ANNALI

DELLA FACOLTA' GIURIDICA DELL'UNIVERSITA' DI CAMERINO

VOL. XIV (nuova serie)

Estratti

CAMERINO

2025

ANNALI

DELLA FACOLTA' GIURIDICA
DELL'UNIVERSITA' DI CAMERINO

VOL. XIV (nuova serie)

COMITATO SCIENTIFICO INTERNAZIONALE

Ignazio Buti, Laura d'Amati, Ignacio De Cuevillas Matozzi,
Antonietta di Blase, Luigi Ferrajoli, Giulio Illuminati,
Fabian Klinck, Franco Modugno, Pietro Perlingieri,
Antonino Procida Mirabelli di Lauro, Francesca Reduzzi,
Ingo Reichard, Rosalía Rodríguez López, Martin Josef Schermaier

DIRETTORE SCIENTIFICO
Prof. Rocco Favale

COMITATO DI REDAZIONE
Rocco Favale, Felice Mercogliano, condirettori;
Maria Pia Gasperini, Agostina Latino, Maria Paola Mantovani,
Antonella Merli, Stefano Testa Bappenheim

CONTATTI
rocco.favale@unicam.it; felice.mercogliano@unicam.it

SEGRETERIA
Scuola di Giurisprudenza - Università degli Studi di Camerino
Via A. D'Accorso, c/o Campus Universitario
I - 62032 Camerino (MC)

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

ISSN (online): 2281-3063

Copyright: Scuola di Giurisprudenza, Università di Camerino

SOMMARIO

STUDI

LAURA D'AMATI, *La domus infestata dal fantasma: Plin. epist. 7.27.5-11* 13
ROCCO FAVALE, *Il nuovo cognome della famiglia in Germania* 33
MARIA FEOLA, *La circolazione del formante dottrinale nella giurisprudenza in tema di immissioni* 59
MARIA PAOLA MANTOVANI, *Intelligenza artificiale e tutela dei diritti fondamentali nella prospettiva europea: il passaggio da Lex a Ius* 77
JOYCEANE BEZERRA DE MENEZES - FRANCISCO LUCIANO LIMA RODRIGUES - ANA BEATRIZ LIMA PIMENTEL, *A lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência e os impasses para a implementação do sistema de apoio* 115

NOTE

MATTIA MILANI, *Il crimen stellionatus* 139
DAVIDE BRESOLIN ZOPPELLI, *'Proditio' e 'crimina' militari: una prima ricostruzione* 185
MARIA SARAH PAPILLO, *Il Codex Eurici e l'esperienza giuridica romana. Tra continuità e innovazione* 233
FELICE MERCOGLIANO, *Cose incorporee, testamento e contratti consensuali. Brevi note sul diritto per i cittadini e i 'noncittadini' romani* 261
NICOLA BRUTTI, *Interferenze tra testamento e contratto: spunti dal common law* 275
GIOVANNI VARANESE, *Considerazioni sui profili giuridici dell'influencer marketing* 295
RAFFAELE VOLANTE, *In cerca di un paradigma giuridico per i commons. Usi civici e demani come forme alternative di tutela erga omnes* 335
CARLOTTA LATINI, *Per una Storia dei diritti collettivi degli indigeni. L'esempio australiano di riconoscimento di appartenenza della terra attraverso il Mabo case* 353
PAOLO BIANCHI, *La lotta dei Sámi per la difesa delle loro terre e del patrimonio culturale: recenti sviluppi in Svezia e Norvegia* 375
TATIANA GUARNIER, *Gli usi civici e i domini collettivi nella*

giurisprudenza costituzionale. Antichi e nuovi problemi 417
SABRINA PRADUROUX, *Il diritto di proprietà alla prova della questione ambientale: la riscoperta degli usi civici e dei domini collettivi* 443
FRANCESCOMARIA TEDESCO, *Lotte contadine per la terra e soggettività politiche subalterne* 463

RILEGGENDO

MARIA PAOLA MANTOVANI, *L'interpretazione dei contratti: uno sguardo italo-peruviano* 483
FABIANA TUCCILLO, *In memoriam. Luigi Labruna (9.5.1937-13.7.2025)* 499

LETTURE

Civitas Romana. Das Römische Bürgerrecht und die Römischen Bürgerrechte von 500 v. Chr. bis 500 n. Chr. (Lorenzo Gagliardi) 505
Utilitas in Roman Jurists' Legal Interpretation (Pia Starace) 519
Certezza del diritto e fondamenti del diritto europeo (Felice Mercogliano) 533
The Role of Soft Law in the Regulation and Governance of Human Rights Challenges Posed by Neurotechnology (Agostina Latino) 543

RASSEGNE

D. SCHWAB - A. DUTTA, *Familienrecht,* 32. Auflage (München, Verlag C.H. Beck, 2024) pp. XX +594 (R.F.) 547
T. HELMS, *Erbrecht*, 8. Auflage (München, Verlag C.H. Beck, 2024) p. XXVII, 404 (R.F.) 549
F. TUCCILLO, *Codice Civile con riferimenti alle Institutiones di Gaio e al Corpus Iuris Cvilis e traduzione a fronte*, «Codici» (Torino, Merita edizioni, 2024) p. 632 (R.F.) 551
R. CARDILLI - R. MARINI - S. PORCELLI (a cura di), *Personae e res. Sistema romano e diritti odierni. Atti del II Seminario Internazionale Osservatorio su Persona e Famiglia*, (Milano, Cedam-Wolters Kluwer, 2025) p. xii, 360 (F.M.) 553
L. GAROFALO (a cura di), *L'obbligazione: struttura e fonti. Convegno internazionale in ricordo di Carlo Augusto Cannata. Padova, 16-18 giugno 2022*, «Il giurista europeo. Atti dell'Aristec, 1» (Napoli, Jovene editore, 2024) p. viii, 367 (F.M.) 555
J. KULAWIAK-CYRANKOWSKA, *Utilitas in Roman Jurists' Legal Interpretation*, «Potsdamer Altertumswissenschaftliche Beiträge, 88» (Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2025) p. 262 (F.M.) 557

C. CAMBRIA - G. COPPOLA BISAZZA – A. CUSMÀ PICCIONE (a cura di), *Tra diritto classico, tardoantico, giustinianeo e bizantino. In ricordo di Agatina Stefania Scarcella*, (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2024) p. 156 (F.M.) 559

A. PETRUCCI - A. SACCOCCIO - A. CASSARINO - M. PEDONE (a cura di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione VI.1 37-40. Direzione di Sandro Schipani* (Pisa, Pisa University Press, 2024) p. iv, 565 (F.M.) 561

G. SANTUCCI, *Chi è causa del suo mal pianga se stesso. Emilio Betti e «quel senso di autoresponsabilità, che i romani mostrano così vivo»*, «Atlante della cultura giuridica europea» (Bologna, il Mulino, 2024) p. 130 (F.M.) 563

G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, Terza edizione «Itinerari» (Bologna, il Mulino, 2025) p. 220 (F.M.) 565

L. GAROFALO, *Il diritto oltre i giuristi*, «Saggi» (Venezia, Marsilio, 2024) p. 432 (F.M.) 567

G. MANNOZZI – G. A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa*, (Torino, Giappichelli, 2025) p. 481 (A.M.) 569

A. CASSESE (curatela M. FRULLI*), L'esperienza del male. Guerra, tortura, genocidio, terrorismo alla sbarra. Conversazione con Giorgio Acquaviva* (Bologna, Il Mulino, 2025), p. 288 (A.L.) 573

B. NASCIMBENE, *Corti europee e regole del processo. Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di giustizia dell'Unione europea. Raccolta di testi* (Pisa, Pacini Giuridica, 2025), p. 424 (A.L.) 575

G. SERRANÒ, *Il diritto degli investimenti dell'Unione europea nel contesto globale. Dai trattati bilaterali degli Stati membri ai trattati macroregionali in forma mista* (Torino, Giappichelli, 2025), p. 768 (A.L.) 577

F. VISMARA, *Il commercio dei prodotti a duplice uso nel diritto dell'Unione europea* (Torino, Giappichelli, Torino, 2025), p. 205 (A.L.) 579

L. GROSSIO, *Proportionality of Criminal Offences and Penalties in EU Law: A Hybrid Principle* (Oxford, Hart Publishing, 2025) p. 250 (A.L.) 581

S. DOMINELLI, *Regolamento Bruxelles I bis e US jurisdiction in personam: riflessioni e proposte su condivisioni valoriali, influenze e osmosi di metodi* (Napoli, Editoriale Scientifica, 2025), p. 417 (A.L.) 583

A. GATTINI (General Editor) – M. DIMETTO (Associate Editor), *Time and International Adjudication – The Temporal Factor in Proceedings before International Courts and Tribunals* (Leiden/Boston,

Brill/Nijhoff, 2025), p. xvii + 683 (A.L.) 585
G. SACERDOTI, *Niall Moran, International Trade and Investment Dispute Settlement. From Rise to Crisis and Reform* (Abington (Oxton) and New York, Routledge, 2025) p. 280 (A.L.) 587

NOTITIAE

FABIANA TUCCILLO, *A Salisburgo per Michael Rainer e Johanna Filip-Fröschl* 591
MARIA PIA GASPERINI, *Il XXXV convegno nazionale dell'Associazione fra gli studiosi del processo civile* 593

Elenco Autori 597

STUDI

LAURA D'AMATI*

*La domus infestata dal fantasma: Plin. epist. 7.27.5-11***

SOMMARIO: 1. La *domus infamis* e *pestilens*. - 2. L'infestazione come vizio nell'*emptio venditio* o *iustus timor* nella *locatio conductio*. - 3. La detenzione in catene del fantasma. 4. - Il dissotterramento delle ossa e la sepoltura rituale.

1. Cupo e pieno di *horror* è l'avvio di una famosa vicenda raccontata da Plinio il Giovane all'amico Licinio Sura – uomo colto e di grande spessore, potente consigliere di Traiano[1] – in *epist.* 7.27.5-11[2], che per alcuni versi richiama quella riportata in una *fabula* plautina, la *Mostellaria*[3]:

**Professoressa ordinaria di Diritto romano presso l'Università degli Studi di Foggia*.

**Il contributo, sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review, ha preso le mosse e si è sviluppato nell'ambito del PRIN 2022, *Fine vita nel mondo romano. Ultime volontà e proiezioni della persona dopo la morte/End of Life in Roman World. Last Wills and Person's Projections after Death*; comparirà pertanto, con qualche variante, anche nel volume conclusivo dei lavori.

[1] Licinio Sura, nato nella Spagna citeriore intorno al 56 a.C., con la sua competenza scientifica avrebbe dovuto spiegare a Plinio – che perplesso raccontava nell'*epistula* tre episodi abbastanza eterogenei tra loro, tutti privi, peraltro, di fonti di riferimento – se credere o meno all'esistenza dei fantasmi (Plin. *epist.* 7.27.1: *Igitur perquam velim scire, esse phantasmata et habere propriam figuram numenque aliquod putes an inania et vana ex metu nostro imaginem accipere*): sfortunatamente, però, la sua risposta non è conosciuta. Ampiamente sull'erudito E. GROAG, voce *'Licinius'*, in *RE*, 13.1, Stuttgart, 1926, 471, *sub* n. 167, e più recenti C.P. JONES, *'Sura' and 'Senecio'*, in *JRS*, 60, 1970, p. 98 ss., I. RODÀ DE LLANZA, *'Lucius Licinius Sura', Hispanus*, in *Trajan und seine Städte. Colloquium Cluj-Napoca, 29 september-2 october 2013*, Cluj-Napoca, 2014, p. 21 ss., e P. STARACE, *'Titius Aristo, peritissimus et privati iuris et publici'. Ricerche su un giurista di età traianea*, Torino, 2022, p. 20 e nt. 33.

[2] Sull'Epistolario di Plinio la letteratura è pressoché sterminata: particolare interesse suscita È. AUBRION, *La 'Correspondence' de Pline le jeune. Pròblemes et orientations actuelles de la recherche*, in *ANRW*, 2.33.1, 1989, p. 304 ss., ID., *L'originalité et l'intérêt de la correspondance de Pline le Jeune*, in *Vita Latina*, 129, 1993, p. 26 ss., D.A. MIGNOT, *Pline le Jeune, le juriste témoin de son temps d'après sa correspondance*, Aix-en-Provence, 2008, e, sia pur in una prospettiva mirata, F. PROCCHI, *Plinio il giovane e la difesa di 'C. Iulius Bassus'. Tra norma e persuasione*, Pisa, 2012, p. 17 ss. Per un'analisi della struttura complessiva dell'*epistula* oggetto di analisi v. G. FILANDRI, *Esistono i fantasmi (Plin. 'epist.' VII, 27)*, in *La fortuna e l'opera di Plinio il Giovane. Atti del Convegno Internazionale di Studi (Città di Castello-San Giustino, 23-24-25 ottobre 1987)*, Città di Castello, 1990, p. 151 ss.

[3] Plaut. *Most.* 469-505 (edizione A. ERNOUT, *Plaute*, V, rist. rivista e corretta, Paris, 1961): Tr.: *Obsecro hercle, quin eloquere* ********** Tr.: *Quia septem menses sunt quom in hasce aedis pedem / nemo intro tetulit, semel ut emigravimus.* / Th.: *Eloquere, quid ita?* / Tr.: *Circumspicendum, numquis est / sermonem nostrum qui aucupet?* / Th.: *Tutum probest.* / Tr.: *Circuspice etiam.* / Th.: *Nemo est; loquere nunciam.* / Tr.: *Capitale scelus factu<m> est.* / Th.: *Quid est? Non intellego.* / Tr.: *Scelus, inquam, factum est iam diu, antiquom et vetus.* / Th.: *Antiquom?* / Tr.: *Id adeo nos nunc factum invenimus.* / Th.: *Quid istuc est scele<ris> aut quis id fecit? Cedo.* / Tr.: *Hospes necavit hospitem captum*

Plin. *epist.* 7.27.5-6[4]: *5. Erat Athenis spatiosa et capax domus sed infamis et pestilens. Per silentium noctis sonum ferri, et si attenderes acrius, strepitus vinculorum longius primo, deinde e proximo reddebatur: mox adparebat idolon, senex macie et squalore confectus, promissa barba horrenti capillo; cruribus compedes, manibus catenas gerebat quatiebatque. 6. Inde inhabitantibus tristes diraeque noctes per metum vigilabantur; vigiliam morbus et crescente formidine mors sequebatur. Nam interdiu quoque, quamquam abscesserat imago, memoria imaginis oculis in, longiorque causis timoris timor erat. Deserta inde et damnata solitudine domus totaque illi monstro relicta; proscribebatur tamen, seu quis emere seu quis conducere ignarus tanti mali vellet.*

Ad Atene c'era una grande casa, *infamis* e *pestilens*, dove di notte si aggirava il fantasma di un vecchio macilento e trasandato, con la barba lunga e i capelli irti, avvinghiato da ceppi ai piedi e da catene alle mani, che producevano spaventosi rumori quando camminava.

Le terrificanti apparizioni avevano procurato effetti nefasti sugli inquilini, che in preda alla paura passavano notti intere senza chiudere occhio; all'insonnia seguiva poi la malattia, e alla malattia – aumentando il terrore – la morte. Infatti, anche durante il corso della giornata vagava dinanzi ai loro occhi il ricordo del fantasma e la paura durava più a lungo delle cause che l'avevano ingenerata.

Per questo motivo con l'andar del tempo la casa era rimasta deserta, completamente abbandonata al fantasma: continuava però a essere pubblicizzata dal proprietario, nell'eventualità che qualcuno, *ignarus* della pur ben nota terrificante situazione, volesse acquistarla o affittarla.

---

manu; / iste, ut ego opinor, qui has tibi aedis vendidit. / Th.: *Necavit? /* Tr.: *Aurumque ei ademit hospiti, / eumque hic defodit hospitem ibidem in aedibus. /* Th.: *Quapropter id vos factum suspicamini? /* Tr. *Ego dicam; ausculta. | Ut foris cenaverat / tuus gnatus, postquam rediit a cena domum, abimus omnes cubitum, condormivimus. / Lucernam forte oblitus fueram extinguere; / atque ille exclamat derepente maximum.* Th.: *Quis homo? An gnatus meus? /* Tr.: *St; tace; ausculta modo. / Ait venisse illum in somnis ad se mortuum. /* Th.: *Nempe ergo in somnis?* Tr.: *Ita, sed ausculta modo. / Ait illum hoc pacto sibi dixisse mortuum…* Th: *In somnis? /* Tr.: *Mirum qui<n> vigilanti diceret, qui abhinc sexaginta annis occisus foret. / Interdum inepte stultus es _ _ _ /* Th: *Taceo. /* Tr.: *Sed ecce, quae illi in _ _ _/ 'Ego transmarinus hospes sum Diapontius. / Hic habito |, haec mihi dedita est habitatio. / Nam me Accheruntem recipere Orcus noluit,/ quia praemature vita careo. Per fidem / deceptus sum; hospes me hic necavit, isque me / defodit insepultum clam [ibidem] in hisce aedibus, / scelestus, auri causa. Nunc tu hinc emigra. / Scelestae hae sunt aedes, impia est habitatio'.* Sulla vicenda, nella quale l'*hospes* era stato assassinato tra le mura domestiche dal precedente proprietario della casa e lasciato privo di sepoltura rituale, essendo stato solo interrato lì in tutta fretta, mi sono già soffermata in E. HÖBENREICH, M. RAINER, G. RIZZELLI (a cura di), *La sepoltura non è per tutti*, in *'Liber amicarum et amicorum'. Festschrift für/Scritti in onore di Leo Peppe*, Lecce, 2021, p. 155 ss., cui rinvio.

[4] L'edizione di riferimento è quella di R.A.B. MYNORS, *'C. Plini Caecili Secundi Epistularum libri decem'*, Oxonii, 1963.

Impostata la vicenda in tali termini, nel prosieguo il racconto di Plinio cambia registro e si fa più disteso:

Plin. *epist.* 7.27.7-11: *Venit Athenas philosophus Athenodorus, legit titulum auditoque pretio, quia suspecta vilitas, percunctatus omnia docetur ac nihilo minus, immo tanto magis conducit. Ubi coepit advesperascere, iubet sterni sibi in prima domus parte, poscit pugillares stilum lumen, suos omnes in interiora dimittit; ipse ad scribendum animum oculos manum intendit, ne vacua mens audita simulacra et inanes sibi metus fingeret.* 8. *Initio, quale ubique, silentium noctis; dein concuti ferrum, vincula moveri. Ille non tollere oculos, non remittere stilum, sed offirmare animum auribusque praetendere. Tum crebrescere fragor, adventare et iam ut in limine, iam ut intra limen audiri. Respicit, videt agnoscitque narratam sibi effigiem.* 9. *Stabat innuuebatque digito similis vocanti. Hic contra ut paulum exspectaret manu significat rursusque ceris et stilo incumbit. Illa scribentis capiti catenis insonabat. Respicit rursus idem quod prius innuentem, nec moratus tollit lumen et sequitur.* 10. *Ibat illa lento gradu quasi gravis vinculis. Postquam deflexit in aream domus, repente dilapsa deserit comitem. Desertus herbas et folia concerpta signum loco ponit.* 11. *Postero die adit magistratus, monet ut illum locum effodi iubeant. Inveniuntur ossa inserta catenis et implicita, quae corpus aevo terraque putrefactum nuda et exesa reliquerat vinculis; collecta publice sepeliuntur. Domus postea rite conditis manibus caruit.*

La scena è ora dominata dalla presenza del filosofo Atenodoro che[5], giunto ad Atene, legge il cartello affisso e si fa dire il prezzo della casa[6]. Poiché l'offerta gli appare troppo a buon mercato, si insospettisce e assume informazioni: compreso il motivo, invece di scoraggiarsi, ancor più determinato prende in locazione la casa infestata.

Sistematosi nella casa con la servitù, al calar della sera fa ritirare tutti i presenti nella sua parte più interna e, munito di una lampada per farsi luce, si sistema in quella vicina all'ingresso, tenendo la mente impegnata con lo studio e

[5] Potrebbe trattarsi – manca però sul punto una prova inconfutabile – di Atenodoro di Tarso, filosofo stoico di età tardorepubblicana, amico di Cicerone e di Strabone, maestro di Augusto, pur non essendo in altra maniera collegato ad Atene: in tal senso A.N. SHERWIN-WITHE, *The Letters of Pliny. A Historical and Social Commentary*, Oxford, 1966, p. 436.

[6] J. SCHWARTZ, *Le fantôme de l'Académie*, in *Hommages à Marcel Renard*, I, Bruxelles, 1969, p. 671 ss., ha voluto identificare la casa infestata di Atene, non specificatamente individuata da Plinio nel suo racconto, con l'edificio dell'Accademia di Platone in rovina. *Contra*, ravvisando in detta ipotesi più di una forzatura, A. STRAMAGLIA, *'Res inauditae', 'incredulae'. Storie di fantasmi nel mondo greco-latino*, Bari, 1999, p. 149, il quale però in linea più generale concorda sul raffronto con l'apparizione notturna premonitrice di sciagura che proprio ad Atene aveva atterrito il cesaricida Cassio Parmense (Val. Max. 1.7.7: *... ad se venire hominem ingentis magnitudinis, coloris nigri, squalidum barba et capillo demisso...*).

la scrittura, in modo da non dare spazio a paure inconsistenti. Quello che accade nel silenzio della notte è più che prevedibile: rumore di catene e orribile apparizione della figura di cui aveva sentito parlare: un vecchio macilento e trasandato, dalla barba lunga e dai capelli ispidi, i piedi avvinghiati nei ceppi e le mani cariche di catene. Ma con serena compostezza il filosofo continua a occuparsi delle sue cose e non si fa sopraffare dalla paura.

Il fantasma fa cenno con un dito ad Atenodoro, come chiedendogli di seguirlo, per comunicargli qualcosa[7]; questi con calma acconsente e, arrivato nel cortile, vede il fantasma – il quale, oppresso dal peso delle catene, fino ad allora aveva camminato a passo lento[8] – scomparire di colpo[9]. In quel punto il filosofo pone un segno con erbe e foglie strappate. Il giorno dopo si reca dal magistrato, invitandolo a dare ordine di scavare in quel luogo preciso: proprio lì si ritrovano delle ossa confuse, frammiste a catene, consunte dal tempo, che vengono raccolte e seppellite degnamente a cura dell'amministrazione pubblica. Da quel momento la casa viene liberata dai Mani ormai regolarmente sepolti.

La situazione rappresentata da Plinio presenta molte analogie con quella raccontata qualche decennio più tardi[10], in modo satirico e dissacrante, da Luciano di Samosata in una delle storie fantastiche del *Philopseudes* (*L'amante della menzogna*)[11]:

---

[7] La comunicazione tra il filosofo e il fantasma era, dunque, unicamente gestuale: per questo aspetto v. A. STRAMAGLIA, *Le voci dei fantasmi*, in F. DE MARTINO, A. SOMMERSTEIN (a cura di), *Lo spettacolo delle voci*, I, Bari, 1995, p. 202 ss., p. 211, nt. 93.

[8] P. COURCELLE, *L'âme au tombeau*, in *Mélanges d'histoire des religions offerts à H.-Ch. Puech*, Paris, 1974, p. 333, pone sullo stesso piano la descrizione fatta da Plinio del fantasma, che camminava lentamente per il peso delle catene, con quella di Cic. *Tusc.* 1.30 s., 74s., dove viene messa a paragone l'anima dell'uomo ancora legato alle passioni terrene con un prigioniero che cammina a stento anche dopo essere stato affrancato dal peso delle catene. Ma come fondatamente osserva A. STRAMAGLIA, *'Res inauditae'*, cit., p. 152, nt. 13, pur potendosi considerare presente a Plinio questo passo, le differenze di contesto tra le due situazioni sono evidenti: quella di Cicerone è un'immagine esemplare, mentre quella di Plinio è presupposta come reale, e per di più il fantasma è ancora incatenato. D'altro canto, che non si tratti di un sogno è evidente: eppure così afferma senza fornire motivazione alcuna É. JOBBÉ-DUVAL, *Les morts malfaisants. 'Larvae', 'lemures' d'après le droit et les croyances populaires des romains*, Paris, 1924, p. 113. La distinzione, talune volte sfumata e soprattutto non sempre schematicamente rigida, non è di poco conto: i fantasmi apparsi ai vivi in stato di veglia erano infatti molto più potenti e temibili di quelli apparsi in sogno, che non rispondevano alla vera realtà, subendo spesso processi deformativi.

[9] Tra le *epistulae* di Plinio incentrate su *res fabulosae*, questa «contains no rhetorical elaboration»: l'affermazione è di F. GAMBERINI, *Stylistic Theory and Practice in the Younger Pliny*, Hildesheim, 1983, p. 303 s.

[10] Verosimilmente l'opera di Luciano era stata composta intorno al 168 d.C.

[11] Riporto la traduzione di F. Albini, *L'amante della menzogna*, Venezia, 1993, p. 77, della quale ho utilizzato anche il testo greco sopra riportato: «Come dici? – Arignoto mi si rivolse dandomi un'occhiataccia –. Sei convinto che tali cose non accadano quando, per così dire, ne sono testimoni tutti?» «Perdonami – risposi –, se non ci credo, se sono l'unico fra tutti a non

Luc. *Philops.* 30-31: Πῶς λέγεις, ἦ δὸς ὁ Ἀρίγνωτος, δριμὺ ἀπιδὼν ἐς ἐμέ, οὐδέν σοι τούτον γίγνεσθαι δοκεῖ, καὶ ταῦτα πάντων, ὥς εἰπεῖν, ὁρώντων;

Ἀπολόγησαι, ἦν δ'ἐγώ, ὑπὲρ ἐμοῦ, εἰ μὴ πιστεύω, διότι μηδὲ ὁρῶ μόνος τῶν ἄλλων. Εἰ δὲ ἑώρων, καὶ ἐπίστευον ἄν δηλαδὴ ὥσπερ ὑμεῖς.

Ἀλλά', ἦ δ'ὅς, ἤν ποτε εἰς Κόρινθον ἔλθῃς, εροῦ ἔνθα ἐστὶν ἡ Εὐβατίδου οἰκία, καὶ ἐπειδάν σοι δειχθῇ παρὰ τὸ Κράνειον, παρελθὼν εἰς αὐτὴν λέγε πρὸς τὸν θυρωρὸν Τίβειον ὡς ἐθέλοις ιδεῖν ὅθεν τὸν δαίμονα ὁ Πυθαγορικὸς Ἀρίγνωτος ἀνορύξας ἀνορὺξας ἀπήλασε καὶ πρὸς τὸ λοιπὸν οἰκεῖσθαι τὴν οἰκίαν ἐποίησεν.

Τί δὲ τοῦτο ἦν, ὦ Ἀρίγνωτε; ἤρετο ὁ Εὐκράτης.

Ἀοίκητος ἦν, ἦ δ'ὅς, ἐκ πολλοῦ ὑπό δειμάτων, εἰ δέ τις οἰκήσειεν εὐθὺς ἐκπλαγεὶς ἔφευγεν, ἐκδιωχθεὶς ὑπό τινος φοβεροῦ καὶ ταραχώδους φάσματος. Συνέπιπτεν οὖν ἤδη καὶ ἡ στέγη κατέρρει, καὶ ὅλως οὐδεὶς ἦν ὁ θαρρήσων παρελθεῖν ἐς αὐτήν.

Ἐγὼ δὲ ἐπεὶ ταῦτα ἤκουσα, τὰς βίβλους λαβὼν - εἰσὶν δέ μοι Αἰγύπτιαι μάλα πολλαὶ περὶ τῶν τοιούτων - ἦκον ἐς τὴν οἰκίαν περὶ πρῶτον ὕπνον ἀποτρέποντος τοῦ ξένου καὶ μόνον οὐκ ἐπιλαμβανομένου, ἐπεὶ

---

vederle; se le avessi viste, ci crederei, come voi». «Comunque – fece lui –, se una volta vai a Corinto, chiedi dove si trova la casa di Eubatide, e quando te l'avranno mostrata – è vicina al Craneo – recati là e domanda al portiere Tibio di mostrarti dove Arignoto il Pitagorico ha scavato una fossa e scacciato il demone, rendendo da quel momento la casa abitabile». «Di che parli, Arignoto?» chiese Eucrate. «Era disabitata – riprese quello – da molto tempo per il terrore che incuteva. Come qualcuno veniva a viverci, scappava subito via in preda al panico, scacciato da un fantasma spaventoso e terrificante. Così stava cadendo in rovina. Il tetto era a pezzi e assolutamente nessuno aveva il coraggio di entrarci. Come seppi la cosa mi armai di libri – ho un gran numero di testi egiziani sull'argomento – e mi incamminai verso quella casa sull'ora di coricarsi, mentre il mio ospite tentava di dissuadermi in ogni modo, e però non ricorrendo alla viva forza, quando seppe dove mi stavo dirigendo: verso dei brutti guai, secondo lui. Presi con me una lampada ed entrai da solo: poggiai la lampada nella stanza più grande e, seduto sul pavimento, presi a leggere pacificamente: il demone apparve e, ritenendomi uno dei tanti, credeva di spaventarmi come gli altri; era sudicio, aveva capelli lunghi ed era più nero delle tenebre. Mi si piantò di fronte e mi aggredì attaccandomi da ogni lato per vedere di sopraffarmi, trasformandosi ora in cane, ora in toro o in leone. Ma io ricorsi al più terribile degli incantesimi, parlando in egiziano e cantando formule magiche, lo feci arretrare in un angolo di una stanza buia; poi, dopo averlo visto spofondare, dormii per il resto della notte. La mattina, quando tutti ormai avevano abbandonato ogni speranza e pensavano di trovarmi morto, esattamente come gli altri, venni fuori, tra lo stupore generale, e recai a Eubatide la buona notizia che poteva abitare senza timore la casa, ormai purificata. Lo presi dunque con me, insieme a molte altre persone – le attirava l'incredibilità della faccenda – e li condussi nel luogo in cui avevo visto sprofondare il demone – ordinai loro di prendere zappe e badili e di scavare. E così, venne ritrovato, seppellito a una profondità di circa sei braccia, un cadavere in decomposizione, del quale restava solo lo scheletro. Lo riesumammo e gli demmo degna sepoltura; e da quel momento la casa cessò di essere importunata dai fantasmi».

