stranieri, ma fu creato un diritto, di tipo secondario e accessorio, il quale andava a regolare le attività degli stranieri. All'inizio, furono creati tribunali speciali per giudicare i casi degli stranieri, però il diritto della città non veniva applicato a questi casi. A Roma, fu creata la figura del *praetor peregrinus*, ad Atene il giudice che giudicava gli stranieri era il *poletarca*. Non a caso, il *poletarca* era lo stesso magistrato responsabile della guerra. Gli stranieri venivano considerati nemici reali o potenziali, ed erano trattati come tali. A Roma, soprattutto nell'era imperiale, la presenza degli stranieri diventò essenziale per il commercio e le finanze della città. Roma doveva offrire un qualche tipo di protezione e diritto agli stranieri, il quale però non poteva essere lo *ius civile* in quanto diritto sacro riservato alle persone delle famiglie, delle *domus*, e ai cittadini¹⁸. La formula trovata fu quella di creare un tipo di diritto secondario che venisse applicato fuori dalle mura della città: tale diritto fu denominato *ius gentium*. Era un diritto di genti/stranieri, non di persone/cittadine, che regolava i rapporti con gli stranieri e pellegrini che venivano nella città. Questo diritto fu ritenuto sempre inferiore allo *ius civile* perché non considerato sacro. La sacralità dello *ius civile* concedeva alla sua legislazione e alla sua normativa uno statuto specifico di inviolabilità prescrittiva, mentre la positività profana dello *ius gentium* faceva sì che le leggi avessero un valore relativo e violabile a fronte di interessi ritenuti superiori.

Il paradosso della condizione giuridica dello straniero, nel trovarsi senza diritti, era di avere una tutela inferiore a quella di uno schiavo. Questo, nonostante fosse sottomesso all'arbitrarietà totalitaria del *pater* o *eupatrida*, era una proprietà, un bene mobile, protetto dal diritto della città e dalle *oikos/domus* e nessun'altro cittadino poteva violarlo senza trasgredire il diritto di proprietà. Anche la tomba dello schiavo poteva essere ritenuta sacra quando si trovava nell'ambito delle proprietà della famiglia. Lo straniero, tuttavia, non avrebbe mai potuto avere diritto alla sacralità, nemmeno nella tomba¹⁹.

¹⁸ ALVES José Carlos Moreira, *Direito Romano*. Rio de Janeiro : Forense, 2011, 70.

¹⁹ COULANGES Fustel, op. cit., 243.

5. *L'eccezione, un dispositivo di controllo della vita umana*

Per capire meglio il paradosso che lega il diritto alla vita umana, occorre indagare quale dispositivo biopolitico produceva la condizione politica dello straniero. Questo dispositivo era l'eccezione, il quale opera per lo straniero allo stesso modo di un'eccezione naturale e non come un'eccezione decretata dall'atto del diritto. Lo straniero ha una vita naturalmente inferiore a quella del cittadino e a causa di tale natura inferiore non ha diritti. L'eccezione opera in lui per natura e non per decreto.

La tesi di Agamben è che la figura dell'*homo sacer* entra in vigore nella doppia condizione che la costituisce. Questa condizione si riproduce nelle attuali forme di eccezione e negli spazi in cui la vita umana diventa vita. L'eccezione, in quanto dispositivo, permette un rigoroso e arbitrario controllo della vita. A causa di questa virtualità, le forme di eccezione giuridica, tra cui il proprio stato di eccezione, sono diventate, nell'attualità, tecniche di controllo biopolitico che, nel sospendere totalmente oppure parzialmente il diritto sulla vita, permettono il controllo sulle persone e sulle popolazioni. Il paradosso è che l'eccezione opera attualmente nel contesto dello Stato di diritto. Questa è considerata come figura giuridica che protegge lo Stato e l'ordine di necessità e di crisi. Per capire meglio l'uso biopolitico dell'eccezione in quanto tecnica, è opportuno domandarsi come operi il rapporto tra l'eccezione giuridica e il controllo della vita umana.

Lo stato di eccezione è caratterizzato dalla sospensione totale o parziale del diritto sulla vita umana. Nel sospendere il diritto, la vita umana resta ridotta alla mera vita naturale, ed è una vita senza protezione. Vediamo riapparire così l'antica figura dell'*homo sacer*. In qualsiasi forma di eccezione, la vita umana diventa vulnerabile e per conseguenza, facilmente controllabile. La figura dell'*homo sacer* svela il fatto che l'eccezione opera concomitantemente col diritto fin dall'origine, concedendo « un significato biopolitico come struttura originale nel quale il diritto include in sé il vivente per mezzo della sua propria sospensione... »²⁰. L'eccezione giuridica esiste in relazione con la vita umana, perché soltanto sugli

²⁰ AGAMBEN Giorgio, *Stato di eccezione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003, 12. (Trad. portuguesa: *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004, 14. Agamben dá continuidade al suo testo che lo stato di eccezione é qualcosa così attuale come : « a military order, emanato dal presidente degli Stati Uniti il 13 novembre 2001 che autorizza la « indefinite detention ... Già lo USA Patriot Act emanato dal Senato il 26 ottobre 2001, permetteva all'Attorney general di « prendere in custodia » lo straniero (alien) che fosse sospettato di attività che mettevano in pericolo « da sicurezza nazionale degli Stati Uniti ».

esseri umani l'eccezione è decretata. Ogni forma di eccezione opera su tre aspetti, in primo luogo sospende il diritto sulla vita umana delle persone coinvolte. In secondo luogo, questa vita umana resta ridotta a mera vita naturale e, in terzo luogo, al posto del diritto emerge l'arbitrio di una volontà sovrana. La figura dell'eccezione spoglia la vita umana dal diritto e investe tutto il diritto di una volontà sovrana. Conseguentemente, il diritto, vuoto di senso, si identifica con l'arbitrio della volontà sovrana, che emerge come forma assoluta della legge. La volontà sovrana, nel sospendere parzialmente o totalmente il diritto, occupa questo spazio vuoto e si impone come nuovo diritto.

Nell'eccezione totale, la volontà sovrana e il diritto coincidono e la vita umana delle persone dipende unicamente dall'arbitrio della volontà sovrana. Nell'eccezione parziale, la volontà sovrana attua con limitata arbitrarietà, ma in modo pieno in quanto possiede il diritto di decidere. In tutti i casi, l'eccezione consente un controllo efficace della vita umana una volta che questa si trova fuori del diritto e sottomessa alla decisione immediata di una volontà sovrana.

Nella logica della moderna razionalità strumentale, l'obiettivo dell'eccezione solitamente non è l'impianto dei nuovi sovrani assoluti, sebbene molti regimi di eccezione lo abbiano fatto. L'America Latina ha una triste storia di dittature impiantate come regimi legali di eccezione. Tuttavia, l'uso più comune dell'eccezione da parte dello Stato moderno riguarda la sua utilità come tecnica biopolitica di controllo della vita e delle persone ritenute pericolose. Una delle situazioni in cui si applica in forma più veemente è nella condizione degli stranieri. Lo straniero torna a riapparire nell'attualità con alcune caratteristiche che sono simili all'*homo sacer*. La sua condizione di non cittadino inserisce la sua vita in una sorta di limbo giuridico e politico in cui certi diritti fondamentali gli sono formalmente riconosciuti, ma sostanzialmente vietati. Egli è un essere umano diverso dal cittadino, e su di lui poggia il sospetto di potenziale minaccia dell'ordine. La condizione di vita abbandonata diventa più acuta nella situazione dei migranti senza permesso. Una volta che è lo Stato che detiene la prerogativa di concedere o negare il visto di soggiorno, la condizione dello straniero galleggia nell'instabilità, la quale dipende dallo Stato o dal funzionario. La sua vita è in balia del diritto che può essere concesso o negato dall'arbitrarietà di una volontà sovrana. Molti Stati hanno percepito negli stranieri, in particolare nei grandi flussi migratori delle

popolazioni, un pericolo per l'ordine sociale. In questa condizione, i migranti diventano oggetto di un controllo sociale attraverso dispositivi giuridici che si avvalgono dell'eccezione, ossia, della privazione discrezionale dei diritti a seconda degli interessi e volontà dei governanti di turno.

6. *Segue*

Così si può percepire che nella logica strumentale dell'eccezione ci sono questioni importanti da risolvere:

- 1) chi definisce quando vi è la necessità di decretare una eccezione?
- 2) qual è l'ordine o normalità sociale che deve essere mantenuta e perché non può essere modificata?
- 3) per quale ragione qualcuno è considerato sovversivo all'ordine sociale, oppure, quando qualcuno ha il diritto di mettere in discussione l'ordine stabilito? In tale caso, chi decide quali sono le persone o popolazioni da considerare come pericolose e su cui deve agire l'eccezione nella forma di mezzo di controllo?

Tutte le questioni sono state raccolte e disciplinate, in un modo o nell'altro, nelle costituzioni degli Stati moderni, le quali mettono tutte in evidenza la figura del decisionismo segnalata da Carl Schmitt²¹. L'eccezione che sospende i diritti è presa al di fuori del diritto, ossia la decisione che istituisce le diverse forme di eccezioni mostra che il sovrano, apparentemente detronizzato dallo Stato di diritto, rimane latente nell'ombra, disponibile per essere chiamato quando necessario alla difesa dell'ordine sociale. Questo dibattito indica un paradosso inerente al modo in cui il diritto si relaziona con la vita umana e che gli Stati moderni non sono riusciti ad abolire totalmente la figura del sovrano, una volta che egli si trova raccolto (in una paziente vigilanza) nell'ombra dell'eccezione giuridica. Questo spiega come quasi tutti i totalitarismi moderni sono sorti nel contesto legale dello Stato di diritto, con scarse violazioni del medesimo, a cominciare dal nazismo e dalla maggioranza dei fascismi, così come nelle dittature militari dell'America Latina. Questi utilizzarono la possibilità di decretare l'eccezione per sospendere il diritto e far entrare in vigore una volontà sovrana come forma legale di governo. Ma è anche sotto questa figura che nuove

²¹ SCHMITT Carl, *Teologia Politica*, Del Rey: Belo Horizonte, 2006, 7-17.

forme di autoritarismo hanno continuato a legittimarsi, anche nello Stato di diritto, con lo scopo di operare un controllo delle popolazioni cosiddette pericolose. È il caso attuale di forme di eccezione decretate sulle popolazioni e territori in tutto il mondo per controllare diversi gruppi umani, tra cui gli immigrati illegali e i rifugiati, che sono inquadrati come soggetti pericolosi.

7. Lo straniero continua nella condizione di nuda vita

La condizione dello straniero nelle società contemporanee è ovviamente diversa da quella delle città antiche. L'esito di una certa universalizzazione discorsiva dei diritti umani ha concesso a tutti gli esseri umani lo status di persona con diritti fondamentali inviolabili. Questo è un punto di non ritorno nella lotta discorsiva e politica dei diritti umani. E' altresì vero che serpeggia una certa (e non velata) ipocrisia sulla figura dello straniero e della sua «utilità»: ben voluto nei panni del turista in quanto fonte di guadagno o come manodopera a basso costo per le imprese (o come strumento di occupazione di territori in passato), disprezzato come immigrato clandestino.

Nonostante alcuni sviluppi puntuali, la figura giuridica politica dello straniero continua a mostrare il paradosso vertebrale che collega il diritto alla vita umana. Il paradosso emerge nelle situazioni limite in cui lo Stato moderno, diversamente dal potere sovrano, non minaccia la vita con la morte bensì con l'abbandono. Lo Stato moderno in quanto Stato di Diritto non ha il potere di uccidere arbitrariamente, potere che era prerogativa del sovrano assoluto sui suoi sudditi. Ma ha sviluppato un'altra tecnica biopolitica che, nel contesto del diritto, permette di abbandonare la vita che non è utile, produttiva o lucrativa, condannandola a sopravvivere nella condizione di abbandono. In questa condizione, la vita abbandonata è spinta a vivere nella forma di bando. Il bando e l'abbandono sono i segni delle vite abbandonate dal diritto perché non sono produttive, utili, efficienti o autosufficienti.

Potremmo dire che la biopolitica moderna si caratterizza nell'implementare politiche di protezione e cura della vita quando questa è considerata utile e favorisce lo Stato e il mercato, e concomitantemente nel creare politiche di abbandono delle vite inutili e improduttive.

Le politiche di abbandono hanno lo scopo di liberare lo stato e il mercato dalla responsabilità costosa delle vite umane la cui esistenza è più onerosa che produttiva. Nella logica utilitarista del capitale, la vita umana è una risorsa biologica e, come qualsiasi altra, è sottomessa alla logica dei profitti e delle perdite. Essa deve essere curata oppure abbandonata in diretta proporzione ai redditi mirati. Il quadro di questa logica biopolitica pervade paradossalmente proprio lo strumento del diritto, da un lato utilizzato in difesa della vita, dall'altro adottato nella logica utilitaristica della biopolitica. Le vite non produttive sono condannate a sussistere in un ambito privato in cui impera la non responsabilizzazione da parte dello Stato e del mercato. Queste vite sono responsabili della propria sussistenza, altrimenti sono condannate all'abbandono. La logica utilitarista della biopolitica viene applicata in numerose situazioni: i disoccupati, specialmente i meno qualificati, i pensionati che, per definizione, non possono più produrre, i malati con basso reddito, i poveri, le periferie sociali, ecc. Anche la biopolitica di abbandono colpisce, in numerose situazioni, la condizione dello straniero, particolarmente la categorie dei rifugiati, degli esiliati, degli immigrati indesiderati, ma soprattutto degli immigrati senza permesso di soggiorno e gli apolidi.

8. *Segue*

Nonostante tutti i progressi che già sono stati realizzati nelle politiche di protezione e difesa degli stranieri, il diritto continua ad essere un dispositivo paradossale che difende e cattura la vita umana. L'analisi che Hannah Arendt ha fatto ne «*Il tramonto dello stato nazionale e la fine dei diritti umani*»²² continua ad essere valida nelle sue principali tesi. Arendt si chiede se i diritti umani, in quanto diritti, perdano la loro validità senza la forza dello Stato che li conferisce. In questo caso, i diritti umani sarebbero da considerare diritti dello Stato e non universali. La questione posta da Arendt riguarda la rivendicazione di universalità del diritto fuori dalla forza dello Stato: «Fin dall'inizio, è apparso il paradosso contenuto nella dichiarazione dei diritti umani inalienabili: questa faceva riferimento ad un essere umano «astratto», che non esisteva in nessuna parte.»²³ Il primo paradosso dei diritti umani, nel momen-

²² ARENDT Hannah, *Origens do totalitarismo*, op. cit., 300-338.

²³ ARENDT Hannah, *Origens do totalitarismo*, op. cit., 325.

to della loro attuazione, è che possano essere effettivamente implementati soltanto da uno Stato, venendo trasformati in diritti dei cittadini di quello Stato e non in diritti universali astratti. Questo paradosso crea una fessura che separa il cittadino nazionale dallo straniero come una condizione inerente all'efficacia dei diritti umani. Le persone che vivono senza la protezione della cittadinanza si trovano perciò nella condizione giuridica di abbandono parziale o totale, a seconda della situazione. I rifugiati, gli esiliati, gli apolidi e l'enorme flusso di migranti, con o senza permesso di soggiorno, vivono questa condizione di vite umane abbandonate dal diritto, in modo parziale o totale. E' il ritorno dell'*homo sacer*. La comprensione critica di questo paradosso sta stimolando un ampio dibattito nella ricerca di una «cittadinanza universale», da considerare però un mezzo in più per circondare totalmente la persona del paradosso del diritto in relazione alla vita umana.