ἔμαθεν οἷ βαδίζοιμι, εἰς προῦτον κακόν, ὡς ᾤετο. ἐγὼ δὲ λύχνον λαβὼν μόνος εἰσέρχομαι, καὶ ἐν τῷ μεγίστῳ οἰκήματι καταθεὶς τὸ φῶς ἀνεγίνωσκον ἡσυχῇ χαμαὶ καθεζόμενος. ἐφίσταται δὲ ὁ δαίμων ἐπί τινα τῶν πολλῶν ἥκειν νομίζων καὶ δεδίξεσθαι κἀμὲ ἐλπίζων ὥσπερ τοὺς ἄλλους, αὐχμηρὸς καὶ κομήτης καὶ μελάντερος τοῦ ζόφου. καὶ ὁ μὲν ἐπιστὰς ἐπειρᾶτό μου, πανταχόθεν προσβάλλων εἴ ποθεν κρατήσειεν, καὶ ἄρτι μὲν κύων ἄρτι δὲ ταῦρος γιγνόμενος ἢ λέων. ἐγὼ δὲ προχειρισάμενος τὴν φρικωδεστάτην ἐπίρρησιν αἰγυπτιάζων τῇ φωνῇ συνήλασα κατάδων αὐτὸν εἴς τινα γωνίαν σκοτεινοῦ οἰκήματος. ἰδὼν δὲ αὐτὸν οἷ κατέδυ, τὸ λοιπὸν ἀνεπαυόμην.

Ἕωθεν δὲ πάντων ἀπεγνωκότων καὶ νεκρὸν εὑρήσειν με οἰομένων καθάπερ τοὺς ἄλλους, προελθὼν ἀπροσδόκητος ἅπασι πρόσειμι τῷ Εὐβατίδῃ, εὐαγγελιζόμενος αὐτῷ ὅτι καθαρὰν αὐτοῦ καὶ ἀδείμαντον ἤδη ἕξει τὴν οἰκίαν οἰκεῖν. παραλαβὼν οὖν αὐτόν τε καὶ τῶν ἄλλων πολλούς – εἵποντο γὰρ τοῦ παραδόξου ἕνεκα – ἐκέλευον ἀγαγὼν ἐπὶ τὸν τόπον οὗ καταδεδυκότα τὸν δαίμονα ἑωράκειν, σκάπτειν λαβόντας δικέλλας καὶ σκραφεῖα, καὶ ἐπειδὴ ἐποίησαν, εὑρέθη ὅσον ἐπ᾽ὄργυιαν κατορωρυμένος. τις νεκρὸς ἕωλος μόνα τὰ ὀστᾶ κατὰ σχῆμα συγκείμενος. ἐκεῖνον μὲν οὖν ἐθάψαμεν ἀνορύξαντες, ἡ οἰκία δὲ τὸ απ᾽ἐκείνου ἐπαύσατο ἐνοχλουμένη ὑπὸ τῶν φασμάτον.

La vicenda questa volta è ambientata a Corinto, dove nella casa di Eubatide si trovava un fantasma sordido (δαίμων[12]), con i capelli lunghi e più nero delle tenebre, che incuteva paura in chi andava ad alloggiarvi; per questo motivo si era recato lì il pitagorico Arignoto, che nel bel mezzo della notte, facendo ricorso senza alcuna titubanza a un terrificante incantesimo e parlando in egiziano, incurante delle mirabolanti trasformazioni del fantasma in diversi animali, era riuscito a spingerlo in un angolo di una stanza buia; poi, dopo averlo visto sprofondare, per il resto della notte era riuscito a riposare. Già dalla mattina dopo la casa era diventata abitabile: scavando con il proprietario della casa e con altre persone nel luogo in cui il fantasma era sprofondato, il filosofo aveva rinvenuto un cadavere di antica data, ridotto a sole ossa, al quale, dopo averlo riesumato, aveva provveduto a dare adeguata sepoltura.

Ferma restando la corrispondenza del nucleo essenziale dei due racconti, che dimostra la derivazione da un archetipo comune greco, forse tramandato oralmente, è opportuno segnalare alcune differenze di non poco conto tra di

[12] A. STRAMAGLIA, *'Res inauditae'*, cit., p. 17 ss., sottolinea l'ambivalente significato che il termine assume in contesti come questo.

essi, che rivelano l'elaborazione personale della storia da parte dei due autori[13]. Innanzitutto, l'ambientazione della vicenda: quella di Plinio si svolge in una casa di Atene, peraltro non meglio identificata, mentre quella di Luciano in una casa di Corinto, perfettamente identificata. Il fantasma del racconto di Plinio, che chiede solo una degna sepoltura, dopo aver invitato il filosofo a seguirlo sparisce in un angolo del cortile; quello di Luciano, particolarmente aggressivo, viene ridotto dal filosofo in un angolo della casa, dove poi sprofonda, per mezzo di incantesimi e scongiuri. Plinio considera la casa liberata solo dopo il rinvenimento delle ossa, il dissotteramento avvenuto a seguito dell'autorizzazione del magistrato, e il funerale rituale a cura dell'amministrazione pubblica; Luciano la considera invece liberata sin da subito a seguito degli incantesimi effettuati dal filosofo, e il dissotterramento delle ossa, avvenuto privatamente, con il solo aiuto del proprietario della casa e di altre persone, appare un elemento superfluo del racconto.

Ma c'è anche l'episodio, raccontato da Svetonio, dell'insepoltura di Caligola, che pur collocandosi in uno scenario tutto romano presenta per certi versi alcune analogie con quelli appena descritti:

Svet. *Calig.* 59.2-3: *Cadaver eius clam in hortos Lamianos asportatum et tumultuario rogo semiambustum levi caespite obrutum est, postea per sorores ab exilio reversas erutum et crematum sepultumque. Satis constat, prius quam id fieret, hortorum custodes umbris inquietatos; in ea quoque domo, in qua occubuerit, nullam noctem sine aliquo terrore transactam, donec ipsa domus incendio consumpta sit.*

Nel giardino della *domus* del Palatino in cui Caligola era stato interrato senza sepoltura rituale, ma solo coperto con un leggero strato di terra erbosa, non passava notte senza che le apparizioni turbassero la tranquillità del luogo, inquietando i custodi, fino a quando, tornate dall'esilio le sorelle, avevano esumato, cremato e seppellito ritualmente il suo corpo. E pure nella *domus* in cui questi era morto, finché non era stata distrutta in un incendio, non erano mancati motivi di terrore.

Anche nel racconto di Svetonio spicca un fantasma che si aggira inquieto per indurre i vivi a dargli una sepoltura rituale, ottenuta la quale avrebbe finalmente potuto raggiungere la quiete. Non c'è qui un riferimento esplicito

[13] Un confronto tra le due versioni è già in E. NARDI, *Case 'infestate da spiriti' e diritto romano e moderno*, Milano, 1960, p. 110 ss. Per l'analisi dei moduli stilistici impiegati in entrambe v. G. CALBOLI, *A Struggle with a Ghost and the Contrast between Theme and Rheme (Pliny, 'epist.' 7.27.5-10)*, in G. CALBOLI (a cura di), *Papers on Grammar*, II, Bologna, 1986, p. 183 ss.

alla preventiva autorizzazione del collegio pontificale al disseppellimento: ma si può convenire con Gernot Krapinger, che la ritiene comunque presupposta[14].

2. Concentriamoci, a questo punto, sulle questioni giuridiche connesse alla vicenda narrata nell'*epistula* di Plinio, di cui l'autore ha solo notizie indirette[15].

Taluni hanno voluto intravvedere una vicinanza della *domus* ivi descritta con la *domus pestilens* di cui racconta Cicerone in un passo del terzo libro del *de officiis*[16], composto nel 44 a.C.:

Cic. *off.* 3.13.54: *Vendat aedes vir bonus, propter aliqua vitia, quae ipse norit, ceteri ignorent, pestilens sit et habeantur salubres, ignoretur in omnibus cubiculis apparere serpentes, <sint > male materiatae et ruinosae, sed hoc praeter dominum nemo sciat; quaero, si haec emptoribus venditor non dixerit aedesque vendiderit pluris multo, quam se venditurum putarit, num id iniuste aut improbae fecerit? 'Ille vero' inquit Antipater. 'Quid est enim aliud erranti viam non monstrare, quod Athenis execrationibus publicis sanctum est, si hoc non est, emptorem pati ruere et per errorem in maximam fraudem incurrere ? Plus etiam est quam viam non monstrare; nam est scientem in errorem alterum inducere'.*

Il caso prospettato dall'Arpinate, incentrato sul problema – non solo morale ma anche giuridico – della reticenza del venditore, è celeberrimo[17]. Un

[14] G. KRAPINGER, *Die Graverletzung in den 'Declamationes minores'*, in A. CASAMENTO, D. VAN MAL-MAEDER, L. PASETTI (a cura di), *Le Declamazioni minori dello Pseudo-Quintiliano. Discorsi immaginari tra letteratura e diritto*, Berlin, 2016, p. 12.

[15] Sottolinea il carattere indiretto dell'informazione D. VAN MAL-MAEDER, *Fantasmi in biblioteca. L'antichità nel manoscritto trovato a Saragozza*, in *CentoPagine*, 4, 2010, p. 8.

[16] In tal senso A. STRAMAGLIA, *'Res inauditae'*, cit., p. 130 s., p. 149, nt. 3, riprendendo ipotesi più antiche.

[17] Del passo, che costituisce il prosieguo di un discorso avviato da Cicerone in *off.* 3.12.50-53, si sono occupati specificatamente, *ex variis*, R. BACKHAUS, *Ethik und Recht in Cicero,'de officiis' 3.12.50 ff.*, in B.R. KERN, E. WADLE, K.P. SCHROEDER, C. KATZENMEIER (a cura di), *'Humaniora'. Medizin-Recht-Geschichte. Festchrift für A. Laufs*, Berlin-Heidelberg, 2006, p. 6 ss., L. SOLIDORO, *'Aliud est celare, aliud tacere' (Cic. 'de off.' 3.12.52). Proiezioni attuali di un antico dibattito sulla reticenza del venditore*, in AG, 227, 2007, part. p. 221 ss., R. FIORI, *'Bonus vir'. Politica filosofia retorica e diritto nel 'de officiis' di Cicerone*, Napoli, 2011, p. 270 ss., S. LUCIANI, *'Aliud est celare, aliud tacere'. Formes et valeurs du silence dans l'anthropologie cicéronienne*, in *Cahiers du Théâtre Antique*, 2020, p. 416 ss., e F. ARCARIA, *Chi tace non dice nulla. Il silenzio nell'esperienza giuridica romana*, Milano-Udine, 2023, p. 21 ss. Le frequenti e articolate dispute tra i filosofi, sia dell'Accademia sia della Stoa, intorno all'atteggiamento che doveva assumere il *bonus vir* quando decideva di mettere in vendita un oggetto minorato emergono anche dalle riflessioni di Carneade riportate dallo stesso Cicerone in *rep.* 3.19.29 (fonte per la verità indiretta, essendo stata ricostruita dagli editori attraverso Lact. *div. inst.* 5.16.5 ss.), con riferimento a diversi casi, tra i quali proprio quello della vendita di una *domus* non salubre e *pestilens*: *Tum omissis communibus*

vir bonus, nella piena consapevolezza di essere proprietario di una *domus pestilens*, i cui difetti (ambienti malsani e infestati da rettili, materiale di costruzione scadente, problemi di staticità) sono noti solo a lui e inaccessibili a tutti gli altri, mette in vendita la *domus* a un prezzo molto più alto rispetto al suo valore reale: e il dubbio di Cicerone, che riflette l'inizio di un lungo dibattito tra i giuristi, verte sulla possibilità di considerare ingiusto o disonesto il comportamento di questi.

Cicerone fa propria la rigorosa posizione di Antipatro di Tarso, in contrasto con quella più spregiudicata del suo maestro Diogene di Babilonia. Il compratore, al quale nulla si può imputare[18], è caduto in una gravissima frode a causa del comportamento riprovevole del venditore; tacere i vizi della cosa è ancor più grave del non mostrare la via a chi si è smarrito[19], giacché è indurre deliberatamente altri in errore.

Orbene, la circostanza che i difetti fossero ignorati da tutti, tranne che dal venditore, conduce inevitabilmente alla problematica dei vizi occulti della *res* oggetto di compravendita (diversa dai *mancipia* e dai *iumenta*) e alla loro tutela attraverso il rimedio della *redhibitio*, verosimilmente accordata, secondo quanto riferisce Ulpiano nel suo commento all'editto, a partire da Labeone e da Sabino in età augustea attraverso l'*actio empti*, grazie all'ampia discrezionalità riconosciuta al *iudex*[20]:

---

ad propria veniebat (Carneades). Bonus vir, inquit, si habeat servum fugitivum vel domum insalubrem ac pestilentem, quae vitia solus sciat, et ideo proscribat ut vendat, utrumne profitebitur fugitivum servum ac pestilentem domum se vendere, an celabit emptorem? Si profitebitur, bonus quidem, quia non fallet, sed tamen stultus iudicabitur, quia vel parvo vendet vel omnino non vendet; si celaverit, erit quidem sapiens, quia rei consulet, sed idem malus, quia fallet. Rursus, si reperiat aliquem qui aurichalcum se putet vendere, cum sit illud aurum, aut plumbum, cum sit argentum, tacebitne ut id parvo emat, an indicabit ut magno? Stultum plane videtur malle magno. Unde intellegi volebat et eum qui sit iustus ac bonus stultum ess. Et eum qui sapiens malum, et tamen sine pernicie fieri posse, ut sint homines paupertate contenti. Sulle riflessioni di Carneade rinvio alle più approfondite riflessioni sviluppate in *L''actio redhibitoria' tra giurisprudenza romana e riflessione filosofica*, in *TSDP*, 9, 2016, p. 30 ss., e alla bibliografia ivi richiamata.

[18] Si doveva trattare di una vendita all'asta, con tutte le conseguenze relative all'impossibilità per l'acquirente di esaminare personalmente l'immobile. Di queste vendite, sia private sia pubbliche, si è occupata a più riprese N. DONADIO, *Le 'auctiones' private all'epoca di Claudio. Consuetudini, regole, pratiche delle vendite all'asta nel mondo romano e loro tracce nella palliata latina*, in E. CANTARELLA, L. GAGLIARDI (a cura di), *Diritto e teatro in Grecia e a Roma*, Milano, 2007, p. 96 ss., EAD., *'Promissio auctionatoris'*, in *Index*, 39, 2011, p. 524 ss., EAD.,*'Venditiones publicae' e trasferimento del 'dominium'*, in L. GAROFALO (a cura di), *I beni di interesse pubblico nell'esperienza giuridica romana*, Napoli, 2016, p. 195 ss.

[19] Condotta, questa, che Cicerone riferisce essere sanzionata nel diritto ateniese.

[20] Cfr. *ex variis* E. PARLAMENTO, *Labeone e l'estensione della 'redhibitio' all''actio empti'*, in *Rivista di diritto romano*, 3, 2003, p. 4 ss., N. DONADIO, *La tutela del compratore tra 'actiones ediliciae' e 'actio empti'*, Milano, 2004, 210 ss., R. FIORI, *'Bona fides'. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (parte seconda)*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 4, Napoli, 2011, p. 142; in una posizione più cauta S. BARBATI, *Il concorso tra tutela*

Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.1.11.3: *Redhibitionem quoque contineri empti iudicio et Labeo et Sabinus putant et nos probamus*.

Non mi sembra però di poter accostare il caso raccontato da Plinio, laddove peraltro il filosofo prende la *domus* in locazione, alla medesima problematica: la presenza in essa del fantasma era infatti ben nota a tutta la gente del posto, e chiunque ne sarebbe potuto venire a conoscenza[21]. Per di più, il prezzo richiesto dal venditore era irrisorio; a tal punto da insospettire il forestiero Atenodoro, indotto per questo ad assumere informazioni sul motivo per il quale la casa fosse data così a buon mercato[22].

Neanche mi pare fondato il tentativo, avanzato da Enzo Nardi[23], di ricondurre il caso alla sopravvenuta *iusta causa timoris* nel contratto di locazione, sulla cui operatività è notizia da un passo tratto dai *digesta* di Publio Alfeno Varo, essendo l'infestazione nota al conduttore sin dal primo momento. Leggiamolo però ugualmente, suscitando indubbio interesse in una prospettiva più generale[24]:

---

legale e tutela negoziale dell'acquirente nel I secolo a.C.: breve nota, in AG, 154.3, 2022, p. 680 ss. e, in una prospettiva estesa anche alla *locatio conductio*, B. CORTESE, *La tutela in caso di vizio della 'res empta' e della 'res locata'. Inadempimento e rispondenza 'ex fide bona'*, Roma, 2020, p. 120 ss. Più in generale di recente sull'argomento F. MERCOGLIANO, *Sui fondamenti dell'azione redibitoria in diritto romano (e altrove)*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 12, 2023, p. 1 ss.

[21] Cfr., tra gli altri, B.W. FRIER, *Landlords and Tenants in Imperial Rome*, Princeton, 1980, p. 94 ss.

[22] L'unico punto di contatto che invece si può riscontrare tra i testi è nell'uso del vocabolo *pestilens* – di solito utilizzato nelle fonti giuridiche per qualificare i fondi rustici, in caso di produzione di erbe nocive – con riferimento a una casa sotto diversi profili considerata 'malsana'.

[23] E. NARDI, *Case 'infestate da spiriti'*, cit., p. 68 ss., p. 179 ss., considera come cause più comuni di fondato timore i possibili crolli dell'abitazione, imprevedibili all'inizio del rapporto contrattuale, e dunque i casi di *damnum infectum*: e a tal proposito adduce a fondamento Ulp. 42 *ad Sab*. D. 39.2.33, Paul. 10 *ad Sab*. D. 39.2.34, Ulp. 53 *ad ed*. D. 39.2.13.6 e Ulp. 81 *ad ed*. D. 39.2.28.

[24] Sull'ultima parte del passo di Alfeno sono stati avanzati in passato pesanti sospetti di interpolazione. Le critiche sono state mosse soprattutto da G. LONGO, *Sul regime delle obbligazioni corrispettive nella 'locatio-conductio rei'*, in *Studi in onore di V. Arangio Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, II, Napoli, 1951, p. 533, e da TH. MAYER MALY, *'Locatio-conductio'. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, München, 1956, p. 217. I sospetti si possono ormai considerare superati dopo le convincenti argomentazioni addotte da R. FIORI, *La definizione della 'locatio-conductio'*, Napoli, 1999, 101 ss., il quale rileva altresì la distinzione fatta da Servio tra comportamenti necessitati e non. Ma già in precedenza S. TAFARO, *'Causa timoris' e 'migratio inquilinorum' in un responso serviano*, in *Index*, 5, 1974-1975, p. 49 ss., aveva mosso le prime parziali critiche ai sospetti della dottrina più antica.

Alf. 2 *dig.* D. 19.2.27.1: *Iterum interrogatum est, si quis timoris causa emigrasset, deberet mercedem necne. Respondit, si causa fuisset, cur periculum timeret, quamvis periculum vere non fuisset, tamen non debere mercedem: sed si causa timoris iusta non fuisset, nihilo minus debere.*

Alfeno interroga il giurista – assai verosimilmente il suo maestro Servio Sulpicio Rufo – sulla possibilità, riconosciuta al conduttore che abbandona la casa di abitazione perché sopraffatto dalla paura, di essere esonerato dal pagamento del canone. La risposta è la seguente: se esiste in astratto una giusta causa per cui temere il pericolo, benché questo risulti in effetti poi inconsistente, il canone non sarà dovuto dal conduttore; se invece non vi sia una giusta causa, ma solo il timore, il canone sarà da questi dovuto.

Dall'andamento del responso Luigi Capogrossi Colognesi ha ritenuto, mi pare a ragione, che Servio fosse stato interrogato sulla ragionevolezza o meno del *timor*, andando ben oltre ogni possibile specifica fattispecie, in considerazione del fatto che «il fatto piattamente 'oggettivo' dell'evento dannoso», pur percepito e temuto secondo buon senso, non si era poi verificato[25].

Del quesito e del responso di Servio rimane traccia in uno scolio dei Basilici, nel quale lo scoliaste[26], in un suo personale tentativo di ricostruzione casistica, introduce taluni esempi pratici:

Bas. 20.1.27.1 *sch.* 2 (Scheltema, B/III, 1193 = Heimbach, II, 354): Ἐὰν ὁ ἔνοικος διά τι δέος μετῳκισεν τῆς οἰκίας, ἠρωτήθη ὁ Σέρβιος, εἰ ὀφείλει τὸ μίσθωμα ἤγουν ἀνεύθυνός ἐστιν ἐπ'αὐτῷ. Καὶ ἀπεκρίνατο. Εἰ εὔλογος ὑπῆν αἰτία, δι' ἥν ἐφοβήθη τὸν κίνδυνον, εἰ καὶ ἀληθὴς οὐχ ὑπῆν κίνδυνος, ὅμως οὐκ ἐποφλήσει τὸ μίσθωμα. Οἷον ἀνήρ τις τῶν εὐπολήπτων καὶ πιθανῶν εὐλόγως ἀπήγγειλεν ἔφοδον ἔσεσθαι τῷ οἴκῳ. ἤ καὶ ἀπό τινων ἐχθρῶν τῷ δεσπότῃ ἐπιβουλήν. Εἰ δὲ εὔλογος οὐχ ὑπῆν αἰτία φοβεῖν δυναμένη, τυχὸν ἐξ ἐνυπνίων ἢ φήμης οὐ πιθανῆς τον οἶκον κατέλιπεν, ἀπαιτηθήσεται τὸ μίσθωμα οὐδὲν ἧττον.

Lo scoliaste menziona dapprima un caso per il quale, sussistendo una ragionevole causa di timore (anche se poi in realtà non si dimostra tale), il

[25] Così L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ai margini della proprietà fondiaria*[3], Roma, 1998, p. 149.

[26] Lo scoliaste sarebbe da identificare nel giureconsulto bizantino Stefano. Lo afferma M. MIGLIETTA, *'Servius respondit'. Studi intorno a metodo e interpretazione nella scuola giuridica serviana-Prolegomena I*, Trento, 2010, p. 522 s., riprendendo C.G.E. HEIMBACH, *Basilicorum libri LX, Manuale Basilicorum*, Lipsiae, 1883, p. 277.

canone non sarebbe dovuto dal conduttore: una persona stimata e degna di fede avverte che si sta preparando un assalto dei nemici nella casa data in locazione. Continua poi con due casi in cui il canone sarebbe invece dovuto, pur avendo il conduttore lasciato la *domus*, in mancanza di una ragionevole causa di timore: e a tal proposito richiama l'*insomnia* e la non buona fama di essa.

A questi ultimi esempi, talune volte sovrapponibili o interscambiabili tra loro, si potrebbero provare a ricondurre le infestazioni dei fantasmi[27], considerando però, in siffatta prospettiva, la paura che ne scaturiva come un *timor non iustus*, e dunque non ragionevole. Anche se, ancor più a monte, sarebbe il caso di chiedersi se i giuristi avessero mai avuto interesse a occuparsi di questa problematica, non avendo a nostra disposizione strumenti di controllo per comprendere fino a che punto le diverse 'ghost stories' pervenute fossero semplici narrazioni fittizie, frutto di un'immaginazione spaventosa, o trovassero invece un supporto nella reale convinzione dell'esistenza dei fantasmi[28]: e la stessa impostazione dell'*epistula* di Plinio, che costituisce un punto di osservazione privilegiato della società romana a cavallo tra il I e gli inizi del II secolo d.C., non potrebbe che confortare un simile interrogativo.

3. La casa descritta da Plinio era in balia di un fantasma imbrigliato in catene che – infestando i luoghi in cui aveva trovato la morte e/o dove era stato interrato – compariva in modo persecutorio sulla terra sotto forma di *larva*[29], per riuscire a ottenere dai viventi una sepoltura rituale, conforme ai dettami del

---

[27] Cfr. A. GUARINO, *Inquilini che scappano*, in *Atti dell'Accademia Pontaniana*, 31, 1982, 27 ss., ora in *'Iusculum iuris'*, Napoli, 1985, 201 ss., ID., *Questi fantasmi*, in *Sarchiaponi giuridici. Nuova selezione ampliata*, Napoli, 2004, p. 69 ss.

[28] Il dubbio è sollecitato da A. STRAMAGLIA, *'Res inauditae'*, cit., p. 108 ss. V. pure U. LUGLI, *L'orrore sotto la casa. La 'dimora pestlilens' da Plauto a H.P. Lovecraft*, in *Futurantico*, 11, 2016, p. 98.

[29] Il defunto era diventato uno di quei cd. 'morts malfaisants', qualificati in tal modo nel secolo scorso da É. JOBBÉ-DUVAL, *Les morts malfaisants*, cit., p. 40 ss., in considerazione del fatto che si trattava di soggetti che avevano subito una fine tragica per mano altrui o che comunque erano rimasti insepolti, che soffrivano inermi mentre il loro corpo si decomponeva, dipendendo secondo antiche credenze popolari la sorte dell'anima da quella del corpo. Su questi morti v. pure G. THANIEL, *'Lemures' und 'larvae'*, in *The American Journal of Philology*, 94, 1973, p. 182 ss., C. DE FILIPPIS CAPPAI, *'Imago mortis'. L'uomo romano e la morte*, Napoli, 1997, p. 105 ss., S. ALFAYÉ, *'Sit tibi terra gravis': magical-religious practices against restless dead in the ancient world*, in F.M. SIMÓN, F. PINA POLO, J. REMESAL RODRÍGUEZ (a cura di), *'Formae mortis'. El transito de la vida a la muerte en las sociedades antiguas*, Barcellona, 2009, p. 184, L. MINIERI, *L'insepoltura nel mondo antico*, in *Iura&Legal Sistems*, 2, 2015, p. 129 ss., V. HINCHKER, *Le tombeau, le mort et son corps. Une coïncidence topologique instituée et protégée en droit dans le monde romain*, in *Kentron*, 36, 2021, p. 251 ss., e B. BOULESTIN, *Des morts privés de funérailles: cadre general de réflexion*, in A. SCHMITT, É. ANSTETT (a cura di), *Sans sépulture. Modalités et enjeux de la privation de funérailles de la préhistoire à nos jours*, Oxford, 2023, p. 1 ss.

diritto pontificale, ottenuta la quale finalmente avrebbe potuto darsi pace. L'insepoltura – che in molti casi, come in questo, si poteva anche sostanziare nel semplice interramento del cadavere, per sbarazzarsene – costituiva infatti un ostacolo alla possibilità che l'anima varcasse la soglia dell'oltretomba, costringendola a vagabondare malamente in eterno, inquieta e insoddisfatta, tra il mondo dei vivi e quello dei morti, mancando una definitiva e netta separazione tra i due mondi[30].

Viene subito da chiedersi quale potrebbe essere stato nell'immaginario di Plinio il motivo fondante della detenzione in catene del fantasma, tale da legittimare poi, al momento della morte, la negazione dei riti funebri e il *iustum sepulchrum*: infatti, pur essendo questo un punto centrale del racconto, non trova in esso giustificazione alcuna. A chi fossero appartenute quelle ossa e perché fossero state lì interrate rimane tuttora un enigma insoluto.

Secondo una più antica dottrina, al fantasma – che dall'aspetto fisico sembrerebbe trovarsi in quel luogo da diversi anni – sarebbero state state imposte le catene in quanto reo di un qualche *crimen*[31]: ma è stata confutata già diversi anni or sono da Antonio Stramaglia, il quale ha osservato che in tal caso non si riuscirebbe a giustificare la detenzione, e ancor più l'interramento, del cadavere infame in una casa privata (dove probabilmente il presunto pericoloso imputato avrebbe trovato la morte) [32], e non in un *carcer*[33], per scontare una pena

[30] Lo sbarramento delle porte degli inferi per gli insepolti, già tributato da Omero, è un tratto distintivo del culto romano rimasto fermo nei secoli nonostante i profondi cambiamenti intercorsi. Ancora è in Tert. *de anim.* 56.1 (J.P. MIGNE, *PL*, II, 746): *... creditum est insepultos non ad inferos redigi quam iusta perceperint, secundum homericum Patroclum funus in somnis de Achille flagitantem, quod non alias adire portas inferum posset, arcentibus eum longe animabus sepultorum.*

[31] Il sospetto potrebbe trovare conferma nella probabile tarda ripresa della vicenda in Constant. *V. German.* 10, su cui approfonditamente J. PERCIVAL, *Saints, Ghosts and the Afterlife of the Roman Villa*, in *L'Antiquité Classique*, 65, 1996, p. 161 ss., e part. p. 167 s., il quale, nel mettere in relazione le due testimonianze, evidenzia come in quella relativa alla vita di St. Germain d'Auxerre, scritta forse una generazione dopo la sua morte, vi è un esplicito rifermento al fantasma di un criminale condannato a morte, le cui ossa erano state lanciate (e dunque non ritualmente sepolte), così da giustificare l'infestazione della casa nella quale il Santo aveva trovato riparo in una fredda notte d'inverno. Nessuna conferma sembrerebbe trovare invece l'ipotesi avanzata molti anni addietro da L. RADERMACHER, *Aus Lucians Lügenfreund*, in *Festschrift Th. Gomperz dargerbracht zum siebzigsten Geburstage am 29 März 1902 von Schülern Freunden Kollegen*, Wien, 1902, p. 205 ss., secondo il quale il *non rite sepultus* sarebbe stato un ospite derubato e ucciso nella casa: peraltro, in tal caso non si riuscirebbe a comprendere il motivo della presenza delle catene che lo tenevano imbrigliato.

[32] A. STRAMAGLIA, *'Res inauditae'*, cit., 150, nt. 5. Dubbioso sul luogo di interramento è anche D. FELTON, *The Ghost Story in Classical Antiquity*, Chapel Hill, 1995, p. 85 s.

[33] «On voit encore è Rome, au pied du Capitole, l'antique prison qui date du temps der rois, vulgairement connue sous le nom de prison Mamertine. Les anciens l'appellaient simplement *carcer*»: scriveva così G. HUMBERT, voce *'Carcer'*, in M.C. DAREMBERG-E. SAGLIO, *Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines*, 1.2, Paris, 1887, p. 917.

o in custodia preventiva; e conclude affermando che la presenza delle catene[34], assente in altre versioni dello stesso racconto a noi pervenuto, potrebbe essere considerata piuttosto come un'aggiunta di Plinio, quale suo «elemento tipizzante». In ogni caso, però, costituiva un dettaglio troppo radicato per essere stato inventato immotivatamente[35].

Si potrebbe allora azzardare l'idea che detta aggiunta riflettesse una dura e radicata prassi tipicamente romana, recepita da Plinio nel suo racconto, in forza della quale il corpo del debitore, nella sua materialità, veniva portato alle estreme conseguenze dell'insolvenza da parte del creditore insoddisfatto, potendosene impadronire[36]. Da vivo, attraverso la carcerazione per debiti, già prevista dalla legislazione decemvirale[37], nel corso della quale il *debitor addictus*[38], ancora *civis* e *liber* pur con le ovvie minorazioni del caso, veniva avvinto con ceppi o con catene pesanti non meno di quindici libbre nella dimora del

[34] Le descrizioni delle catene sono le più varie, scrupolosamente scandite con insistenza nel racconto di Plinio: *sonum ferri*; *strepitus vinculorum*; *cruribus compedes, manibus catenas*; *concuti ferrum, vincula moveri*; *capiti catenis insonabat*; *gravis vinculis*; *ossa inserta catenis*; *reliquerat vinculis*.