La situazione paradossale dello straniero nello Stato di diritto, è evidente analizzando l'ambiguità del titolo della dichiarazione del 1789 «*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*». Il titolo indica una bipolarità tra uomini e cittadini, per i quali sono pensati diritti diversi. Non è la stessa cosa essere meramente umano e arrivare ad essere cittadino. I meri uomini sono catturati dal diritto moderno come titolari di meri diritti naturali, e soltanto i cittadini possono godere dalla plenitudine dei diritti. E' il diritto moderno che classifica e differenzia gli esseri umani in queste due categorie, agendo, una volta di più, come dispositivo che cattura la mera vita umana, *zoe*, classificandola nella moderna bipolarità di meri umani, con diritti naturali, e cittadini, con pieni diritti. Il diritto che intende fare la difesa degli esseri umani è lo stesso che li classifica in classi diverse e subordinate. Sebbene i diritti si intendano formalmente come naturali e primari. Lo straniero, in questa condizione, riproduce, in tanti casi, la condizione dell'*homo sacer*. In particolare, lo straniero senza permesso di soggiorno vive un'esistenza in dipendente dagli atti arbitrari delle volontà sovrane, a volte di meri burocrati, con un potere diretto sulla vita. Quando recluso nei centri di detenzione o centri amministrativi, egli ricade in uno spazio quasi anomico in cui non si applicano pienamente né il diritto penale, né il diritto civile. Nei centri entrano in vigore norme amministrative che, in molti casi, si trovano al di fuori del diritto nazionale, la cui applicabilità dipende dalla buona o mala volontà dei gestori del centro. Quando vi è detenuto lo straniero mantiene la garanzia formale dei diritti fondamentali, però la qualità

della sua esistenza in quanto essere umano dipende dall'arbitrio sovrano dei diritti politici. Nella sua persona, questi diritti politici sono diversi dai diritti umani fondamentali e senza una cittadinanza basica non è possibile ottenere diritto al lavoro, allo stipendio, alla casa ecc. Senza questi, la sua condizione ricade ad un livello di miseria, in cui non può far valere i diritti civili perchè non cittadino, non può venir accolto dal diritto penale perchè non criminale: egli è un *homo sacer* in attesa di una decisione sul proprio futuro che sia un permesso di soggiorno o un'espulsione dal paese. .

9. *Segue*

La Dichiarazione dei diritti del 1789 opera come dispositivo giuridico che cattura la vita umana nuda, *zoe*, e la classifica in uomini e cittadini. Ancora una volta questa cattura classificatoria difende e esclude concomitantemente la vita umana. Il paradosso di questo dispositivo diventa più evidente se ricordiamo che nel concetto di cittadinanza non erano incluse le donne, né i poveri, né i lavoratori senza un certo reddito o proprietà, né i bambini, e ancora gli stranieri. La cittadinanza moderna era censimentaria e derivava dal possesso di patrimonio e reddito. La Dichiarazione, nel momento in cui cattura la vita umana astratta e la classifica in questa bipolarità, opera come dispositivo che difende e minaccia, che esclude e include dal diritto nello stesso atto.

Il paradosso di questa bipolarità è rimasto ampiamente registrato nei diversi dibattiti ed argomenti che sono stati stabiliti per legittimare la separazione tra uomini e cittadini. All'inizio si è voluto distinguere tra diritti attivi e diritti passivi. Sieyès stabilisce una distinzione tra i diritti naturali e civili per i quali la società è formata e i diritti politici verso cui la società si è formata. I primi sarebbero i diritti passivi e i secondi, attivi. Egli concede che tutti gli abitanti di un paese abbiano diritti passivi, ma non tutti hanno diritti attivi. Tutti sono cittadini passivi, ma non tutti sono cittadini attivi²⁴. Questa bipolarità rivela non soltanto la volontà politica di restringere diritti, ma svela il paradosso del diritto come dispositivo biopolitico che difende e cattura la vita umana, e la difende catturandola. La cattura è fatta tramite una classificazione che include la vita nel diritto ma con il potere di escluderla.

²⁴ SIEYES Emmanuel Joseph, *Écrits politiques*, Paris, Éditions des Archives Contemporaines, 1985.

Lunghi secoli di lotte sociali sono stati necessari per decostruire, in parte, la classificazione gerarchica che escludeva i lavoratori e i poveri dai diritti di cittadinanza, fino a riuscire ad universalizzare, formalmente, il diritto di cittadinanza attiva a tutti gli uomini indipendentemente dal reddito, per il solo fatto di essere nati in un paese. In molti paesi come Stati Uniti, Brasile ecc, furono necessarie tremende lotte politiche per considerare i discendenti africani come cittadini, con diritti uguali a quelli degli altri gruppi. Furono necessarie ancora più lotte per ampliare il concetto di cittadinanza ed includerne le donne. Ai nostri giorni, restano ancora al palo gli stranieri come categoria umana che, per definizione, rimane esclusa dal diritto alla cittadinanza.

Il paradosso normalizzatore del diritto continua a costruirsi tramite le dinamiche di lotta sociale in cui il diritto è contrapposto all'alterità umana. Il diritto sempre tende a legittimarsi come legale e, di conseguenza, come la verità che normatizza la vita umana all'interno dell'ordine costituito. Il punto critico che mette in tensione la validità del diritto è l'alterità umana, specialmente l'alterità delle vittime, di coloro cioè che soffrono il diritto come dispositivo che normatizza per mezzo dell'inclusione escludente.

La Dichiarazione Universale del 1948 - cercando di compensare la bipolarità uomo-cittadino della dichiarazione del 1789 - ha sostituito il termine uomo col concetto di persona; "Tutte le persone nascono libere ed uguali in dignità e diritti ...". Il tentativo della dichiarazione di universalizzare i diritti e la dignità, o la dignità per mezzo della sua dichiarazione come diritto, ha una portata limitata. La limitazione è inerente al modo come il diritto universalizza formalmente la dignità della vita, continuando a delimitare una differenza qualitativa dei diritti dei cittadini da quelli che non lo sono, nel caso di specie stranieri, rifugiati, esiliati e apolidi.

Il paradosso del diritto rispetto alla tutela della vita umana non è risolto dalle dichiarazioni formali nè dai cambiamenti delle categorie filosofiche, sebbene che ambedue siano tecniche importanti per aiutare a decostruire la normalizzazione del diritto. Il paradosso continua ad operare come dispositivo attuale, tra le altre forme, nella separazione realizzata abitualmente tra l'umanitario e il politico. L'umanitario sembra essere una dimensione primaria della vita umana in quanto pura vita naturale. Nell'attualità si attribuisce la cura umanitaria alle organizzazioni sociali chiamate, per questa ragione,

umanitarie. Queste organizzazioni non hanno smesso di crescere in tutto il mondo con lo scopo di curare gli essere umani come essere umani, senza implicarsi nella realtà politica che li ha fatti, nella maggioranza dei casi, diventare vittime di una violenza.

Le organizzazioni umanitarie sono concepite come spazi apolitici il cui principio è curare i danni della violenza politica. Così, l'umanitario occupa lo spazio che separa i diritti dell'uomo da quelli di cittadinanza; di guisa che le organizzazioni umanitarie, in linea di principio, non possono né devono essere politiche. Ossia, esse non devono far altro che (pre)occuparsi degli esseri umani non considerandoli cittadini e quindi soggetti politici. La politica, una volta di più, è messa al di fuori dell'umano: il tema della violenza viene considerato come problema interno a questa o quella cittadinanza, dimenticando il problema della sofferenza sotto il profilo squisitamente umano e umanitario²⁵.

Questa nuova bipolarità rende possibile che le organizzazioni politiche come la NATO progettino guerre e intervengano attivamente, vedi i conflitti nella ex-Yugoslavia, in Iraq, Afghanistan, Libia e Siria, provocando milioni di morti, feriti, rifugiati, esiliati, e, contemporaneamente, gli stessi Stati stimolino la presenza delle organizzazioni umanitarie come la Croce Rossa, Medici Senza Frontiere etc. Le organizzazioni umanitarie, in questi casi, attuano per riparare umanitariamente al disastro politico provocato da altri interessi, che non sono umanitari bensì economici e strategici.

I campi dei rifugiati in tutto il mondo sono testimonianza di questa bipolarità non risolta che li condanna al di fuori dei diritti di cittadinanza. Lo strumento dell'eccezione normalizza la loro vita. Il campo diviene lo spazio in cui l'eccezione agisce ed entra in vigore come norma, esponendoli a numerose forme di violenza. All'interno di questi campi, le organizzazioni umanitarie hanno cura della vita umana in quanto umana, ma non hanno il diritto di esigere cittadinanza né spingere le persone a ribellarsi per ottenere diritti. In tal caso infatti, le organizzazioni umanitarie violerebbero il diritto umanitario e sarebbero diventate organizzazioni politiche all'intendere che gli esseri umani siano anche soggetti politici. La presenza umanitaria, secondo il diritto umanitario, richiede l'assenza del politico nell'umanitario. In questa maniera, la condizione umana tornerebbe a separarsi nella bipolarità: *zoe* e cittadino.

²⁵ Su questo punto, vedi AGAMBEN Giorgio, *O homo sacer*, op. cit., 140 ss.

10. *Conclusion*

La condizione dell'*homo sacer* riappare in ogni circostanza in cui la vita umana sopravvive, fuori del diritto, ma da un atto del diritto. Gli stranieri, i rifugiati, gli esiliati e gli apolidi sono le tante figure dell'*homo sacer*. Il paradosso che vincola il diritto con la vita non è risolto né con più diritto né col diritto negato. Se rimuoviamo il diritto dalla vita, essa resta esposta alla violenza. Al tempo stesso l'intensificazione dei dispositivi giuridici sulla vita finiscono per controllarla, come un oggetto da governare. Questa è una tensione insolubile. La tensione riflette la condizione dell'essere umano, attraverso cui, corre permanentemente la relazione paradossale tra il diritto e la vita. Questa relazione vede il diritto come tecnologia sussidiaria della vita, senza l'esistenza di un punto finale d'accordo né un modello perfetto e definitivo per essa. Tutti i modelli formali, razionali o ideali del diritto si dissolvono di fronte ai fatti storici che permanentemente hanno visto l'utilizzo del diritto come dispositivo biopolitico, senza trovare la forma ideale di una sua applicazione universale e permanente. La relazione dovrà essere sempre risolta e dissolta nella misura in cui il diritto compia o meno la sua funzione sussidiaria nel rispetto della vita umana.

L'obiettivo di questa discussione è ricostruire, sempre parzialmente, un'analisi critica del paradosso per cui il diritto si relaziona con la vita umana. La ricostruzione critica del paradosso diventa possibile continuando a disegnare strategie di decostruzione, consapevoli che la problematica non ha risoluzione immediata a favore di uno dei due termini della relazione. Il punto critico si rinviene nel modo in cui la vita umana è catturata o protetta dal diritto. La figura dello straniero mostra che nella nostra contemporaneità la condizione paradossale dell'*homo sacer* continua a riprodursi come dispositivo biopolitico di controllo sulla vita delle persone considerate pericolose. Lo *status* giuridico-politico dello straniero (incluse le diverse forme di straniero, migranti, rifugiati ed apolidi) è la nuova frontiera su cui interrogarsi, uno stato compreso tra il concetto di cittadinanza comportante diritti riconosciuti e quello di essere umano senza tutele.

11. *Segue*

Nell'orizzonte critico di questa problematica riappare l'alterità umana come criterio etico che deve giudicare il valore politico di qualsiasi diritto. La validità del diritto, di

qualsiasi diritto, non si trova nella legalità dello stesso, ma nella sua (in)capacità di difendere e sollevare la vita umana. La vita è il criterio etico e politico che (in)valida il diritto, e non il contrario. Il diritto deve esistere in forma fluttuante ed instabile, istigato dall'interpellanza etica dell'alterità umana. L'alterità umana è l'esteriorità solida che giudica, dalla sua differenza, la validità di tutti i dispositivi di potere. Nessun diritto è o esiste al di fuori o contro l'alterità umana. L'alterità umana ha il potere etico di decostruire la validità normativa di qualsiasi diritto che non riesca a proteggerla o potenziarla. Il primato è della vita umana, il diritto è sussidiario, relativo, fugace e storico. Questo esiste in quanto serve come sostrato che articola le forme di vita; di questo ci si deve disfare quando non riesce più a realizzare tale funzione. La vita non dipende dal diritto, è il diritto che deve dipendere dalla vita.

Questo orizzonte etico acquisisce una speciale impronta politica quando l'alterità che interroga il diritto è l'alterità delle vittime. Le vittime soffrono, per definizione, una negazione parziale o totale della loro alterità. La vittima è il risultato di un'ingiustizia, di una violenza ingiusta. Il diritto che fu incapace oppure complice nella negazione dell'alterità delle vittime va messo in discussione nella sua validità. La condizione delle vittime è il criterio etico che interroga sulla validità del diritto che è in vigore su di esse. La vittimainterPELLA il diritto e l'ordine in cui essa si trova. L'alterità della vittima è in sé stessa un'interpellanza etica che (ri)chiede un'azione politica immediata per trasformare la realtà che ha consentito l'ingiustizia sofferta. Il diritto vigente non si legittima stabilmente come difensore della vita.. E quando il diritto non riesce evitare o contribuisce a legittimare la condizione delle vittime, questo diritto diviene illegittimo. La sua illegittimità non deriva da un altro atto formale, ma dall'interpellazione etica primaria dalle vittime, che invalida la giustificazione di tale diritto. Soltanto il diritto che è capace di fare giustizia può avere validità come diritto.

Il punto critico che vincola il diritto con la vita umana si trova nella condizione storica delle vittime e nella loro richiesta di giustizia. La validità del diritto è una conseguenza etica della possibilità di fare giustizia alle vittime, in caso contrario, esso sarà un diritto illegittimo, un diritto invalido, anche se continua ad essere in vigore come diritto legale dall'ordine stabilito.

Abstract

This article presents a critical reading of the law in relation to human life. The same law that protects life, can also threaten it through his suspension, making it a mere bare life. The human being reduced to the status of mere bare life is vulnerable to an unimputable violence. The legal political figure of the *homo sacer*, belonging to the old Roman law, reveals, according to Agamben, this paradox. Today, the condition of thousands of foreigners (over) live in hiding reproduces the condition of homo sacer: if they get legal status, they are entitled to some protection, otherwise they will be abandoned as mere bare life.

São Leopoldo, novembre 2014.

TIZIANA CROCE

Information asymmetry in online bargaining

Index: 1. Asymmetries and online bargaining – 2. The European legislator – 3. Continued – 4. Information requirements – 5. Continued – 6. Protection – 7. The penalty regime

1. *Asymmetries and online bargaining*

The weakness that affects the stakeholder's ability to take advantage of marketplace opportunities is due to the existence of various types of asymmetries that appear to be more evident in the global Internet space, resulting in a lack of online confidence by the recipient of the services of the information society. The information asymmetry implies a lack of information or the inability to process it, and although the legislator provides for the reference to the vices of the will and therefore the termination of the relationship, the consumer is not driven to buy goods or services. For buyers of goods the information asymmetry pertains to product safety, comparability and traceability, while for buyers of Internet services the satisfaction of the customer's interest depends on the behavior of the service provider. A more careful analysis of the issue shows the following: *structural evaluative asymmetry*, which is related to the complexity of the goods and services under the contract, namely to the difficulty of rationally evaluating the offer both from the economic point of view and in terms of psychological satisfaction, such as in the case of purchasing software applications or services based on complex or transactional contracts, which make contractual relationships extremely unbalanced; *temporal evaluative asymmetry*, i.e. the possibility to evaluate the consequences of the offer only a certain time after the conclusion of the contract; *bargaining power asymmetry* due to the contract conditions that prevent or hinder the

transition to other market offers, although they are left to the autonomy of the parties, such as in the case of inserting unfair terms on which online service providers often base their profit; *organizational asymmetry*, which imposes excessive consulting fees, refers to the costly access to justice, resulting in the need for more appropriate, efficient and faster protection and the implementation of class action and online mediation.

The spread of social interrelations in digital environments poses critical implications about the nature of such implications, and specifically the issue that further affects the completion of contractual relations is online confidence. Confidence is understood as the decision of a user who, in order to achieve a goal, makes it depend on another user's behavior; that said, confidence can be used on the Internet to describe the relations between two or more parts that only interact online. The question arises whether virtual environments are provided with all the necessary conditions to generate confidence.¹

Online confidence is of great importance in online interactions and commerce. In order for it to constitute the basis for the development of business practices, communication between the parties must necessarily take place in a clear and honest way and procedures must be implemented to ensure the properties required for such communication. However, it is true that the digital environment as such has an informational nature and information is the essential element of all the activities carried out in this environment. *The interactions concerning information disclosure, its honesty and efficiency represent the basis of each activity carried out in digital environments.* Therefore, confidence is a peculiar stimulus to interact and develop social relationships in the virtual environment.

The European Union, since its first interventions on this subject, has paid particular attention to the information regulations in relation to the development, conclusion and execution of the contract. The points of contact between information and contract are manifold: information is important at the pre-contractual stage and in the performance of product promotion activities, since it is likely to influence market choices and therefore contractual choices; it is important since its utilization may constitute an abuse of positions held within the market; it may constitute the instrument whereby the principle of contract

¹ M. TADDEO, *Fiducia on-line: rischi e vantaggi*, in *Manuale di informatica giuridica e diritto delle nuove tecnologie*, Turin 2012, 419 and ss.

transparency can be fulfilled; information can make for the proper execution of the contract. In short, information is the instrument whereby the system intervenes in the contractual regulations to correct, by imposing information obligations, the disparity in the bargaining power of the parties.

2. The European legislator

The European legislator has intervened to protect consumers and improve the regulatory body of the Community, by simplifying and completing the existing regulatory framework, to establish a “genuine internal market..., while ensuring respect for the principle of subsidiarity”, to get over the fragmentation of the regulation system in force and harmonize national legislations. The differences between the various member states cause significant distortions of competition and impede the proper functioning of the internal market. The reduction of the obstacles in the internal market and the maintenance of a high level of consumer protection are the two essential principles whereby the Commission works to fill the gaps in the applicable directives and coordinate them with each other. The review of the consumer *acquis* summarizes the survey results obtained by the Commission after comparing the enforcement of the directives in member states, including case law and administrative practice, after establishing a permanent work team for the review of the directives, after holding stakeholders’ seminars mainly focused on issues related to the contract law relevant to the review of the consumer *acquis*, and after a careful analysis of the attitudes of consumers and companies towards consumer protection provisions and of the effects on cross-border trade. To start an effective and productive review of the *acquis*, two “techniques” can be used (obviously one excludes the other): the so-called *vertical approach*, i.e. the modification of the directives one by one and then their subsequent coordination; or the so-called *mixed approach*, i.e. the identification of the common points of all the directives and then their unification in a single legislative act. There is also a third solution, the *no legislative action approach*, which would not eliminate the current fragmentation of the regulations but might even increase it following the use in the process of transposition of minimum harmonization by member states. After verifying the degree of harmonization between the Community legislation in force and that of member states, the Commission

pointed out the need to establish the “degree of harmonization” of the Community legislation.

It can be inferred from a careful analysis that so-called *minimum harmonization*, namely the right of each member state to ensure a more extensive consumer protection level than provided for by the directives, thus creating somewhat differentiated consumer protection among member states, brought about a situation of great uncertainty that generates, on the one hand, a strong limit to cross-border entrepreneurial activities and on the other hand, consumers’ uncertainty to receive the same protection level in cross-border bargaining as ensured in their own country. What are then the possible solutions? One hypothesis involves the complete review of the consumer *acquis*, thus obtaining full harmonization². In this way, member states would not have the possibility to enforce protection rules more pregnant than those provided for by the Community legislation. Should maximum harmonization be impossible for certain reasons, a clause of *mutual recognition* could be recalled generating the possibility to integrate the national legislation with provisions aimed to achieve a higher consumer protection level, without burdening companies established in other member states with stricter requirements that would produce unjustified restrictions on freedom of movement or freedom to provide services. Another hypothesis consists in the review of the legislation according to a criterion of minimum harmonization, to be couple with a clause of *mutual recognition*. States might ensure higher consumer protection, provided that companies having their registered offices in other member states respect only the regulations in force in the country where they are established. The Union opted for full harmonization, but it did not review the entire body of European legislation on consumer protection, as had been pointed out several times, although the study promoted by the commission and consisting in the *Consumer Law Compendium* witnessed a systematic fragmentation (*the reason for such variations is that the corresponding provision of the respective Directive contains a gap which the member states have tried to fill with national laws*), numerous converging but different regimes for each of the profiles covered by the directives, ambiguity, inconsistencies and not least obsolescence of the directives themselves due to the emergence of new business models created by the enormous development of technologies.

² A. SOMMA, *Introduzione critica al diritto europeo dei contratti*, Milan 2007, 32 and ss.

In fact, the proposal for a directive on consumer rights of 2008³ was only made for the review of four fundamental consumer directives: Directive 85/577/EEC on contracts negotiated away from business premises, Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts, Directive 97/7/EC on the protection of consumers in respect of distance contracts and Directive 99/44/EEC on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees. However, that proposal failed to provide for a systematic regulation of the rights of contractors/consumers in general, which would disregard sectorial regulations, even if the commission had chosen maximum harmonization as an instrument.

According to many, the choice was unfortunate because not necessarily do the different national legal solutions, to the extent permitted by the directives, produce such serious barriers to competition as to justify the measures proposed, but above all they would violate the principles of proportionality and subsidiarity that underlie Community regulatory interventions. The Court of Justice of the European Union has also repeatedly stated that the harmonization measures under art. 95 of the EC Treaty are implemented only if they are necessary to achieve the purpose; moreover, the principle of subsidiarity provided for by art. 5 of the EC Treaty provides that outside the areas of competence, the Community can intervene only if and insofar as the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by member states and therefore can be better attained at Community level. In this case, the instrument used would be a horizontal directive based on maximum harmonization and therefore it would act as a regulation, implying the inapplicability of national provisions if conflicting and states would be deprived of discretion, albeit minimum. The European Economic and Social Committee even criticizes the choice of the legal base of the proposed directive, stating that reference should not be made to article 95 as a legal prerequisite since it relates more to the construction of the internal market, but to article 153, which provides that the Community promotes consumers' interests and ensures a high level of consumer protection consistently with the competence of member states. In fact, European consumers cannot only be seen in the perspective of the internal market as actors in a competitive system, the protection of whom would consist in providing them with *better and ampler information*, but the EU consumer protection policy is effective only if it rep-

³ COM (2008) 614 def.

resents an *essential and assertive element of the citizens*. The Committee further states that any proposal whose goal is maximum harmonization in the field of consumer protection must cover specific aspects and be accompanied by special precautions to meet the high level of consumer protection guaranteed by the Treaty, in compliance with the principle of subsidiarity. Otherwise, there would be a great number of consequences, including in particular delaying or impeding the development of consumer rights in each member state. Despite the failure to complete the project for the unification of the consumer law, which would have superseded acquired national rights, and in the wake of allegations that while protecting traders the prominent object of the review of the *acquis*, namely consumer protection, would be undermined, the Commission did provide for maximum harmonization, which was however targeted and related to the national regulation of member states. The final version of the directive, approved by the Union, provides for maximum harmonization only for contracts concluded away from business premises and for distance contracts.

3. *Continued*

In convergence trade consumers enter the digital market by using various instruments such as computers, tablets, smartphones, TV sets connected to a fixed, Wi-Fi or mobile network (we talk about m-commerce, i.e. mobile commerce), from their houses, their offices, in urban areas and through social networks (f-commerce, i.e. Facebook-commerce or social commerce). Therefore, network access conditions, phone rates and phone number portability become subject to consumer protection.

Dematerialization is the main feature of the new virtual markets, so network non-territoriality and denationalization redefine the ways of using goods, especially non-material goods⁴, and the exclusive property right gives way to non-exclusive contract forms for non-material goods and services.⁵ In this sense, there is a clear difference between online consumer and digital consumer: as far as the former is concerned, the legislator focuses on the

⁴J. RIFKIN, *L'era dell'accesso. La rivoluzione della new economy*, Milan 2000: .. In the new era, markets are making way for networks, and ownership is steadily being replaced by access. Companies and consumers are beginning to abandon the central reality of modern economic life – the market exchange of property between buyers and sellers. Instead, suppliers hold on to property in the new economy and lease, rent or charge an admission fee, subscription of membership dues for its use...

⁵V. FRANCESCHELLI, *Consumatori e nuove tecnologie. Cittadini e consumatori nell'era digitale*, in E. Tosi (edited by) *La tutela dei consumatori in Internet e nel commercio elettronico*, Milan 2012, 10 and ss.

form and the creation process of agreements in online bargaining; as to the latter, the legislator takes into account the dematerialization of the object, the use of digital contents and therefore new consumption methods, guarantees and protection.

The relentless technological development of the media and the ever-growing digital connotation of contracts constitute an exponential increase in the market and the Union, in the context of the Europe 2020 strategy, could not fail to review the regulations relating to online contracts, so it attached importance to digital contents for the first time by regulating the “digital content contract” to stimulate the circulation of such contents and improve consumer protection. In fact, by the Digital Agenda for Europe, the Union intends to develop the internal market with particular regard to digital contents. In this regard, legislative reforms are required in all sectors that make for the best use of the network by all citizens, intended for the field of broadband, aimed at improving digital services for cross-border interoperability and IT safety, and not least at implementing cloud computing in all sectors of the economy for the reduction of information technology costs.

The cloud can stand as a platform of digital contents and web services that can be assessed through broadband by all users at lower costs and in a shorter time; moreover, it can provide for the desired *area without internal borders for information society services*.

The European legislative initiatives relating to the regulation of digital content trade tend to stimulate online bargaining and consequently to remove the barriers that prevent companies from carrying out their cross-border activities and those that prevent users' access to the Internet.

The Directive 2011/83 of 25 October 2011⁶ is the final act in the process of adaptation of certain directives relating to e-commerce and of consumer rights to the new technological context and the new opportunities it offers. The Directive was transposed into our system by the legislative decree no. 21 of 21 February 2014⁷, which amended the code on consumption replacing articles 45 to 67. The legislation applies to all contracts negotiated

⁶ Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council, which repeals Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council, GUUE L 304/64 of 22.11.2011.

⁷ Legislative Decree no. 21 of 21 February 2014, Implementation of Directive 2011/83/EU on consumer rights, amending Directives 93/13/EEC and 1999/44/EC, which repeals Directives 85/577/EEC and 97/7/EC, GUI no. 58 of 11/3/2014.

online or away from business premises by a trader and a consumer, and is related, subject to certain exceptions governed by other directives, to both goods sale contracts and service provision contracts, as well as to contracts for the supply of water, gas, electricity and remote heating by public providers.

The Community legislator tries to restyle consumer protection regulations, although the repeal of Directives 85/577 (contracts negotiated away from business premises) and 97/7 (distance contracts) provided for by article 31 is due to changes affecting various sectors, while the amendments to Directives 93/13 (unfair terms) and 99/44 (sale of consumer goods) are marginal. However, the directive is intended to systematically rearrange common regulations of contracts negotiated away from business premises and distance contracts in a single regulatory body aimed at promoting a *climate of confidence among European consumers in the level of safety in business transactions that can be performed through the use of online instruments and financed through online payment services*⁸. The prediction of maximum harmonization determines the mandatory nature of the rules and the imperativeness and impossibility to dispose of the rights it confers to the consumer.⁹

The changes introduced by the directive are manifold. Indeed, it provides not only for pre-contractual information obligations for traders who propose consumers to enter into distance contracts or contracts away from business premises (articles 6-8), but also for pre-contractual information obligations for traders who propose consumers to conclude contracts that can be qualified neither as distance contracts nor as contracts entered into away from business premises (art. 5). The directive also introduces significant changes in relation to the right of withdrawal for the consumer who enters into distance contracts or contracts away from business premises (articles 9-16). Finally, another important change is the treatment of distance contracts whose contents are digital¹⁰: article 2 defines digital con-

⁸ V. CUFFARO, *Profili di tutela dei consumatori nei contratti on-line*, in (edited by) G. FINOCCHIARO, F. DELFINI, *Diritto dell'informatica*, Turin 2014, 377 and ss.

⁹ Absolute prohibition of derogation by member states, both *in peius* and *in meius*; however, the *favor* is guaranteed to consumers in single bargaining under art. 3 no. 6, so traders may propose consumers contractual agreements that go beyond the protection guaranteed by the directive, art. 3 no. 6.

¹⁰ It is the first time that the EU legislator has expressly taken into account digital contents, which are governed by a directive and a proposal for regulation, in order to stimulate the market of digital contents and protect the consumer. In this regard, the legislator has established further information provision requirements for traders concerning the online provision of digital contents and the exclusion of the right of withdrawal by consumers in case they have been informed before the conclusion of the contract and have agreed thereto.

tents as data produced and provided in a digital format, thus including computer programs, games, text and music files, and advertising material offered and marketed in a digital format through the Internet.

Directive 2011/83 provides information models of the right of withdrawal and forms to be used for exercising this right. Moreover, contracts whose subject is digital contents are included in the definition of distance contracts, establishing wide-ranging information obligations and special formal requirements (art. 8) for traders, as well as a *jus poenitendi* for consumers (art.9) except in case the provision of digital contents is through a digital medium (art.16, letter m).

4. Information requirements

The European Union has paid special attention to the regulation of information in relation to the development, conclusion and execution of the contract. Information is important in various aspects: at the pre-contractual stage and in the performance of product promotion activities, since it surely influences contractual choices; it may determine an abuse of positions held within a market or represent an instrument for contract transparency; it may ensure the proper execution of the contract and, above all, represent the instrument whereby the disparity in the bargaining power of the parties can be corrected and the afore-mentioned asymmetries can be eliminated. The information necessary to make the best contractual choice is such since it can eliminate the implicit asymmetries. It entails a retrieval and evaluation burden for the party concerned, according to the principle of self-responsibility, and information obligations for the better informed contracting party.

One of the important changes introduced by the directive is the obligation for the seller and the provider of services to deliver certain information at the pre-contractual stage regardless of the contracts being concluded at a distance or away from business premises. In this regard, article 5 specifies some information that the seller, prior to the implementation of the contract, is required to deliver to the consumer in a clear and comprehensible way, unless it is already incontrovertibly evident. The information concerns: the main characteristics of the product; the trader's identification data; the total price, including taxes and additional transportation, delivery or mail costs, as well as the mechanism for calculating

the price in case its exact amount cannot be determined before the conclusion of the contract; agreements, if any, on price payment, goods delivery and service performance, as well as on delivery terms and claim methods; the reminder about the existence of the legal conformity warranty and, if any, post-sales services and the standard warranty; the contract expiry date and, in the case of a permanent contract, the automatic renewal or cancellation conditions; the function of the digital contents, including the applicable technical protection measures; the compatibility of the digital contents with the hardware or software applications in case the seller is or might be reasonably deemed aware.