[35] In tal senso già D. FELTON, *The Ghost Story*, cit., p. 90.

[36] Del legame tra corpo e debito si è occupato in dettaglio M. FALCON, *Il corpo del debitore*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il corpo in Roma antica. Ricerche giuridiche*, I, Pisa, 2015, p. 81 ss.

[37] XII Tab. 3.3-4 (Gell. 20.1.45): 3. *Ni iudicatum facit aut quis endo eo in iure vindict, secum ducito, vincito aut nervo aut compedibus. Quindecim pondo ne minore aut si volet maiore vincito*. 4. *Si volet suo vivito, ni suo vivit. Qui eum vinctum habebit, libras farris endo dies dato. Si volet, plus dato*. Ho riportato il testo di Gellio nell'edizione di C. HOSIUS, *'A. Gellii, Noctium Atticarum libri XX'*, II, Stutgardiae, 1903, accolta anche in *FIRA²*, *Leges*, Firenze, 1941, p. 32. La recente edizione di L. HOLFORD-STREVENS, *'Auli Gelli Noctes Atticae'*, II, Oxoni, 2020, segue invece la versione di I. CUIACII, *Observationum et emendationum libri XXVIIII*, in *Opera*, 1, Prati, 1836, p. 137, che riferisce di aver trovato in un manoscritto una diversa variante, più favorevole al debitore, a mio parere più convincente, trovandosi in linea con la disposizione successiva relativa alla porzione di vitto da concedergli: *Ni iudicatum facit aut quis endo eo in iure vindict, secum ducito, vincito aut nervo aut compedibus. Quindecim pondo ne maiore aut si volet minore vincito*. Si deve pure segnalare che nel Companion dell'opera, *A textual Companion to the 'Noctes Atticae' of 'Aulus Gellius'*, Oxford, 2020, p. 162, lo stesso autore ritiene necessaria la trasposizione dei vocaboli alla luce di Liv. 32.26.18, dove vi è un riferimento alle catene imposte ai prigionieri custoditi nelle carceri pubbliche, di peso non inferiore alle dieci libbre (*ne minus decem pondo compedibus vincti*), non ammettendo uno squilibrio tra carceri pubbliche e private. La correzione di Cuiacio veniva già accolta da A. LINTOTT, *La servitude pour dettes à Rome*, in C. BERTAND-DAGENBACH, A. CHAUVOT, M. MATTER, J.M. DALAMITO (a cura di), *'Carcer'. Prison et privation de la liberté dans l'Antiquité classique. Actes du Colloque de Strasbourg (5-6 décembre 1997)*, Paris, 1999, p. 20. Sul precetto v. di recente S. VIARO, *'Si volet, suo vivito'. 'Considerazioni sull''addictus' nelle XII tavole*, in I. FARGNOLI (a cura di), *'Scripta extravagantia'. Studi in ricordo di Ferdinando Zuccotti*, Milano, 2024, p. 775 ss., con conclusioni innovative.

[38] *Addictus* perché il magistrato, ascoltato il *dicere* del debitore, lo confermava (*ad-dicere*): v. tra gli altri R. FIORI, *Il processo privato*, in M.F. CURSI (a cura di), *'XII tabulae'. Testo e commento*, I, Napoli, 2018, p. 121, sulla base di Paul. Fest., voce *'Addicere'* (Lindsay 12): *Addicere est proprie idem dicere et adprobare dicendo*, e sulla scia di autorevole dottrina.

creditore[39], che diventava un vero e proprio carcere privato[40]; da morto, impedendogli una sepoltura rituale, anche – ma non soltanto – a causa della violazione dell'integrità corporea, sia per mano di una pluralità di creditori, sia di uno solo di essi che avrebbe potuto disperdere in più pezzi l'intero corpo. Il semplice sequestro del cadavere del debitore aveva infatti già di per sé una funzione deterrente, tendendo a far sì che i più stretti congiunti del defunto provvedessero in tempi celeri all'estinzione del debito, pur di ottenerne la salma (o i suoi pezzi da riunire) e tributarne la giusta sepoltura. Solo in questo modo sarebbero infatti riusciti a restituire la pace al defunto e a loro stessi, nonché a provvedere al ristabilimento dell'ordine sociale[41].

---

[39] Le dimore dei patrizi, nei tempi in cui Roma versava in momenti di maggiore difficoltà economica, in particolare intorno alla seconda metà del IV secolo a.C., spesso si trasformavano in prigioni private piene di poveracci. Lo si legge in Liv. 6.36.12: *An placeret fenore circumventam plebem, [ni] potius quam sortem [creditum] solvat, corpus in nervum ac supplicia dare et gregatim cotidie de foro addictos duci et repleri vinctis nobiles domus et, ubicumque patricius habitet, ibi carcerem privatum esse?* Ma nello stesso periodo anche gli stessi patrizi non erano del tutto esenti dalla crisi. Ancora Livio in 6.11.9 racconta di come Manlio Capitolino (celebre per la nota vicenda del 385 a.C.), considerando troppo aspro l'assillo dei debiti che incombeva sui liberi cittadini – minacciati di povertà e di disonore e per di più atterriti dall'idea di ceppi e catene –, cercasse una modalità risolutiva per cancellarli: *Acriores quippe aeris alieni stimulos esse, qui non egestatem modo atque ignominiam minentur sed nervo ac vinculis corpus liberum territent*. Sul punto v. *ex variis* M. MIQUEL, *Archéologie d'une institution archaïque: quand les romains du Ier siècle av. J.-C. raccontent de l'esclavage pour dettes et son abolition*, in *Archive ouverte HAL*, 2022, p. 21 ss.

[40] Si è da taluni voluto voluto considerare il provvedimento contenuto in CTh. 9.11.1, emanato a Tessalonica il 30 aprile 388 d.C., come un provvedimento teso a sostituire la detenzione dei debitori dalle carceri private a quelle pubbliche. In questo senso si sono mossi, tra gli altri, G. LONGO, voce *Esecuzione forzata (diritto romano)*, in *NNDI*, VI, Torino, 1968, p. 721, e G. PURPURA, *La 'sorte' del debitore oltre la morte. 'Nihil inter mortem distat et sortem' (Ambrogio, De Tobia X, 36-37)*, in *IAH*, 1, 2009, p. 58. Mi sembra però di poter concordare con S. SCHIAVO, *Esecuzione personale dei debitori e carcerazione privata nelle costituzioni imperiali di età postclassica e giustinianea*, in *Annali Ferrara-Sc. giur.*, 21, 2007, p. 55 ss., e con M.L. NAVARRA, *Sul divieto di carcere privato*, in *SDHI*, 75, 2009, p. 214 ss., EAD., *Crediti e debitori nel IV sec. d.C.: Un macabro caso di esecuzione personale*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, 17.2, Roma, 2010, p. 849 ss., EAD., *La 'poena' del carcere per debiti in Ambrogio di Milano*, in *Diritto e processo*, 1, 2016, p. 102 ss., che non ritengono di poter desumere dal dettato del provvedimento imperiale una simile congettura. Analizza il testo in questa prospettiva anche A. LOVATO, *Il carcere nel diritto privato romano. Dai Severi a Giustiniano*, Bari, 1994, p. 213.

[41] V. G. PURPURA, *La 'sorte' del debitore*, cit., p. 55 ss., il quale ritiene di non dover relegare la prassi del sequestro del cadavere del debitore insolvente e quella della negazione della sepoltura – di cui vi è espressa menzione in *Tob*. 10.36.1, dove Ambrogio aveva autorizzato il creditore, non come giudice dell'*aepiscopalis audientia*, ma come *iudex ordinarius*, forse in sede d'appello (su cui più approfonditamente G. VISMARA, *Ancora sulla 'episcopalis audientia'. Ambrogio arbitro o giudice?*, in *SDHI*, 53, 1987, p. 53 ss.), poco prima dell'ottobre del 373 (*Quotiens vidi a foeneratoribus teneri defunctos pro pignore et negari tumulum, dum foenus reposcitur?*) – al solo diritto postclassico, essendo peraltro poi stata ripresa in tre costituzioni di Giustino I e di Giustinano (C. 9.19.6 del 526 d.C., Nov. 60.1.1 del 537 d.C. e Nov. 115.5.1 del 542 d.C.), sulle quali v. anche M. GUERRERO LEBRÓN, *Una muestra de la 'crudelitas creditoris': la privación de sepultura del deudor*, in *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade de Coruña*, 6, 2002, p. 419 ss., A. LOVATO, *'Corporis coercitio' (III-IV sec.)*, in *IAH*, 5, 2013, 15 ss., e Y. ARAQUE MORENO, *El cadáver*

A prescindere da ogni altra considerazione, sarebbe pertanto a mio parere possibile considerare – sia pur in modo congetturale, mancando a tal proposito, come si è detto, un fondato riscontro testuale – le ossa rinvenute nella *domus* come quelle di un debitore inadempiente, del cui corpo si era impadronito molto tempo addietro un creditore insoddisfatto, forse in conformità di un'antica usanza romana, ma comunque allineandosi a una più generale e potente logica repressiva-coercitiva, sotterrandolo poi alla sua morte senza l'osservanza di alcun rituale funebre, assieme alle catene con le quali lo aveva tenuto legato, sostanziando in tal modo il diretto potere su di lui e al tempo stesso utilizzandolo come strumento di rivalsa[42].

4. Un altro punto del racconto di Plinio su cui soffermarsi è quello del ricorso alle autorità cittadine competenti per procedere al disseppellimento delle ossa rinvenute nel posto indicato dal fantasma e alla conseguente loro rituale sepoltura.

A tal proposito lo Sherwin-Withe richiama il cap. LXXIII della *lex Coloniae Genetivae Iuliae seu Ursonensis*[43], emanata secondo la *communis opinio* tra il 47 e il 44 a.C. per ordine di Cesare e a noi nota solo per alcuni capitoli superstiti[44]. Era questa una legge che disciplinava specificamente lo statuto della nuova città di Urso, situata nella Spagna Ulteriore. Non abbiamo prove per affermare in linea generale che le disposizioni in essa contenute fossero esemplari per gli statuti degli altri *municipia* e delle altre *coloniae* romane; purtuttavia, non si può non riflettere sul fatto che in più punti emergeva chiara la ricezione di *leges* (o anche solo di *capita* di *leges*) vigenti a Roma, che il governo centrale voleva che fossero tutte ben presenti alle diverse comunità locali. E proprio al capitolo LXXIII

---

como 'res', in M. FALCON, M. MILANI (a cura di), A *New Role for Roman Taxonomies in the Future of Goods? Atti del convegno di Padova, 19 maggio 2022*, Napoli, 2022, p. 95 ss., che superano la più antica dottrina di M.A. ESMEIN, *Débiteurs privés de sépulture*, in *Mélanges d'histoire du droit et de critique*, Paris, 1886, p. 245 ss., e di L. ARU, *Sul sequestro del cadavere del debitore in diritto romano*, in P. CIAPESSONI (a cura di), *Studi in memoria di A. Albertoni*, I, *Diritto romano e bizantino*, Padova, 1938, p. 291 ss.

[42] È imprescindibile la lettura di L. PEPPE, *Riflessioni intorno all'esecuzione personale in diritto romano*, in *AUPA*, 53, 2009, p. 115 ss. V. pure ID., *Fra corpo e patrimonio. 'Obligatus', 'addictus', 'ductus', 'persona in causa mancipi'*, in A. CORBINO, M. HUMBERT (a cura di), *'Homo', 'caput', 'persona'. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana*, Pavia, 2010, p. 435 ss.

[43] Su di esso v. R. LÓPEZ MELERO, *Enterrar en Urso (Lex Ursonensis LXXIII-LXXIV)*, in *Studia Historica. Historia Antigua*, 15, 1997, 105 ss., e da un punto di vista più generale J. RÜPKE, *Religion in 'Lex Ursonensis'*, in A. CLIFFORD, J. RÜPKE (a cura di), *Religion and Law in Classical and Christian Rome*, Stuttgart, 2006, p. 34 ss., F. RUSSO, *Riflessioni sulla struttura compositiva della 'lex Coloniae Genetivae Iuliae Ursonensis'*, in E. GARCÍA FERNÁNDEZ, E. MELCHOR GIL, S. SISANI (a cura di), *'Diuturna civitas'*, 1, *Atti e memorie del seminario italo-spagnolo per lo studio delle comunità locali nell'Occidente romano*, Roma, 2023, p. 221 ss.

[44] A.N. SHERWIN-WITHE, *The letters of Pliny*, cit., p. 437.

sottende palesemente l'antico precetto decemvirale riportato in Cic. *leg.* 2.23.58[45]:

> *CIL*, II², 5, 1022 = *HE*, 3263 = *HD*, 031535:
> *Ne quis intra fines oppidi colon(iae)ve, qua aratro*
> *circonductum erit hominem mortu<u=O>m*
> *inferto neve ibi humato neve urito neve homi-*
> *nis mortui mon<u=i>mentum aedificato si quis*
> *adversus ea fecerit is c(olonis) c(oloniae) G(enetivae) Iul(iae) HS*
> *V (milia) d(are) d(amnas) esto*
> *eiusque pecuniae <q=C>ui volet petitio persecu-*
> *tio ex (h)ac lege esto itque quot inaedificatum*
> *erit IIvir eadil(is)ve dimoliendum curanto si*
> *adversus ea mortuus inlatus positusve erit*
> *expianto uti oportebit.*

Il capitolo della legge prende l'avvio dal divieto di seppellire o di cremare un morto all'interno dei *fines* di un villaggio o di una colonia demarcata dal rito dell'aratro[46]. Se qualcuno avesse contravvenuto a questo divieto, sarebbe stato condannato a pagare cinquemila sesterzi ai cittadini della colonia *Genetiva Iulia*; e per ottenere questa somma di denaro chiunque avrebbe potuto esercitare l'azione e provvedere all'esazione. Era competenza dei duoviri e degli edili curuli ordinare la demolizione di ciò che era stato edificato in violazione al divieto. Infine, veniva prevista una contro-misura espiativa per il contravventore nel caso in cui la salma fosse stata tumulata e fosse stato necessario trasportarla altrove, a cura degli stessi magistrati incaricati.

Va da subito rilevato che, al tempo di Plinio, Atene non era un municipio e neppure una colonia romana, ma una città libera e autonoma[47], e che le disposizioni della legge summenzionata – peraltro comunque non

[45] XII Tab. 10.1: *Hominem mortuum in urbe ne sepelito neve urito*. Più a fondo mi sono occupata del precetto in *'Manes'. Rituali di congedo e sopravvivenza culturale*, Napoli, 2025, p. 123 ss.

[46] Cfr. *ex variis* G. DE SANCTIS, *I confini di Roma: punti, linee, spazi e paesaggi*, in R. DUBBINI (a cura di), *I confini di Roma. Atti del convegno internazionale (Università degli Studi di Ferrara, 31 maggio-2 giugno 2018)*, Pisa, 2019, p. 25 s., e M. HUMM, *Le 'pomerium' de la ville de Rome. Une frontière pour les 'auspices'*, in *Ktèma. Civilisations de l'Orient, de la Grèce et de Rome*, 49, 2024, p. 323.

[47] Rimane tuttora un punto fermo P. GRANDIOR, *Athènes de Tibère à Trajan*, Le Caire, 1931, p. 97 ss.

necessariamente presenti nelle diverse leggi municipali e coloniarie – nel caso di specie non avrebbero potuto trovare diretta applicazione.

Più convincente appare invece l'ipotesi, prospettata da Debbie Felton, di una fusione tra il contesto greco del racconto e la procedura romana seguita da Atenodoro[48]. Plinio stava infatti assai verosimilmente copiando il racconto da un testo greco, adattando abilmente la vicenda alla più immediata cognizione dei suoi potenziali lettori, che però potrebbero essere stati per vero più interessati alla storia del fantasma che ai motivi della detenzione in catene e al rituale di disseppellimento adottato dal filosofo[49].

A fronte di tale supposizione corre, dunque, l'obbligo di verificare la disciplina giuridica vigente a Roma al tempo di Plinio. Al riguardo può essere d'aiuto un passo di Ulpiano nel quale vi è un riferimento alla necessarietà del ricorso alla pubblica autorità prima di poter effettuare qualsivoglia dissotterramento di un defunto, riconducibile già agli inizi del I secolo d.C.:

Ulp. 25 *ad ed*. D. 11.7.8: *Ossa quae ab alio illata sunt vel corpus an liceat domino loci effodere vel eruere sine decreto pontificum seu iussu principis, quaestionis est: et ait Labeo exspectandum vel permissum pontificale seu iussionem principis, alioquin iniuriarum fore actionem adversus eum qui eiecit*.

Il giurista severiano si chiede se sia lecito per il proprietario di un luogo dissotterrare un cadavere o delle ossa interrati, evidentemente in modo abusivo, da altri; e, riportando il pensiero di Labeone, afferma che costui prima di provvedervi avrebbe dovuto attendere un decreto pontificale o un'autorizzazione del principe, esponendosi altrimenti al rischio di un'*actio iniuriarum* per le offese arrecate al cadavere[50].

Il richiamo all'*iussu principis*, ripetuto per ben due volte nel testo, è stato per molto tempo ritenuto un'aggiunta dei commissari giustinianei[51]: ma oggi tale impostazione viene messa in discussione, propendendosi piuttosto per un progressivo affermarsi del potere del principe in materia, il quale, com'è noto,

[48] In tal senso D. FELTON, *The Ghost Story*, cit., p. 84, nt. 15.

[49] Quest'ultima parte del racconto è infatti abbastanza ridotta rispetto alle precedenti.

[50] I. CESAROTTO, *Cadavere e sepoltura*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il corpo in Roma antica. Ricerche giuridiche*, I, Pisa, 2015, p. 296, evidenzia a tal proposito un conflitto tra *ius civile* e *ius sacrum*. Sul passo v. pure M. FALCON, *Il corpo di San Babila nelle concezioni ellenica e cristiana*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il corpo in Roma antica. Ricerche giuridiche*, II, Pisa, 2017, p. 393.

[51] La locuzione è stata ritenuta un'aggiunta compilatoria a partire da W. KALB, *Das Juristenlatein. Versuch einer Chrakteristik auf Grundlage der Digesten*, Nürnberg, 1888, p. 69, il cui pensiero è stato poi ripreso con vigore da G. GROSSO, *Corso di diritto romano. Le cose*, Torino, 1941, ora ripubblicato, con una nota di F. Gallo, in *Rivista di diritto romano*, 1, 2001, p. 23.

nel corso del tempo ricopriva sempre più di frequente anche la carica di *pontifex maximus*. Basterà, a tal proposito, dare una lettura a Plin. *epist.* 10.68, contenente una richiesta del mittente al *pontifex maximus* Traiano[52]. In ogni caso, si deve ritenere assai improbabile la riconducibilità del concorso alternativo tra le due autorizzazioni nella prassi nota a Labeone, essendo originariamente questa autorizzazione concepita solo come una prerogativa pontificale[53].

In conclusione, a Roma al tempo di Plinio la rimozione delle ossa eventualmente rinvenute in un edificio non poteva essere compiuta arbitrariamente dal proprietario, e meno che mai dal conduttore, ma solo dall'autorità che interveniva in via amministrativa e religiosa a conciliare l'«urto tra il diritto del privato e la religione»[54]: fermo restando, però, che solo una ragione sufficiente avrebbe potuto essere stata di fondamento all'autorizzazione.

A tal fine, come appena detto, competente era il collegio dei pontefici o il *princeps*: nella casa di Atene invece il filosofo aveva invocato il magistrato, conformandosi in ciò per certi versi a quanto stabilito dal *caput* LXXIII della *lex Ursonensis*. Ma alla luce del contesto complessivo questo mi pare un dettaglio di poco conto, non avendo rilevanza specifica nella trama narrativa.

Prima di chiudere, un'ultima osservazione. Alla fine del racconto Plinio qualifica il fantasma usando il termine *Manes* (*domus postea rite conditis Manibus caruit*)[55]. Termine, questo, di certo più gradevole rispetto al funesto *larvae*, distintivo delle anime malefiche: a dimostrazione del fatto che il defunto aveva ottenuto idonea sepoltura e che in ragione di ciò la sua anima inquieta si era ormai finalmente placata.

Foggia, Dicembre 2025

---

[52] Plin. *epist.* 10.68: *Petentibus quibusdam, ut sibi reliquias suorum, aut propter iniuriam vetustatis aut propter fluminis incursum aliaque his similia quaecumque secundum exemplum proconsulum transferre permitterem, quia sciebam in urbe nostra ex eius modi causis collegium pontificum adiri solere, te, domine, maximum pontificem consulendum putavi, quid observare me velis*.

[53] Sul punto v. più approfonditamente R. SCEVOLA, *Usi e abusi del corpo nella 'damnatio memoriae' del principe*, in *Il corpo in Roma antica*, I, cit., p. 412 e nt. 59, e M. FALCON, *Il corpo di San Babila*, cit., p. 393 s.

[54] Così V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, I, Roma, 1928, p. 165.

[55] Il vocabolo *Manes*, usato al plurale anche con riferimento a un singolo individuo, al tempo di Plinio indicava entità ormai pacificate, e per questo benevole, che avevano ottenuto un definitivo statuto di alterità rispetto al mondo dei viventi. Sull'evoluzione del vocabolo rinvio al mio *'Manes'*, cit., 9 ss., e soprattutto a M. LENTANO, *'Sunt aliquid Manes'. Qualche problema e una ipotesi*, in *Studi e Materiali di Storia delle Religioni*, 91.1, 2025, p. 309 ss.

Abstract

Plinio in *epist*. 7.27.5-11 racconta la vicenda di un fantasma avvinto in catene che infestava una casa di Atene. Il filosofo Atenodoro, presa in locazione la casa, provvedendo con l'aiuto della pubblica autorità a dissotterare le osse frammiste a catene ivi rinvenute e a darvi adeguata sepoltura, riesce a liberarla.

Pliny, in Epistle 7.27.5–11, recounts the story of a ghost bound in chains that haunted a house in Athens. After renting the house, the philosopher Athenodorus dug up the chained bones with the help of the Public Authorities and gave them a proper burial, thus succeeding in freeing it.

Keywords

Domus pestilens – Fantasmi – *Vincula* – Dissotteramento di un defunto; *Domus pestilens* – Ghosts – *Vincula* – Digging up of a deceased.

ROCCO FAVALE

Il nuovo cognome della famiglia in Germania

SOMMARIO: 1. La parabola del nome della famiglia: la disciplina del BGB e le sue criticità. – 2. L'intervento del BVerfG nel 1991 e la relativa novella del 1993. – 3. Il successivo intervento del BVerfG nel 2004 e la novella del 2005. – 4. La riforma del 2024: struttura, innovazioni, ambiguità. – 5. La decisione del BVerfG, 24 ottobre 2024, in tema di adozione. – 6. Alcune notazioni critiche sul problema del nome nel modello domestico.

1. - La storia recente del diritto tedesco del nome familiare è un esempio paradigmatico di come le trasformazioni sociali e costituzionali si riflettano con ritardo e tensione nel corpo normativo[1]. Nulla a che vedere, tuttavia, con i ritardi e le contraddizioni che contraddistinguono il diritto domestico, dove allo stato la disciplina del nome della famiglia e dei suoi componenti è ridisegnata con gli interventi manipolativi compiuti dalla Corte costituzionale in un robusto periodo di tempo non in grado di svegliare un legislatore da un sonno lungo e profondo[2]. I contributi degli interpreti, da parte loro, mettono in evidenza la

[1] Per una valutazione critica del disegno di legge sulla regolamentazione del nome v. l'editoriale di A. DUTTA, *Weitere Verkomplizierung des Namensrechts*, in *ZRP*, 2024, p. 1.

[2] In proposito sia consentito il richiamo a R. FAVALE, *Il cognome dei figli e il lungo sonno del legislatore*, nota a Corte cost., 21 dicembre 2016, n. 286, in *Giur. it.*, 2017, p. 815 ss. Successivi interventi della Corte costituzionale riguardano le decisioni: Corte cost., 31 maggio 2022, n. 131, in *Giur. cost.*, 2022, p. 1403 ss., secondo la quale risultano incostituzionali gli artt. 237, 262 e 299 c.c. in quanto non prevedono, «in presenza di accordo tra i coniugi, di aggiungere al cognome del padre anche il cognome materno» (fra i commenti al provvedimento: E. AL MUREDEN, *Cognome e identità personale nella complessità dei rapporti familiari*, in *Fam. dir.*, 2022, p. 882 ss.; M. BIANCA, *La decisione della Corte costituzionale sul cognome del figlio e il diritto di famiglia mobile. Riflessioni sulla funzione della Corte costituzionale nel sistema di effettività dei diritti*, in *giustiziainsieme.it*, 2022; L. BARDARO, *Il cognome dei figli tra istanze identitarie e uguaglianza dei genitori*, in *Foro nap.*, 2022, p. 872 ss.; G. MUSOLINO, *Il cognome dei figli. Istanze pubbliche, unità familiare ed uguaglianza sostanziale dei cogniugi, elementi negoziali del rapporto fra padre e madre*, in *Riv. not.*, 2023, p. 35 ss.; G. MAGGIO, *Trasmissione del cognome ai figli e gestione del disaccordo tra i genitori: attualità e prospettive*, in *Dir. succ. fam.*, 2024, p. 43 ss.; M. RUGGIRELLO, *Nuove (e meno nuove) questioni in tema di attribuzione del cognome ai figli e di cognome familiare*, in *Dir. succ. fam.*, 2024, p. 728 ss.); Corte cost., 4 luglio 2023, n. 135, ove dichiara incostituzionale l'art. 299,

necessità pressante di un riordino legislativo della materia, ma tutta questa produzione scientifica non scalfisce, parimenti, il comportamento inerte del *conditor iuris*.

Ritornando al contesto tedesco, si osserva come il legame fra persona e cognome familiare sorge molto tardi. Infatti, il problema del cognome fino al secolo XVII era questione di costume mentre la determinazione del prenome era fortemente legato a risvolti religiosi[3]. Nel diritto comune ciascun soggetto era libero di determinare il proprio nome, ad esclusione di utilizzare nomi diversi a fini fraudolenti[4].

Il nome della moglie diventa una questione giuridica soltanto nel corso del XVIII secolo[5]. Il codice prussiano (ALR) 1794 prescrive che la moglie assume a seguito del matrimonio il cognome del marito (*Zweyter Theil*, *Erste Titel*, § 192). Il codice civile austriaco (ABGB) del 1811 dispone al § 92 che «la moglie assume il

---

comma 1, c.c., nella parte in cui non consente, con la sentenza di adozione, di aggiungere, anziché di anteporre, il cognome dell'adottante a quello dell'adottato maggiore d'età, se entrambi nel manifestare il consenso all'adozione si sono espressi a favore di tale effetto; Corte cost., 18 aprile 2025, n. 53, ove respinge la questione di legittimità costituzionale dell'art. 299, comma 1, c.c., non consentendo all'adottato di assumere esclusivamente il cognome della famiglia adottante, alla stessa stregua di quanto disposto dall'art. 27 l. n. 184/1983. Una fotografia del problema nella dimensione europea è offerta da M.A. IANNICELLI, *La disciplina di attribuzione del cognome ai figli: prospettive di armonizzazione in Europa*, in *Familia*, 2025, p. 57 ss.

[3] Di sicuro interesse il contributo di R. HEPTING, *Der Name in Vergangenheit und Zukunft*, in *StAZ*, 1999, p. 133 ss., ove richiama la definizione remota offerta da RG, 3 dicembre 1917, in *RGZ*, 91, 1918, p. 352, secondo cui il nome è «la denominazione linguistica di una persona che la distingue dalle altre persone».

In generale sul nome della persona, C. BAUER, *Deutsche Namenkunde*, Berlin, 1998, p. 147 ss.; M. GOTTSCHALD, *Deutsche Namenskunde*, Berlin, 2006, p. 74; U. LOCKERMANN, *Namensrecht*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, a cura di A. Erler e E. Kaufmann, Berlin, 1984, 3, p. 836 ss.; T DUVE, *§ 12. Namensrecht*, in *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, I, *Allgemeiner Teil*, §§ 1-240, a cura di M. Schmoeckel, J. Rückert e R. Zimmermann, Tübingen, 2003, p. 204 ss.; D. SCHWAB, *Personen name und Recht*, in *Namenkundliche Informationen/Journal of Onomastics*, 105-106, 2015, p. 110 ss.

[4] Codex Justiniani C. 9.25 (*De mutatione nominis*). V. ancora R. HEPTING, *Der Name in Vergangenheit und Zukunft*, cit., p. 134. Per il diritto romano cfr. A. DE CUPIS, *Nome e cognome*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1968, p. 299. In proposito, R. VON JHERING, *Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen*, in *JherJb*, 23, 1885, p. 321, mette in evidenza la peculiare ipotesi di un'assunzione non autorizzata del nome diretta a indurre in errore terzi sull'identità della persona, e il soggetto non autorizzato si spaccia per il legittimo portatore. In questo caso, non è questione di mero nome, ma dell'interesse giuridicamente tutelato del titolare, a che un terzo non si appropri della posizione che il nome gli procura. Una cantante insignificante, che assume il nome di una cantante famosa, inganna immediatamente il pubblico, e inoltre mette a rischio la reputazione di quest'ultima; L'usurpatrice cerca, mediante l'assunzione del nome, di appropriarsi dei vantaggi che il nome lascia sperare. Qui non si tratta del nome in sé, ma della reputazione del suo titolare. Se mancasse una protezione in tal senso, chiunque potrebbe, sotto il nome altrui, compiere le azioni più disonorevoli.

[5] Per una sintetica e chiara ricostruzione storica della questione del nome, D. SCHWAB, *Gleichberechtigung und Name*, in *FamRZ*, 2025, p. 401 s.

cognome del marito e gode dei diritti della di lui condizione»[6]. Non è impiegato ancora il termine "cognome coniugale" (*Ehename*) e per questo i figli legittimi portano[7] o assumono[8] il nome del padre e non dei genitori.

In seno al BGB, nella sua versione originaria del 1900, il § 1355 impone alla moglie di assumere il cognome del marito, che diviene il cognome comune a tutti i membri della famiglia (*Familienname*)[9]. Di conseguenza il § 1616 dispone che il figlio legittimo assume il cognome del padre. Il principio del *Name des Mannes* esprime così in modo emblematico la struttura patriarcale del diritto civile borghese che trova giustificazione nell'idea di unità familiare, declinata in termini gerarchici.