As stated earlier, the information obligations also apply in the process of implementation and execution of the contractual agreement since they are necessary for the conscious formation of the consumer's consent. They are intended to overcome the information asymmetry of the weaker contracting party. It should be noted that the European and national legislators have not established any penalties of a general nature for the violation of the information obligations, but they have provided for the right of withdrawal, which frequently does not ensure proper protection for the consumer because it might imply the loss of an advantage arising from the contractual relationship, and certainly, in this case compensation for damages would be a more proportionate remedy to the non-satisfaction of the interest upon the proper execution of the contract.

A careful analysis of the EU provisions shows that the legislator adopts two remedy strategies: a preventive, *ex ante* strategy to avoid situations that are not favorable to the consumer and a subsequent, *ex post* strategy designed to rebalance the contractual relationship. In general, in the phase prior to the development of the contractual agreement, protection must be ensured through information obligations and the prohibition of unfair business practices, advertising and information, always taking account of the trader's good faith obligations. Then, after the conclusion of the contract stipulated erroneously due to incorrect, inaccurate or omitted information, suitable remedies can satisfy consumer interests, which may be alternative or concurrent, individual or collective, in order to ensure maximum market efficiency.¹¹ In some cases, the EU legal system does not prescribe penalties or does not provide directions about the consequences of the violation, for example, of infor-

¹¹ M. ASTONE, *Europa e diritto privato*, I/14, 18.

mation-related or pre-contractual behavioral obligations. Thus, the consumer who intends to conclude the contract in spite of the trader's unlawful conduct can make use of other instruments, in addition to the remedies applicable under the law and the exercise of the *jus poenitendi*.

Although the objective pursued is total harmonization, Directive 2011/83, in order to better guarantee the full implementation of the cross-border market, does not *make any choice* in terms of remedies, except for the right of withdrawal, *for the protection of the consumer who concludes the contract, without prejudice to the rules of national law that govern the validity of the contract*. In this regard, recital 14 states that “the directive should be without prejudice to national law regulating for instance the conclusion or the validity of a contract, to the extent that contract law aspects are not regulated by this Directive”.

Article 6 of the Directive provides the obligation for the trader who provides online services or goods to deliver information before the conclusion of the contract; this implies a higher level of market transparency, greater competition between business players and lower transaction costs. Before the conclusion of the contract for digital contents, the trader must communicate, *in a clear and comprehensible way*, the characteristics of the goods or services, including the functions of the digital contents and the technical protection measures applied, and then provide information about the interoperability of the digital contents with the hardware and software applications which the trader is or might be reasonably deemed to have become aware of. In this regard, recital 19 specifies that the concept of relevant interoperability is meant to describe the information about the environment, the type of hardware and software applications compatible with the digital contents, such as the operating system, the necessary version and certain hardware features. Traders must also specify their identity, their business operating address, methods of payment, delivery and execution, including the date for the delivery of goods or the provision of services, the existence of the warranty, the possibility to resort to an extrajudicial claim mechanism and, in case the right of withdrawal is provided for, the conditions, terms and procedures for exercising the *jus poenitendi*. Information must be provided by the trader compatibly with the means of remote communication used, which in this case is the Internet. Article 8 provides for other obligations; in particular, in case the relationship imposes a payment obligation,

before the consumer places an order the trader must give the information under article 6, paragraph 1, letters a), e), o) and p), i.e. the essential elements and the directions for online deliveries. Article 6, paragraph 8, also provides for the obligations of the directive on internal market services (Directive 2006/13/EC), the directive on e-commerce (Directive 2000/31/EC) and, in the case of conflict, the provisions of Directive 2011/83 shall prevail. The directive also grants the possibility for member states to impose additional information requirements to service providers established in their territories. This might cause differences in treatment: if the same service was provided to consumers of a member state by two traders established in other member states, one of them would probably be burdened with the obligation to deliver more stringent information about the provision of services than the other one; this would represent a clear contrast with full harmonization, which is pursued by the directive.

5. *Continued*

The consumer is entitled to receive information, in writing or on a durable medium, before or on the execution of the contract. Thus, the question arises whether the information available by a click on the seller's website should be regarded as information on a durable medium as defined by article 2 no. 10 of Directive 2011/83¹². While there is no doubt that the term durable medium refers to any instrument that enables the consumer to store and reproduce its contents without any alteration, it is equally true that a website cannot be considered as a durable medium since web pages are, by their nature, modifiable and this implies that the consumer is not in control of the information. Website and durable medium are mutually exclusive, so it should be noted that an informational web page is only controlled by those who publish it and not by those who consult it. The information contained therein is in progress and not static, since it can be corrected, and although the

¹² Article 2 no. 10 of Directive 2011/83: «durable medium»: any instrument which enables the consumer or the trader to store information addressed personally to him in a way accessible for future reference for a period of time adequate for the purposes of the information and which allows the unchanged reproduction of the information stored.

page is an electronic document and can be compared to mechanical reproductions pursuant to article 2712 of the Civil Code, it does not offer legal certainty.¹³

The change in the information by the trader upon preparing the contract model would impact on the reasonable confidence of the consumer and violate article 6, which establishes that the information provided is an integral part of the contract and cannot be changed unless expressly agreed upon by the parties; this would lead, as some say, to a contractual agreement that is not invalid but inexistent.¹⁴

6. Protection

The directive on consumer rights has completely rewritten the EU regulation on the right of withdrawal from the term established in fourteen days and commencing according to the type of contract entered into.

In the case of contracts for the supply of digital contents not provided on a material medium, namely when the digital contents are delivered online, the consumer has, pursuant to article 9, paragraph 2, letter C, fourteen days to exercise the right of withdrawal starting from the day the contract is concluded. However, if the trader fails to provide the consumer with the required information on the right of withdrawal, a further period of 12 months shall commence for the exercise of this right at the expiry of the fourteen days (article 10). If the consumer receives the required information on the right of withdrawal within 12 months, the withdrawal period shall expire 14 days after the day upon which the consumer receives that information.

The same article 9, paragraph 1, considers the cases of exclusion of the right of withdrawal provided in article 16 and, with reference to digital contents that are transferred by means of a material medium, establishes that in case consumers provide for an express waiver of the right of withdrawal upon executing the contract they will be no longer able to exercise the *jus poenitendi*. This prevents consumers from having contents delivered on trial and, after saving them, withdrawing from the contract. Therefore, the possibility to exclude

¹³ S. PAGLIARINI, *Neoformalismo e trasparenza secondo il canone della Corte di Giustizia: note sparse sui content services e ebookers. Com. alla luce della direttiva 2011/83/UE*, in *Persona e mercato*, 2013, 225 and ss.

¹⁴ M.LEHMANN, A. DE FRANCESCHI, *Il commercio elettronico nell'Unione europea e la nuova direttiva sui diritti dei consumatori*, in *Rass.dir.civ.*, 2012, 435 and ss.

the right of withdrawal of digital contents and their immediate online transfer considerably reduces illegal downloading. So when traders wish to exclude the right of withdrawal, they must arrange for a specific field in their website to inform consumers of the exclusion of the right of withdrawal. Such a field must obviously be clicked by consumers before placing a product order, besides the fact the order implies the obligation to pay: it is what happens in the Button solution. If the provisions on the exclusion of the right of withdrawal are not complied with, consumers still have the right to withdraw within fourteen days after the conclusion of the contract, without any obligation to state the reasons and without having to bear the cost of the termination of the contract. They shall only be liable for the cost of returning the goods, which is free of charge in online bargaining. In the case of material goods, the loss of value must be compensated in the event of handling other than used. Another case is the situation of accessory services, such as the installation of software, where the trader is entitled to compensation in proportion to the accessory services provided. Moreover, the consumer (article 14, paragraph 4, letter b)) shall bear no cost for the supply of the whole or part of the digital contents that are not provided on a material medium in case the trader has failed to fulfil certain information requirements, such as the confirmation (article 8, paragraph 7). This applies also when the consumer has not agreed to the commencement of the performance before the expiry of the fourteen-day term, which starts after the conclusion of the contract. Article 13 also provides that, in case the consumer has expressly requested delivery of the digital contents in a type other and more expensive than the standard one, i.e. delivery on DVD instead of direct download from the trader's website, the trader shall not be liable for any supplementary costs related to that other type of delivery chosen by the consumer. In this case the trader may subject reimbursement to the proper return or reshipment of the goods by the consumer.

The procedures for exercising the right of withdrawal are provided for by article 11: the consumer shall inform the trader of his decision to withdraw from the contract by using the model withdrawal form as set out in Annex I (B), or by making an unequivocal statement of his decision, and member states shall not provide for any formal requirements applicable to the withdrawal other than those provided for by the form. Withdrawal shall be validly exercised if the consumer has sent the relevant communication within the fixed

period; the trader may, in addition to the above-stated possibilities, allow the consumer to electronically send the withdrawal form as set out in Annex I (B) or the unequivocal withdrawal statement on the trader's website. In these cases the trader shall communicate to the consumer an acknowledgement of receipt of such a withdrawal.

7. The penalty regime

In the case of a violation of the national rules adopted in compliance with the directive, while on the one hand the EU legislator lets member states dictate penalties provided they are *effective, proportionate and dissuasive*, calling into question the effective willingness of the Community to implement maximum harmonization, on the other hand it imposes specific penalties to the trader who does not clearly provide the information under articles 6, 14 and 1.

As regards distance contracts, article 8, paragraph 2, provides for a specific penalty that invalidates the agreement concluded without the respect of certain requirements. In fact, it may happen that a trader offers products online free of charge, but in the same web page he indicates, with smaller fonts, that the product is either against payment or free of charge but the related service is against payment. In these case the national law already provides for consumer protection forms: if there is no effective agreement on the price, the contractual agreement has evidently not been implemented or in any case the cancellation of the contract due to fraud can still be requested if the decision to enter into the contract is the result of deceptive practices carried out by the trader¹⁵. These situations led the legislator to indicate a series of conducts that the trader must follow to make sure that the Internet does not become the house of deceptive behavior. Thus, the abovementioned article provides that when placing the order consumers are aware of the obligation to pay arising therefrom. If clicking a button or the like is provided for the order, the sentence "order with obligation to pay" or something similar must be specified. If the trader has not complied with this obligation, the consumer shall not be bound by the contract or order. Therefore, in accordance with article 6, paragraph 1, letters a), e), o) and p), the said infor-

¹⁵ Moreover, contract terms inserted in order to mislead the consumer may be contested at the competent court, while the trader's unfair practices may be dealt with by applying to AGCM.

mation must be provided in a clear manner, directly before the consumer places the order, before the conclusion of the contract. Furthermore, the consumer must be provided with a summary of the essential elements of the offer, which, from the point of view of space location, must be placed on the web page, next to the button or other device that allows the forwarding of the order, without the consumer having to scroll through the web page. That said, the question arises about the meaning of: “if the trader has not complied with this obligation, the consumer shall not be bound by the contract or order”? A careful reading of article 8, paragraphs 6 and 7, shows that the contract is effective at a later time and the article considers that particular case as a contractual agreement with progressive formation. The case provided for by article 8, paragraph 2, excludes this possibility: the trader cannot integrate the essential requirements of existence and effectiveness of the contract a posteriori, because the failure to comply with the formal requirement results in the non-binding nature of the order issued by the consumer, as no statement of the consumer’s will aimed at the conclusion of the contract can be recognized.¹⁶

Abstract

In the reform of EU’s founding treaties, from Maastricht to the European Constitutional Treaty, Community legislation regarding consumer protection has made huge strides; in fact, while the initial provisions were based on the single market growth need by removing obstacles which had hindered the economic development of the Community, subsequent regulations have considered the consumer as a person, and as such, the subject of rights and protections, yet always considering the need to create a “real consumer internal market striking the right balance between a high level of consumer protection and the competitiveness of enterprises”.

Camerino, ottobre 2014.

¹⁶ M. LEHMANN, A. DE FRANCESCHI, *Il commercio elettronico nell’Unione Europea e la nuova direttiva sui diritti dei consumatori*, op. cit., 439 and ss. ...in the existing law, the question of Internet cost traps does not arise because of the lack of protection mechanisms, but rather because of consumers’ lack of awareness about the rights they are entitled to, and therefore because of their propensity to yield, often entrepreneurs’ against aggressive behavior, to traders’ requests for payment.

ALEJANDRO ZORNOZA

P2P Lending Europa: La Spagna Crowd

Sommario: 1. Che cos'è il p2p 1.2; 1.1 Elementi oggettivi; 1.2 Elementi soggettivi;
1.3 Elemento territoriale

Di alcuni si dice che non sapevano che un'impresa fosse impossibile, e per tale motivo vi riuscirono. Proprio da questa considerazione, parte il movimento *crowd*.

Negli ultimi anni, i mercati e la società europei hanno ridefinito le regole del gioco che li vincolavano. Forse la mancanza di finanziamenti pubblici e privati, l'accesso limitato ai canali tradizionali di credito, l'incertezza riguardo al ritorno degli investimenti, le difficoltà inerenti le iniziative imprenditoriali di *pymes e micropymes* e delle giovani imprese, l'aumento dei disoccupati, la difficoltà di disporre di un posto di lavoro a tempo indeterminato e il conseguente impulso dell'autoimpiego, e l'avanzamento delle Tecnologie Informatiche e della Comunicazione (TIC) hanno spinto una società che si trovava, a causa del presente complicato, senza futuro, a trovare maggiori prospettive nel recupero del passato.

Il *crowdfunding* riporta in auge l'istituzione romana del prestito tra privati approfittando dell'ubiquità offerta dalle reti sociali, e reinventando una specie di pratica in cui si producono ritorni, con una tassonomia ampia tanto quanto la creatività che la genera. Così,

oggi possiamo parlare di modelli di *crowdfunding* basati su *donations*, *sponsoring*, *rewards*, *pre-selling*, *securities-based investment* e *lending*.

Stiamo assistendo a un'intensificazione dell'attività legislativa e della letteratura in materia di consumo e di *crowdfunding*, le quali, in misura maggiore o minore, hanno rafforzato la posizione dei consumatori e degli utenti sul mercato. L'approvazione di leggi che offrono incentivi fiscali per le imprese giovani, come l'italiano *Decreto Crescita 2.0*, che ha permesso l'aumento di investimenti in progetti tecnologici in imprese con meno di 4 anni di vita, o il *JOBS Act* nordamericano, che consente alle imprese di richiedere informazioni tramite *crowdfunding* e alle singole persone di investire una percentuale delle proprie entrate in questa modalità, mettono in evidenza la diffusione che il *crowd* sta conoscendo attualmente nella società. A questo proposito, nel marzo 2014 la Commissione Europea ha pubblicato il risultato della consultazione pubblica “*Crowdfunding in the EU- Exploring the added value of potential EU action*”¹. I risultati mostrano la vertiginosa attività di questa realtà in Europa, in particolare dei modelli di *donations y rewards*, dei quali si sono dichiarati a conoscenza rispettivamente il 74% e il 69% dei *respondents*. In entrambi i casi, l'*exchange* riveste un carattere simbolico, un segno di gratitudine da parte di colui che riceve i fondi, ed entrambi i modelli sono destinati a progetti personali di relativa importanza, di tipo artistico o filantropico.

Esiste, tuttavia, un'altra modalità di *crowdfunding*, che non è destinata a questo tipo di iniziative ma che viene sviluppata per conferire credito con interessi a individui a titolo personale, lontana in qualche modo dagli ampi numeri e dai sistemi bancari, e che costituisce in sostanza una modalità viva e particolare di micromecenatismo: essa è rappresentata dai modelli *lending* o *peer-to-peer lending*.

Da alcuni anni, i mercati capitalistici stanno attraversando un periodo di crisi e

¹ Realizzata dal ottobre 2013 al 31 dicembre 2013. Disponibile su http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/crowdfunding/index_en.htm

profonda revisione critica, e le politiche di governo, l'offerta e la domanda si stanno adeguando alle nuove realtà, non solo per quanto riguarda gli imprenditori, ma anche per le famiglie. Frutto di questo processo di adeguamento, e risultato della spettacolare diminuzione del consumo e della crisi dei mercati, una delle preoccupazioni principali dei consumatori si è dimostrata quella relativa all'ottenimento dei finanziamenti. Per tale motivo, è normale ricorrere a organismi finanziari, banche di credito e/o intermediari finanziari, che, approfittando della precedente congiuntura economica di calma piatta, sono proliferati in misura ragguardevole. Ma, come dicevamo, esiste un metodo per ottenere liquidità più classico e diffuso: il prestito tra privati.

I contratti di prestito tra privati si realizzano di solito tra persone che si conoscono, in modo tale che l'elemento fiduciario giochi un ruolo importante nella promozione di questo tipo di operazioni. Tuttavia, dall'anno 2005, esiste un mercato di prestiti tra sconosciuti, che in tempi di crisi aspira a convertirsi nella soluzione di problemi creditizi per più di un consumatore.

Il *peer-to-peer lending* (P2P L.), che potremmo tradurre come "prestiti tra privati", o più precisamente come "prestiti da persona a persona", è un mercato di crediti destinato a chi non trova finanziamenti bancari nei canali tradizionali, perché considerato come soggetto ad alto rischio. L'importanza delle famiglie e dei consumatori intesi come motori dei mercati è vitale in un'epoca in cui il sovraindebitamento in crediti di consumo è superiore al sovraindebitamento in crediti ipotecari. Se è vero che l'appoggio a imprenditori e microimprenditori è fondamentale per la crescita economica e industriale di un paese, non meno vero è che l'impulso delle economie domestiche deve seguire un processo parallelo affinché i destinatari dei prodotti e dei servizi possano accedere ad essi.

Vedremo che, nel caso del *peer-to-peer lending*, non esiste una regolamentazione applicabile che tenga conto di quanto emerge da questa realtà, per cui, in modo un po' irragionevole, si è cercato di inquadrare il sistema di prestiti in qualche area dei vari sistemi legislativi, giustificando la necessità di un sistema di regole *ad hoc* che proteggesse il

consumatore e delle garanzie al mercato.

Il P2P L. utilizza la struttura delle reti P2P di Internet per mettere in contatto persone disposte a prestare soldi - ottenendo una redditività - con altre persone che hanno bisogno di liquidità - prestatori -, sconosciute le une alle altre. In definitiva, si tratta di un mercato *on line* che offre a singoli prestatori la possibilità di realizzare prestiti con interessi di ritorno più attraenti rispetto a quelli che potrebbero ottenere da investimenti su mercati tradizionali. Allo stesso modo, questo mercato consente a quei consumatori bancari che non riescono a ottenere linee di finanziamento dagli organismi finanziari di accedere a un sistema alternativo o di ottenere un interesse più basso rispetto a quelli che dovrebbero corrispondere a una Banca o a un intermediario creditizio.

La domanda inevitabile, quando si parla del P2P L è: "perché? Perché non si prestano soldi a sconosciuti senza garanzie di rientro?" La risposta al problema è necessariamente poetica: occorre compiere la funzione sociale e solidaristica che serve a infondere nelle persone la fiducia che i prestatori hanno perso nei mercati.

Anche se questo tipo di piattaforma è praticamente sconosciuto in Spagna, nell'ultimo decennio sono proliferati modelli commerciali che impiegano reti sociali virtuali nell'ambito del P2P L., con un forte sviluppo negli Stati Uniti e un'implementazione soddisfacente in alcuni paesi europei e recentemente in Cina.

A questo riguardo, la letteratura nordamericana sul P2P L. è ampia, (quella europea è invece praticamente inesistente), e consiste in studi di ordine economico, tecnologico e sociologico, il cui contributo scientifico si sviluppa a partire dalle prospettive proprie di ciascun ambito. Data l'assenza di documenti che riguardano l'ampiezza del P2P L. nei nostri ordinamenti e la natura dei rapporti giuridici che in esso si sviluppano, il nostro obiettivo è di contribuire a integrare questo aspetto rappresentativo a cui finora si è prestata pochissima attenzione. Tramite una serie di studi, vogliamo far conoscere un nuovo sistema alternativo di finanziamento e creare le basi per un'analisi dell'impatto che questo

fenomeno crescente implica per l'ottica giuridica nella diagnosi e nel trattamento del comportamento degli operatori creditizi P2P, dedicando un'attenzione particolare alle considerazioni economiche e imprenditoriali, al fine di garantire uno sguardo adeguato sulla materia.

Con il presente lavoro si intende dare inizio a una serie di articoli scientifici che permettano di far conoscere il fenomeno del *peer-to-peer lending* e aprire il dibattito giuridico sulla sua definizione e regolamentazione. Il contenuto e il linguaggio diventeranno più sofisticati nella misura in cui lo studio procede, cercando in tal modo di consentire al lettore, profano o meno del mondo del Diritto, di conoscere e comprendere la realtà emergente qui trattata. Di seguito, cercheremo di rispondere alla domanda: “che cos'è il P2P L.?”², e offriremo un'idea di questa nuova modalità di prestiti e degli elementi che la compongono.

1. Che cos'è il p2p l.?

Il P2P L. è un sistema di finanziamento che, avvalendosi di strumenti informatici, persegue la disintermediazione nel processo dei prestiti finanziari. Vale a dire: cerca di prescindere dalla figura della Banca.

Nonostante l'ordinamento giuridico spagnolo si basi sull'idea della gratuità dei prestiti di denaro (ovvero, sul fatto che non generino interessi a meno che sia altrimenti stabilito in maniera esplicita), è innegabile che il numero dei prestiti onerosi sia divenuto maggiore di quello dei prestiti gratuiti². La ricerca di produttività del capitale privato ha fatto conoscere i prestiti di denaro con interesse concordato, per cui la comparsa del P2P L. riveste oggi una maggiore importanza.

² L'articolo 1.755 del Codice Civile (Cc) prescrive che colui che riceve un prestito in denaro non debba corrispondere degli interessi al suo prestatore tranne nel caso in cui gli interessi siano stati "espressamente" pattuiti. In questo modo, nel contratto di prestito, la gratuità si erge come regola generale, mentre l'onerosità come eccezione. Si concede alla volontà autonoma delle parti la possibilità di gestire l'atto giuridico rilevante nel P2P L., dato che, come vedremo, tutti gli aspetti relativi ai prestiti sono ordinati dai partecipanti.

La *United States Government Accountability Office* (GAO) ha pubblicato nel luglio del 2011 il rapporto “*Person-to-Person Lending. New Regulatory Challenges Could Emerge as the Industry Grows*”³. In tale rapporto, con il termine P2P L. si intendono non solo i prestiti tra privati, ma anche quelli che si realizzano da un privato all'altro quando il prestatario si trova nella condizione di imprenditore⁴. Pertanto, la peculiarità del P2P L. non risiede tanto nel fatto che i prestiti si realizzino tra persone fisiche e siano destinati a finanziare ambiti di consumo, ma che siano il carattere privato del prestatore e la disintermediazione nelle operazioni a stabilire che ci troviamo di fronte a un P2PL. e non a un prestito ordinario.

Questi servizi particolari sono offerti da imprese private che abbiamo definito "operatori di prestito P2PL". La loro attività sul mercato si sviluppa tramite una piattaforma, lo strumento informatico a cui i *peers*, per poter partecipare, devono avere un accesso autorizzato. Per il loro funzionamento, proponiamo la seguente divisione in tre categorie⁵:

1) *Operatori commerciali di prestiti P2P.*

Sviluppano un'attività imprenditoriale o economica per il conseguimento di un utile patrimoniale. Tratto caratteristico delle loro attività è sempre la forte presenza di

³ United States Government Accountability Office, Report to Congressional Committees, “*Person-to-Person Lending. New Regulatory Challenges Could Emerge as the Industry Grows*”, July 2011, GAO-11-613. <http://www.gao.gov/products/GAO-11-613>.

⁴ GAO, *op. cit.*, p. 14. “[...] *Kiva partners with a few microfinance in the United States that provide loans and financial education to domestic borrowers with the low incomes, women, minorities, and immigrants. However most of the microfinance institutions that receive funding through Kiva are located outside the United States and lend to borrowers abroad [...] Kiva is the major nonprofit platform in the United States that offers lenders opportunities to support economic development and entrepreneurship, mostly in developing countries, through partnerships with local microfinance institutions.*”

⁵ La GAO distingue nel suo rapporto tra piattaforme a fini di lucro (*for profit platforms*) e piattaforme non a fini di lucro (*not for profit platforms*). Tale distinzione è operativa negli Stati Uniti, dove troviamo un forte coinvolgimento delle agenzie governative nel controllo del P2P L. In Europa, invece, osserviamo un'assenza di armonizzazione sia nella normativa che nel funzionamento e nel riconoscimento degli operatori, per cui siamo costretti a realizzare la seguente triplice distinzione: operatori commerciali, operatori non a fini di lucro, e operatori di *financial trust*. Identifichiamo gli operatori commerciali direttamente con le *for profit platforms*, dato che costituiscono un modello che troviamo solo negli Stati Uniti, ragion per cui rispettiamo e approviamo la classificazione realizzata. Per distinguere tale modello dal modello rintracciato in Europa, abbiamo concordato di definirlo *financial trust*, anche quando si tratta di *for profit platforms*. Dal canto loro, le *not for profit platform* funzionano in modo molto simile sia negli Stati Uniti sia in Europa, per cui non sarà necessario fare distinzioni.

enti governativi o federali di controllo, fattore che li assoggetta a un elenco completo di norme di protezione dei consumatori e del sistema finanziario. Questo tipo di gestione è proprio degli operatori statunitensi.

2) *Operatori di prestiti P2P non a fini di lucro.*

Non ottengono finanziamenti per le operazioni realizzate, ma si mantengono grazie a donazioni private. In generale, la loro attività mira a consolidare la rete imprenditoriale ed economica dei paesi in via di sviluppo tramite microcrediti e tramite la collaborazione con imprese locali dello Stato di destinazione. Non bisogna confondere gli operatori non a fini di lucro con gli operatori di *green loans*. I *green loans* sono crediti concessi allo scopo di finanziare operazioni ecologiste che vanno dal sostegno allo sviluppo agricolo alla creazione di strutture di energie rinnovabili, all'aiuto all'acquisto di veicoli ecologici. Si tratta, in definitiva, di prestiti il cui oggetto finale è costituito dalla conservazione, dalla tutela e dallo sviluppo ambientali. Gli operatori che gestiscono *green loans* possono operare con o senza fini di lucro.

3) *Operatori di prestiti P2P di financial trust o di blind trust.*

Rappresentano un tipo di operatore commerciale e sono presenti principalmente in Europa. I prestiti vengono realizzati direttamente tra privati, senza interventi pubblici, e come vedremo, con un quadro legale assai ambiguo negli ordinamenti giuridici europei.

Come succede nei mercati concorrenziali, l'appartenenza a un determinato modello imprenditoriale non impedisce che ciascuna piattaforma operi con le proprie peculiarità, indipendentemente dal fatto che il funzionamento sia lo stesso in termini generali. *Grosso modo*, una persona che ha bisogno di una determinata somma di denaro chiede la propria registrazione in una piattaforma di prestiti P2P. Accettata la registrazione, pubblica un annuncio in cui determina la somma di cui ha bisogno, assumendo così il ruolo di prestatario. Al tempo stesso, un altro utente che sia disposto a prestare denaro a persone che ne abbiano bisogno in cambio di interessi si registra nella piattaforma e studia le

richieste dei potenziali prestatori. Quando trova un annuncio interessante, le cui condizioni ritiene favorevoli, avvia le operazioni necessarie per convertirsi in prestatore.

Una stessa richiesta di credito può essere soddisfatta da vari prestatori. Vale a dire: la persona che decide di prestare denaro non deve per forza soddisfare la richiesta completa del prestatario, ma può diversificare la somma che è disposta a destinare al prestito in tutte le operazioni che desidera realizzare, diversificando così in apparenza il proprio rischio di non restituzione del credito. Ad esempio, un soggetto che è disposto a prestare un totale di 1.000 €, può prestarli a un unico prestatario o può prestare 1 euro a mille soggetti diversi⁶.

Quando si crea un profilo utente è frequente utilizzare soprannomi o *nicks* che garantiscano l'anonimato di ciascun membro, anche se non bisogna confondere l'anonimato tra *peers* con l'anonimato tra *peer* e operatore.

Il primo controllo di sicurezza che occorre superare per accedere a una struttura P2P L. riguarda il rilascio di informazioni personali reali, (si richiedono, di solito, la data di nascita per determinare che il soggetto sia maggiorenne, un numero reale di conto bancario o il numero della Previdenza Sociale) che saranno di seguito confrontate ai dati dei database di agenzie di riscossione ed enti di lotta contro la frode fiscale e il riciclaggio di capitali. Dopo aver verificato l'identità dell'utente, occorre determinare la sua capacità economica. Nel caso di prestatori, uno *scoring* predittivo determina la probabilità di insolvenze. Tenendo conto di questo risultato, che valuta il livello di rischio di inadempienza rispetto all'obbligo di restituire il prestito, il prestatario è incluso in una categoria di rischio, ampliando le liste di prestatori della piattaforma. Questo *scoring* aiuterà i prestatori a conoscere il tipo di *peer* che chiede un credito e a scegliere se investire su un determinato utente in modo più sicuro e informato.

I prestatori, invece, non si sottopongono a questo processo di definizione di

⁶ Sebbene le operazioni di prestiti P2P siano sempre caratterizzate da una pluralità di prestatori e da un solo prestatario per ciascuna delle operazioni, costituendo così un modello commerciale *many-to-one*, in cui ci sono più soggetti da un lato del rapporto rispetto all'altro, utilizzeremo sempre il termine prestatore al singolare, facendo riferimento a uno solo dei soggetti finanziatori, nell'ipotesi che ciascun utente sia titolare unico delle proprie operazioni giuridiche nella piattaforma.

solvenza: in alcune occasioni, basterà inserire nel conto dell'operatore i fondi che sono disposti a investire, mentre in altre occasioni sarà sufficiente dimostrare che si dispone di attivi sufficienti per far fronte ai crediti che sono disposti a realizzare. I valori massimi e minimi sono determinati da ciascun operatore⁷.