Una delle questioni più importanti riguarda quella se la moglie, a seguito del divorzio, possa continuare a portare il cognome del marito e in quali ipotesi fosse a lei vietato. Il legislatore prussiano riconosce dopo il divorzio la facoltà di scelta in capo alla moglie di continuare a mantenere il cognome del marito oppure di riprendere il proprio cognome originario o quello da vedova (Teil 2, Tit. 1, § 741). Ma nell'ipotesi in cui nel procedimento di divorzio la moglie fosse dichiarata colpevole, allora il marito poteva vietarle di continuare ad esibire il suo cognome (Teil 2, Tit. 1, § 742). Questa soluzione è stata recepita nel BGB, dove il § 1577 prescriveva che la moglie divorziata conservava il cognome del marito, ma giustapponeva a questa regola la facoltà della donna di riassumere il cognome di famiglia o quello del primo marito nonché il potere di quest'ultimo di proibirle di portare il suo nome nell'ipotesi che la moglie fosse stata dichiarata colpevole.

La disciplina del BGB si è rivelata duratura, superando con facilità il principio coniato dalla Costituzione di Weimar, ove fondava il matrimonio sull'eguaglianza giuridica tra i due sessi (art. 119, comma 1), che non trovò attuazione alcuna nell'orbita del diritto di famiglia.

Con la Costituzione (*Grundgesetz*) del 1949, sulla base di una norma esplicita sull'attuazione della parità (art. 117, comma 1), il problema del nome

---

[6] È la traduzione ufficiale dell'ABGB pubblicata nel 1815 dalla Cesarea Regia Stamperia di Milano.

[7] *Zweyter Teil*, *Zweyter Titel*, § 58 ALR.

[8] § 146 ABGB.

[9] Nei *Motive* al BGB si sottolineava come la profondità di sentimento e la vita in comune dei coniugi giustificassero il fatto che entrambi assumessero il medesimo cognome (B. MUGDAN, *Die gesamten Materialen zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich*, IV, Berlin, 1899, p. 59). In maniera provocatoria, R. HEPTING, *Der Name in Vergangenheit und Zukunft*, cit., p. 134, mette in rilievo come il BGB disciplinava il nome della famiglia in costanza di matrimonio e con figli legittimi in due paragrafi di sette parole ciascuno per un totale di quattordici parole.

della famiglia[10] avrebbe dovuto ricevere una nuova disciplina entro il 31 marzo 1953[11].

L'emanazione nel 1957 della legge sulla parità di trattamento fra uomo e donna[12] ha introdotto il concetto di *Ehename* e *Familienname*, ma resta preponderante il nome del marito, mentre alla moglie si riconosce unicamente la facoltà di aggiungere per uso personale il proprio cognome di nascita (§ 1355, comma 2, BGB)[13].

Una disciplina più moderna è adottata nella DDR dal *Familiengesetzbuch* del 1965[14] che prevedeva come i coniugi potessero scegliere quale cognome familiare comune il cognome del marito o quello della moglie, scelta da determinare al momento della celebrazione del matrimonio[15]. I figli assumevano il cognome familiare comune.

Ad una soluzione analoga si perviene nella Repubblica Federale soltanto con la prima riforma del diritto di famiglia del 1976[16], sulla base della quale i

---

[10] Dei cinque libri che compongono il BGB, quello più volte novellato è sicuramente il quarto dedicato al diritto di famiglia. La prima *Familienrechtsreform* è contenuta proprio nella Costituzione, laddove nell'art. 6, comma 1, dispone che il matrimonio e la famiglia godono della particolare protezione dell'ordinamento statale. Nel prosieguo delle trasformazioni legali in seno alla famiglia la stessa Corte costituzionale avverte che la disposizione dell'art. 3, comma 2, GG, attuerà in futuro la parificazione fra i sessi (BVerfG, 31 maggio 1978, in *NJW*, 1978, p. 2290).

[11] Cfr., in guisa comparativa, il saggio di H. DÖLLE, *L'égalité de l'homme et de la femme dans le droit de la famille. Etude de politique législative comparée*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1950, p. 250 ss.

[12] *Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts*, 18.6.1957 (BGBl, 21 giugno 1957, I, p. 609).

[13] Il BVerfG, 18 dicembre 1953, in *NJW*, 1954, p. 65 ss., ha stabilito che l'art. 3, comma 2, GG (parità uomo-donna) integra una vera norma giuridica. Allo stesso tempo ha precisato che resta valida la norma transitoria dell'art. 117, comma 1, GG, secondo la quale le leggi che contrastano l'art. 3, comma 2, GG siano in vigore non oltre il 31 marzo 1953. Successivamente il BVerfG ha sostenuto che la regola del cognome comune della famiglia fosse conforme alla Costituzione e non andava confuso con l'altra regola secondo cui il cognome coniugale e familiare unitario era il cognome del marito (BVerfG, 26 novembre 1963, in *JZ*, 1964, p. 98).

[14] Sul codice di famiglia adottato nella Repubblica democratica tedesca, cfr. T. RAISER, *Sozialistisches Familienrecht. Zum neuen Familiengesetzbuch del "DDR"*, in *JZ*, 1966, p. 423 ss.

[15] § 7 FGB: «(1) I coniugi portano un cognome familiare comune. Possono scegliere come tale il cognome del marito oppure il cognome della moglie. I figli ricevono il cognome familiare comune.

(2) La decisione dei coniugi sul cognome familiare deve essere dichiarata al momento della celebrazione del matrimonio ed iscritta nel registro matrimoniale. La dichiarazione è irrevocabile».

Con una modifica del 1990 è stato inserito un nuovo comma 2, mentre il vecchio comma 2 è diventato comma 3: «Il coniuge il cui cognome non è stato scelto come cognome familiare comune può, con dichiarazione resa al responsabile dell'ufficio dello stato civile, anteporre al cognome familiare comune il proprio cognome, portato al momento della celebrazione del matrimonio».

[16] *Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts*, 14 giugno 1976 (*BGBl*, 1976, I, p. 1421), pubblicata anche in lingua italiana, in *Dir. fam. pers.*, 1978, p. 354 ss. Per una prima illustrazione della riforma, cfr. F.W. BOSCH, *Neues deutsches Familienrecht 1976/1977*, in *FamRZ*,

coniugi potevano scegliere come nome coniugale il cognome di nascita del marito o della moglie. Il cognome coniugale poteva essere portato anche dal coniuge superstite o divorziato, a meno che, con apposita dichiarazione rilasciata all'ufficio anagrafe, non esprimesse la volontà di assumere nuovamente il cognome che aveva al momento in cui aveva contratto il matrimonio. Inoltre, il coniuge che non aveva prestato il cognome come *Ehename* poteva solamente anteporre il proprio cognome a quello coniugale, assumendo nei rapporti esterni un doppio cognome. Tuttavia il punto debole del § 1355 novellato è che prevedeva in assenza di accordo fra i coniugi che il cognome del marito diventasse automaticamente *Ehename*[17].

Per quanto riguarda i figli legittimi, essi assumevano il cognome familiare dopo la nascita, mentre i figli naturali portavano il cognome familiare che aveva la madre al momento della nascita. Anche dopo il divorzio dei genitori, i figli legittimi continuavano a mantenere il cognome della famiglia, anche se il genitore affidatario riprendeva il cognome originario.

Per i figli naturali, se la madre sposava il padre, essi assumevano automaticamente il cognome della famiglia, a meno che non avessero più di quattordici anni, perché in tal caso la legge richiedeva il loro consenso in forma scritta. Nell'ipotesi in cui la madre sposava un uomo diverso dal padre naturale, il cognome della famiglia non si estendeva ai figli, a meno che entrambi i coniugi non attribuivano loro il cognome coniugale. Sulla prima riforma del diritto di famiglia il BVerfG ha fatto sentire la sua voce in merito al cognome familiare delle coppie sposate anteriormente al 1° luglio 1976 (data di entrata in vigore della riforma). I giudici costituzionali hanno infatti dichiarato illegittima la normativa che faceva divieto alla coppia di elevare a *Familienname* il cognome della donna[18].

1976, p. 401 ss. In lingua italiana, uno schizzo della riforma è offerto da M.T. POGGI REBER e F. TORTORICI, *Sull'ultima riforma del diritto di famiglia in Germania*, in *Dir. fam. pers.*, 1978, p. 324 ss.

[17] Per una interessante esplicazione dei lavori preparatori sul problema del nome della famiglia, cfr. D. RUTHE, *Die Neuordnung des Namensrechts. Eine Darstellung und kritisce Würdigung der namenrechtlichen Bestimmungen des Ersten Gesetzes zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1. EheRG)*, in *FamRZ*, 1976, p. 409 ss. Sulle questioni della parità di trattamento nella fattispecie del cognome familiare, cfr. J. KROPHOLLER, *Gleichberechtigung durch Richterrecht. Erfahrungen im Familienrecht. Perspektiven im internationalen Privatrecht*, Bielefeld, 1975, p. 25 ss.; W. MÜLLER-FREIENFELS, *Kernfragen des Gleichsberechtigungsgesetzes*, in *JZ*, 1957, p. 685 ss.; T. RAMM, *Gleichberechtigung und Ehe– und Familienname*, in *FamRZ*, 1962, p. 281 ss. Dubbi sulla legittimità costituzionale della disposizione del § 1355 BGB era già rilevati da H. KRÜGER, *Der Name der Frau nach bürgerlichen Recht*, in *AcP*, 156, 1958, p. 242 ss., secondo la quale la norma richiamata violava non soltanto gli artt. 2, comma 1, 6, comma 1, e 3, comma 2, GG, ma anche l'art. 1, comma 1, GG.

[18] BVerfG, 31 maggio 1978, cit., p. 2290.

2. - Come era prevedibile, pur se tre lustri dopo, è intervenuto il BVerfG sul § 1355 BGB nella parte in cui non consentiva, dopo la celebrazione del matrimonio, ai coniugi che non avevano determinato l'*Ehename* di mantenere ciascuno il proprio cognome. Precisamente, il comma 2 della disposizione citata statuiva che in mancanza di accordo dei partner sul cognome coniugale la moglie perdeva il proprio cognome assumendo *ipso iure* quello del marito[19]. La parte ricorrente sollevava dubbi sulla compatibilità della norma con il principio di eguaglianza contenuto nella disposizione dell'art. 3, comma 2, GG[20], secondo cui «gli uomini e le donne sono equiparati nei loro diritti». La Corte costituzionale, come già avvertito anni prima in un'altra decisione[21], ha sanzionato la disposizione del § 1355, comma 2, BGB per violazione del principio di uguaglianza tra i sessi, così come nell'art. 3, comma 2, GG[22].

La deroga contenuta nella previsione del § 1355, in cui in mancanza di accordo sul cognome coniugale prevalesse il cognome del marito, non trovava alcuna giustificazione in altri valori di portata costituzionale. La scelta del *conditor iuris* – secondo il BVerfG – di adottare il principio del cognome unitario della famiglia non risultava incompatibile con la carta costituzionale, ma la regola sussidiaria di far prevalere il cognome del marito, in caso di mancato accordo fra i coniugi sul cognome della famiglia, violava i diritti fondamentali della moglie perché «in questo senso la legge prevede per la donna una soluzione pregiudizievole»[23].

---

[19] BVerfG, 5 marzo 1991, in *JZ*, 1991, p. 769 ss., con nota di O. KIMMINICH, (tradotta e annotata da B. POZZO, *Alcune novità in tema di cognome della famiglia nel diritto tedesco*, in *Quadrimestre*, 1991, p. 887 ss.).

[20] Va avvertito che la Corte costituzionale gia` anni addietro aveva avvertito che la norma contenuta nell'art. 3 GG costituiva un'autentica norma giuridica (BVerfG, 18 dicembre 1953, in *BVerfGE*, 3, 1954, pp. 225 ss., spec. 239 ss.) e non una mera norma programmatica insuscettibile di applicazione diretta da parte del giudice (per un quadro sintetico ma esaustivo v. D. HENRICH, *Diritto di famiglia e giurisprudenza costituzionale in Germania: riforma del diritto di famiglia ad opera dei giudici costituzionali?*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 49 ss.).

[21] Per esigenze di completezza va sottolineato che la disposizione del § 1355 BGB era stata attaccata sotto il profilo della costituzionalità già alcuni anni prima, ma con la decisione del BVerfG, 8 marzo 1988, in *JZ*, 1988, p. 451 ss., il giudice delle leggi aveva "graziato" la disposizione, tuttavia *incidenter tantum* aveva anticipato che la lettera del 2° comma, nell'ipotesi di apposito ricorso costituzionale, non avrebbe superato il giudizio di compatibilità con la Costituzione (per profili critici, cfr. G. GRASMANN, *Zur Verfassungsmäßigkeit des einheitlichen Ehenamens (§ 1355 I-II BGB)*, in *JZ*, 1988, p. 595 s.).

[22] In motivazione si richiama la sentenza del BVerfG, 16 giugno 1981, in *BVerfGE*, 57, 1982, pp. 335 ss., 345 ss., secondo cui il principio costituzionale di eguaglianza tra i sessi perderebbe la sua funzione se dovesse prevalere la realtà sociale esistente.

[23] BVerfG, 5 marzo 1991, cit., p. 892, ove continua precisando che «gli effetti di tale disciplina sussidiaria si ripercuotono necessariamente anche sul diritto di scelta del nome di famiglia con la conseguenza che le possibilità di raggiungere l'eguaglianza vengono limitate a pregiudizio della donna già al momento della decisione sul nome di famiglia. Infatti la

Al fine di evitare che la decisione di incostituzionalità provocasse delle lacune che mettessero a rischio la certezza del diritto e incoraggiassero interventi pregiudizievoli al principio di protezione del cognome del soggetto, quale espressione di individualità e identità, i giudici costituzionali hanno elaborato una disciplina transitoria, in attesa della nuova regolamentazione, secondo la quale in assenza di accordo sul cognome coniugale ciascun partner potesse mantenere il proprio cognome, mentre i figli avrebbero assunto il doppio cognome la cui sequenza avrebbe seguito la sorte.

Il legislatore ha accolto il richiamo del giudice delle leggi nel 1993 con il *FamNamRG*[24], novellando la disposizione del § 1355 BGB[25]. Il *conditor iuris* risolve il caso in cui i coniugi non determinano il cognome della famiglia statuendo che ognuno continua a portare il cognome posseduto al tempo del matrimonio (comma 1). Diversamente dal progetto di legge, la riforma limita la scelta del cognome da eleggere ad *Ehename* al cognome di nascita (*Geburtsname*) del marito o della moglie (comma 2). La nuova disposizione codicistica mantiene l'istituto del *Begleitname* al fine di venire incontro alle esigenze del coniuge, che ha rinunziato al proprio cognome nella determinazione del cognome familiare, il quale potrebbe aggiungere il proprio cognome a quello di famiglia (comma 4)[26].

Il diritto al cognome aggiunto è qualificato diritto personalissimo di ogni coniuge, per la cui operatività non è necessario da parte dell'istante di provare l'esistenza di interessi di qualsiasi natura[27]. Infine i coniugi superstiti o divorziati

---

disponibilità di addivenire ad un accordo da parte dell'uomo può diminuire dal sapere che, in caso di controversia, la legge prevede che sia il suo cognome a diventare quello di famiglia, a meno che la futura sposa non rinunci – a queste condizioni – al matrimonio stesso».

[24] *Gesetz zur Neuordnung des Familiennamensrechts* del 16 dicembre 1993 (in *BGBl*, 1993, I, p. 2054) entrata in vigore il 1° aprile 1994.

[25] Un primo commento alla novella è offerto da U. DIEDERICHSEN, *Die Neuordnung des Familiennamensrechts*, in *NJW*, 1994, p. 1089 ss., dove esprime altresì delle perplessità sulla tecnica della legislazione prenotata dalla Corte costituzionale; v. anche T. WAGENITZ, *Grundlinien des neunen Familiennamensrechts*, in *FamRZ*, 1994, p. 409 ss.

[26] Questioni interpretative sono sorte con riferimento al periodo 2 del comma 4, secondo il quale si esclude il *Begleitname* allorquando il cognome della famiglia è composto da più nomi. La Corte costituzionale lo ha dichiarato conforme alla Costituzione, giustificando la posizione deteriore del coniuge che non ha potuto aggiungere il proprio cognome con l'argomento che lo scopo della disciplina dell'*Ehename* è quello di evitare "catene di cognomi" (*Namensketten*) che in sostanza indeboliscono la funzione di identità e di efficacia del cognome nei traffici economici (BVerfG, 30 gennaio 2002, in *FamRZ*, 2002, p. 306 ss., e in *NJW*, 2002, p. 1256 ss.). La conformità alla Costituzione di questa regola è stata ribadita da BayObLG, 29 aprile 2003, in *FamRZ*, 2004, p. 374 s. Anche la maggioranza della dottrina è della stessa opinione: T. WAGENITZ, *Grundlinien des neunen Familiennamensrechts*, cit., p. 411 s.; A. WACKE, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 7, München, 2000, p. 236.

[27] Per completezza va ricordato che mentre dal 1958 al 1976 il coniuge poteva solo aggiungere il proprio cognome a quello coniugale, dal 1976 al 1994 lo poteva soltanto anteporre; la riforma del 1994 ha ampliato la possibilità di scelta consentendo al coniuge di anteporre o di

possono mantenere il cognome coniugale, assumere il cognome di nascita o quello portato fino alla determinazione del cognome coniugale o ancora anteporre o aggiungere al cognome coniugale il proprio cognome di nascita (comma 5).

3. - La disciplina del cognome coniugale ha subito un ulteriore intervento del giudice di costituzionalità proprio con riferimento al problema dell'elezione convenuta dai coniugi del nome della famiglia[28].

La prima Sezione ha dichiarato l'incostituzionalità della disposizione del § 1355, comma 2, BGB, per violazione degli artt. 2, comma 1, e 1, comma 1, GG (nella specie: lesione del diritto generale della personalità), nella misura in cui escludeva che il coniuge potesse eleggere a cognome della famiglia quello acquisito nel precedente matrimonio secondo la disciplina vigente, ossia il cognome di uno dei coniugi portato al momento della contrazione del matrimonio. Nello stesso tempo, il BVerfG ha imposto al legislatore di modificare la disciplina del cognome familiare entro il 31 marzo 2005 per renderla compatibile con la Costituzione[29].

Nella motivazione i giudici delle leggi basano l'iter logico della decisione partendo dal fatto che gli artt. 2, comma 1, e 1, comma 1, GG «tutelano il cognome di un soggetto come espressione della sua identità e individualità», estendendo la protezione costituzionale del nome anche al cognome della famiglia[30].

Nella prospettiva del BVerfG il *conditor iuris* è l'autore della disciplina del cognome familiare[31] intesa a confermare e rappresentare l'*Einheit der Familie*[32]. Ma questo profilo non esaurisce la funzione del cognome della famiglia convenuto dai coniugi, in quanto è diretto altresì ad esprimere la singola personalità del coniuge protetta dal diritto della personalità. Questa tutela –

---

aggiungere il proprio cognome a quella familiare (v., più specificamente, U. DIEDERICHSEN, *Die Neuordnung des Familiennamensrechts*, cit., p. 1091 s.).

[28] BVerfG, 18 febbraio 2004, in *FamRZ*, 2004, p. 515 ss., e in *NJW*, 2004, p. 1155 ss.

[29] BVerfG, 18 febbraio 2004, cit., p. 515 ss., ha poi deciso che fino alla modifica legislativa i coniugi, nei casi di contrazione di matrimonio nei quali debba essere determinato il cognome familiare, conservano il cognome portato prima del matrimonio. Per i matrimoni contratti prima della pubblicazione di siffatta decisione vale la disciplina vigente contenuta nel § 1355, comma 2, BGB, ma il *conditor iuris* ha il compito di predisporre una speciale disciplina.

[30] BVerfG, 18 febbraio 2004, cit., p. 516.

[31] BVerfG, 8 marzo 1988, in *BVerfGE*, 78, 1989, p. 38 ss., spec. p. 49, ove chiaramente declama che il legislatore è libero di determinare la disciplina dell'*Ehename* che ritenga più opportuna («bei der Ausgestaltung des ehelichen Namensrechts ist der Gesetzgeber grundsätzlich frei»).

[32] BVerfG, 30 gennaio 2002, in *FamRZ*, 2002, p. 306 ss.

secondo la Corte costituzionale – non è limitata al tempo del matrimonio, al fine di mettere in relazione l'uso del cognome familiare direttamente alla sua durata; al contrario, la tutela del cognome coniugale portato dal coniuge trova fonte immediata nel diritto della personalità. In quest'ottica, il cognome che un coniuge assume dall'altro, in quanto *Ehename*, rappresenta cognome proprio e quindi costituisce «parte della personalità del titolare»[33].

La determinazione del cognome convenuto dai coniugi come *Ehename* è disciplinata dalla disposizione del § 1355, comma 2, BGB. Ciascun coniuge mantiene il proprio cognome nell'ipotesi che essi non determinino un cognome comune, così come previsto dal § 1355, comma 1, BGB.

Ma se i partner vogliono concordare un *gemeinsamer Ehename*, la disposizione del comma 2 del § 1355 BGB nega che possa essere determinato come *Ehename* il cognome di uno dei coniugi acquisito in un precedente matrimonio.

La Corte costituzionale è intervenuta anche su questo punto ritenendo illegittima la limitazione della scelta del cognome. Non può il legislatore conferire minor valore al cognome acquisito rispetto a quello di nascita, se entrambi cadono sotto la protezione del diritto generale della personalità. La disposizione del § 1355, comma 2, BGB propone una disciplina del cognome familiare che non adempie al principio di proporzionalità. I giudici costituzionali non hanno trascurato la volontà del legislatore nella disciplina sul cognome di considerare i sentimenti offesi dell'ex coniuge, allorquando il suo cognome sia eletto a cognome comune della nuova famiglia costituita con il relativo partner.

L'elezione di un cognome "particolarmente bello" o nobiliare ad *Ehename* in un nuovo matrimonio può costituire un abuso. Il diritto al nome non consente al titolare di incidere sulla sorte del cognome dell'altro coniuge che lo ha acquisito, perché la Costituzione non riconosce un diritto di esclusiva (*Recht auf Namensexklusivität*).

L'interesse dell'ex coniuge a che il suo cognome non sia utilizzato come *Ehename* di un'altra famiglia costituita dall'altro partner non ha valore tale da sospendere la tutela costituzionale del cognome coniugale. Uno dei coniugi allorquando accetta il cognome dell'altro come *Familienname* subisce un *Grundrechtseingriff* legalmente previsto. All'opposto, al coniuge divorziato non può precludersi di mantenere il cognome dell'altro come *Ehename* e di

[33] Di conseguenza, BVerfG, 18 febbraio 2004, cit., p. 517, precisa che in quanto cognome proprio, e non semplicemente conferito, esso cade sotto la protezione dell'art. 2, comma 1, in combinato disposto con l'art. 1, comma 1, GG, indipendentemente dal fatto se il matrimonio abbia costituito occasione per l'acquisizione del cognome.

trasmetterlo al nuovo coniuge, pur se in questo modo può ledere i sentimenti dell'ex coniuge.

Se tra i due interessi che vengono in rilievo il legislatore privilegiasse quello dell'ex coniuge datore del cognome, la scelta di politica legislativa cadrebbe in contrasto con la posizione paritaria dei due coniugi in materia di cognome coniugale. La disposizione del comma 2 del § 1355 BGB, consentirebbe solo all'uomo la possibilità di eleggere il proprio cognome anche nell'ipotesi di nuovo matrimonio mediante la regola del *Geburtsname*. Per questo la decisione di illegittimità costituzionale della norma citata ha la funzione di mitigare la posizione di dominio del cognome dell'uomo nella determinazione del cognome coniugale[34].

Il legislatore, a seguito del *dictum* del BVerfG, ha novellato con la l. 6 febbraio 2005 la disposizione del § 1355 BGB[35] estendendo nel comma 2 la possibilità di scelta del cognome coniugale, oltre al cognome di nascita, anche quello assunto al tempo della dichiarazione sulla determinazione del cognome coniugale dell'uomo o della donna.

La novella consente anche al coniuge, il cui cognome non diventa *Ehename*, di anteporre o posporre al cognome coniugale, con dichiarazione innanzi all'ufficiale dello stato civile, il suo cognome di nascita o il cognome portato al tempo della dichiarazione sulla determinazione sul cognome coniugale (§ 1355, comma 4, BGB).

Il coniuge vedovo o divorziato mantiene il cognome coniugale, ma con dichiarazione all'ufficiale dello stato civile può assumere nuovamente il suo cognome di nascita o quello portato fino alla determinazione del cognome coniugale o, infine, anteporre o posporre al cognome coniugale il suo cognome di nascita o quello portato al tempo della determinazione del cognome coniugale (§ 1355, comma 5, BGB).

---

[34] Va aggiunto che la sentenza della Corte costituzionale ha riproposto il problema dell'ammissibilità degli accordi sul cognome coniugale nell'ambito degli *Eheverträge* nonché delle *Scheidungsvereinbarungen*. Precisamente si tratta di riesaminare la validità e l'efficacia di accordi che precludono all'utilizzazione del cognome coniugale dopo il divorzio ovvero che obbligano uno dei coniugi a rinunciare al cognome familiare nell'ipotesi di divorzio. La validità di tali accordi passano attraverso il giudizio sancito dal § 138 BGB sulle *gute Sitten*, oltre al richiamo dei *Grundwerte* che costituiscono l'essenza del matrimonio. I delicati profili del problema sono sviluppati da A. EVERTS, *Vereinbarungen zur nachehelichen Namensführung*, in *FamRZ*, 2005, p. 249 ss., che sposa la tesi della validità ed efficacia degli accordi che limitano l'uso del cognome coniugale dopo la sentenza di divorzio, pur avvertendo come questi accordi non siano privi di rischi di invalidità.

[35] *Gesetz zur Änderung des Ehe- und Lebenspartnerschaftsnamensrechts*, in *BGBl*, 2005, I, p. 203 s., entrata in vigore il 12 febbraio 2005.

Questa legge interviene a modificare le regole sulla determinazione del cognome non solo nel matrimonio, ma anche nella convivenza registrata disciplinata dal *Lebenspartnersschaftsgesetz* del 16 febbraio 2001[36]. La novella inseriva le stesse modifiche previste per i coniugi consentendo ai partner di concordare come cognome comune dei conviventi (*Lebensparterssschaftsname*) il cognome di nascita o quello portato da uno dei partner al momento della dichiarazione sulla determinazione del cognome comune. Parallelamente ai coniugi, nell'ipotesi di nuova convivenza registrata, poteva essere determinato come cognome comune anche il cognome assunto dal partner in una precedente convivenza[37].

4. - Dopo vent'anni il legislatore è di nuovo intervenuto[38], segnando un momento di svolta - forse non ancora definitiva - nella lunga vicenda del diritto tedesco del nome coniugale, rappresentando al tempo stesso un punto di arrivo e un nuovo inizio.

Con la riforma attuale, in vigore dal 1° maggio 2025, il legislatore ha inteso rispondere alle molteplici sollecitazioni dottrinali e giurisprudenziali maturate nel trentennio successivo alla novella del 1993, ma adottando, tuttavia, una tecnica normativa che lascia trasparire più di un'ambiguità sistematica.

Alla fine del 2018, su iniziativa congiunta dei Ministeri federali dell'Interno e della Giustizia, è stato costituito un gruppo di lavoro incaricato di elaborare una proposta organica di riforma del diritto del nome. I risultati di tale iniziativa sono stati presentati nella primavera del 2020 sotto forma di un articolato documento programmatico, che si è distinto per l'ampiezza dell'impianto e l'ambizione degli obiettivi[39].

Tra i principali punti di intervento si segnalano, in particolare, un ripensamento complessivo dell'architettura normativa attualmente frammentata in una pluralità di testi legislativi; l'introduzione della possibilità di assumere

---

[36] Il *LPartG* introduce nell'ordinamento tedesco la convivenza registrata con la quale si disciplina il fenomeno delle coppie omosessuali: per una puntuale descrizione della regolamentazione, v. G. VARANESE, *La convivenza registrata in Germania. Considerazioni di legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di Vincenzo Ernesto Cantelmo* a cura di R. Favale e B. Marucci, II, Napoli, 2003, p. 901 ss.

[37] Sul problema degli effetti della decisione del BVerfG alla *Lebenspartnerschaft* cfr. le puntuali osservazioni di K.H. MUSCHELER, *Die Entscheidung des BVerfG zum Namenswahlrecht von Ehegatten und ihre Übertragbarkeit auf das Lebenspartnerschaftsrecht*, in *FamRZ*, 2004, p. 762 s.

[38] *Gesetz zur Änderung des Ehenamens- und Geburtsnamensrechts und des Internationalen Namensrechts*, 11 giugno 2024, in *BGBl*, I, 2024, Nr. 185.

[39] In argomento, cfr. il contributo di H. SCHMITZ, *Schrotschussprinzip im Namensrecht*, in *FamRZ*, 2024, p. 1329 ss.

cognomi doppi strutturati in due elementi (*zweigliedrige Doppelnamen*); nonché una rilevante semplificazione delle procedure per il cambiamento del nome.

Non sono mancati, nel dibattito, riferimenti a uno degli episodi più oscuri della storia del diritto tedesco: il secondo regolamento di esecuzione alla legge sul nome del 17 agosto 1938, con cui si imponeva agli ebrei tedeschi l'aggiunta forzata di "Israel" o "Sara" come secondo nome. Una norma che, nella sua brutale semplicità, testimoniava fino a che punto il diritto potesse piegarsi alla logica dell'esclusione, diventando strumento di stigmatizzazione identitaria[40]. Quel provvedimento, è bene ricordarlo, fu già formalmente abrogato nel 1945 dal *Kontrollratsgesetz Nr. 1*, il primo atto normativo del Consiglio di controllo alleato, che volle colpire alla radice l'intero impianto giuridico del nazionalsocialismo. Eppure, ancor di recente, non sono mancate ricostruzioni giornalistiche allarmistiche, che lasciavano intendere una persistenza, più o meno velata, di quella legislazione persecutoria all'interno della legge sul cambiamento del nome. Una lettura infondata, smentita già nel 1958 dal Tribunale amministrativo federale (*Bundesverwaltungsgericht*), il quale aveva chiarito che né il testo né lo spirito della legge in vigore potevano dirsi contaminati dall'ideologia del passato.

La sopravvivenza di termini come "*Deutsches Reich*" o "*Reichsminister des Innern*", pur presenti nel lessico normativo, non aveva mai generato difficoltà né interpretative né applicative, risultando da tempo svuotata di significato. Proprio per questo, la riforma del diritto del nome assume oggi anche un valore simbolico: essa rappresenta, per certi versi, un'ulteriore cesura con una storia in cui il nome, da espressione di identità personale, era ridotto a marchio imposto dal potere. Il perseguimento di una coerenza costituzionale in questa materia non è solo un atto tecnico, ma anche un gesto di consapevolezza democratica.

Un certo ottimismo è nato all'inizio con una bozza di discussione elaborata dal Ministero federale della Giustizia (BMJ) del 2022. Le proposte disegnate dal gruppo di lavoro sul diritto del nome prevedevano una ristrutturazione complessiva della materia e addirittura una sua sistemazione all'interno dell'*Allgemeiner Teil* del BGB[41]. L'ottimismo di un'ampia discussione

---

[40] Sul punto ci limitiamo a menzionare il primo lavoro scientifico che fotografa l'architettura del diritto privato nazionalsocialista: B. RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, 9. ed., Tübingen, 2022. Unica opera monografica, dedicata al concorso di abilitazione a professore universitario, ad avere avuto un successo editoriale testimoniato dalle numerose edizioni successive alla prima del 1968.

[41] M. LÖHNIG, *Für einen Paradigmenwechsel im Namensrecht*, in *ZRP*, 2022, p. 12 ss. In tal guisa, sarebbero state abrogate sia la legge in materia di cambiamento del nome sia quella relativa alle minoranze, mentre le ulteriori disposizioni contenute in varie altre leggi sarebbero potute confluire nei nuovi §§ 11 ss. BGB.

tecnico-scientifica non si è realizzato. Forse il Ministro non era interessato a una soluzione di sistema, che richiedeva tempi che avrebbero coinvolto sicuramente la successiva legislatura, ma piuttosto a un "successo" politico da ottenere subito nella stessa legislatura. L'esito della riforma è stato un compromesso, in cui soluzioni innovative e retaggi normativi convivono senza integrarsi[42].

La nuova legge riscrive il § 1355 BGB secondo una logica pluralistica di composizione del comune nome familiare (*gemeinsame Familienname*) coerente con una maggiore libertà di scelta da parte dei coniugi. Eseguendo una semplice lettura esegetica della nuova previsione codicistica il nome coniugale può costituire il risultato della scelta del cognome di nascita o portato da uno dei coniugi al momento della determinazione, oppure del doppio cognome (unito o meno da trattino) dei coniugi secondo l'ordine convenuto[43]. Questa è la novità che balza in guisa più evidente agli occhi dell'interprete, se si tiene presente che la Corte costituzionale aveva sempre negato che il principio di parità fra i coniugi imponesse la formazione di un cognome coniugale doppio[44]. Per evitare cognomi della famiglia eccessivamente lunghi, essi sono composti solamente da due elementi; per questo, se un partner ha già un cognome doppio deve scegliere quale elemento utilizzare per contribuire a formare il nuovo[45].

Il coniuge superstite o divorziato conserva il nome coniugale. Egli può, nondimeno, mediante dichiarazione resa all'ufficio dello stato civile e pubblicamente autenticata, riassumere il proprio cognome di nascita, riassumere il cognome portato prima della determinazione del nome familiare e, infine,

---

[42] H. SCHMITZ, *Schrotschussprinzip im Namensrecht*, cit., p. 1329 ss.

[43] Va precisato che il comma 2 esprime la regola del trattino fra i due cognomi, salvo specifica dichiarazione contraria.

[44] BVerfG, 7 febbraio 2002, in *FamRZ*, 2002, p. 530 s., ove precisa che l'esclusione del doppio cognome coniugale non viola né il diritto alla personalità dei coniugi, garantito dall'art. 2, comma 1, in combinato disposto con l'art. 1, comma 1, GG, né l'art. 6, comma 1, GG. Il fatto che il legislatore abbia escluso, in seno alla disciplina del diritto al nome familiare, la possibilità di scegliere (§ 1355 BGB) come cognome coniugale un doppio cognome composto da entrambi i nomi dei coniugi, non viola il dettato costituzionale. Al contempo non viola nemmeno il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3, comma 1, GG, in quanto ai sensi del § 1355, comma 2, BGB, spetta alla libera decisione dei coniugi determinare quale dei loro cognomi debba divenire il cognome coniugale. Il fatto che debbano concordare su un solo cognome, e che non possano invece eleggere come cognome coniugale una combinazione dei due, limita certamente la loro possibilità di scelta. Tuttavia, la limitazione riguarda in egual misura entrambi i partner.

[45] Tuttavia resta esclusa la possibilità di coniare *ex novo* un cognome di pura invenzione. L'*Ehename* deve sempre derivare, almeno parzialmente, da uno dei cognomi originari dei coniugi. L'unità della famiglia, sebbene non più intesa in termini gerarchici, continua a costituire il fulcro simbolico dell'istituto.

anteporre o aggiungere all'*Ehename* un cognome aggiuntivo (*Begleitname*) secondo la disposizione del § 1355a[46].

La nuova disciplina del doppio cognome non è limitata soltanto a chi contrae matrimonio in futuro, ma anche alle coppie sottoposte al vecchio diritto che potranno rideterminare il *Familienname* secondo il nuovo regime a partire dal 1° maggio 2025[47].

Un'altra novità di un certo interesse esprime la nuova disposizione contenuta nel § 1355b BGB dedicata alla forma del cognome coniugale adeguata al genere secondo la tradizione soraba e di altri ordinamenti giuridici stranieri. In sostanza, la riforma consente a ciascun coniuge di richiedere che il nome della famiglia, una volta determinato, sia adattato morfologicamente al proprio genere, secondo forme linguistiche previste dal diritto straniero o dalla tradizione soraba. Si tratta di una norma che, pur riguardando una casistica minoritaria, assume valore paradigmatico nel processo di costituzionalizzazione del diritto del nome come espressione dell'identità culturale, personale e relazionale.

La prima ipotesi prevista dalla norma (§ 1355b, comma 1, n. 1) riguarda l'adattamento del cognome alla tradizione linguistica del popolo sorabo, minoranza slava storicamente stanziata in alcune regioni della Germania orientale. L'ordinamento tedesco riconosce, già a livello costituzionale (art. 125 GG), il dovere di tutelare le minoranze etniche e linguistiche. L'introduzione espressa della possibilità di adeguare il cognome coniugale alla morfologia soraba segna dunque un punto di arrivo in tale direzione, consentendo la femminilizzazione o maschilizzazione dei cognomi in funzione del genere (es. *Nowak - Nowakowa*, *Kowal - Kowalowa*), secondo la tradizione onomastica slava. Questa disposizione si innesta nel quadro di una più ampia valorizzazione della soggettività culturale, conferendo al nome coniugale non soltanto una funzione identificativa, ma anche una portata simbolica e di appartenenza comunitaria.

La medesima disposizione estende la possibilità di adattamento anche in presenza di un collegamento con ordinamenti stranieri. L'adeguamento al genere può essere richiesto se previsto dalla legge di uno Stato corrispondente

[46] Il § 1355a BGB regolamenta il c.d. nome aggiuntivo, prescrivendo che il coniuge, il cui cognome non ha contribuito a formare il nome coniugale, può, mediante dichiarazione resa all'ufficio dello stato civile, anteporre o aggiungere all'*Ehename* un cognome aggiuntivo (*Begleitname*). Può essere designato come cognome aggiuntivo il cognome di nascita del coniuge, o quello portato al momento della dichiarazione relativa alla determinazione del nome familiare. Se il cognome destinato a diventare *Begleitname* è composto da più elementi, solo uno di essi può essere utilizzato. Il coniuge può inoltre stabilire che *Ehename* e il *Begleitname* siano collegati da un trattino.

[47] Ciò è stabilito nell'art. 229, § 67, comma 1, EGBGB.

all'origine del coniuge (comma 1, n. 2), oppure se il nome ha radici linguistiche tradizionali in un'area giuridico-linguistica straniera, anche in assenza di un legame personale attuale (comma 1, n. 2). Così, ad esempio, un cittadino tedesco con cognome di origine ceca, ungherese o lituana, può chiedere l'adeguamento secondo le regole morfologiche del rispettivo ordinamento. Il riferimento al diritto straniero riflette un'evoluzione del diritto del nome nella direzione di un diritto personale con apertura transnazionale, nel quale la libertà nominale si intreccia con le peculiarità delle radici identitarie.

Siffatta disposizione rappresenta lo sforzo del legislatore verso un adeguamento del cognome coniugale alle specifiche tradizioni culturali che evidenziano una concezione del nome non più univoca, ma aperta alla pluralità linguistica e simbolica. Tuttavia resta ancora una previsione legislativa mirata probabilmente ancora distante dalla formazione di un autentico principio, come accade in determinati ordinamenti europei, che riconosce un diritto all'autodeterminazione integrale del nome in funzione del genere.

Per quanto concerne il problema del cognome dei figli, le precedenti norme di cui ai §§ 1617-1617c sono state oggetto di modifica, ma in più sono state aggiunte altre previsioni fino al § 1617i BGB.

Nell'ipotesi di genitori uniti in matrimonio al momento della nascita del figlio, questi assume automaticamente come cognome di nascita il cognome familiare comune (§ 1616 BGB).

Se i genitori sposati non hanno eletto il *Familienname* è necessario allora determinare il cognome del figlio. I genitori, avendo la potestà congiunta, devono dichiarare all'ufficio dello stato civile quale cognome assumerà il bambino. La scelta varia fra il cognome del padre o quello della madre e se il cognome è formato da più elementi i genitori possono conservarlo interamente o scegliere uno dei cognomi da attribuire al figlio. In guisa innovativa, la legge consente ai genitori di scegliere per il figlio un doppio cognome formato dai loro rispettivi cognomi (se i genitori hanno un cognome multiplo, devono scegliere quale cognome indicare per formare il cognome del figlio) legati da un trattino (§ 1617, comma 2, n. 2). La novità non è di poco conto perché supera il principio del cognome unico e riflette al contempo l'idea della parità genitoriale. Siffatta regola si estende ai genitori non uniti in matrimonio purché abbiano la potestà congiunta al momento della determinazione del cognome del figlio. Il cognome così come determinato si estende automaticamente agli eventuali figli

successivi, anche nel caso in cui il doppio cognome sia stato assegnato per legge[48].

In caso di disaccordo tra i genitori è previsto un meccanismo sussidiario che determina il cognome del figlio in base alla decisione del giudice o all'esercizio unilaterale del diritto da parte del genitore affidatario, suscitando non pochi interrogativi in ordine alla coerenza sistematica del modello. Più in particolare, in assenza della scelta dei genitori, il figlio riceve per legge un doppio cognome formato da quelli dei genitori in ordine alfabetico e legati da un trattino (§ 1617, comma 4). Se uno dei genitori si oppone al doppio cognome imposto per legge, mediante apposita dichiarazione all'ufficio dello stato civile, il tribunale della famiglia individua a quale genitore attribuire il diritto di scelta del cognome del figlio concedendogli un apposito termine. Se alla scadenza il genitore avente diritto non determina il cognome, allora il figlio assume il doppio cognome assegnato per legge[49].

Uno degli elementi più dibattuti della riforma è l'introduzione di una facoltà per il figlio divenuto maggiorenne di ridefinire il proprio cognome, una sola volta a determinate condizioni (*einmalige Neubestimmung*: § 1617i BGB). L'intento dichiarato del legislatore è quello di rafforzare la dimensione autodeterminativa dell'identità personale. Tuttavia, la norma prevede, in taluni casi, la necessità del consenso dei genitori – o addirittura del coniuge di uno di essi – anche quando il soggetto richiedente ha già raggiunto la piena capacità[50].

Già in passato sussistevano perplessità circa l'eccessiva ingerenza dell'elemento parentale nelle scelte nominali dell'adulto, ritenendo preferibile una concezione del nome come espressione dell'identità libera e disponibile. La riforma del 2024, pur muovendosi nella direzione dell'autonomia, conserva un'impronta "familistica" che rischia di disinnescarne la portata innovativa.

Con i §§ 1617f-1617h BGB il legislatore consente l'applicazione delle tradizioni onomastiche delle minoranze nazionali. Il § 1617f BGB consente – in linea con quanto previsto dal § 1355b BGB in materia di *Ehename* –

[48] BGH, 13 novembre 2019, in *FamRZ*, 2020, p. 331 ss., con annotazione di K. LUGANI, anche se sul precedente regime.

[49] Un arresto significativo proviene dall'OLG Bamberg, che ha precisato come la registrazione del nome presso lo *Standesamt* assuma natura meramente dichiarativa: una volta ricevuta la dichiarazione, l'atto di nascita non è più modificabile per effetto di successivi contrasti genitoriali, venendo meno l'interesse giuridico alla tutela (OLG Bamberg 11 marzo 2024, in *FamRZ*, 2024, p. 1347 s.).

[50] A. DUTTA, *Die neue beschränkte Namensmündigkeit*, in *FamRZ*, 2025, p. 79, ha duramente criticato questa impostazione, ravvisando in essa una contraddizione rispetto ai principi generali del diritto privato tedesco, secondo cui il maggiorenne è pienamente titolare della propria sfera giuridica, salvo espressa incapacità.

l'attribuzione di una forma del cognome di nascita adeguata al genere secondo la tradizione soraba o in base a ordinamenti giuridici stranieri. Il § 1617g BGB riguarda la possibilità di determinare il cognome di nascita secondo la tradizione frisone, mentre il § 1617h BGB lo fa per la tradizione danese.

Nell'ipotesi in cui la potestà genitoriale spetta ad uno solo dei genitori e non v'è un cognome comune della famiglia, il figlio assume per legge il cognome del genitore affidatario (§ 1617a BGB)[51] e questa assegnazione legale del cognome non trova applicazione automatica ai figli successivi della coppia. Il genitore affidatario può, mediante dichiarazione all'ufficio dello stato civile, attribuire al figlio il cognome dell'altro genitore oppure un doppio cognome formato da entrambi, purché vi sia il consenso dell'altro genitore, se vivente, e anche del figlio (attraverso il suo rappresentante legale) se ha compiuto cinque anni. Quando il figlio ha compiuto 14 anni può esprimere personalmente la dichiarazione di consenso purché approvato dal suo rappresentante legale.

Un ulteriore aspetto da affrontare concerne l'ipotesi se cambiando il cognome dei genitori debba cambiare anche quello del figlio. In principio il figlio conserva il cognome di nascita originario, salve alcune eccezioni previste dalla legge. La previsione del § 1617c BGB contempla il caso in cui i genitori eleggono il cognome coniugale dopo il matrimonio e la nascita del figlio. Se il cognome del figlio è diverso da quello della famiglia, questi assume il nuovo cognome come cognome di nascita, ma se ha compiuto 5 anni è necessaria la sua adesione (compiuta di solito attraverso i suoi genitori), oppure se ha compiuto 14 anni può esprimere personalmente la sua dichiarazione di assenso, ma con l'approvazione del rappresentante legale (di solito, i genitori). La medesima regola trova applicazione se cambia l'*Ehename*, divenuto cognome di nascita del figlio, oppure la modifica è conseguenza del cambiamento del cognome di uno dei genitori che componeva il cognome del figlio.

Le modifiche della potestà genitoriale non influiscono, in linea di principio, sul cognome di nascita del bambino. Anche qui, però, la legge prevede un'eccezione: se la potestà genitoriale congiunta viene stabilita solo dopo che il bambino ha già assunto un cognome di nascita, i genitori possono ridefinire il cognome del bambino (§ 1617b, comma 1, frase 1, BGB). I nomi tra cui scegliere sono quelli previsti dal § 1617, comma 1, BGB.

Altra ipotesi regolata dalla legge è quella del cognome del padre assunto dal figlio, quale cognome di nascita. Se è disconosciuta la paternità con sentenza passata in giudicato, è previsto in capo al figlio (anche in favore del padre

[51] Se il cognome del genitore affidatario è composto da più elementi, egli può assegnare al figlio l'intero cognome o soltanto alcuni elementi.

apparente se il bambino non ha compiuto ancora 5 anni) il diritto alla modifica del cognome con apposita istanza all'ufficiale dello stato civile: in questo caso il figlio assume il cognome di nascita della madre (§ 1617b, comma 2, BGB).

Dopo lo scioglimento del matrimonio (morte del coniuge o divorzio) il genitore può riassumere il proprio cognome di nascita o quello che portava fino alla determinazione del cognome coniugale. I figli nati durante il matrimonio continuano a portare il cognome della famiglia se determinato. Il genitore che ha la potestà genitoriale può assegnare il cognome riassunto al figlio purché inserito nel suo nucleo familiare. Resta sempre a favore del bambino che ha compito 5 anni o 14 anni di prestare adesione e consenso.

5. - Il problema del nome nell'ambito della figura dell'adozione è stato oggetto, poco prima dell'entrata in vigore della riforma del nome del 2025, di un intervento del BVerfG relativamente alla tipologia dell'adozione dei maggiorenni[52].

Il rapporto adottivo si fonda su una pronuncia del giudice della famiglia sollecitata dalla relativa istanza dell'adottante in forma notarile (§ 1752 BGB)[53]. Pur perseguendo il legislatore tedesco nell'adozione il *Dekretsystem*[54], il consenso delle parti coinvolte costituisce un elemento essenziale: infatti v'è il consenso del minore (§ 1746 BGB), dei suoi genitori (§ 1747 BGB), del coniuge (§ 1749 BGB) o del partner registrato dell'adottante (§ 9, comma 6, LPartG). I consensi richiamati non sono tuttavia sufficienti a giustificare l'adozione, in quanto spetta al giudice verificare la legittimità sostanziale dell'adozione sulla base del criterio del benessere del minore (*Wohl des Kindes*: § 1741, comma 1, BGB) e dell'interesse di terzi (§ 1745 BGB), quali i figli dell'adottante o dell'adottando.

---

[52] BVerfG, 24 ottobre 2024, in *FamRZ*, 2025, p. 355 ss., con annotazione di A. DUTTA (p. 371 s.).

[53] Il rapporto adottivo era fondato su un atto negoziale (*Vertrag*) fra adottante e minore con il consenso dei genitori e soltanto con la legge sull'adozione del 1976 (*Gesetz über die Annahme als Kind und zur Änderung anderer Vorschriften – Adoptionsgesetz -*, 2 luglio 1976, in *BGBl*, 1976, I, p. 1749), su sollecitazione della Convenzione europea sull'adozione dei minori del 1967, viene accolto il "sistema del decreto", con il quale il rapporto adottivo scaturisce da un atto del giudice, a seguito della domanda dell'adottante nonché del consenso del minore e dei suoi precedenti genitori legali (su una ricostruzione storica sintetica ma completa, J. GERNHUBER e D. COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, München, 2020, p. 815 s.).

[54] D. SCHWAB e A. DUTTA, *Familienrecht*, München, 2024, p. 472 s., ove offrono un rapido quadro storico-comparativo dell'adozione. J. GERNHUBER e D. COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, cit., p. 814, mettono in evidenza come l'adozione appartenga alla cultura del diritto tradizionale tedesco, anche se nel corso del tempo presupposti, effetti e scopi sono mutati. Il tratto caratterizzante si individua nella costituzione di un rapporto giuridico di filiazione indipendentemente da un legame genetico preesistente o presunto.

Per le adozioni dei minori il BGB ha scelto il modello dell'adozione piena (*Volladoption*)[55], mentre per le adozioni dei maggiorenni di regola gli effetti non si estendono ai parenti dell'adottante. Il coniuge o il partner dell'adottante non acquistano alcun vincolo di affinità con l'adottato, né il coniuge o il partner dell'adottato con l'adottante. I diritti e i doveri derivanti dal rapporto di parentela tra l'adottato e i suoi discendenti e i loro parenti non sono modificati dall'adozione (§ 1770 BGB), salvo i casi previsti dalla legge in cui l'adozione di persona maggiore d'età esprime l'efficacia della *Volladoption* (§ 1772 BGB).

Nell'ambito dell'adozione dei minori, il rapporto genitoriale instaurato fra adottante e minore si riflette anche sul piano della regolamentazione del nome. Il figlio assume come cognome di nascita il cognome dell'adottante (§ 1757, comma 1, BGB); un eventuale nome aggiuntivo dell'adottante, ai sensi del § 1355a BGB, non è preso in considerazione. Un'ipotesi problematica può nascere nell'ipotesi di adozione da parte di una coppia coniugata che non abbia eletto un cognome coniugale comune; in tal caso, è necessario determinare il nome del figlio. I coniugi possono determinare come cognome di nascita del minore uno dei cognomi dei coniugi oppure un doppio cognome composto dai cognomi dei coniugi uniti da un trattino in assenza di volontà contraria (§ 1757, comma 2, BGB, che richiama i §§ 1617 comma 1 e 1617c comma 1 seconda frase BGB). Le relative dichiarazioni sono espresse davanti al tribunale della famiglia prima che venga pronunciata l'adozione. Lo stesso tribunale, su ricorso dell'adottante e il consenso del figlio, può anteporre o aggiungere il precedente cognome del figlio al nuovo cognome, qualora ciò sia fondato su gravi motivi per il bene del minore (§ 1757, comma 4, frase 1, n. 2, BGB).

Per la realizzazione dell'adozione del maggiore d'età è necessario che il legame risulti "moralmente giustificato"; ciò si presume quando tra adottante e adottando sia sorto già un rapporto genitoriale (§ 1767, comma 1, BGB). La struttura della relativa disciplina si basa su quella dell'adozione dei minori, salvo quanto stabilito dalle disposizioni specifiche di cui ai §§ 1767-1772 BGB.

---

[55] Con il passaggio al sistema del decreto, il legislatore tedesco ha sostituito il principio dell'adozione debole (*schwache Adoption*) fino ad allora vigente con la c.d. "adozione piena" (*Volladoption*). L'adozione piena implica la piena integrazione del minore nella nuova famiglia e il rapporto di parentela viene costituito non solo con i genitori adottivi, ma anche con i parenti di questi ultimi. All'opposto, tutte le relazioni giuridiche familiari tra il figlio adottivo e la sua famiglia d'origine vengono recise. Tuttavia, dal punto di vista dello stato civile, siffatti legami giuridici non vengono completamente cancellati, ma soltanto sovrascritti, in modo che nei rari casi in cui l'adozione venga eccezionalmente revocata, essi possono riacquistare rilevanza giuridica. Oggi, la prassi più recente tende a consentire e promuovere anche dopo l'adozione i contatti tra il figlio adottivo e la sua famiglia d'origine (J. GERNHUBER e D. COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, cit., p. 816).

Poco prima dell'entrata in vigore della riforma, è stata sottoposta al vaglio del *Bundesverfassungsgericht* la questione concernente il trattamento del nome nella c.d. adozione con effetti attenuati (*schwache Volljährigenadoption*), regolata dai §§ 1757 e 1767 BGB. Il caso prende le mosse dal ricorso di una donna adulta, adottata con effetti attenuati da un'altra donna, la quale lamentava l'impossibilità, in base alla normativa vigente, di mantenere integralmente il proprio cognome originario quale unico nome di famiglia, anche in presenza di motivi identitari gravi e radicati. L'interessata aveva utilizzato quel cognome per tutta la vita, anche dopo il matrimonio, senza adottare un *Ehename*, e con tale nome aveva costruito la propria identità sociale, professionale e familiare. Aveva trasmesso il proprio cognome ai figli che lo condividevano, ma, a seguito dell'adozione, il tribunale competente aveva ordinato la formazione di un doppio cognome, con il cognome dell'adottante anteposto al proprio, respingendo l'istanza di conservare il solo cognome originario.

Il BGH, ritenendo che la normativa vigente violasse il diritto generale della personalità dell'adottata, sospendeva il procedimento e sollevava questione di legittimità costituzionale. La Corte costituzionale ha rigettato la questione di legittimità, riconoscendo al legislatore un ampio margine di manovra nella conformazione degli effetti nominali dell'adozione, anche in presenza di soggetti maggiorenni. In particolare, ha ribadito che il nome, pur essendo protetto come espressione del generale diritto della personalità (artt. 1, 2 GG), può essere oggetto di disciplina legislativa nella misura in cui vi siano "ragioni importanti" che giustifichino l'ingerenza, e purché sia rispettato il principio di proporzionalità. Tali motivi sono stati individuati nella volontà del legislatore di rendere visibile, attraverso la modifica del cognome, il nuovo legame familiare derivante dall'adozione, anche se con effetti attenuati. La Corte ha riaffermato in questa prospettiva la legittimità costituzionale delle cc.dd. "funzioni classificatorie" e "ricostruttive" del nome, che consentono allo Stato di utilizzarlo come strumento per rappresentare rapporti giuridico-familiari rilevanti.

Ciò nondimeno, il BVerfG ha dedicato ampio spazio alle esigenze di tutela della continuità del nome. Ha riconosciuto che, nei casi in cui il cognome originario sia stato portato per lungo tempo e abbia fondato un'identificazione personale consolidata – ad esempio per motivi professionali, artistici, o per la coesione della famiglia originaria – il diritto alla conservazione del nome assume un peso costituzionalmente rilevante. In tali circostanze, la modifica imposta dal legislatore può comportare una lesione significativa della dignità personale e della libertà individuale.

La Corte ha pertanto richiamato il legislatore all'obbligo di graduare gli effetti della normativa, indicando che la combinazione del nuovo e del vecchio cognome (secondo quanto previsto dall'art. 1757, comma 3, n. 2 BGB) deve essere interpretata in modo flessibile, tenendo conto del "peso crescente" che la durata e la significatività del nome originario assumono nella sfera identitaria dell'individuo.

La decisione si chiude con un riconoscimento espresso del fatto che la riforma del diritto del nome del 2024, destinata a entrare in vigore il 1° maggio 2025, ha già colmato in larga parte le lacune evidenziate nel procedimento. In particolare, la possibilità di opporsi, con dichiarazione autenticata, alla modifica del nome prima che l'adozione venga pronunciata (§ 1767 Abs. 5 BGB), e l'introduzione di forme più articolate di doppio cognome, valgono – secondo il giudizio della Corte – a ristabilire un equilibrio tra libertà personale e interesse alla visibilità del nuovo legame.

Tuttavia, tre giudici del Senato hanno espresso un'opinione dissenziente, mettendo in dubbio l'attualità del paradigma classificatorio e auspicando un rafforzamento della funzione auto-rappresentativa del nome in una società pluralista e mobile.

La decisione illustrata in conclusione non introduce nuovi princìpi, ma riafferma con vigore l'architettura classica del diritto costituzionale tedesco: il nome può essere regolato in funzione delle relazioni giuridiche, a condizione che l'identità personale sia protetta in modo effettivo. Il bilanciamento fra libertà individuale e ordine familiare si mantiene in equilibrio solo se si tiene conto della traiettoria esistenziale concreta della persona, e non solo della tipologia giuridica del vincolo.

6. – Per concludere potrebbero risultare opportune alcune rapide riflessioni sul sistema italiano di attribuzione del cognome ai figli – e ciò soprattutto per misurare l'ampiezza del divario regolamentare con il sistema tedesco – il quale conosce una lunga e faticosa evoluzione, scandita da una pluralità di pronunce giurisprudenziali di vertice senza alcuna collaborazione da parte del *conditor iuris*[56]. A lungo incentrato su una norma implicita, ricavata da un combinato disposto di regole eterogenee, il modello vigente ha presupposto fino al 2022 l'automatica attribuzione del cognome paterno, tanto nei casi di

[56] Già negli anni Ottanta si è rilevato che il problema del cognome dei figli passa "per l'individuazione dell'esatto punto di equilibrio tra il portato dell'art. 3 e dell'art. 29 cost., cioè tra il principio di eguaglianza dei coniugi e l'esigenza di tutela dell'unità della famiglia" (C. DE CICCO, *La normativa sul cognome e l'eguaglianza tra genitori*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 962).

filiazione matrimoniale quanto in quelli di riconoscimento congiunto di figli nati fuori dal matrimonio.

Nel corso del Novecento, il principio del patronimico ha assunto in Italia il valore di una consuetudine normativa, mai positivizzata in modo espresso, ma operativa in virtù della forza interpretativa di una "norma di sistema" desunta dagli artt. 262, 299, 237 e 143-bis c.c., nonché dagli artt. 33 e 34 del d.P.R. n. 396/2000. Questa regola affondava le sue radici in una concezione patriarcale della famiglia, imperniata sull'unità del cognome come segno simbolico della potestà maritale.

La giurisprudenza di merito e di legittimità ha oscillato, nel tempo, tra tentativi di apertura alla parità genitoriale e richiami al primato del legislatore. Emblematici, in tal senso, gli interventi della Corte di Cassazione in tema di filiazione naturale (art. 262 c.c.), che bilancia gli interessi del minore rispetto ad un meccanismo di automatica attribuzione del cognome[57], e le numerose ordinanze di rimessione alla Consulta, spesso dichiarate inammissibili per ragioni di discrezionalità rimessa al legislatore.

Con la decisione n. 286/2016[58] la Corte costituzionale ha compiuto un primo passo decisivo, dichiarando l'illegittimità parziale della norma implicita laddove impediva, pur in presenza di accordo dei genitori, l'aggiunta del cognome materno a quello paterno. La Consulta ha riconosciuto che il cognome costituisce parte essenziale dell'identità personale e familiare del figlio, tutelata dagli artt. 2 e 3 cost., e ha attribuito rilievo decisivo al principio della parità tra i genitori. Ciononostante, il legislatore è rimasto inerte. Come osservato già nel 2017, "il lungo sonno del legislatore" ha imposto alla Corte un ruolo sostitutivo sempre più marcato, che la stessa Corte aveva esitato ad assumere in passato.

Il definitivo superamento della regola patronimica si è avuto con la sentenza n. 131/2022[59], che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art.

---

[57] Cass., 26 maggio 2006, n. 12641, in *Fam. dir.*, 2006, p. 470 ss., con nota di V. CARBONE, *I conflitti sul cognome del minore in carenza di un intervento legislativo e l'emergere del diritto all'identità personale*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 308 ss., con nota di R. VILLANI, *L'attribuzione del cognome ai figli (legittimi e naturali) e la forza di alcune regole non scritte: è tempo per una nuova disciplina?*; orientamento consolidato, come dimostrano di recente: Cass., 28 marzo 2023, n. 8762, in *Onelegale*; Cass., 5 giugno 2024, n. 15654, in *Onelegale*; Cass., 21 gennaio 2025, n. 1492, in *Onelegale*.

[58] Corte cost., 21 dicembre 2016, n. 286, cit., p. 815 ss.

[59] Poco prima dell'emanazione della decisione menzionata, una chiara posizione a favore del doppio cognome è presa da V. BARBA, *Il cognome paterno e la disparità di genere. Una proposta in vista della attesa decisione della Corte costituzionale*, in QG, 2021, p. 1 ss. All'indomani della decisione, M. BIANCA, *La decisione della Corte costituzionale sul cognome del figlio e il diritto di famiglia mobile. Riflessioni sulla funzione della Corte costituzionale nel sistema di effettività dei diritti*, in *Giustizia insieme.it*, 13 luglio 2022, apprezza «il dinamismo della Corte Costituzionale che non aspetta passivamente l'intervento del legislatore», «la funzione di indirizzo del legislatore, in quanto la

262, comma 1, c.c., nella parte in cui prevedeva l'automatica attribuzione del cognome paterno in caso di riconoscimento contestuale del figlio da parte di entrambi i genitori. La pronuncia ha avuto carattere sistemico, estendendo la declaratoria di incostituzionalità anche agli artt. 299, comma 3, c.c., 27 l. n. 184/1983 e 34 d.P.R. n. 396/2000. La Corte ha ritenuto che la disciplina vigente fosse lesiva del principio di eguaglianza formale e sostanziale tra i genitori (art. 3 cost.), della tutela dell'identità personale del figlio (art. 2 cost.) nonché degli obblighi internazionali derivanti dagli artt. 8 e 14 CEDU[60].