Se la registrazione del prestatario è stata confermata e il suo profilo è stato generato, è frequente che le piattaforme dispongano di uno spazio in cui ciascun prestatario pubblichi la propria richiesta di credito, indicando la quantità di cui ha bisogno, il tipo di interesse con cui potrebbe restituirla (nelle piattaforme in cui il prestatario è in grado di determinarlo) e la destinazione che darà al credito. In questo modo, si agevola il prestatore nella sua scelta delle ragioni da supportare. Tali ragioni possono andare dai crediti per ristrutturare una cucina, all'acquisto di un veicolo o al finanziamento di studi universitari. Su questo punto, le varie imprese cominciano a divergere; in alcune, uno stesso prestito è accettato da diversi prestatori, che offrono il proprio denaro a un interesse determinato, in maniera tale che si realizzi una sorta di asta al ribasso dei diritti di credito dei prestatori che desiderano investire su un prestatario⁸. Concluso il processo, il sistema seleziona le offerte in conformità al credito, le accetta e trasferisce i fondi. In altre, invece, per cominciare le

⁷ I due principali operatori statunitensi sono Prosper (www.prosper.com) e LendingClub (www.lendingclub.com). Mentre Prosper consentiva prestiti fino a 5 milioni di dollari, LendingClub non ha permesso che si investisse più del 10% del patrimonio netto del prestatore. Tale definizione di valori massimi e minimi è stata modificata dal nuovo *Jumpstarts Our Business Startups Act* (2012), conosciuto anche come *Jobs Act*, che fissa criteri specifici per le piattaforme di *Crowdfunding*, in cui non si può investire più di 2.000\$ o il 5% delle entrate annuali, se inferiori a 100.000\$, o più del 10% delle entrate annuali se superiori a 100.000\$. Questo tetto è determinato secondo un'ottica tesa a limitare la libera dislocazione dei fondi degli utenti in attività di finanziamento che possiamo considerare *subprime*.

⁸ Prosper è il paradigma delle piattaforme di aste di crediti. I prestatori autorizzano Prosper a verificare l'identità e ad accedere al *credit score* o valutazione del credito tramite Experian, una delle tre maggiori agenzie di valutazione dei crediti degli Stati Uniti. Utilizzando tale rapporto di valutazione, Prosper assegna a ciascun prestatario una categoria di rischio e successivamente elabora la richiesta di credito tramite un asta al ribasso. In questo momento, il prestatario può includere la propria "storia", ovvero, spiegare quali sono i motivi che lo spingono a richiedere denaro e offrire informazioni demografiche come sesso, razza, religione, o anche aggiungere una fotografia. Dopo che l'offerta è stata messa all'asta, i prestatori possono rilanciare con una determinata offerta, stabilendo la quantità offerta e il tipo d'interesse. Se la quantità di denaro offerta supera quella richiesta dal prestatario, il tipo d'interesse comincia a scendere dal valore massimo fissato da questi, in modo che, maggiore sarà il numero di rilanci in un'asta, minore sarà il tipo d'interesse. Terminata l'asta, ai prestatori aggiudicatari verranno sottratte dai rispettivi conti di Prosper le somme offerte, che saranno trasferite sul conto del prestatario. Nei successivi tre anni, il prestatario restituirà mensilmente i crediti concessi. Le aste di Prosper si basano sul principio di *full funding*, ovvero, a differenza delle aste tradizionali, l'asta verrà conclusa solo se i rilanci coprono la somma richiesta dal prestatario.

operazioni basta un solo ordine di trasferimento di fondi dal conto del prestatore a quello del prestatario.

Breve excursus sul P2P L. Una storia di Clubland Yard

Immaginiamo un club privato. In questo club esiste una sala dove i membri realizzano accordi di prestiti monetari. Esiste solo una condizione: nessuno può entrare in quella sala senza essere completamente mascherato, vestito con un cappello e un mantello, ed è proibito utilizzare il vero nome di ciascuno, in modo tale che non ci sia la possibilità di riconoscere nessun membro né per il suo aspetto né per i suoi dati personali. L'unico registro di chi entra ed esce da questa sala privata è un libro delle firme all'ingresso della sala stessa, in cui i soci possono solo registrare il proprio ingresso, senza poterlo consultare. Quando i nostri anonimi prestatori e prestatari raggiungono un accordo, si stringono la mano, il prestatore consegna il denaro a un dipendente del Club e questi lo consegna al prestatario, stabilendo di rivedersi una volta che sarà finito il periodo di prestito affinché il prestatario possa adempiere al proprio impegno.

Tramite questa storiella su uno spazio adibito al prestito con caratteristiche singolari, che abbiamo chiamato *Clubland Yard*, possiamo dare una rappresentazione del *peer-to-peer lending*. Ricordare questa rappresentazione, ci permetterà in ogni momento di comprendere e prevedere le situazioni che potremo incontrare nel P2P L.

1.1 *Elementi oggettivi*

Verificheremo che il P2P L. è una materia di difficile comprensione giuridica e inquadramento legale per via della sua configurazione particolare, per cui dovremo fare attenzione e procedere con cautela in ciascuna delle questioni che tratteremo. Tuttavia, data la complessità della materia, per consentire una lettura comprensiva e progressiva, segnaleremo qui un sistema di facile classificazione, lasciando l'argomentazione giuridica a un altro momento.

Gli operatori di P2P L. sviluppano la propria attività nell'ambito della società dell'informazione e tramite un supporto che identifica le relazioni intese come elettroniche. Ciò giustifica il fatto che l'Allegato della Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico⁹ (LSSICE) serva da guida per la definizione di concetti, dato che, nonostante le operazioni principali siano P2P, l'operatore resta una società commerciale che al momento di rapportarsi con gli utenti forma un B2P¹⁰. Il paragrafo a) dell'Allegato definisce quali vengono considerati servizi forniti nella società dell'informazione: tra questi, possiamo trovare l'organizzazione e la gestione di mercati virtuali. Coloro che gestiscono questi mercati, sono considerati come fornitori di servizi.

Un mercato elettronico (chiuso) “ [...] *es un entorno electrónico, es decir, un conjunto de nodos, redes, sistemas de información y aplicaciones informáticas que permite la realización de transacciones entre los operadores económicos que sean miembros, conforme a unas reglas y bajo la gestión centralizada de una entidad (gestora) que supervisa, organiza y administra el mercado*”¹¹. Se enucleiamo i concetti

⁹ Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, BOE núm. 166 de 12 de julio de 2002, páginas 25388 a 25403. Questa Legge ha come oggetto l'acquisizione della Direttiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo e del Consiglio, dell'8 giugno, relativa a determinati aspetti dei servizi della società dell'informazione, in particolare, il commercio elettronico nel mercato interno.

¹⁰ B2P o *Business to Peer*. Resta un B2C (*business-to-consumer*), ma più sofisticato. Nel corso del lavoro ipotizzeremo che i sistemi P2P L. non rientrino nell'ambito del consumerismo, dato che il prestatore realizza un servizio proprio di un atto giuridico concreto nell'ambito della propria sfera personale, e non professionale, ma non a titolo di consumatore, bensì di soggetto privato. Non possiamo ipotizzare che il prestatario riceva i fondi in previsione di un consumo, dato che si tratta di un atto giuridico privato in cui non intervengono operatori commerciali nel rapporto principale. Perciò, il rapporto della piattaforma con i relativi utenti non si configura come un sistema impresa-consumatore, ma come impresa-soggetto privato, e non si possono ammettere due statuti giuridici differenti (Diritto civile/Diritti del consumatore) in una stessa persona e contemporaneamente nella stessa operazione.

¹¹ T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLEL, *El régimen jurídico de los mercados electrónicos cerrados (e-marketplaces)*, Prólogo de Rafael Illescas, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 66.

trattati dall'autrice in questa definizione, non possiamo affermare con assoluta certezza che gli spazi di prestiti P2P rappresentino mercati elettronici chiusi, dato che, aperti o chiusi che siano, il loro obiettivo è quello di mettere in comunicazione imprenditori (e a volte di includere anche consumatori), consentendo l'invio e la ricezione di informazioni nel quadro dei rapporti commerciali o mercantili. Tuttavia, nonostante le differenze, mercati elettronici e contesti P2P L. conservano una lieve somiglianza, il che può portarci a comprendere il comportamento e l'ambito operativo degli operatori in quanto enti gestori dei relativi spazi di prestito.

La prima cosa che dobbiamo puntualizzare è che nessuno spazio P2P L. può essere mai uno spazio elettronico aperto, dato che la caratteristica di questi crediti è che i privati possano accedere a canali di finanziamento in condizioni di sicurezza simili a quelle dei sistemi intermediati da cui pretendono distinguersi¹². Una piattaforma di prestiti P2P non è da intendersi come un ambito accessibile a qualsiasi utente, qualunque sia la sua solvenza finanziaria, dato che tra le prime operazioni degli operatori c'è quella di attribuire un grado di rischio ai prestatori e determinare chi abbia accesso al servizio e risulti adatto alle operazioni di finanziamento. Quanto detto in precedenza non impedisce che ciascun operatore possa gestire il proprio spazio di prestiti P2P. L'accesso di un utente specificato dall'operatore dipende esclusivamente dal permesso di accesso che quest'ultimo concede in qualità di amministratore. Possiamo affermare che tra prestatario e operatore, e tra prestatore e operatore, esiste un rapporto contrattuale basato sul contratto di accesso o permesso di accesso soggetto a regimi di responsabilità contrattuale diretta o indiretta, a seconda dei casi.

Quali obblighi possono scaturire da questo contratto di accesso e dalle conseguenti operazioni? Gli articoli 13 e i successivi LSSICE (articoli 13 e successivi del DL n.70) sul

¹² La differenza tra un mercato elettronico aperto e uno chiuso non risiede necessariamente nella libertà d'accesso al mercato, ma piuttosto nella flessibilità dei requisiti d'accesso. La tendenza a mettere in relazione i contesti chiusi con i rapporti commerciali tra imprenditori e i contesti aperti con i rapporti con i consumatori non impedisce che questi ultimi possano operare in contesti chiusi, succede nelle aste. In ogni caso, la facilità d'accesso a uno spazio aperto è caratterizzata dall'insicurezza, dall'incertezza e dalla mancanza di controllo sui partecipanti. L'accesso a un contesto chiuso richiede l'adesione dei partecipanti a una serie di norme di funzionamento tra essi e il sistema stesso. (T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLEL, cit. pg. 42 y ss.)

regime di responsabilità dei fornitori di servizi contengono una formula di esonero da responsabilità per fatti estranei ai fornitori medesimi¹³.

Nonostante le differenze rispetto alle operazioni degli enti gestori di mercati elettronici e degli operatori di P2P L., potremmo dedurre che lo stesso regime (ovviamente, considerato in un'altra prospettiva) di non concorrenza della responsabilità contrattuale per atti estranei dovrebbe operare negli spazi oggetto di studio. Contempleremo dunque la possibilità che nasca una responsabilità (extra) contrattuale dell'operatore a beneficio di un *peer* colpito dalla cattiva condotta di un altro *peer*.

La presenza di un'impresa come gestore di uno spazio di crediti privati deve intendersi non solo come quella di un ente strumentale, ma come quella di un ente generatore di fiducia e garanzia. La richiesta di registrazione di un utente in una piattaforma sarà accettata o meno dal gestore della medesima dopo aver realizzato le opportune verifiche di identità e gestione del rischio di insolvenza. In questo modo, ciascuna piattaforma si configura come un mercato unico di prestiti P2P, al quale gli utenti accedono sulla base della fiducia generata nel mercato dei mercati di prestiti P2P, e nel proprio spazio.

Siamo coscienti dell'elasticità e dei rischi di disincentivazione che implica un sistema di responsabilità extracontrattuale basato sulla *culpa in eligendo* di fronte a un'eventuale inadempienza ai termini del prestito da una delle parti, ma siamo ancora più coscienti del

¹³ Artículo 14.1 LSSICE.- "Los operadores de redes de telecomunicaciones y proveedores de acceso a una red de telecomunicaciones que presten un servicio de intermediación que consista en transmitir por una red de telecomunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a ésta no serán responsables por la información transmitida, salvo que ellos mismos hayan originado la transmisión, modificado los datos o seleccionado éstos o a los destinatarios de dichos datos."

Artículo 15 a) LSSICE.- "Los prestadores de un servicio de intermediación que transmitan por una red de telecomunicaciones datos facilitados por un destinatario del servicio y, con la única finalidad de hacer más eficaz su transmisión ulterior a otros destinatarios que los soliciten, los almacenen en sus sistemas de forma automática, provisional y temporal, no serán responsables por el contenido de esos datos ni por la reproducción temporal de los mismos, si: a. No modifican la información."

Artículo 16.1.a) LSSICE. "Los prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que: No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización."

Art. 17.1.a) 1 LSSICE. "Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que: a. No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización."

fatto che l'assenza assoluta di responsabilità genera situazioni di insicurezza giuridica e di abuso di potere da parte delle imprese.

a) *Il contratto di accesso*

L'operatore che mette a disposizione la piattaforma fornisce il servizio sviluppato tramite la medesima. Quando un utente accede alla piattaforma, accetta un impegno con l'operatore basato sulle norme d'utilizzo previste dal suo *Clubland Yard*.

L'operatore, in quanto ente gestore, dispone di un'ampia offerta di servizi, come ad esempio - a titolo esemplificativo - l'accesso a uno spazio per la stipulazione di contratti di prestito, il diritto d'uso di un *software* di ricerca, l'interazione, la partecipazione e la realizzazione di operazioni di finanziamento con altri utenti, il controllo dell'accesso e del funzionamento, la verifica delle informazioni e, di conseguenza, la generazione di fiducia nel mercato.

Considerare il contratto di accesso come un contratto di fornitura di servizi e non come un altro di diversa natura giuridica, come ad esempio di offerta o noleggio di servizi, risiede nella natura speciale dei servizi forniti dall'operatore, che non possono avere, in alcuna circostanza, un carattere accessorio o strumentale¹⁴.

Un mercato più equilibrato offre, per così dire, come valore aggiunto, non solo benefici economicamente apprezzabili per gli utenti, ma anche una semplificazione dei processi e una trasparenza di gestione. In effetti, maggiore è la concorrenza in un mercato, minori sono i rischi sistemici. L'intermediazione finanziaria tradizionale è caratterizzata da una certa opacità e da una certa complessità operativa. Questo non succede con gli operatori di P2P L., dalle cui pagine web possiamo scaricare dati sulle operazioni che

¹⁴ In questo senso, T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLEL, cit., *"El acceso es fundamental, pero no es suficiente para construir el entorno autorregulado de confianza que significa un MEC. También las primeras hay servicios adicionales - sui rapporti contrattuali nel settore delle telecomunicazioni e delle nuove tecnologie - (mantenimiento de los equipos telefónicos, actualización de los datos, servicios de valor añadido) pero precisamente siendo en aquellas meramente auxiliares, en el contrato de acceso son ciertamente esenciales."*, 467.

realizzano¹⁵. Ciò consente agli utenti di trattare informazioni veridiche e sufficienti, con le quali elaborare la propria strategia di prestito: i prestatori possono monitorare il corso delle operazioni ed elaborare un *portfolio* sempre più sicuro e conforme alle loro necessità, mentre i prestatori conosceranno la situazione di mercato e realizzeranno offerte con maggiori probabilità di successo.

b) *La piattaforma*

La piattaforma è il *software* o programma informatico tramite il quale l'operatore interagisce con il traffico. Gli utenti di Internet che vogliono accedere al mercato di prestiti *peer-to-peer* devono registrarsi su una piattaforma di P2P L. tramite il contratto d'accesso. Tramite questo contratto, si impegnano ad adempiere alle norme che l'operatore ha previsto per la piattaforma. Ogni piattaforma si converte così in uno spazio unico di crediti (*Clubland Yard*).