Il modello delineato dalla Corte si fonda su una regola generale di attribuzione del doppio cognome, nell'ordine concordato dai genitori, salva la possibilità per questi ultimi di convenire sull'attribuzione del cognome di uno solo di essi. In difetto di accordo, si rinvia all'intervento del giudice, così come previsto nell'art. 316 c.c.

La pronuncia del 2022, anticipata nella sua *ratio* da numerosi segnali dottrinali e giurisprudenziali, ha ricondotto la disciplina italiana del nome nella cornice costituzionale e sovranazionale, pur lasciando aperti alcuni interrogativi sull'attuazione pratica del nuovo modello. La regola dell'attribuzione automatica del doppio cognome, sebbene coerente con il principio di parità, richiede infatti un'organizzazione amministrativa adeguata e una chiara normazione secondaria, ancora mancante alla data odierna.

La dottrina ha accolto con favore l'orientamento della Corte, sottolineando che l'indicazione congiunta del patronimico e del matronimico consente di rafforzare il senso di appartenenza del figlio all'intero perimetro familiare, inclusi i fratelli unilaterali e le famiglie ricomposte.

Va ricordato infine che di recente la Corte costituzionale è intervenuta in due occasioni in materia di adozione di maggiorenni, dove la prima[61] ha corretto la disposizione dell'art. 299, comma 1, c.c., in quanto non consente di aggiungere, anziché di anteporre, il cognome dell'adottante a quello dell'adottato maggiorenne, nelle ipotesi in cui entrambi manifestano un consenso favorevole. La decisione manipolativa consente di bilanciare il diritto all'identità personale dell'adottato con il diritto dell'adottante a vedere rappresentato il nuovo vincolo giuridico. Il secondo intervento dei giudici della

---

Corte si fa carico di indicare al legislatore le note più delicate di una futura regolamentazione, che sono il rischio di un effetto moltiplicatore in ragione della successione verticale tra le generazioni e l'esigenza di apprestare regole che consentano di realizzare un risultato uniforme per tutti i figli», per concludere con l'auspicio che il legislatore intervenga tempestivamente sulla materia. Purtroppo ad oggi auspicio vano!

[60] Cfr. Corte eur. dir. uomo, 7 gennaio 2014, Ricorso n. 77/07, *Cusan e Fazzo c. Italia*.

[61] Corte cost., 4 luglio 2023, n. 135, in *Onelegale*.

Consulta è invece di segno negativo[62], in quanto ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 299, comma 1, c.c., diretta a permettere all'adottato maggiorenne di assumere esclusivamente il cognome della famiglia adottante, in presenza di puntuale accordo fra adottante e adottato. Il rigetto della questione sottoposta è stata fondata, da una parte, sul carattere plurifunzionale dell'adozione del maggiore d'età, dall'altra, sul rilievo della mancata omogeneità delle due fattispecie di adozione dei maggiorenni e dei minorenni[63].

Heidelberg, giugno 2025

[62] Corte cost., 18 aprile 2025, n. 53, in *Onelegale*.

[63] V'è da sottolineare che la questione sottoposta alla Corte era particolare, in quanto la persona dell'adottato, abbandonato dai genitori biologici e poi successivamente deceduti, era affidatario fin da piccolo della famiglia adottante che per alcune circostanze contingenti aveva proceduto all'adozione solamente alla maggiore età della ragazza. Probabilmente la soluzione adottata dai giudici è stata anche facilitata dal fatto che è possibile a chiunque cancellare il cognome che testimonia la propria origine naturale inviando apposita domanda

al prefetto della provincia del luogo di residenza o di quello nella cui circoscrizione è situato l'ufficio dello stato civile dove si trova l'atto di nascita al quale la richiesta si riferisce. Nella domanda l'istante deve esporre le ragioni a fondamento della richiesta.

Abstract

Il contributo analizza in chiave critica la riforma tedesca del 2024 sul cognome della famiglia e dei figli, in vigore dal 1° maggio 2025. Dopo una ricostruzione storico- comparatistica del sistema onomastico in Europa, viene illustrata la nuova disciplina (§§ 1355 e 1616 ss. BGB), in particolare la nuova libertà nella scelta del cognome coniugale e del figlio. Le implicazioni costituzionali della riforma riflettono la trasformazione del cognome da vincolo simbolico familiare a strumento di autodeterminazione personale. A conclusione dell'indagine vi sono alcune riflessioni critiche in riferimento agli ultimi interventi in materia ad opera della Corte costituzionale italiana.

The article offers a critical analysis of the 2024 German reform on family and children's surnames, which will enter into force on 1 May 2025. Following a historical and comparative reconstruction of the naming system in Europe, the new legal framework (§§ 1355 and 1616 et seq. BGB) is examined, with particular attention to the enhanced freedom in choosing both the marital surname and the surname of the child. The constitutional implications of the reform reflect the transformation of the surname from a symbolic marker of familial unity into an instrument of personal self-determination. The inquiry concludes with critical reflections on recent developments in the case law of the Italian Constitutional Court concerning the law of names.

Keywords

Germania – cognome – uguaglianza

Germany – family name - equality

MARIA FEOLA*

*La circolazione del formante dottrinale nella giurisprudenza in tema di immissioni***

SOMMARIO: 1. Il contributo della dottrina nei *revirements* della Cassazione in materia di immissioni. L'"interpretazione dicotomica" dell'art. 844 c.c. e la conseguente "prassi indennitaria". – 2. L'emersione di "contro-interessi" qualificati: la tutela della salute e dell'ambiente. – 3. L'interpretazione «unitaria e sistematica» dell'art. 844 c.c. e il suo accoglimento nella più recente giurisprudenza. La normale tollerabilità come unica regola di condotta che qualifica la liceità/illiceità delle immissioni. – 4. Il problema dell'interferenza della normale tollerabilità con le discipline di settore. – 5. L'ulteriore *revirement* della Cassazione e l'estensione dell'area del danno risarcibile. – 6. Danno *in re ipsa* e risarcibilità del solo danno-conseguenza: dal "danno presunto" al "danno che può essere provato mediante presunzioni".

1. Recenti sentenze della Cassazione[1] hanno riportato di attualità il dibattito sulla disciplina delle immissioni. Recepito, dopo molti decenni, quell'orientamento della dottrina che auspicava il ribaltamento delle "regole giurisprudenziali"[2] che avevano caratterizzato per oltre sessant'anni l'interpretazione dell'art. 844 c.c., la tematica involge, oggi, anche la tipologia dei danni risarcibili e l'annosa questione del c.d. danno *in re ipsa*[3].

Questo fenomeno si rivela di particolare rilievo anche per il civil-comparatista, sotto il profilo della circolazione dei formanti[4] dottrinali e

---

* *Professore ordinario di Diritto privato comparato nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II.*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review.*

[1] Oltre alle decisioni cit. *infra*, v., ad es., Cass., Sez. II, 14 novembre 2024, n. 29393, in *DeJure*.

[2] Il riferimento è ad A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Immissioni e «rapporto proprietario»*, Camerino-Napoli, 1984, p. 97 ss. Sottolinea come tale A. avesse rilevato che l'ambiguità dell'art. 844 riposasse non tanto nel testo, quanto «"nel dogmatismo delle 'regole giurisprudenziali' e nella prassi ermeneutica che di questo è stata offerta"», che «ha contribuito a generare una "reinterpretazione della norma da parte della giurisprudenza non sempre corretta"», F. TUCCILLO, *Rapporti di vicinato e immissioni: dall'approccio casistico alla disciplina codicistica*, in *Annali Fac. Giur. Univ. Camerino*, 2024, p. 150, in nt. 84.

[3] Cass., Sez. VI, 18 luglio 2019, n. 19434, in *Danno resp.*, 2019, p. 767, con nota di A. VOLPATO, *Il danno non patrimoniale subito in conseguenza di immissioni di rumore intollerabili non può ritenersi sussistente* in re ipsa.

[4] Il merito di avere esaminato la figura del "formante" nell'ambito della scienza giuridica è, com'è noto, di R. SACCO, voce *Formante*, in *Dig. Disc. Priv.*, IV ed., *Sez. civ.*, VIII, Torino, 1991,

giurisprudenziali pur all'interno di un medesimo ordinamento giuridico. Le vicende della disciplina delle immissioni nel diritto italiano testimoniano in maniera inequivoca come gli orientamenti di una dottrina, fino a qualche decennio fa del tutto isolata, abbiano assolto, in qualche misura, «accanto alle funzioni di interpretazione e di ricostruzione (del sistema), anche quella di partecipare al processo di creazione del diritto, in particolare della formazione del diritto giurisprudenziale»[5]. Se confrontata con i «moltissimi esempi che testimoniano l'influenza della dottrina sulla giurisprudenza»[6], alcuni dei quali hanno segnato profondamente l'evoluzione dei diritti anche dell'area euro-continentale[7], il «ruolo egemone del formante dottrinale»[8] si è manifestato, in questa materia, che rappresenta una significativa terra di confine (ma anche di confluenza) tra *property* e *liability rules*[9], nell'indurre la Cassazione a ribaltare una "giurisprudenza pietrificata" che affondava le sue radici nella più consolidata tradizione giuridica.

Il codice italiano del 1865, seguendo ancora una volta il *Code Napoléon*, non aveva previsto alcuna disciplina in materia[10]. Il codice tedesco, anche dopo la riforma del 1960, nel considerare la *wesentliche Beeinträchtigung* (§ 906, comma 2, BGB) sempre lecita se conforme alla *ortsübliche Benutzung*, «non muta i termini del rapporto e privilegia comunque la prospettiva dell'immittente danneggiante», adottando un criterio (quello dell'uso normale consentito dalla condizione dei

---

p. 438 ss.; v., altresì, ID., *Introduzione al diritto comparato*, in *Tratt. di Dir. comp.* diretto da R. Sacco, V ed., Torino, 1992, p. 47 ss.; ID., in A. GAMBARO - R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, *ivi*, Torino, 1996, p. 4 ss.

[5] R. FAVALE, *La circolazione del formante dottrinale nella giurisprudenza tedesca*, in S. BAGNI, N. NICOLINI, E. PALICI DI SUNI, L. PEGORARO, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, M. SERIO (a cura di), *Giureconsulti e giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze*, vol. II, *La dottrina nella giurisprudenza oltre i confini di spazio, giurisdizione e materia*, Torino, 2016, p. 21.

[6] R. FAVALE, *La circolazione del formante dottrinale nella giurisprudenza tedesca*, cit., p. 23. Oltre ai molteplici contributi contenuti nel volume cit. in nt. prec., v., in vario senso, gli articoli pubblicati in S. BAGNI, N. NICOLINI, E. PALICI DI SUNI, L. PEGORARO, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, M. SERIO (a cura di), *Giureconsulti e giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze*, vol. I, *Le prassi delle Corti e le teorie degli studiosi*, Torino, 2016, *passim*.

[7] Sul punto, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Quando la dottrina si fa giurisprudenza*, in *Giureconsulti e giudici*, vol. I, cit., pp. 113-177.

[8] Con specifico riferimento al diritto tedesco, A. GAMBARO, in A. GAMBARO - R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, III ed., Torino, 2008, p. 270.

[9] In proposito, U. MATTEI, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria. Contributo alla teoria dei diritti sui beni*, Milano, 1987, pp. 238 ss., 349 ss.; e già R. PARDOLESI, *Azione reale e azione di danni nell'art. 844 c.c. Logica economica e logica giuridica nella composizione del conflitto tra usi incompatibili delle proprietà vicine*, in *Foro it.*, 1977, I, c. 1144 ss.

[10] Per qualche cenno, F.P. TRAISCI, *Le immissioni fra tutela proprietaria e tutela della persona. Modelli a confronto*, Napoli, 1996, p. 19 ss. Una pregevole ricostruzione della disciplina delle immissioni, dal diritto romano classico alle codificazioni, è in F. TUCCILLO, *Rapporti di vicinato e immissioni*, cit., p. 133 ss.

luoghi) che «concerne l'uso del bene più che le conseguenze che quell'uso provoca nel fondo vicino»[11]. Ma anche l'art. 844 c.c., che pur evita la concorrenza tra i due (contrapposti) criteri dell'"uso normale" e del "normale godimento" (previsti, invece, dall'art. 31 del progetto di codice civile)[12], è stato considerato un testo generico scarsamente rigoroso anche dal punto di vista linguistico[13], che difetterebbe del «necessario coefficiente di certezza»[14], del precetto e della sanzione[15], e che consentirebbe soluzioni diverse e persino contrapposte[16].

La «presunta ambiguità dell'art. 844 cod. civ.»[17] ha ispirato un'interpretazione, da parte della dottrina di gran lunga prevalente e, soprattutto, dell'unanime giurisprudenza, che è risultata «ispirata certo all'esigenza produttivistico-corporativa propria del regime fascista»[18]. L'interpretazione dicotomica dell'art. 844 ha consentito di intendere il capoverso come *lex specialis*, "deroga" al principio espresso nel comma 1[19]. Da qui la classificazione giurisprudenziale delle attività immissive «in tre categorie: le immissioni lecite, comprese nella soglia di normale tollerabilità (art. 844, comma 1); le immissioni che eccedono i limiti di normale tollerabilità, considerate lecite in quanto rispondenti alle esigenze della produzione [...]; le immissioni illecite che eccedono la normale tollerabilità e che non rispondono all'interesse della produzione»[20]. In assenza di un'espressa previsione, la dottrina si è interrogata

---

[11] A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Immissioni e «rapporto proprietario»*, cit., p. 76 s. Sul criterio dell'uso normale, di grande interesse sono le considerazioni svolte da F. TUCCILLO, *Rapporti di vicinato e immissioni*, cit., p. 141 ss.

[12] Sul punto, la critica di D. BARBERO, *Osservazioni sul Titolo secondo: Della proprietà*, in *Osservazioni intorno al Secondo Libro del Progetto di Codice civile* (agosto 1937-XV), Milano, 1938, p. 80.

[13] V. LOJACONO, *Gli atti di immissione. Considerazioni di diritto privato*, Milano, 1972, p. 21 ss.

[14] V. LOJACONO, *Gli atti di immissione*, cit., p. 115.

[15] V. LOJACONO, *Gli atti di immissione*, cit., p. 114.

[16] V. LOJACONO, *Gli atti di immissione*, cit., p. 34.

[17] A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Immissioni e «rapporto proprietario»*, cit., p. 97.

[18] F.P. TRAISCI, *Le immissioni*, cit., p. 25. Tuttavia, per un'attenta analisi dei significati assunti, nel linguaggio giurisprudenziale, dal criterio dell'"uso normale" e dalla (regola della) "normale tollerabilità", v. F. NAPPI, *Le regole proprietarie e la teoria delle immissioni*, Napoli, 1986, p. 74 ss. e *passim*.

[19] Testualmente, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Immissioni e «rapporto proprietario»*, cit., p. 97 s.

[20] A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Immissioni e «rapporto proprietario»*, cit., p. 99 s. Oltre alla giur. *ivi* cit., tale orientamento è ribadito, sulla scia delle Sezioni unite (Cass., Sez. un., 26 ottobre 1957, n. 4156, in *Giust. civ.*, 1958, I, p. 43 ss.), tra le altre, da Cass., 1° febbraio 1993, n. 1226, in *Rep. Giust. civ.*, 1994, voce *Proprietà*, p. 3530, n. 15; Cass., 5 agosto 1992, n. 9298, *ivi*, 1992, voce cit., p. 5311, n. 15; Cass., 26 maggio 1990, n. 4903, *ivi*, 1991, voce cit., p. 3405, n. 19; Cass., 9 marzo 1988, n. 2366, in *Rep. Foro it.*, 1988, voce *Proprietà*, c. 2391, n. 26; Cass., 16 giugno 1987, n. 5287, *ivi*, 1989, voce cit., c. 2416, n. 28; Cass., 23 febbraio 1982, n. 1115, *ivi*,

sul (discutibile) fondamento della c.d. "prassi indennitaria": da un lato si è ravvisata un'ipotesi di responsabilità oggettiva[21], dall'altro si è richiamata la teoria dell'atto lecito dannoso[22]. Ma la corresponsione dell'indennizzo, espressione di un'aprioristica prevalenza delle ragioni della produzione sulle ragioni della proprietà[23] (e delle altre situazioni soggettive lese), nel rispondere all'esigenza di «contemperare interessi contrapposti», avrebbe svolto non «la funzione di reintegrazione patrimoniale di un soggetto che ha subito un danno ingiusto, ma quella di attribuire un corrispettivo al titolare di un bene per le conseguenze dannose della limitazione del contenuto del suo diritto»[24].

Con riferimento, poi, alle modalità ed ai criteri di computazione dell'indennizzo, la Cassazione, «pur muovendo da un'identica premessa, è pervenuta a diverse soluzioni: ora ha inteso l'intollerabilità nella sua interezza, rapportando l'indennizzo al pregiudizio sofferto senza detrarre l'importo della c.d. franchigia, quindi lo svilimento che il bene ha sofferto fino alla soglia (superiore) della normale tollerabilità; ora ha ragguagliato la rendita, in considerazione di una sorta di affievolimento del diritto di proprietà, al minor reddito del bene rispetto a quello che si sarebbe ottenuto qualora le immissioni fossero state contenute nel limite della normale tollerabilità»[25]. Quest'ultimo orientamento, che pur nulla dice sulle modalità di liquidazione dell'indennizzo, diventa ben presto prevalente, ma suscita perplessità in dottrina: da un lato appare eccessivamente restrittivo, in quanto consente di ristorare la sola diminuzione della rendita fondiaria (c.d. «di posizione»), senza assicurare un'adeguata protezione, anche sotto il profilo patrimoniale, a tutti gli interessi

---

1982, voce cit., c. 2376, n. 19; Cass., 10 marzo 1980, n. 1593, in *Foro it.*, 1980, I, c. 2197 ss.; Cass., 13 gennaio 1975, n. 111, in *Giur. it.*, 1975, I, 1, c. 1036 ss.; Cass., 30 maggio 1973, n. 1616, in *Foro it.*, 1974, I, c. 807 ss.; e già Cass., 21 dicembre 1942, n. 2717, *ivi*, 1943, c. 121 ss. L'interpretazione dicotomica dell'art. 844 c.c. era seguita dalla pressoché unanime dottrina: per tutti, F. DE MARTINO, *Della proprietà*, in *Comm. del Cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1964, p. 185.

[21] Sul punto, G. VISINTINI, *Le immissioni nel quadro dei conflitti di vicinato (Studio comparativo del diritto francese e italiano)*, II, *L'esperienza italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, I, p. 42 ss.

[22] In argomento, G. TUCCI, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, pp. 228 ss., 245 s.

[23] R. PARDOLESI, *Circolazione del fondo soggetto ad «immissioni industriali» e diritto all'indennizzo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, p. 394.

[24] C. SALVI, *Le immissioni industriali. Rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente*, Milano, 1979, p. 258 s.

[25] A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Immissioni e «rapporto proprietario»*, cit., p. 104, *ivi* la giurisprudenza cit. Il primo orientamento, più antico, è sostenuto, ad es., da Cass., 26 ottobre 1957, n. 4156, in *Giust. civ.*, 1958, I, p. 46; Cass., 21 dicembre 1942, n. 2717, cit., c. 123. Il secondo, divenuto poi prevalente, da Cass., 13 gennaio 1975, n. 111, cit., c. 1036; Cass., 30 maggio 1973, n. 1616, cit., c. 814.

tipicamente riconducibili al godimento fondiario[26]; dall'altro si rileva come la capitalizzazione del minor reddito del fondo implichi l'indennizzo di un danno soltanto ipotizzato, cioè la produttività del fondo in assenza di immissioni[27].

2. Agli esordi degli anni '80 già da tempo la dottrina[28] aveva iniziato a prendere coscienza del ruolo assunto dalle norme costituzionali nella reinterpretazione e nella ricostruzione dell'intero sistema del diritto civile[29], sul fondamento della lettura dell'art. 2 cost. quale clausola generale (e "aperta") di ordine pubblico costituzionale[30] che qualifica la persona umana come «valore dei valori»[31] del vigente ordinamento.

Si imponeva un ripensamento della disciplina delle immissioni che, troppo a lungo «influenzata dalla prospettiva produttivistica che ispira il codice civile»[32], prendesse coscienza del superamento della teoria dei limiti esterni, del passaggio da un'idea individualistica di proprietà ad una «prospettiva relazionale, fondata sulla conformazione dinamica e mutevole delle reciproche situazioni soggettive che il rapporto a volta a volta» pone in relazione[33], del ruolo svolto dalla funzione sociale nel plasmare «a monte il contenuto del diritto» e nel costituire «la giustificazione della sua tutela»[34], dell'emergere di «contro-interessi qualificati» altri rispetto «a situazioni *stricto sensu* proprietarie»[35].

Da qui il tentativo della dottrina di individuare l'«esatta natura e consistenza degli interessi incisi al fine di apprestare adeguati strumenti di tutela»[36]. Se, per un verso, la dottrina più tradizionale, concordando con la

---

[26] C. SALVI, *Le immissioni industriali*, cit., p. 271.

[27] R. PARDOLESI, *Circolazione del fondo*, cit., p. 399 s.

[28] In ordine cronologico, U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, I, *Introduzione*, Milano, 1954, pp. 46, 85 ss.; M. GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 399 ss.; R. NICOLÒ, *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 907 ss.; P. RESCIGNO, *Per una rilettura del Codice civile*, in *Giur. it.*, 1968, IV, p. 224.

[29] P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1983.

[30] In questi termini, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, II ed., Napoli, 1991, p. 325 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale,* in G. ALPA, G. CONTE (a cura di), *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali*, Torino, 2018, p. 332.

[31] Così già P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, p. 22.

[32] A. DE MAURO, *La disciplina delle immissioni tra indennizzo e risarcimento*, in *Danno resp.*, 2018, p. 292.

[33] A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Immissioni e «rapporto proprietario»*, cit., p. 13; ID., *La proprietà come rapporto. A proposito dell'interpretazione unitaria e sistematica dell'art. 844 c.c.*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, p. 59 ss.

[34] A. DE MAURO, *La disciplina delle immissioni*, cit., p. 294. Su tutti, il magistrale contributo di S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1981, *passim*.

[35] A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Immissioni e «rapporto proprietario»*, cit., p. 243.

[36] A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Immissioni e «rapporto proprietario»*, cit., p. 341.

decisione della Corte costituzionale[37], continuava ad esprimere perplessità in ordine al «tentativo di enucleare in modo egualmente astratto dalla storia e dall'assetto dei rapporti sociali, generici "valori" ai quali ricondurre una nuova interpretazione dell'art. 844 c.c.»[38], volta a proporre una più valida tutela per la persona umana e per la salubrità dell'ambiente. E ciò, perché la logica proprietaria intrinseca alla struttura e alla funzione di tale norma non avrebbe consentito la protezione di interessi diversi da quelli strettamente connessi con il godimento fondiario[39]. Per altro verso, si iniziava a proporre una lettura costituzionalmente orientata (ai sensi dell'art. 32 cost.) dell'art. 844 c.c.[40], il quale, sebbene collocato tra le norme destinate a tutelare gli interessi proprietari, poteva «svolgere un ruolo importante nella direzione di una effettiva tutela civilistica della salute»[41]. Lo stesso oggetto del diritto di proprietà di cui all'art. 844 c.c. sarebbe «strettamente connesso alla persona», e ciò spiegherebbe «perché la tutela offerta da questa norma riguarda interessi più riferibili alla persona che al rapporto tra persona e cosa»[42]. L'«arricchimento del contenuto dell'art. 844» avrebbe consentito di «comprendervi la tutela del diritto alla salute del proprietario», la quale «non sarebbe limitata soltanto all'integrità fisica, ma si estenderebbe anche al "benessere psichico", alla "qualità della vita" ed ai valori della persona"»[43]. Così la dottrina civilistica, sulla scia di un autorevole insegnamento[44], inizia ad interessarsi anche alla tutela dell'ambiente[45]. E poiché l'interesse alla preservazione dell'ambiente non può essere considerato soltanto come una «propaggine del diritto individuale alla salute», la proposta di comprendere nell'ambito del capoverso dell'art. 844 anche l'interesse collettivo

---

[37] Corte cost., 10 luglio 1974, n. 247, in *Giust. civ.*, 1974, III, p. 430, commentata favorevolmente da C. SALVI, *Legittimità e razionalità dell'art. 844 codice civile*, in *Giur. it.*, 1975, I, 1, c. 588 ss.

[38] C. SALVI, *Le immissioni industriali*, cit., p. 384.

[39] C. SALVI, *Le immissioni industriali*, cit., pp. 348, 353, 206 e *passim*. Tuttavia, i rilievi critici di G. VISINTINI, *Recensione* a C. Salvi, *Le immissioni industriali*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, p. 227.

[40] G.G. D'ANGELO, *L'art. 844 codice civile e il diritto alla salute*, in F.D. BUSNELLI, U. BRECCIA (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978, p. 433.

[41] V. SCALISI, *Immissioni di rumore e tutela della salute*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 129. Così anche F.P. TRAISCI, *Le immissioni*, cit., p. 291 ss.

[42] F. NAPPI, *La tutela contro le attività inquinanti e l'art. 844 c.c.*, in *Ecologia e disciplina del territorio*, Atti del Convegno di Pontremoli (29-31 maggio 1975), Milano, 1976, p. 307.

[43] G. TORREGROSSA, *Profili della tutela dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, p. 1416.

[44] A. PREDIERI, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione. Saggi*, Milano, 1969, p. 3 ss.

[45] Oltre agli Atti del Convegno di Pontremoli (29-31 maggio 1975), *Ecologia e disciplina del territorio*, cit., *passim*, cfr. S. PATTI, *La tutela civile dell'ambiente*, Padova, 1979, p. 16 ss.; F. DI GIOVANNI, *Strumenti privatistici e tutela dell'«ambiente»*, Padova, 1982, p. 79 ss.

alla tutela dell'ambiente «non solo non fuoriesce dallo schema della tutela della proprietà, ma neppure lo estende, ponendo in evidenza soltanto una buona ragione per escluderne il sacrificio in favore dell'interesse dell'industria»[46].

3. Questo dibattito, senz'altro illuminante, che aveva avuto il merito di porre finalmente in discussione la consolidata interpretazione dell'art. 844 c.c. soprattutto sotto il profilo valoriale, non aveva però fornito indicazioni volte a superare la dominate interpretazione giurisprudenziale che, sulla base della "interpretazione dicotomica" dell'art. 844 c.c., continuava ad intendere il "giudizio di contemperamento" (comma 2) come una autonoma regola di condotta, prevalente per il principio di specialità (*lex specialis derogat generali*) rispetto alla regola della normale tollerabilità (comma 1), che consentiva di considerare lecita qualsiasi immissione pur intollerabile che realizzasse, in qualche misura, le "esigenze della produzione".

Da qui la proposta di un'interpretazione «unitaria e sistematica» dell'art. 844, fondata sull'individuazione dell'unico «criterio valutativo della liceità o dell'illiceità dell'influenza» nella «regola che, riferendosi alle ripercussioni che l'uso del fondo determina nella situazione vicinale, impone al proprietario di sopportare le immissioni normalmente tollerabili»[47]. In tal senso deponevano «le argomentazioni teleologiche ed assiologiche» che ravvisavano «nelle prescrizioni costituzionali (utilità sociale, art. 41 comma 2; funzione sociale, art. 42, comma 2) e speciali (l. 13 luglio 1966, n. 615; d.P.R. n. 322 del 1971; d.P.R. 24 maggio 1988, n. 203, ecc.) un "rafforzamento" della disciplina civilistica sulle immissioni»[48]. Infatti, la «valutazione di utilità sociale (art. 41, comma 2, cost.), che deve ispirare in massima parte il giudizio di contemperamento (art. 844, comma 2), non è riducibile soltanto in termini economicistici né ad istanze esclusivamente economicistiche»[49]. E «se è vero che l'attività economica pubblica

---

[46] A. LENER, *Violazione di norme di condotta e tutela civile dell'interesse all'ambiente*, in *Annali Fac. Giur. Univ. Perugia*, 1980, p. 97.

[47] A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Immissioni e «rapporto proprietario»*, cit., p. 257. Tale aspetto è riconosciuto, con estrema lucidità, da F. TUCCILLO, *Rapporti di vicinato e immissioni*, cit., p. 149, ove rileva (anche in nt. 79) che per tale A. «la normale tollerabilità è la regola di condotta che stabilisce il limite di non illiceità delle immissioni». Per qualche spunto, anche se in una prospettiva alquanto diversa, v. C. LORENZETTI, *In tema di immissioni e di normale tollerabilità*, in *Giur. it.*, 1968, I, 2, c. 560, secondo il quale la normale tollerabilità dovrebbe attenere al «piano della valutazione che l'ordinamento dà di un certo fenomeno».

[48] A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La proprietà come rapporto*, cit., p. 77.

[49] A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Immissioni e «rapporto proprietario»*, cit., p. 253 s. Rileva come tale A. discorra «di 'proprietà' al plurale e 'discipline' delle immissioni, sottolineando la loro variabilità secondo la funzione del rapporto», F. TUCCILLO, *Rapporti di vicinato e immissioni*, cit., p. 150, in nt. 82.

e privata deve essere subordinata alla realizzazione di finalità sociali da determinare in concreto secondo un preciso programma di gestione (art. 41, comma 3, cost.), e che l'iniziativa economica dei privati "non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana" [...], i valori di sicurezza, di libertà e di dignità della persona non riguardano una sfera distinta da quella dell'utilità sociale [...] ma ne limitano e ne finalizzano il contenuto, ne conformano la funzione: si pongono come valori-limite, ma anche come parametri idonei a valutare la meritevolezza delle modalità di esercizio dell'iniziativa economica»[50].

L'interpretazione unitaria dell'art. 844, inoltre, sembrava «resa palese dal medesimo significato letterale dell'espressione contenuta nel capoverso, là dove dispone che l'autorità giudiziaria "Nell'applicare questa norma [...]", cioè la normale tollerabilità, "deve contemperare le esigenze della produzione con le ragioni della proprietà", potendo tener conto altresì della priorità di un determinato uso»[51]. Ciò significa che «Soltanto il giudizio di tollerabilità, a differenza degli ulteriori criteri (contemperamento, condizione dei luoghi, priorità dell'uso) che [...] esauriscono la loro operatività in funzione della normale tollerabilità, attiene al piano della valutazione di illiceità o di liceità (*rectius*, non illiceità)»[52] delle immissioni: «l'immissione intollerabile è sempre illecita, il danno deve essere risarcito per intero e l'attività che provoca l'influenza, poiché viola comunque una regola di condotta, può essere eventualmente inibita»[53].

Il c.d. giudizio di contemperamento non poteva essere considerato come una «norma speciale, perché, di per sé, non è norma (autonoma), ma è un criterio ermeneutico rivolto direttamente all'interprete che, al pari della

[50] A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Immissioni e «rapporto proprietario»*, cit., p. 254 s., che riprende, sul punto, il pensiero di A. LENER, *Violazione di norme di condotta*, cit., p. 83.

[51] A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Immissioni e «rapporto proprietario»*, cit., p. 280.

[52] A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Immissioni e «rapporto proprietario»*, cit., p. 258. Tale interpretazione è posta in evidenza anche da F. TUCCILLO, *Rapporti di vicinato e immissioni*, cit., p. 149, in nt. 79.

[53] A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Immissioni e «rapporto proprietario»*, cit., p. 286. Anche secondo G. VISINTINI, *Immissioni e tutela dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 689 s., l'applicazione dei principi generali in materia di risarcimento da fatto illecito consentirebbe di non limitare la riparazione al solo "indennizzo", ma di estendere il risarcimento ad ogni altro pregiudizio economico causato dalle immissioni. Afferma che l'art. 844 costituirebbe «un classico esempio di ampio potere discrezionale lasciato al giudice nella concessione o meno dell'inibitoria», A. FRIGNANI, *L'*injunction *nella* common law *e l'inibitoria nel diritto italiano*, Milano, 1974, p. 534.

condizione dei luoghi e del c.d. preuso, esaurisce la sua operatività esclusivamente in funzione»[54] della regola di normale tollerabilità.

L'interpretazione proposta che, come acutamente si è rilevato, non lasciava «alcuna alternativa tra la liceità delle immissioni inferiori al livello di tollerabilità (alla determinazione del quale concorrerebbe il riferimento alle "esigenze della produzione") e l'illiceità di quelle intollerabili (che devono essere vietate, oltre a dar luogo al risarcimento del danno)»[55], dopo alcuni decenni è stata recepita dalla giurisprudenza della Cassazione, anche più recente, la quale, ribaltato il suo tradizionale orientamento "dicotomico-indennitario", testualmente afferma: «L'art. 844 impone, nei limiti della normale tollerabilità e dell'eventuale contemperamento delle esigenza della proprietà con quelle della produzione, l'obbligo di sopportazione di quelle inevitabili propagazioni attuate nell'ambito delle norme generali e speciali che ne disciplinano l'esercizio. Viceversa, l'accertamento del superamento della soglia di normale tollerabilità di cui all'art. 844 c.c. comporta, nella liquidazione del danno da immissioni, l'esclusione di qualsiasi criterio di contemperamento di interessi contrastanti e di priorità dell'uso poiché, venendo in considerazione, in tale ipotesi, unicamente l'illiceità del fatto generatore del danno arrecato a terzi, si rientra nello schema dell'azione generale di risarcimento dei danni ex art. 2043 c.c. e specificamente, per quanto concerne il danno non patrimoniale risarcibile, in quello dell'art. 2059 c.c.»[56].

Viene «ribadito l'ulteriore principio, del pari affermato da questa Corte, secondo cui "L'art. 844, comma 2, c.c., nella parte in cui rimette alla valutazione del giudice il contemperamento delle esigenze della produzione con le ragioni della proprietà, considerando eventualmente la priorità di un determinato uso, va letto tenendo conto che il limite della tutela della salute è da ritenersi ormai intrinseco nell'attività di produzione, oltre che nei rapporti di vicinato, alla luce di una interpretazione costituzionalmente orientata, sicché deve sempre

[54] A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Immissioni e «rapporto proprietario»*, cit., p. 279 s. Concorda, oggi, con tale interpretazione, F. TUCCILLO, *Rapporti di vicinato e immissioni*, cit., p. 149, in nt. 78, ove rileva che anche la «condizione dei luoghi e il 'preuso'» sono «criteri ermeneutici rivolti al giudice».

[55] La pregevole sintesi è di C. SALVI, voce *Immissioni*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XV, Roma, 1989, p. 3, il quale, però, critica questa ricostruzione affermando che l'interpretazione unitaria dell'art. 844 c.c., nel presupporre la sussunzione delle esigenze della produzione nel giudizio di tollerabilità, aprirebbe «la via a una tutela ancora più accentuata delle attività immissive connesse ad imprese industriali, le quali difficilmente verrebbero dichiarate illecite». Replica a tale osservazione, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La proprietà come rapporto*, cit., p. 78, là dove rileva che «In tal modo si finisce con l'attribuire al giudice, in modo apodittico, il potere di dichiarare lecite immissioni che oggettivamente eccedono la normale tollerabilità».

[56] Cass., Sez. II, 14 novembre 2024, n. 29393, cit., che intende dare «continuità al principio» già espresso, tra le altre, da Cass., Sez. II, 3 settembre 2018, n. 21554, ord., Rv 650173; e da Cass., Sez. III, 13 marzo 2007, n. 5844, Rv 597527.

considerarsi prevalente – rispetto alle esigenze della produzione – la soddisfazione di una normale qualità della vita. Ne deriva l'esclusione, in siffatta evenienza, dell'impiego di qualsiasi criterio di contemperamento di interessi contrastanti e di priorità dell'uso»[57].

4. L'orientamento tradizionale della Cassazione[58], ovvero quello che aveva consolidato l'interpretazione "dicotomica" dell'art. 844 e la conseguente prassi indennitaria, aveva altresì escluso con fermezza ogni tipo di interferenza tra l'art. 844 e le discipline di settore (all'epoca, la l. 13 giugno 1966, n. 615 e il regolamento approvato con d.P.R. 15 aprile 1971, n. 322) che, lentamente e faticosamente, iniziavano a proteggere la salubrità dell'ambiente. Le due normative avrebbero dato luogo a zone «che non sono mai secanti tra loro»[59], tutelando «oggetti diversi» ed avendo «distinti campi di applicazione»[60]. Mentre la norma codicistica avrebbe avuto ad oggetto esclusivo i conflitti tra usi incompatibili di proprietà immobiliari contigue, la disciplina "pubblicistica" avrebbe riguardato la tutela della «salute pubblica dai pericoli derivanti dall'inquinamento atmosferico»[61], quindi «la determinazione di comportamenti che prescindono dal loro collegamento con la proprietà fondiaria»[62]. Era da escludere, quindi, sia di poter risolvere il giudizio di contemperamento sulla base di regole astratte e rigide, in base alle quali «aritmeticamente stabilire il limite di tollerabilità delle immissioni», sia di poter utilizzare «un criterio fisso di determinazione dell'indennizzo, nel caso che il giudice ritenesse di ricorrere a tale mezzo di contemperamento degli opposti interessi delle parti»[63]. Poiché l'art. 844 c.c. non dettava né criteri, né regole fisse, in tale materia dominava il principio «di relatività e del caso per caso, essendo affidato al giudice il compito moderatore ed equilibratore da esercitarsi di volta in volta con equo e prudente

[57] Cass., 14 novembre 2024, n. 29393, cit.; che richiama, sul punto, Cass., Sez. II, 31 agosto 2018, n. 21504, Rv 650317; Cass., Sez. II, 8 marzo 2010, n. 5564, Rv 611786.

[58] Che trovava concorde, all'epoca, anche un'autorevole dottrina: infatti, per C. SALVI, *Le immissioni industriali*, cit., p. 395, l'immissione industriale che superi la soglia di tollerabilità «può ricevere la qualifica di liceità attraverso il giudizio di "contemperamento" previsto dal 2° c. dell'art. 844, in quanto rispondente alle "esigenze della produzione"».

[59] Cass., 28 marzo 1980, n. 2062, in *Foro it.*, 1980, I, c. 2194.

[60] Cass., 1° febbraio 1993, n. 1226, in *Rep. Giust. civ.*, 1994, voce *Proprietà*, p. 3530, n. 16.

[61] Cass., 1° febbraio 1993, n. 1226, cit., p. 3530, n. 16. Conf., tra le tante, Cass., 16 marzo 1988, n. 2470, in *Rep. Giust. civ.*, 1990, voce *Proprietà*, p. 3406, n. 17; Cass., 12 marzo 1987, n. 2580, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce *Proprietà*, c. 2705, n. 22.

[62] Per tutte, Cass., 28 marzo 1980, n. 2062, cit., c. 2194 s. Proponeva, invece, di coordinare l'art. 844 c.c. con la disciplina a tutela dell'ambiente, G. VISINTINI, *Il divieto di immissioni e il diritto alla salute nella giurisprudenza odierna e nei rapporti con le recenti leggi ecologiche*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, II, p. 256 ss. Non così, F. DI GIOVANNI, *Strumenti privatistici*, cit., p. 24.

[63] Cass., 10 marzo 1980, n. 1593, cit., c. 2202.

apprezzamento [...] in relazione alle singole situazioni particolari e alla entità degli interessi in conflitto»[64].

Questa interpretazione, tuttavia, era stata sottoposta alla critica della dottrina più avvertita[65]. La Cassazione, pur in presenza di immissioni eccedenti i limiti massimi consentiti, ovvero di immissioni che violavano le regole di condotta stabilite dal legislatore, ammetteva che il giudice, nell'esercizio del potere equitativo a lui attribuito dal "giudizio di contemperamento", potesse "liceizzare" immissioni oggettivamente illecite che, talvolta, potevano integrare anche fattispecie di reato. Pur nella consapevolezza, ad es., che la disciplina avverso l'inquinamento dell'aria (art. 2 d.P.R. n. 322 del 1971) avesse ad oggetto le concentrazioni degli inquinanti all'esterno del perimetro industriale (emissioni), si era affermato che «il giudice, nella valutazione della normale tollerabilità (art. 844 c.c.)» fosse «tenuto ad applicare le regole previste dalla normativa speciale, amministrativa e penale che prescrivono, in relazione agli inquinamenti acustici, dell'aria e delle acque, i parametri massimi di sopportabilità ambientale»[66]. «"Normalmente tollerabile" è l'immissione che può essere sopportata "secondo la norma", in relazione ai valori espressi dall'ordinamento nella sua unitarietà»[67]. Il giudizio di normale tollerabilità, quindi, doveva trovare fondamento non «nell'equità o nella legge di natura, ma in un criterio giuridico di valutazione»[68]. Ne consegue «che la normale tollerabilità è rappresentata dalla sopportabilità che la regola di condotta (art. 844, nel suo coordinamento con la disciplina "speciale") prescrive in relazione

---

[64] Cass., Sez. un., 26 ottobre 1957, n. 4156, in *Giust. civ.*, 1958, I, pp. 43 e 45.

[65] Soprattutto, G. VISINTINI, *Il divieto di immissioni*, cit., p. 256 ss.; EAD., *Immissioni (Diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, Appendice, III, Torino, 1982, p. 1222; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Immissioni e «rapporto proprietario»*, cit., p. 270 ss. In tema di immissioni sonore, G. ALPA, *Immissioni sonore, normale tollerabilità e rischio d'impresa*, in *Giur. merito*, 1974, I, p. 11 ss.

[66] A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Immissioni e «rapporto proprietario»*, cit., p. 270; conf. A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1995, pp. 510 e 518.

[67] A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La proprietà come rapporto*, cit., p. 83 s.; e già ID., *Immissioni e «rapporto proprietario»*, cit., p. 264.

[68] A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Immissioni e «rapporto proprietario»*, cit., p. 264 s. *Contra*, fondavano il giudizio di normale tollerabilità su una concezione naturalistica della condizione dei luoghi, tra le tante, Cass., 10 marzo 1980, n. 1593, cit., c. 2202 s.; Cass., 28 marzo 1980, n. 2062, cit., c. 2196; Cass., 13 gennaio 1975, n. 111, cit., c. 1042; Cass., 30 maggio 1973, n. 1616, cit., c. 811. Tra le prime decisioni ad affermare (sia pur contraddittoriamente rispetto alle sue conclusioni) un «effetto di intersezione con la disciplina della legge speciale», nel senso che quando l'intollerabilità (ai sensi dell'art. 844) «è tale da far superare i limiti della legge ecologica, allora [...] l'utilizzazione del bene diventa sempre attività che contrasta con un limite imperativo ai fini delle immissioni», Trib. Napoli, 15 febbraio 1988, in *Rass. dir. civ.*, 1990, p. 920, con nota di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Immissioni, normale tollerabilità e tutela dell'ambiente (alla ricerca delle "declamazioni mentitorie" della giurisprudenza)*.

allo specifico rapporto»[69]. Ma il giudice «chiamato a dirimere un conflitto tra usi incompatibili di proprietà vicine (art. 844 cod. civ.), là dove v'è una specifica regola di condotta che consente di individuare la soglia di sopportabilità ambientale può [...] adeguare la "normale tollerabilità" [...] ad un limite inferiore a quello massimo previsto dagli *standards*»[70] (si pensi, ad es., ad immissioni in una zona residenziale o, addirittura, ospedaliera). Il «criterio del contemperamento, come quello della condizione dei luoghi e del preuso, può consentire al giudice» di estendere «la soglia di tollerabilità fino al limite massimo consentito agli *standards*»[71]. Ma l'immissione che «eccede i limiti massimi di tollerabilità [...] previsti dagli *standards* [...] integra comunque la fattispecie dell'illecito»[72]: il «danno deve essere risarcito per intero e l'attività che provoca l'influenza [...] eventualmente inibita»[73].

5. La giurisprudenza più recente, agli esordi del nuovo millennio, ha recepito integralmente questo orientamento, poi definito della c.d. "interferenza relativa"[74]. Poiché «le leggi e i regolamenti che disciplinano le attività produttive e che fissano le modalità di rilevamento dei rumori ed i limiti massimi di tollerabilità in materia di immissioni perseguono interessi pubblici, disciplinando in via generale ed assoluta i livelli di accettabilità delle immissioni al fine di assicurare alla collettività il rispetto dei limiti minimi»[75], il superamento «di tali livelli è senz'altro illecito, mentre l'eventuale non superamento non può considerarsi senz'altro lecito, dovendo il giudizio sulla loro tollerabilità essere effettuato alla stregua dei principi stabiliti dall'art. 844 c.c.»[76].

Infatti se, da un lato, «il superamento dei limiti di rumore stabiliti dalle leggi e dai regolamenti che disciplinano le attività produttive è, senz'altro, illecito» e tali emissioni, «a maggior ragione, [...] ove si risolvano in immissioni nell'ambito della proprietà del vicino – ancor più esposto degli altri, in ragione della contiguità dei fondi, ai loro effetti dannosi – devono, per ciò solo,

---

[69] A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Immissioni e «rapporto proprietario»*, cit., p. 274 ss.

[70] A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Immissioni e «rapporto proprietario»*, cit., p. 276 s.

[71] A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Immissioni e «rapporto proprietario»*, cit., p. 282.

[72] A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Immissioni e «rapporto proprietario»*, cit., p. 283.

[73] A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Immissioni e «rapporto proprietario»*, cit., p. 286.

[74] Tuttavia, in tema di immissioni elettromagnetiche si sarebbe affermato il principio della c.d. "interferenza assoluta": cfr. Cass., 26 febbraio 2024, n. 5074, in *Resp. civ. prev.*, 2024, p. 1163, con nota di R.A. ALBANESE, *Immissioni, norme pubblicistiche, responsabilità. Note dubitative su un connubio consolidato*.

[75] Cass., 11 marzo 2019, n. 6906, in *Guida al dir.*, 2019, n. 15, p. 27. L'orientamento è, ormai, del tutto consolidato: per tutte, Cass., 20 gennaio 2017, n. 1606, in *Rep. Foro it.*, 2017, voce *Proprietà*, n. 8.

[76] Cass., 11 marzo 2019, n. 6906, cit., p. 27.

considerarsi intollerabili, *ex* art. 844 c.c., e, pertanto, illecite anche sotto il profilo civilistico»[77]. Dall'altro, il «limite di tollerabilità delle immissioni non ha carattere assoluto, ma è relativo alla situazione ambientale, variabile da luogo a luogo, secondo le caratteristiche della zona e le abitudini degli abitanti»[78]. Spetta «al giudice di merito accertare in concreto il superamento della normale tollerabilità e individuare gli accorgimenti idonei a ricondurre le immissioni nell'ambito della stessa»[79].

Il rispetto dei limiti legali è, quindi, una condizione necessaria ma non sufficiente a che l'immissione sia considerata lecita. Le "esigenze della produzione", richiamate nel giudizio di contemperamento, possono diventare «rilevanti e prioritarie se apportano un miglioramento delle complessive condizioni sociali e se contribuiscono a creare ricchezza. Se, invece, queste "distruggono ricchezza" (ovvero le risorse ambientali) non c'è ragione alcuna per attribuire loro rilievo»[80]. Si può dire «che esiste un principio generale che impone di attribuire rilevanza alle esigenze della produzione solo nella misura in cui queste rispettino le discipline di settore»[81].

In tema di immissioni acustiche, il legislatore è intervenuto a più riprese: l'art. 6 ter del d.l. 30 dicembre 2008, n. 208 (convertito con modifiche dalla l. 27 febbraio 2009, n. 13) dispone che «Nell'accertare la normale tollerabilità delle immissioni e delle emissioni acustiche, ai sensi dell'art. 844 del codice civile, sono fatte salve in ogni caso le disposizioni di legge e di regolamento vigenti che disciplinano specifiche sorgenti e la priorità di un determinato uso».

Tale norma è stata poi precisata dall'art. 1, coma 746, l. 30 dicembre 2018, n. 145 (legge di bilancio 2019), che ha introdotto nell'art. 6 ter il comma 1 bis, che così recita: «Ai fini dell'attuazione del comma 1, si applicano i criteri di accettabilità del livello di rumore di cui alla legge 26 ottobre 1995, n. 447, e alle relative norme di attuazione». In tal senso, anche se relativamente alle sole immissioni acustiche, il legislatore potrebbe aver manifestato la volontà di esaurire il giudizio di normale tollerabilità, anche nei rapporti di vicinato, nell'accertamento dell'osservanza dei limiti di accettabilità del livello di rumore stabilito dagli *standard* della disciplina di settore.

---

[77] Cass., 20 gennaio 2017, n. 1606, cit., n. 8.

[78] Tra le tante, Cass., Sez. III, 7 ottobre 2016, n. 20198, in *Danno resp.*, 2017, p. 176, con nota di F. PIAIA, *Intollerabilità delle immissioni acustiche: primato dell'art. 848 c.c. e risarcimento del danno (non patrimoniale)*.

[79] Cass., 7 ottobre 2016, n. 20198, cit., p. 176.

[80] M.R. MAUGERI, *Immissioni*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, II, Napoli, 2018, p. 968 ss.

[81] M.R. MAUGERI, *Immissioni*, cit., p. 968 ss.; e già G. VISINTINI, *Immissioni*, cit., p. 1222.

Tuttavia, anche a seguito dell'entrata in vigore di tale disciplina, la Cassazione non ha mutato orientamento[82]. E la spiegazione è da rinvenire nel *dictum* della Consulta che, nel dichiarare manifestamente inammissibile, per carente descrizione della fattispecie, la questione di legittimità costituzionale proprio dell'art. 6 ter del d.l. n. 208 del 2008, ha affermato che il giudice di merito rimettente aveva trascurato di considerare che «è consolidato il principio che differenzia – quanto a oggetto, finalità e sfera di applicazione – la disciplina contenuta nel codice civile dalla normativa di diritto pubblico: l'una posta a presidio del diritto di proprietà e volta a disciplinare i rapporti di natura patrimoniale tra i privati proprietari di fondi vicini; l'altra diretta – con riferimento ai rapporti tra i privati e la p.a. – alla tutela igienico-sanitaria delle persone o comunità esposte»[83]. E ciò ha consentito alla Suprema corte di ribadire il principio secondo il quale «in tema di immissioni acustiche, la differenziazione tra tutela civilistica e tutela amministrativa mantiene la sua attualità anche a seguito dell'entrata in vigore del D.L. n. 208 del 2008, art. 6 ter [...], al quale non può aprioristicamente attribuirsi una portata derogatoria limitativa dell'art. 844 c.c., con l'effetto di escludere l'accertamento in concreto del superamento del limite della normale tollerabilità, dovendo comunque ritenersi prevalente, alla luce di una interpretazione costituzionalmente orientata, il soddisfacimento dell'interesse ad una normale qualità della vita rispetto alle esigenze della produzione»[84].

6. L'accertamento in concreto dell'intollerabilità (e quindi dell'illiceità) di immissioni pur rientranti nei limiti legali e/o regolamentari, fondato, eventualmente, sul criterio c.d. differenziale, ha consentito alle Sezioni unite di risarcire il danno non patrimoniale conseguente ad immissioni illecite anche «indipendentemente dalla sussistenza di un danno biologico documentato, quando sia riferibile alla lesione del diritto al normale svolgimento della vita familiare all'interno della propria abitazione e del diritto alla libera e piena esplicazione delle proprie abitudine di vita quotidiane, trattandosi di diritti costituzionalmente garantiti, la cui tutela è ulteriormente rafforzata dall'art. 8 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, norma alla quale il giudice interno è tenuto a uniformarsi»[85].

---

[82] Ad es., Cass., 11 marzo 2019, n. 6906, cit., p. 27.

[83] Corte cost., 21 marzo 2011, n. 103, ord., in *Giur. cost.*, 2011, p. 1436.

[84] Cass., Sez. III, 7 ottobre 2016, n. 20198, cit., p. 175 s.

[85] Cass., Sez. un., 1° febbraio 2017, n. 2611, ord., in *Danno resp.*, 2018, p. 482, con il commento di A.L. BITETTO MURGOLO, Nuisance *e danni non patrimoniali* (*ivi*, altresì, Cass., Sez.

Riconosciuta l'esistenza (e, parallelamente, la violazione) di questo ulteriore diritto della persona[86], che trova il suo fondamento costituzionale anche nell'art. 41, comma 2, cost., il giudice, valutate le diverse misure consentite dalla norma in ordine alle modalità di attuazione dell'obbligo di *non facere*, ha il compito di individuare «la fattibilità [...] di accorgimenti alternativi», di «rimedi idonei» a ricondurre le immissioni entro la normale tollerabilità, «costituendo quello della cessazione dell'attività solo il più estremo tra essi, accessibile ove si valuti motivatamente l'inidoneità di altri meno invasivi»[87].

Accertata la lesione, ovvero l'evento di danno (che la giurisprudenza, nel suo linguaggio, definisce "danno-evento"), la Suprema corte intende «dare continuità» a quel «secondo indirizzo» secondo il quale «il danno non può essere considerato in re ipsa ma deve essere provato secondo la regola generale dell'art. 2697 c.c.»[88]. La prova del pregiudizio «sofferto a causa della lesione del diritto al normale svolgimento della vita familiare all'interno della propria abitazione» e del «diritto alla libera e piena esplicazione delle proprie abitudini di vita quotidiane», ovvero del "danno-conseguenza" (consistente nella «perdita-danno emergente-sofferenza interiore, da un lato, e, dall'altro, mancato guadagno-lucro cessante-danno alla persona nei suoi aspetti esteriori/relazionali») «può – e anzi normalmente non potrà che – essere fornita attraverso presunzioni»[89]. Secondo la Cassazione, «una cosa è dire che il danno è presunto [...], altra è dire che può essere provato per presunzioni»[90].

Tuttavia, questo ricorrente *leitmotiv*, che sarebbe giustificato dal timore (invero, infondato)[91] di ammettere un «risarcimento con funzione punitiva»[92], è considerato, da un lato, l'ulteriore capitolo di «una storia di superfetazioni interpretative e ipocrisie giurisprudenziali»[93], dall'altro, espressione

---

III, 5 febbraio 2018, n. 2668; Cass., Sez. II, 28 agosto 2017, n. 20445; Cass., Sez. I, 4 luglio 2017, n. 16408; Trib. Como, 5 luglio 2017; Trib. Vicenza, 16 marzo 2017, n. 892).

[86] Sul punto, V. CARBONE, *Il diritto vivente delle "immissioni": intollerabile è anche il danno alla tranquillità familiare pur se non si misura in decibel*, in *Danno resp.*, 2016, p. 29 ss., in nota a Cass., 29 ottobre 2015, n. 22105. Su questa figura di danno alla persona, tuttavia, criticamente, G. PONZANELLI, *Le immissioni intollerabili e il rimedio del danno non patrimoniale*, *ivi*, 2010, p. 781.

[87] Cass., Sez. VI, 18 luglio 2019, n. 19434, in *Danno resp.*, 2019, p. 766, con nota di A. VOLPATO, *Il danno non patrimoniale subito in conseguenza di immissioni di rumore intollerabili non può ritenersi sussistente* in re ipsa.

[88] Cass., 18 luglio 2019, n. 19434, cit., p. 766.

[89] Cass., 18 luglio 2019, n. 19434, cit., p. 767.

[90] Cass., 18 luglio 2019, n. 19434, cit., p. 767.

[91] Lo fa rilevare, molto opportunamente, G. PONZANELLI, *La falsa alternativa tra danno* in re ipsa *e danno conseguenza: in attesa delle Sezioni unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, I, p. 889.

[92] Così, invece, Cass., 18 luglio 2019, n. 19434, cit., p. 767.

[93] Testualmente, P. SIRENA, *Danno-evento, danno-conseguenza e relativi nessi causali. Una storia di superfetazioni interpretative e ipocrisie giurisprudenziali*, in *Resp. civ. prev.*, 2023, p. 68 ss. In tema di danno da occupazione senza titolo di un bene immobile da parte di un terzo: Cass., Sez. un., 15

dell'infelicissima trasposizione di una concezione esclusivamente patrimoniale del danno (presupposta dalla *Differenztheorie*) in un settore in cui i "beni" non hanno (e non potranno mai avere) un valore di mercato[94]. Ma tale orientamento non sembra conferente anche «nella prassi applicativa, specie allorquando il descritto meccanismo probatorio venga impiegato in maniera disinvolta»[95]. «Se si vogliono prendere sul serio» i propositi di questa giurisprudenza, «la sottile linea di discrimine [...] finisce per dipendere integralmente da un duplice fattore: da un lato, la misurazione dello sforzo probatorio richiesto al danneggiato, certamente maggiore, sul versante negativo, rispetto alla mera deduzione di una lesione dell'interesse protetto, ma la cui parametrazione in positivo e tutt'altro che agevole. Dall'altro, non meno importante è la doverosa considerazione delle leggi di esperienza "di cui il giudice può servirsi per formulare inferenze e valutazioni nell'ambito del giudizio di fatto", soprattutto se si consideri che "salvo i casi eccezionali in cui esse corrispondano a leggi naturali o scientifiche", le massime di esperienza non sono [...] di regola idonee a conferire certezza assoluta alla conoscenza del fatto ignorato»[96]. La distinzione tra il ragionamento presuntivo e il mero assioma, quale «criterio inferenziale vago ed oggettivamente non verificabile», andrebbe ricercato proprio nella individuazione di una massima di esperienza «che possa ad esso fornire copertura logica solida e coerente»[97].

Napoli, ottobre 2025

---

novembre 2022, n. 33645, in *Danno resp.*, 2023, p. 37 ss., con nota di F. PIAIA, *L'occupazione illegittima di beni immobili: dal danno "in re ipsa" al danno "normale" o "presunto"*; Cass., Sez. un., 15 novembre 2022, n. 33659, in *Foro it.*, 2022, I, c. 3625 ss., con i commenti di B. SASSANI - M. MAGLIULO, *"In re ipsa, tamen in re alia"*, e di R. PARDOLESI, *Alla ricerca del danno da occupazione illecita (quando c'è, ma non si vede); normalizzazione del danno "in re ipsa" (c'è, ma non si dice)?* Ma anche in materia di danno da perdita del rapporto parentale: Cass., Sez. III, 30 agosto 2022, n. 25541, in *Danno resp.*, 2023, p. 195 ss., annotata da C. BARBERIO, *Danno da perdita del rapporto parentale: fra danni* in re ipsa *e danni presuntivi*.

[94] In tal senso, già A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno ingiusto (Dall'ermeneutica bipolare alla teoria generale e "monocentrica" della responsabilità civile)*, Parte I, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 18 ss.

[95] A. VOLPATO, *Il danno non patrimoniale*, cit., p. 774.

[96] A. VOLPATO, *Il danno non patrimoniale*, cit., p. 774, là dove cita Cass., 4 dicembre 2018, n. 31233, in *Danno resp.*, 2019, p. 392, con nota di G. LONGO, *Il danno derivante dalla mancata disponibilità dell'immobile nella più recente giurisprudenza di legittimità.*

[97] A. VOLPATO, *Il danno non patrimoniale*, cit., p. 774, in nt. 45.

Abstract

Una ricostruzione della disciplina delle immissioni e dei suoi rapporti con le normative di settore fondata sulla reinterpretazione dell'art. 844 c.c. proposta dalla più avvertita scienza giuridica italiana, la quale ha determinato, agli esordi del nuovo millennio, un radicale *revirement* dei tradizionali orientamenti della Cassazione. Dall'"ermeneutica dicotomica" dell'art. 844 c.c. e dalla conseguente "prassi indennitaria" all'interpretazione «unitaria e sistematica» dell'art. 844 c.c.: la normale tollerabilità quale unica regola di condotta che consente di qualificare la liceità/illiceità delle immissioni. L'accoglimento giurisprudenziale del principio dell'interferenza c.d. relativa, da un lato, induce a considerare sempre illecite le immissioni che eccedono gli standard prescritti dalle discipline di settore; dall'altro consente al giudice, sulla base dei criteri previsti dall'art. 844 c.c. (condizione dei luoghi, ad es.), di accertare in concreto l'intollerabilità (e quindi l'illiceità) di immissioni pur rientranti nei limiti legali e/o regolamentari. Il recente ampliamento dell'area del danno non patrimoniale risarcibile introduce, anche in questo settore, l'annoso problema del danno *in re ipsa*: da qui la discutibile distinzione tra "danno presunto" e "danno che può essere provato mediante presunzioni".