1.2 *Elementi soggettivi*

I soggetti che intervengono nelle operazioni costituiscono probabilmente la parte più importante di qualsiasi operazione legale, dato che rappresentano coloro che renderanno possibili le azioni che portano alla realizzazione dell'atto, acquisiranno diritti e obblighi derivati da tale atto e offriranno un sostegno reale a una serie di elementi che esistono solo sul piano giuridico astratto.

In primo luogo, abbiamo l'operatore di prestiti P2P¹⁶. L'operatore è al tempo stesso il

¹⁵ LendingClub dà un buon esempio della trasparenza nell'ambito P2P L. Senza perdere di vista il rispetto della politica sulla privacy, a partire dai dati forniti e concessi dagli utenti abbiamo accesso a tre archivi diversi. Uno, sulle informazioni generali delle operazioni di prestito in corso, classificate secondo lo stato in cui si trovano. Un altro, su quei prestiti che si trovano in corso di finanziamento. E il terzo sui prestiti rifiutati, che rappresenta per i prestatori una guida sulle operazioni e sugli utenti da evitare in futuro perché dimostratisi insolventi, come ad esempio l'obbligazione di ritorno del prestatario. Cfr. <https://www.lendingclub.com/info/download-data.action>.

¹⁶ T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLEL, cit., L'autrice rimarca come la LSSICE utilizzi il termine "servizi

titolare della piattaforma.

Utilizzando la terminologia dei contratti di prestito, ci riferiamo ai potenziali utenti delle piattaforme rispettivamente come prestatori e prestatari¹⁷. Il prestatore sarà così quella persona che accede alla piattaforma come futuro investitore o finanziatore di un altro utente, a favore del quale realizzerà un trasferimento di fondi che l'utente finanziato, in qualità di prestatario, dovrà restituire completamente, interessi pattuiti a parte.

1.3 *Elemento territoriale*

Il P2P L. presenta inoltre un aspetto aggiuntivo di localizzazione territoriale. Se consideriamo la LSSICE, troviamo, negli articoli 2, 3 e 4, i criteri di assoggettamento dei prestatori di servizi a questa Legge nel caso in cui la loro attività si trovi in Spagna o in qualche Stato Membro dell'Unione Europea. L'articolo 2 fa riferimento a tre presupposti distinti. Il primo considera che lo stabilimento della sede in Spagna è determinato dal fatto che la sede legale del fornitore si trovi sul territorio spagnolo, e che coincida con il luogo in cui effettivamente viene concentrata la gestione amministrativa e la direzione degli affari. Il secondo stabilisce una localizzazione presunta del fornitore in Spagna qualora, essendo questi domiciliato in un altro stato, abbia una sede permanente nel territorio nazionale e disponga in essa di impianti stabili in cui realizza tutta la propria attività o parte d'essa. E l'ultimo, fa dipendere il domicilio in Spagna dalla Registrazione nello Stato spagnolo del

della società dell'informazione" in un senso ampio e poco preciso rispetto all'ambito di applicazione obiettivo della normativa sul commercio elettronico. La confusione viene evidenziata da una massiccia relegazione del consumatore a rapporti elettronici in un contesto aperto e al rapporto intrattenuto con gli imprenditori (rapporti B2C), per cui i termini "servizi della società dell'informazione" e "fornitori di servizi" si utilizzano nell'ambito del consumo, mentre l'uso del termine "commercio elettronico" è relegato ai rapporti tra imprenditori (B2B -*Business to Business*-) e denota la commerciabilità delle operazioni. Sebbene non ci troviamo nell'ambito del Diritto del consumatore né del Diritto commerciale, a partire da adesso utilizzeremo, dato che sono più identificative dal punto di vista socioeconomico, le espressioni per le operazioni commerciali B2C nell'ambito del P2P L., ma ricordiamo e annotiamo l'imprecisione dei termini.

¹⁷ Sebbene, man mano che avizzeremo, osserveremo come l'atto giuridico del prestito può non essere il più adeguato per il P2P L., utilizzeremo i concetti di prestatore e prestatario per distinguere in modo agile e visivo da quale parte del rapporto obbligatorio ci troviamo, senza pregiudicare la possibilità che, al momento opportuno, utilizzeremo altre denominazioni previamente e sufficientemente giustificate ai fini di una migliore comprensione.

fornitore o di una delle sue succursali¹⁸. Considerati questi presupposti, e l'articolo 26 della Legge applicabile della stessa LSSICE, il quale rimanda alle disposizioni degli articoli 2 e 3 per una migliore interpretazione delle corrispondenti norme del Diritto internazionale privato, la scelta del foro per la tutela dei diritti degli utenti non implica alcun problema se si tiene conto dell'opzione per cui il sistema di prestiti P2P si sviluppa a livello locale e non europeo, con operatori e utenti nazionali.

Qualora il P2P L. si trovasse sottoposto a una regolamentazione sovranazionale, ci troveremmo di fronte ai presupposti contemplati dagli articoli 3 e 4, per i fornitori di servizi definiti in uno Stato dell'Unione Europea o dello Spazio Economico Europeo, e per i fornitori di servizi con sede fuori dall'Unione Europea o dallo Spazio Economico Europeo.

L'articolo 3 stabilisce che la LSSICE sarà applicabile a operatori con sede nell'UE o nello Spazio Economico Europeo, se il destinatario dei servizi ha base in Spagna e i servizi riguardano i seguenti aspetti: a) Diritti di proprietà intellettuale o industriale. b) Diffusione di pubblicità da parte di enti di investimento collettivo. c) Attività assicurative dirette realizzate in regime di stabilimento o di libera prestazione di servizi. d) Obblighi sorti dai contratti stipulati da persone fisiche in condizione di consumatori. e) Regime di scelta, da parte delle parti del contratto, della legislazione applicabile al contratto medesimo. f) Liceità delle comunicazioni commerciali tramite posta elettronica o altro mezzo di comunicazione elettronica equivalente non richieste.

¹⁸ La definizione del concetto di sede ha sempre rappresentato un'operazione complessa in qualsiasi ambito del Diritto (commerciale, finanziario e tributario, internazionale privato) e ha finito per risolversi, come tante altre questioni, tramite la dottrina giuridica. Nell'ambito dei servizi della società dell'informazione, e in generale in tutta quella materia che negli ultimi anni ha trovato origine nell'ambito comunitario, la produzione giuridica nazionale resta in secondo piano rispetto a quella comunitaria, e tende a garantire un'interpretazione e un'applicazione omogenee delle norme originate in seno all'Unione Europea. Si intende, generalmente, che la sede sia fissata nel luogo in cui il fornitore di servizi realizza un'attività economica in una sede fissa per un periodo indeterminato. Tenendo conto di questa premessa, è complicato ritenere che il legislatore spagnolo (europeo, nel caso) non abbia rispettato il concetto di sede affermando che *“la utilización de medios tecnológicos situados en España, para la prestación o el acceso al servicio, no servirá como criterio para determinar, por sí solo, el establecimiento en España del prestador.”*

Ebbene, questa disposizione di applicazione della Legge *ratione materiae* - in cui il P2P L. non sembra rientrare - stabilisce soltanto che alla fornitura dei servizi si applichi la LSSICE, non che la Legge spagnola possa applicarsi ai contratti stipulati tra un destinatario spagnolo e un fornitore di servizi stabilito nell'UE o nello Spazio Economico Europeo, e quindi non consente affatto di chiarire se il P2P L. possa avere normativi per l'Europa.

L'articolo 4 risolve la questione in modo simile qualora il fornitore offra i suoi servizi sul territorio spagnolo e non contravvenga a quanto stabilito nei trattati o negli accordi internazionali applicabili.

Come abbiamo visto fin qui, la LSSICE, trasposizione di una norma comunitaria e pertanto, diritto sovranazionale per qualsiasi Stato Membro, risponde in modo complesso a questioni che dovrebbero risultare semplici: chi sono i partecipanti, dove si trovano e in quale tipo di atto giuridico sono coinvolti. Questa non è l'unica Legge in apparenza applicabile, ma è certo la Legge che presenta meno vuoti legali, o per meglio dire: è l'unica Legge che, pur presentando tanti vuoti legali, permette di riempirli facilmente con l'adeguamento della norma al fatto, e non viceversa. Fatta salva la possibilità di ulteriori approfondimenti tramite lo studio dettagliato di altre norme applicabili, quanto esposto qui vale come prova evidente della necessità che il P2P L. abbia uno sviluppo legale all'altezza del suo potenziale economico.

Madrid, settembre 2014.

FELICE MERCOGLIANO

*Fondamenti 'romanistici' delle società per azioni?**

La monografia massiccia sulle 'unioni di capitali' nell'esperienza romana di Andreas M. Fleckner, allievo di Reinhard Zimmermann, è una dissertazione discussa nel 2008 presso la Facoltà giuridica dell'Università di Ratisbona, scaturita da un più ampio progetto di ricerche in tema di fondamenti teoretici ed antichistici dell'attuale diritto commerciale, con particolare riferimento alla problematica delle società per azioni. Tipologia e disciplina delle società per azioni in Italia, così come novellate da non più di un decennio¹, peraltro non sono in tutto e per tutto coincidenti con quelle dell'«Aktiengesellschaft» della normativa tedesca². Il fenomeno storico affrontato da Fleckner pare comunque quello delle forme organizzative con le finalità economiche delle moderne società per azioni, nonché della personalità giuridica di esse, nell'esperienza 'commerciale'³ del mondo romano⁴.

* A proposito di Andreas M. FLECKNER, *Antike Kapitalvereinigungen. Ein Beitrag zu den konzeptionellen und historischen Grundlagen der Aktiengesellschaft*, «Forschungen zum Römischen Recht, 55» (Köln-Weimar-Wien, Böhlau Verlag, 2010) p. xviii, 779.

¹ Infatti, il capo V, *Società per azioni* (art. 2325-2451) del titolo V del libro V del Codice civile italiano, dal 2004 è stato sostituito *in toto* dall'art. 1 D. lgs. 17 gen. 2003 n. 6, ma continue modifiche e soppressioni si sono poi succedute negli anni seguenti.

² Di cui Fleckner sembra essere un esperto; da citare, difatti, dei suoi precedenti contributi in materia, almeno: A.M. FLECKNER, *Aktienrechtliche Gesetzgebung*, in W. Bayer und M. Habersack (Hrsg.), *Aktienrecht im Wandel I* (Tübingen 2007) 999-1137, e ID., s.v. *Aktiengesellschaft/ Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch/ Gesellschaftsrecht*, in *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, hrsg. von J. Basedow, K.J. Hopt und R. Zimmermann unter Mitwirkung von M. Illmer, I (Tübingen 2009) 23-28; 45-50; 734-739.

³ Parlava già di 'istituti commerciali', più di un secolo fa, C. FADDA, *Istituti commerciali del diritto romano. Introduzione* (1903, rist. Napoli 1987).

⁴ Vi sono, si sa, dispute storiografiche piuttosto recenti sulla concettualizzazione di un 'diritto commerciale romano': cfr., con diversificate opinioni, almeno a partire da un importante convegno della Società italiana del diritto: F. GALLO, *Negotiatio e mutamenti giuridici nel mondo romano, in Imprenditorialità e diritto nell'esperienza storica*. Erice, 22-25 novembre 1988 (Palermo 1992) spec. 138-166 [= ID., *Opuscula selecta* (Padova 1999) 829-863]; M. BIANCHINI, *Diritto commerciale nel diritto romano, in Digesto⁴. Discipline Privatistiche. Sezione Commerciale IV* (Forino 1989) 320-333; L. LABRUNA, *Il diritto mercantile dei Romani e l'espansionismo, in Le strade del potere. Saggi raccolti da A. CORBINO* (Catania 1994) 115-137 [vers. ted., con aggiunte, in *Collatio iuris romani I* (Amsterdam 1995) 223-240]; A. DI PORTO, *Il diritto commerciale romano. Una «zona d'ombra» nella storiografia romanistica e nelle riflessioni storico-comparative dei commercialisti, in Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne*.

Siamo, insomma, nell'ambito, come affermava già agli albori del secolo oramai scorso Alberto Vighi⁵, «di quegli aggregati di individui nei quali la collettività, organizzandosi, viene a dar luogo a quel subbietto autonomo di diritti che, nel linguaggio giuridico moderno, vien chiamato *persona giuridica*⁶», con particolare riferimento, nell'ambito della configurazione (ben studiata dalla romanistica contemporanea) della 'società'⁷, al 'tipo' delle società per azioni, delineatosi poi sul piano normativo in Italia tra i codici del 1882 e 1942 sino alle riforme del secondo dopoguerra⁸. Per l'esattezza, Fleckner racchiude in una trattazione unitaria teoria e sintesi storica dello svolgimento di un'idea del fenomeno strutturalmente e funzionalmente caratterizzato da fasi in cui si sono uniti capitali sino all'attuale azionariato diffuso popolare nel finanziare servizi pubblici essenziali, a partire dalle più risalenti testimonianze romane di esercizio collettivo di attività economiche con rilevanza pubblica (Liv. 23.49.1, che racconta di *tres societates* con diciannove soci in tutto che nel 215 a.C. conferi-

Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo III (Napoli 1997) 413-452; T.J. CHIUSI, *Diritto commerciale romano? Alcune osservazioni critiche*, in *Fides, humanitas, ius. Studi in onore di Luigi Labruna II* (Napoli 2007) 1025-1041; M. D'ORTA, *Dalla morfogenesi alla struttura del diritto commerciale: imprenditorialità e diritto. L'esperienza di Roma antica*, *ibid.* III (Napoli 2007) 1593-1616; P. CERAMI, *Introduzione allo studio del diritto commerciale romano. I. Terminologia, oggetto e periodi storici del diritto commerciale romano*, in P. CERAMI, A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*³ (Torino 2010) 3-35.

⁵ A. VIGHI, *La personalità giuridica delle società commerciali* (Verona-Padova 1900) 34. Del medesimo Alberto Vighi, professore di Diritto commerciale nell'Università di Camerino e già docente di istituzioni di diritto romano sempre nell'ateneo camerte nell'a.a. 1898-99 (v. S. DI SALVO [cur.], *Per un elenco dei docenti di materie storico-giuridiche dal 1880 in poi. I. Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino*, in *Index* 1 [1970] 391) cfr. ID., *Notizie storiche sugli amministratori ed i sindaci delle società per azioni anteriori al codice di commercio francese. Contributo alla storia delle società per azioni* (Camerino 1898) n.v.

⁶ Il corsivo è dell'a.

⁷ V., per tutti, almeno a partire da contributi monografici che non risentano più di datati approcci metodologici segnati comunque dall'interpolazionismo: A. GUARINO, *La società in diritto romano* (1968, 1972, 1978; rist. Napoli 1988, con una nota dell'a.); F. BONA, *Studi sulla società consensuale in diritto romano* (Milano 1973); M. TALAMANCA, s.v. *Società (diritto romano)*, in *ED.* 42 (Milano 1990) 814-857, con lett. *ibid.* 858-860; G. SANTUCCI, *Il socio d'opera in diritto romano. Conferimenti e responsabilità* (Padova 1997); F.-S. MEISSEL, *Societas. Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages* (Wien 2004), opera prima vincitrice del VI Premio Boulvert; P. CERAMI, *Impresa e societas nei primi due secoli dell'impero*, in *Affari, finanza e diritto nei primi due secoli dell'impero*. Atti del convegno internazionale di diritto romano Copanello, 5-8 giugno 2004 (Milano 2012) 163-221. Piace segnalare inoltre, in materia, come segnale di mai sopito interesse per studi del passato, in tempi recentissimi: M. TALAMANCA, *La 'societas'. Corso di lezioni di diritto romano* (Padova 2012), che è un'edizione postuma, curata da Luigi Garofalo, del testo ciclostilato di un corso tenuto a Cagliari nel 1961-62, e A. POGGI, *Il contratto di società in diritto romano classico I-II* (1930, 1934; rist. Napoli 2012, con una nota di lettura di G. Santucci).

⁸ V. spec., recentemente, A. PADOA-SCHIOPPA, *La normativa sulle società per azioni: proposte e riforme, un concerto a più voci (1882-1942)*; G. ACERBI, *La mancata riforma e le riforme delle società azionarie nel secondo dopoguerra. I. Dal 1942 ai prodromi del centrosinistra*; P. MARCETTI, *La mancata riforma e le riforme delle società azionarie nel secondo dopoguerra. II. Dalla vigilia del centrosinistra agli anni Ottanta*, in *Tra imprese e istituzioni. 100 anni di Assonime. 4. La società per azioni* (Roma-Bari 2010) 5-82; 87-121; 122-174.

scono approvvigionamenti per l'esercito impegnato nella cruenta e dagli esiti in quel momento molto incerta II guerra punica⁹).

Dopo puntualizzazioni metodologiche e teoretiche (p. 1-85), v'è la corposa parte antichistica (p. 87-655), con una sezione cruciale sulle forme organizzative 'societarie', che della monografia costituisce un po' il cuore' (p. 117-237). Agevola, in particolar modo, il lettore una «Würdigung» finale, che sintetizza in non più di una trentina di pagine (p. 627-655) risultati e conclusioni del ponderoso volume. L'appendice è insolitamente articolata e pur nella sua estensione di circa centoventi pagine («Anhang», p. 657-779) non contiene un indice analitico, che forse in tale spiegamento di forze avrebbe potuto essere previsto. Vi è, invece, l'elenco con le citazioni editoriali delle fonti latine, minuziosamente una per una; delle fonti greche, con i nome degli autori, in caratteri dell'alfabeto greco; poi, degli altri tipi di fonti. Non manca un riepilogo meticoloso delle opere e dei contributi citati, laddove sarebbe stato più utile un normale indice degli autori. L'indice delle fonti cit. viene bipartito, per quanto concerne le fonti antiche, tra le fonti in lingua latina e quelle in greco (con autori e titoli tutti ancora in caratteri greci).

Una premessa storico-culturale (p. 1-10) ed un'introduzione tematica (p. 11-36) delineano aspetti e problematiche che verranno affrontate nelle due successive sezioni della monografia. V'è una ricostruzione iniziale degli svolgimenti di studi storici circa il fenomeno societario nell'ambito del diritto commerciale a partire dalla seconda metà dell'Ottocento (una posizione preminente viene riconosciuta naturalmente all'opera di Levin Goldschmidt¹⁰, p. 20 ss.), in concomitanza dunque con l'enucleazione stessa del concetto di società per azioni. La prima sezione (p. 37-86) verte sugli aspetti teoretici; la seconda, di molto più elaborata (p. 87-626), è relativa alla storia antica delle aggregazioni di capitale con lo scopo di profitti economici, ripartita quanto a forme aggregative secondo uno schema tripartito imperniato sui tre modelli tipologici della mera *societas*, della *societas publicanorum* e, infine, del *peculium*¹¹. Vengono dunque prese in esame con notevole sforzo argomentativo, in riferimento alle tre forme associative, di volta in volta le caratteristiche strutturali di

⁹ Liv. 23.49.1: *Ubi ea dies venit, ad conducendum tres societates aderant hominum undeviginti, quorum duo postulata fuere: unum ut militia vacarent dum in eo publico essent, alterum ut, quae in naves imposuissent, ab hostium tempestatisque vi publico periculo essent. Utroque impetrato, conduxerunt, privataque pecunia res publica administrata est.*

¹⁰ L'opera di capitale importanza è L. GOLDSCHMIDT, *Universalgeschichte des Handelsrechts* I (Stuttgart 1891, Nachdr. Aalen 1957) [= *Storia universale del diritto commerciale* (trad. it. Torino 1913)].

¹¹ Pare critico su tale tripartizione espositiva, che condurrebbe più ad un itinerario ideologico che a ricerche romanistiche, A.J.B. SIRKS, *Compte rendu de Fleckner, Antike Kapitalvereinigungen*, in *TR.* 80 (2012) 211 ss.

esse reputate costanti, che sono individuate in quattro profili caratterizzanti: separazione tra titolarità e gestione; tutela del patrimonio individuale; tutela del patrimonio comune; trasferibilità delle quote (p. 239 ss.).

Sorprende di certo un po' che in un simile dispiegamento di fonti e bibliografia sottoposte ad attenta analisi, la pur estesa parte riservata alla figura giuridica del *magister* nell'ambito delle *societates publicanorum*, con doveroso esame della *lex portus Asiae* (p. 264-286), non contenga alcuna menzione di ricerche recenti di Tullio Spagnuolo Vigorita, peraltro innovative sul punto specifico per Fleckner della società di pubblicani e della rilevanza del suo *magister*, in seguito all'aggiudicazione dell'appalto della riscossione delle imposte con una *lex locationis* che, com'è noto, è stata trasmessa nella preziosa testimonianza diretta contenuta all'interno della stesura finale (frutto di interessanti stratificazioni successive, dopo che il testo-base fu redatto nel 75 a.C.) attribuibile al 62 d.C. del *Monumentum Ephesenum* concernente l'imposizione e la riscossione del dazio nella provincia d'Asia¹².

Ciò va detto nient'affatto per considerare di trascurabile rilievo un lavoro possente di scavo 'dogmatico' con uso di terminologie stesse che sono moderne; peraltro non isolato quanto a tematiche e conduzione logica delle ricerche, se si pensa che un contributo recente della Dufour pare accostare concettualmente le *societates publicanorum* alle attuali società in accomandita¹³. Ma forse questo è l'unico appunto che può essere rivolto ad uno studio documentato e certamente di riferimento che diverrà obbligato da ora per chi intenderà accostarsi alla perigliosa problematica societaria nell'esperienza romana, seppure anche su altre tematiche il taglio prescelto da Fleckner ispira qualche critica, come quando, movendo dalla

¹² V. spec., nel mettere a fuoco il problema dell'aggiudicatario dell'appalto assunto da compagnie di pubblicani, nell'arco di tempo dei successivi strati testuali (75 a.C.- 62 d.C.) della *lex portus Asiae*, Tullio SPAGNUOLO VIGORITA, *Note sulla locazione d'imposta fra la tarda repubblica e gli inizi del principato*, in *Affari, finanza e diritto nei primi due secoli dell'impero* cit. 269 s. e 274: «È noto che, nel profilo economico e sociale, l'appalto era assunto, nel periodo coperto dalla *lex portus*, da compagnie di pubblicani; indirettamente questo emerge anche dalla legge, che in un paio di clausole (una nel testo-base, l'altra del 5 d.C., §§ 34 e 51) dà per scontato che la conduzione delle imposte fosse esercitata da *socii*. Tuttavia, secondo l'opinione dominante, ottimamente e direi definitivamente rafforzata da Maria Rosa Cimma nel 1981, il contratto con la repubblica era concluso da un singolo, come tale, non come rappresentante della società, la quale, sosteneva Cimma, aveva rilievo solo per un aspetto, che cioè la sua composizione doveva essere comunicata in anticipo ai magistrati ... A mio parere, essa conferma l'opinione che a contrarre con la repubblica era un singolo; non invece l'altra, che almeno la composizione della società dovesse essere comunicata ai magistrati prima dell'asta ... Nel profilo sostanziale, certo, sarebbe stata una società a gestire l'affare. Come ho accennato, la *lex portus Asiae* lascia trasparire in un paio di luoghi questa realtà, sembra anzi darla per scontata; tuttavia considera sempre il singolo come aggiudicatario e fruitore dell'appalto e come titolare dei diritti e dei doveri collegati al suo esercizio. Perfino il *magister* ... sembra comparire come rappresentante dell'appaltatore piuttosto che della società».

¹³ Si v. G. DUFOUR, *Les societates publicanorum de la République romaine : des ancêtres des sociétés par actions modernes ?*, in *RIDA*. 57 (2010) 145-195.

concezione del *peculium* quale strumento di gestione ed organizzazione di cospicui patrimoni, lo inquadra quasi nella moderna categoria dogmatica del patrimonio separato di impresa¹⁴.

L'economia romana non pare essere stata strutturata in grandi conglomerati di ricchezze 'di scopo' condotte in forme manageriali. Modelli anacronistici, propri degli studi finanziari contemporanei, sembrano smentiti dalla prassi tradizionale della società romana antica, caratterizzata da un 'sistema peculiare' che riservava altre funzioni all'istituto specifico del *peculium*¹⁵. Se prendiamo un caso emblematico, tratto da un'evidenza epigrafica qual è il *senatus consultum de Cn. Pisone patre* (ll. 103-105), si vede che a norma della sentenza di condanna postuma del reo suicida nel 20 d.C. fu concessa una somma di quattro milioni di sesterti per la figlia a titolo di *peculium*, da detrarre dal patrimonio confiscato a Pisone padre (che però veniva donato ai due figli in parti uguali, detratta appunto la somma per la terza figlia): insieme alla complementare somma di un milione a titolo di dote non costituiva affatto una quota di capitale per attività imprenditoriali di Calpurnia, ma soltanto il normale appannaggio di una 'rampolla' di una nobile e altolocata famiglia senatoria¹⁶.

La parte della monografia più convincente mi sembra essere quella sul contesto circostante alle unioni di capitali, per quanto concerneva la società romana («Gesellschaftliches Umfeld», p. 497-623, con una sempre rigida¹⁷ ma ben riuscita quadripartizione secondo l'angolo visuale economico, sociale, politico e giuridico) che non permise un più deciso sviluppo di determinate forme organizzative delle unioni di capitali e dei loro pur esistenti schemi organizzativi, che infatti non s'evolsero in combinazioni più complesse degli elementi caratterizzanti. Non era riconosciuta, difatti, come onorevole l'iniziativa imprenditoriale e le società che si prefiggevano guadagni mercantili, profitti e ricavi economici, se si

¹⁴ In materia cfr. almeno gli studi di F. SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale. Forme giuridiche di un'economia-mondo* (Pisa 1989); A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo «manager» in Roma antica (II sec. a.C. – II sec. d.C.)* (Milano 1984); R. PESARESI, *Ricerche sul peculium imprenditoriale* (Bari 2008).

¹⁵ Di recente sul punto v. le considerazioni ben condivisibili di A. BÜRGE, *Lo schiavo (in)dipendente e il suo patrimonio*, in *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana. Dall'epoca di Plauto a Ulpiano* (Pavia 2010) 384-391.

¹⁶ Mi permetto di rinviare in argomento a F. MERCOGLIANO, *Pisone e i suoi complici. Ricerche sulla «cognitio senatus»* (Napoli 2009) 79-81, e, più di recente, ID., *La condizione giuridica della donna romana: ancora una riflessione*, in *TSDP*. 4 (2011) 33-35 [on line].

¹⁷ Un'esposizione troppo rigidamente strutturata lamenta A. PETRUCCI, *Le unioni di capitali nel mondo romano: a proposito di un recente studio di A.M. Fleckner*, in *Iura* 60 (2012) 129-167, che, senza risparmiare giuste critiche di metodo e di scelte sistematiche, fornisce una disamina esauriente e una ricostruzione dettagliata del percorso argomentativo intero di Fleckner.

considera che le attività dell'aristocrazia repubblicana romana repute rispettabili erano tutt'altre¹⁸.

Il possente lavoro di Fleckner, in conclusione, ricostruisce vicende e sviluppi delle matrici romane delle società per azioni con un impegno ben portato a termine, ponendo a disposizione dei romanisti dati e analisi in quantità tale che ogni successivo serio studio sul tema non potrà prescindere.

Camerino, luglio 2014.

Il presente numero è stato chiuso nel novembre 2014.

¹⁸ Il disfavore per il guadagno mercantile, in qualunque forma, quindi anche quella societaria, era un *tópos* almeno esteriormente dell'aristocrazia senatoria repubblicana, che infatti impose il noto plebiscito Claudio che, nel 218 a.C., vietò per i senatori e i loro figli il possesso di navi da carico di stazza superiore alle trecento anfore (equivalenti al peso di otto tonnellate), come riferisce Liv. 21.63.4. Mi sembra sempre valido e mi piace ricordare quanto affermava, a proposito del profitto nel contesto dei modelli, dei valori e dei tipi ideali dell'aristocrazia dal III secolo alla tarda repubblica, F. CÀSSOLA, *Lo scontro fra patrizi e plebei e la formazione della «nobilitas»*, in *Storia di Roma I* (Torino 1988) 479: «I modi onorevoli di arricchirsi, oltre alla spartizione del bottino dopo le vittorie, erano l'allevamento e l'agricoltura: si riteneva lecito vendere i prodotti della propria azienda, mentre era condannata l'attività del mercante, che compra a dieci e vende a undici».

CONTRIBUTI DI:

| | | |
|------------------------------------|--|--|
| CASTOR M. M. BARTOLOMÉ RUIZ | <i>Ricercatore programma Postgraduate Filosofia, Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNSINOS, Brasil.</i> | <i>castorbartolome@terra.com.br</i> |
| IGNAZIO BUTI | <i>Professore emerito di Diritto romano presso l'Università degli Studi di Camerino.</i> | <i>ignazio.butì@unicam.it</i> |
| ANNA CARDELLINI | <i>Docente di Istituzioni di Diritto romano presso la Scuola di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Camerino</i> | <i>anna.cardellini@unicam.it</i> |
| VÉRONIQUE CHAMPEIL-DESPLAT | <i>Co-directrice de l'Ecole doctorale EDDSP Responsable per l'Université de Paris Ouest Nanterre La Défense. Cattedra UNESCO "Diritti umani e violenza: governo e governanza"</i> | <i>vchd@u-paris10.fr</i> |
| TIZIANA CROCE | <i>Ricercatore universitario di Informatica giuridica presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Camerino.</i> | <i>tiziana.croce@unicam.it</i> |
| ROCCO FAVALE | <i>Professore ordinario di Diritto privato comparato presso la Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Camerino.</i> | <i>rocco.favale@unicam.it</i> |
| MARCELA GUTIERREZ QUEVEDO | <i>Professoressa di Criminología della Universidad Externado de Colombia e direttrice del Centro di ricerca sulla politica criminale. Dottoressa di diritto pubblico dell'Università d'Artois Francia. Chairholder Cattedra Unesco Diritti umani e violenza: governo e governanza.</i> | <i>catedraunesco@uexternado.edu.co</i> |
| FELICE MERCOGLIANO | <i>Professore associato di Diritto romano, Fondamenti del diritto europeo e Storia del diritto romano presso la Scuola di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Camerino.</i> | <i>felice.mercogliano@unicam.it</i> |

ALEJANDRO ZORNOZA

*Avvocato e ricercatore. Membro della
cattedra ASGECO di Diritto del
Consumatore della Università
Carlos III di Madrid.*

*alejandro.zornoza.somolinos
@gmail.com*