A reconstruction of the rules governing emissions and their relationship with sector regulations based on the reinterpretation of Article 844 of the Italian Civil Code proposed by the most knowledgeable Italian legal scholars, which led to a radical reversal of the traditional approach of the Court of Cassation at the beginning of the new millennium. From the "dichotomous hermeneutics" of Article 844 of the Italian Civil Code and the resulting "indemnity practice" to the "unitary and systematic" interpretation of Article 844 of the Italian Civil Code: normal tolerability as the only rule that allows the lawfulness/unlawfulness of emissions to be qualified. The acceptance in case law of the principle of so-called relative interference, on the one hand, leads to emissions that exceed the standards prescribed by sector regulations always being considered unlawful; on the other hand, it allows the judge, on the basis of the criteria set out in Article 844 of the Italian Civil Code (e.g. condition of the premises), to ascertain in concrete terms the intolerability (and therefore the unlawfulness) of emissions even if they fall within the legal and/or regulatory limits. The recent extension of the area of compensable non-economic damage introduces, in this sector too, the long-standing problem of damage in re ipsa: hence the questionable distinction between "presumed damage" and "damage that can be proven by presumption".

Keywords

Immissioni – prassi indennitaria - normale tollerabilità – condizione dei luoghi – liceità/illiceità delle immissioni – discipline di settore – riparazione dei danni non patrimoniali – danno in re ipsa – danno presunto – danno che può essere provato mediante presunzioni

Emissions - "indemnity practice" - normal tolerability - condition of the premises - lawfulness/unlawfulness of emissions - sector regulations - non-economic damages - damage in re ipsa - presumed damage - "damage that can be proven by presumption"

MARIA PAOLA MANTOVANI*

Intelligenza artificiale e tutela dei diritti fondamentali nella prospettiva europea: il passaggio da Lex *a* Ius**

SOMMARIO: 1. La società algoritmica e le nuove sfide per il giurista. – 2. La tutela dei diritti fondamentali all'epoca dell'intelligenza artificiale. – 3. Il sistema della responsabilità civile e i danni cagionati da algoritmi. – 4. Il Regolamento (UE) 2024/1689 sull'intelligenza artificiale. – 5. Riflessioni conclusive.

1. La moderna realtà si caratterizza per la crescente diffusione di nuove tecnologie, di prodotti digitali e di sistemi di intelligenza artificiale, sempre più evoluti ed autonomi[1]. Nell'epoca attuale assistiamo alla nascita di un nuovo paradigma, quello della «società algoritmica»[2], a cui il mondo del diritto non può rimanere estraneo[3]. L'uso sempre più diffuso dell'IA[4] in contesti giuridicamente

* Professoressa Ordinaria di Diritto privato comparato, Scuola di Giurisprudenza, Università di Camerino.

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review*

[1] S. RODOTÀ, *Persona, libertà, tecnologia. Note per una discussione*, in *Diritto e Questioni pubbliche*, 2005, p. 25. Osserva U. RUFFOLO, *Le responsabilità da Intelligenza Artificiale e le questioni di libertà d'espressione e copyright*, in *Contr. impr.*, 2025, p. 488 ss., come «la rivoluzione innescata dalla AI come *machina sapiens* rappresenta un vero e proprio salto della specie rispetto alla mera digitalizzazione. E non è dunque con essa confondibile ancorché si sia sviluppata evolvendo in quel contesto; che, proseguendo nell'immaginifico parallelismo, era ancora *machina Neanderthal*. Tale salto della specie, che differenzia l'AI dal contesto digitale nel quale nasce, è rappresentato dall'avere la macchina "imparato ad imparare": il *machine learning* (e le sue evoluzioni in *deep learning*, sistema di reti neurali ...) le ha conferito la attitudine a saper imparare, e crescere imparando, rendendola così capace di concepire modelli sempre più perfezionati di sè stessa, fino – si sostiene – al raggiungimento della singolarità». M. BASSINI, L. LIGUORI, O. POLLICINO, *Sistemi di Intelligenza Artificiale, responsabilità e* accountability. *Verso nuovi paradigmi?*, in *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, a cura di F. Pizzetti, Torino, 2018, p. 333 ss.

[2] R. MESSINETTI, *Brevi note sulla certezza del diritto nella società algoritmica*, in *Contr. impr.*, 2024, p. 283.

[3] Secondo G. PASCUZZI, *Internet*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, *Agg.*, Torino, 2000, p. 225 ss., «se è utile chiedersi in che modo il diritto disciplina i fenomeni legati alla informatica e alla telematica è indispensabile anche chiedersi se è in che modo quelle tecnologie cambieranno (oltre a tante altre cose) il fenomeno giuridico. È verosimile che l'utilizzo dei bit incida sugli stessi

rilevanti, di natura pubblica e privata, testimonia la propensione che gli utenti, così come le Istituzioni, hanno nel rivolgersi a tali sistemi, considerandoli strumenti utili per porre in essere azioni e attività, in particolare all'interno di scelte particolarmente complesse, migliorandone qualità ed efficienza[5]. Orbene, appare importante riflettere sui possibili modelli di regolazione giuridica[6] dell'intelligenza artificiale[7], dovendosi cogliere le peculiarità di un fenomeno per il quale l'approccio regolatorio ha dimensioni e forme diverse. La disciplina informatica «ha ottenuto la più significativa manifestazione nel contesto di un orizzonte, la cui consistenza integralmente artificiale, caratterizzata dai profili "dell'a-territorialità", "dell'atemporalità" e "dell'immaterialità", non permette al diritto di fonte statuale di esplicare adeguatamente la propria funzione di controllo»[8]. I fenomeni di IA mancano di un ancoraggio all'ordine tradizionale,

---

contenuti culturali e operazionali. In una parola: l'uso dell'informatica e della telematica è in grado di cambiare il diritto. Quest'ultima affermazione ha una valenza almeno duplice. Il diritto cambia perché le regole operazionali devono adeguarsi ai mutamenti della realtà ovvero perché la costruzione del ragionamento giuridico obbedisce a modalità differenti».

[4] G. SARTOR, *L'intelligenza artificiale e diritto, i diritti, l'etica*, Torino, 2022, p. 85, pone in evidenza l'etica dell'IA che «studia come sviluppare e utilizzare in modo "buono" le tecnologie dell'IA, come assicurare che la loro natura e il loro impiego corrisponda a norme e valori etici. [...] L'analisi comparativa dei documenti sull'etica dell'IA mostra una convergenza globale sui valori della trasparenza, non-maleficenza, responsabilità e privacy. Anche dignità e solidarietà sono menzionate frequentemente. Questa convergenza non esclude che rispetto a scelte concrete (per esempio, se ammettere o non l'identificazione facciale negli spazi pubblici) possano esserci differenze importanti tra diverse culture o diverse categorie di attori (per es., imprese, governi, società civile, ecc.) Nell'impossibilità di dar conto di tale dibattito,126 ci limiteremo ad illustrare alcune iniziative dell'Unione Europea in materia»; G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di eguaglianza*, in *Pol. dir.*, 2019, p. 199 ss.

[5] M. FASAN, *I principi costituzionali nella disciplina dell'Intelligenza Artificiale. Nuove prospettive interpretative*, in *DPCE online*, 2022, p. 181 ss.

[6] E. BOCCHINI, *La regolazione giuridica dell'intelligenza artificiale*, Torino, 2024, p. 1 ss.; A. SIMONCINI, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, p. 1031 ss., osserva, a proposito dei possibili modelli di regolazione della tecnologia, l'affermarsi della "co-regolazione", intesa come una forma di regolazione "ibrida" o collaborativa. Con riguardo all'AI Act, «il progetto, infatti, prefigura un regolamento dalla natura "mista", composto da una parte ad applicazione "obbligatoria e diretta" – le disposizioni sulla IA "vietata" e ad "alto rischio" – ed una parte –quella sulla IA a "basso rischio" – ad applicazione "volontaria e differita", ovverosia affidata alla co-regolazione. In termini di teoria delle fonti, nell'*AI Act* si configurano norme che, al tempo stesso, sono "obbligatorie", per i sistemi di AI vietati e ad alto rischio e che costituiscono soltanto un "valore" ovvero un "orientamento", per i sistemi di AI a basso rischio».

[7] G. DI ROSA, *Quali regole per i sistemi automatizzati "intelligenti"*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, I, p. 824, osserva come «del resto, la stessa ormai ben nota e affermata locuzione "intelligenza artificiale" risulta essere un evidente ossimoro, nella misura in cui, come appropriatamente rilevato, attribuisce all'"artificiale" qualcosa che è essenzialmente "naturale" in quanto è la prerogativa più gelosa della natura umana: l'intelligenza».

[8] «È, quindi, innegabile che le predette impostazioni "tecniche" non esauriscano la propria portata ad un livello semplicemente strutturale, racchiudendo in sé precisi valori e scelte giuridiche che si manifestano sul piano applicativo, esprimendo così – anche se al di fuori dei

e ciò impone di elaborare nuovi paradigmi e adottare una «conformazione "tecnica" ed "artificiale" del cyberspazio, consentendo di determinare *a priori* – vale a dire sulla scorta di una preventiva scelta dei programmatori – le "azioni" che gli utenti possono compiere in "rete" o rispetto alle quali sono inibiti, presuppone l'incorporazione nell'architettura del medesimo di valori e di istanze propriamente giuridiche; in altri termini il "diritto" penetra ed esplica la sua funzione regolativa nel contesto dei rapporti telematici, attraverso il "*design*"»[9]. La *Lex* informatica[10] si basa sulla capacità di «regolazione del cyberspazio per il tramite della valorizzazione delle capacità regolamentari della "tecnica" che, attraverso una serie di impostazioni "architettoniche", incide sulla condotta degli utenti della "rete", eventualmente seguendo la direzione segnata da previ interventi legislativi aventi portata generale»[11].

La *Lex*[12] di natura informatica richiama, essenzialmente, «alla capacità regolativa del "design" (o, più semplicemente, della "tecnica"), la cui valorizzazione produce un impatto considerevole sulla stessa configurazione fisiognomica del "diritto" per come comunemente inteso nella tradizione positivistica occidentale»[13]. Ulteriore caratteristica è che essa si può ricondurre

---

formalismi legislativi – una specifica funzionalità regolativa», così, P. LAGHI, *Lex informatica*, in *Dig. it., disc. priv., sez. civ., Agg.* XI, Torino, 2018, p. 305 ss.

[9] P. LAGHI, *Lex informatica*, cit., p. 307 ss.; approfondisce la questione dei rapporti tra tecnologia, complessità e *governance*, U. PAGALLO, *Il diritto nell'età dell'informazione. Il riposizionamento tecnologico degli ordinamenti giuridici tra complessità sociale, lotta per il potere e tutela dei diritti*, Torino, 2014, p. 81 ss.

[10] Secondo G.L. CONTI, *Lex informatica*, in *Osservatorio sulle fonti.it*, 2021, p. 317 ss., «con l'espressione "lex informatica" si allude al complesso insieme di norme che regolano la rete. Si tratta massimamente di norme invisibili a occhio nuxdo, nel senso che esse regolano dei fenomeni che si collocano al di là della percezione e della comprensione di coloro che ne subiscono le conseguenze. Ciononostante questi fenomeni incidono fortemente sulla capacità dei singoli individui di esercitare le proprie libertà e i propri diritti fondamentali, disegnano la realtà così come la percepiamo, possono influenzare la formazione delle decisioni pubbliche».

[11] P. LAGHI, *Lex informatica*, cit., p. 309 ss., mette in evidenza le differenze rispetto alla *Lex mercatoria*, «non originandosi le regole "tecniche" dalla prassi ovvero dalla condivisione spontanea degli operatori del settore, quanto da una "programmazione" pianificata che le sottrae dalla categorizzazione "consuetudinaria", connotandole di una funzione "sostanzialmente", benché non supportata dalla "forma" propriamente riscontrabile negli atti normativi di fonte statuale».

[12] «La possibilità di un diritto globale – non strutturato sul requisito della territorialità – rappresenta una prospettiva che, nell'economia virtuale e negli scambi che si svolgono in rete, sembrerebbe trovare terreno fertile in quanto sia la *lex informatica* sia il ricorso a tecnologie "blockchain" prescindono dai confini geografici e avallano l'idea di un'autoregolamentazione basata su regole tecniche indipendenti dalla sovranità politica e giuridica degli Stati», così, O. CLARIZIA, Lex mercatoria, lex *informatica e self-regulation della tecnologia virtuale*, in *Teor. st. dir. priv.*, 2024, p. 1 ss.

[13] P. LAGHI, *Lex informatica*, cit., p. 305 ss.

alla categoria, con valenza meramente descrittiva, di diritto transnazionale[14], espressione richiamata da Alessandro Pizzorusso[15], riferendosi alle fonti di natura giurisprudenziale.

Nel quadro del discorso occorre considerare che i mercati digitali, in quanto altamente dinamici, richiedono una regolazione aperta, *adattativa* e cooperativa[16]. Il settore dell'intelligenza artificiale è caratterizzato dalla pluralità di livelli di normazione e dalla complessità delle regole astrattamente applicabili. Rappresenta un paradigmatico apologo il fatto che la prassi normativa spesso «fa "fatica" anche solo a seguire, [...] il fenomeno regolato e le evoluzioni dell'AI che crescono con progressione geometrica»[17].

L'adozione del Regolamento (UE) 2024/1689[18], noto come *Artificial Intelligence Act* (*AI Act*), quale disciplina che introduce un quadro normativo

---

[14] A. SANTOSUOSSO e M. TOMASI, *Diritto, scienza e nuove tecnologie*, Padova, 2016; «L'espressione diritto transnazionale può essere utilizzata come un contenitore di fenomeni tra loro diversi, che presentano molteplici profili e può essere assunta, quindi, solo in un significato a-tecnico, per finalità eminentemente descrittive», così, R. TARCHI, *Diritto transnazionale o diritti transnazionali? Il carattere enigmatico di una categoria giuridica debole ancora alla ricerca di un proprio statuto*, in *Osservatorio sulle fonti.it*, 2021, p. 6 ss.

[15] A. PIZZORUSSO, *Corso di diritto comparato*, 1983, discute di diritto transnazionale quale categoria che si riferisce all'impiego di regole giuridiche comuni nell'ambito di ordinamenti diversi, per lo spontaneo riconoscimento dell'idoneità di un principio o di una regola a valere come norma giuridica anche fuori dall'area con riferimento alla quale è stata adottata. ID., *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino, 2008.

[16] L. AMMANNATI, *Regolatori e supervisori nell'era digitale: ripensare la regolazione*, in *Giur. cost.*, 2023, p. 1453 ss.

[17] U. RUFFOLO, *Le responsabilità da Intelligenza Artificiale e le questioni di libertà d'espressione e copyright*, cit., p. 488 ss., secondo cui «l'attuale stadio evolutivo dell'AI – sulle ali dell'algoritmo *Transformer*, base dei *Large Language Model* (LLM) – è rappresentato dall'AI generativa (GAI). Con i *chatbot*, che spaziano da ChatGPT a Deep Seek, abbiamo conosciuto la sua evoluta capacità di "parlare". Essa ora si estende al "fare", alla capacità anche concretamente operativa, con la transizione – si dice nell'universo STEM – da "modello del linguaggio" a "modello del mondo"; che sembrerebbe spingersi, secondo non isolate voci, anche ad inizi di comprensione semantica, e non più solo sintattica, del linguaggio (e del mondo».

[18] Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale, consultabile in https://eur-lex.europa.eu. La proposta di Regolamento europeo è stato oggetto di emendamenti, S. ORLANDO, *Gli emendamenti alla proposta di AI Act approvati dal Parlamento europeo il 14.6.2023*, in *Persona e mercato*, 2023, p. 378 ss., osserva che «sono stati formulati e definiti alcuni principî generali applicabili a tutti i sistemi di IA e anche a tutti i modelli di base (*foundation models*). Le definizioni dei principî enunciano i soli sistemi di IA ma la norma che li introduce fa chiaro che essi si applicano anche ai modelli di base. Tutti gli operatori che rientrano nel presente regolamento si adoperano al massimo per sviluppare e utilizzare sistemi di IA o modelli di base conformemente ai seguenti principi generali che istituiscono un quadro di alto livello che promuova un approccio europeo antropocentrico coerente a un'intelligenza artificiale etica e affidabile, che sia pienamente in linea con la Carta e con i valori su cui si fonda l'Unione». Osserva N. ZORZI GALGANO, *Il Regolamento UE 2024/1689 del 13 giugno 2024 sul c.d. alto rischio inaccettabile: le pratiche inerenti sistemi di intelligenza artificiale vietate dal legislatore europeo*, in *Contr. impr.*, 2025, p. 45 ss., che «il complesso Regolamento Europeo sui sistemi di intelligenza

armonizzato sull'intelligenza artificiale[19], «va considerata con particolare riguardo alla evoluzione, ormai pervasiva, dell'AI»[20], che si articola in diversi modelli di apprendimento, anche di IA c.d. generativa[21]. Con l'*AI Act*[22] il legislatore ha

---

artificiale è composto non solo dalla disciplina confluita nel corpo normativo del Regolamento stesso, costituito da 113 disposizioni normative, ma anche da XIII allegati. Quasi un terzo di queste si focalizzano proprio sul c.d. "alto rischio" dei sistemi di IA, ovvero tale da risultare idoneo a mettere in pericolo salute, sicurezza e diritti fondamentali su cui può venire ad incidere un sistema di IA, ossia idoneo alla probabilità di un danno grave a tutto il pregnante sistema valoriale di cui alla disciplina stessa, e che, per espresso riconoscimento del legislatore europeo, in proposito, quest'ultima è preordinata a proteggere».

[19] Si domanda G. FINOCCHIARO, *La regolazione dell'intelligenza artificiale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, pp. 1085 ss., spec. 1087, «se sia opportuno per il legislatore adottare un approccio volto a disciplinare l'intelligenza artificiale nel suo complesso o invece regolare le applicazioni dell'intelligenza artificiale in specifici settori o singole materie. La prima opzione è quella percorsa dalla proposta del regolamento europeo sull'intelligenza artificiale che ha, infatti, un approccio normativo orizzontale. La seconda è quella auspicata in alcune organizzazioni internazionali, in cui si è ritenuto fosse preferibile normare le applicazioni di intelligenza artificiale o, più precisamente, gli effetti di esse, in specifici ambiti».

[20] U. RUFFOLO, *AI Act: gli effetti settoriali, Artificial intelligence Act e AI generativa*, in *Giur. it.*, 2025, p. 438 ss., osserva che «la sua evoluzione procede con progressione geometrica, generando immediate quanto inusitate esigenze di mediazione giuridica. E su un doppio terreno: non solo comunicazionale, ma anche fattuale. Abbiamo appena imparato a conoscerla sotto le sembianze di ChatGPT (poi affiancato da Gemini, e Baidu, e ora dal cinese DeepSeek, e tanti altri), nella dimensione pervasiva, quando non totalizzante, di un nuovo ecosistema comunicazionale. Essa ora si rivela capace non solo "di parlare", ma anche "di fare", sembrando essere passata dalla capacità di governare "modelli di linguaggio" a quella di censire "modelli di mondo"».

[21] U. RUFFOLO, *AI Act: gli effetti settoriali. – La decisione giudiziaria nell'AI Act*, cit., p. 438 ss., secondo cui oggi assistiamo alla «macchina che ha *imparato ad imparare* e cresce apprendendo, e sviluppando capacità di autoperfezionarsi e generare *output* "originali" e non predicabili. Se quella digitale, etero-programmata, era la *machina Neanderthal*, quella *AI-powered* evolve in *machina sapiens*. Ma si giunge alla *machina sapiens sapiens* con l'ulteriore, recente quanto epocale salto qualitativo segnato dall'avvento della *Generative Artificial Intelligence* (GAI)».

[22] Traccia il percorso normativo che ha costituito il retroterra per l'elaborazione del regolamento europeo sull'IA, G. ALPA, *Quale modello normativo europeo per l'Intelligenza artificiale?*, in *Contr. impr.*, 2021, p. 1003 ss., secondo cui «sulla base di un percorso complesso è stata organizzata una consultazione pubblica sul Libro Bianco sull'Intelligenza Artificiale (COM 2020) 65 final del 19 febbraio 2020; sono state pubblicate le Linee guida etiche finali per un'intelligenza artificiale affidabile ad opera del Gruppo di esperti ad alto livello sull'intelligenza artificiale, pubblicate l'8 aprile 2019; si sono approfonditi i problemi relativi agli effetti dannosi dell'uso di queste tecnologie con la pubblicazione del Rapporto sulla responsabilità per l'Intelligenza Artificiale e altre tecnologie emergenti, ad opera del Gruppo di esperti sulla responsabilità e le nuove tecnologie, del 21 novembre 2019, cui hanno fatto seguito la Comunicazione (2020) 64 final, contenente la Relazione sulle implicazioni dell'intelligenza artificiale, dell'Internet delle cose e della robotica in materia di sicurezza e di responsabilità. [...] Queste iniziative sono utili per comprendere appieno gli scopi e le tecniche di disciplina descritti nella proposta di Regolamento per la introduzione di regole armonizzate sull'intelligenza artificiale elaborata dalla Commissione e sottoposta al Parlamento e al Consiglio il 21 aprile scorso [COM (2021) 206 final]». La Proposta di Regolamento della Commissione UE relativa all'intelligenza artificiale (AI Act), approvata in prima lettura dal Parlamento europeo, con numerosi emendamenti, in data 14 giugno 2023 che ha introdotto, in particolare, l'emendamento n. 165 che definisce l'intelligenza artificiale come un sistema automatizzato

compiuto un significativo passo in avanti, introducendo principi e regole di carattere generale[23], incentrati sulla produzione e messa in circolazione di sistemi di IA sicuri, affidabili ed etici[24]. L'atto normativo segna il passaggio, almeno nella prospettiva europea, da *Lex*, che esprime la capacità regolamentare della tecnica[25], a *Ius*[26], che valorizza la funzione ordinante del diritto[27], e si affida alla legislazione come momento in cui si saldano la dimensione regolativa e quella sanzionatoria[28].

---

progettato per operare con livelli di autonomia variabili e che, per obiettivi espliciti o impliciti, può generare output quali previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano gli ambienti fisici o virtuali».

[23] «Si osserva che una regolamentazione dettagliata ed estremamente puntuale di ogni singola problematica, legata anche alla IA, potrebbe finire col produrre vuoti normativi e sarebbe invece preferibile un codice "di principi" che eviti un eccesso di normazione», per G. PROIETTI, *Definire l'indefinibile? I sistemi di intelligenza Artificiale alla ricerca di un inquadramento sistematico*, in *Contr. impr.*, 2024, pp. 882 ss., spec. 893.

[24] «Il 12 luglio 2024 con la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea del "Regolamento sull'intelligenza Artificiale" si è concluso un lungo e articolato procedimento legislativo intrapreso dall'Unione europea – come parte della sua Strategia digitale – per stabilire una disciplina sull'intelligenza artificiale. L'esigenza di intervenire con urgenza, riaffermata in tutte le fasi di gestazione del provvedimento [...] si accompagna agli imperativi di promuovere lo sviluppo, l'uso e l'adozione dell'intelligenza artificiale, di "proteggere l'innovazione" e di consentire che tali tecnologie possano circolare liberamente nell'Unione. D'altra parte, una frammentazione del mercato in punto di disciplina frutto del sopraggiungere di normative nazionali divergenti comprometterebbe la libera circolazione di tali tecnologie e rischierebbe

di ostacolare la concorrenza tra le imprese europee», evidenziano, R. PETRUSO e G. SMORTO, *Il Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale: una prima lettura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, p. 989 ss.

[25] «La *lex informatica*, invece, trova la sua fonte genetica nelle impostazioni e nelle configurazioni del sistema informatico predisposte dai programmatori, e la sua unità disciplinare minima è costituita dalla "regola tecnica" o "architettonica", in cui si compendiano i criteri di funzionamento generale del cyberspazio, ossia quella serie di opzioni da cui deriva la regolazione dei flussi di informazione, destinati ad operare in modo automatico ed auto-esecutivo nel contesto del *network*, ossia nella "rete globale" immateriale, priva dei confini fisici propri della giurisdizione statuale, *ex ante*, ossia consentendo od inibendo preventivamente determinate azioni da parte degli utenti, in modo tale da rimuovere, già in astratto, la possibilità stessa d'infrazione. Quest' ultimo aspetto contrassegna uno dei più netti profili distintivi tra i due modelli di regolazione sociale, mettendo in discussione la democraticità», così, P. LAGHI, *Lex informatica*, cit., p. 313.

[26] Anche in seno al diritto comparato si ha, nel XIX secolo, lo sviluppo della legislazione comparata: il percorso evolutivo è ben illustrato da L.J. CONSTANTINESCO, *Introduzione al diritto comparato*, ed. it. di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e R. FAVALE, Torino, 1996, p. 90 ss.,

[27] Sulla funzione del diritto e sulla complessità del suo procedimento di formazione, ancora attuali sono le riflessioni di SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1918, rist., Macerata, 2018, p. 27 ss., secondo cui il processo di obiettivazione, che dà luogo al fenomeno giuridico, non inizia con l'emanazione di una regola ma in un momento anteriore; le norme non ne sono che una manifestazione, una delle varie manifestazioni.

[28] N. IRTI, *Il fatto e il caso*, in *Riv. dir. proc.*, I, 2023, p. 347 ss., afferma che «soltanto il *jus*, accogliendolo in sè e ordinandolo, può convertire il *factum* in *casus*. Certo è che il fatto, sciolto dalla connessione normativa, è nudo di significato giuridico, di quel significato che esso acquista soltanto "in ordine ad *jus*", cioè quando sia messo in relazione con il diritto. Il quale non sta

2. L'approccio europeo[29] alla regolazione giuridica dell'intelligenza artificiale[30] riconosce la centralità della dimensione sociale ed etica[31], e la necessità di assicurare uno sviluppo responsabile e sostenibile[32] delle nuove tecnologie[33], in linea con i principi della *Responsable research and innovation policy*[34]. In tale prospettiva, occorre sottolineare il peso dei diritti fondamentali

---

dentro il fatto, né è espresso e rivelato dal fatto, ma, per così dire giunge dal di fuori, e lo prende e «ordina» ed eleva al rango della giuridicità».

[29] Per una ricostruzione dell'attività normativa in ambito europeo v. G. ALPA, *L'intelligenza artificiale. Il contesto giuridico*, Modena, 2021.

[30] P. GALLO, *Intelligenza artificiale e protezione dei dati personali*, in *Dig. it., disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 2024, p. 1 ss. Il regolamento europeo noto anche con acronimo inglese (AI Act), costituisce il primo esempio a livello mondiale di disciplina compiuta dell'IA. «Il regolamento sull'IA prevede peraltro il decorso di due anni ai fini dell'applicazione, in modo tale da consentire agli operatori del settore di adeguarsi (art. 113 AIA). Si tratta di una disciplina piuttosto articolata, in virtù della quale l'UE ha inteso, prima al mondo, disciplinare in modo compiuto le applicazioni dell'IA. L'IA non è vietata, anzi se ne auspica il maggior sviluppo possibile anche in Europa, tenuto conto dei suoi indubbi vantaggi in termini di contenimento dei costi e maggior produttività, ma nel contempo se ne regolamentano le applicazioni, in modo tale da evitare possibili abusi a danno in particolare della sicurezza e dei diritti fondamentali dei cittadini e dei consumatori».

[31] Osserva, N.F. FRATTARI, *Robotica e responsabilità da algoritmo. Il processo di produzione dell'intelligenza artificiale*, in *Contr. impr.*, 2020, p. 458, come «l'ingresso dell'etica nel processo di produzione di un sistema AI – al di là della sua intrinseca necessarietà alla luce del complesso dei valori e principi su cui si fonda la società moderna – è strettamente funzionale al conseguimento di un ulteriore risultato a livello pratico e giuridico. La struttura dell'algoritmo, se da una parte è preordinata a garantire le capacità cognitive, dall'altro deve imporre un limite decisionale che stabilisca i confini invalicabili delle reazioni dell'automa. In questo modo l'*imprinting* sarebbe in grado di condizionare l'autoapprendimento dei robot, vincolandone le scelte a regole fondamentali predisposte dal programmatore, volte (si suppone) ad evitare conseguenze pregiudizievoli per i terzi». In Francia, v. A. BENSAMOUN e G. LOISEAU, *La gestion des risques de l'intelligence artificielle. De l'éthique à la responsabilité*, *Sem. jur.*, éd. G, 2017, p. 1203 ss.

[32] Con riferimento al tema ambientale e allo sviluppo sostenibile, M. PENNASILICO, *Ambiente e iniziativa economica: quale bilanciamento?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, p. 48 ss., secondo cui: «Tra l'antropocentrismo cieco o dogmatico, proprio della modernità occidentale, e la sacralizzazione animista della natura, propria della cultura andina, c'è spazio per un eco-antropocentrismo. La sopravvivenza stessa dell'umanità impone di porre la preoccupazione ecologica al centro della dimensione sociale, economica, politica, culturale e spirituale della vita umana».

[33] E. PALMERINI, *Robotica e diritto: suggestioni, intersezioni, sviluppi a margine di una ricerca europea*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1816 ss.

[34] «Tra le molteplici iniziative para-normative, promosse nel corso di questi anni, quella che ha avuto maggior risonanza ed impatto, a livello europeo ed internazionale, è senza dubbio la *Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi*, redatta dalla Commissione Europea per l'Efficienza della Giustizia (CEPEJ) e approvata dal Consiglio d'Europa il 3 dicembre 2018. Tra i principi cristallizzati nel documento, spiccano, tra gli altri, quello di trasparenza per i sistemi algoritmici impiegati nell'assunzione di una decisione giudiziaria e quello di compatibilità dei sistemi di AI con i diritti fondamentali: principi che numerose iniziative regolatorie successive hanno ripreso ed approfondito. Tra gli atti di *soft-law* intervenuti negli ultimi anni non si contano, poi, le linee guida in materia di AI adottate, a livello nazionale e non, da Stati ed organizzazioni sovranazionali», G. BARONE, *La regolazione dell'intelligenza artificiale: è "corsa agli armamenti"?*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, p. 992 ss.

come strumento di tutela della personalità umana, contro le tendenze tecnocratiche, modellando lo sviluppo delle nuove tecnologie, terminologia a cui ricorriamo per indicare il *genus* in seno al quale si ricomprende, quale *species*, l'intelligenza artificiale, su una *Ethic culture of Artificial Intelligence*[35]. Il tema, invero, rappresenta una sfida a livello globale, non solo a livello europeo, in un'epoca in cui abbiamo assistito al passaggio da una società dell'informazione, ad una società dell'algoritmo[36], ove operano sistemi che non svolgono solamente azioni sotto il controllo dell'uomo (*machine learning*), ma – attraverso algoritmi e reti neurali – sono in grado di elaborare, in maniera del tutto indipendente, i dati che incamerano, secondo modelli talvolta difficilmente conoscibili o intelligibili (*deep learning*)[37]. In tale prospettiva, vi sono sistemi «che agiscono sulla base di un *software* basato su algoritmi di mera esecuzione – e che eseguono un set di regole "fisse" codificate dal programmatore – il cui operare risulta più facilmente prevedibile e soprattutto soggetto ad un controllo efficace da parte dell'utilizzatore. Ma quando la macchina agisce sulla base di un algoritmo di autoapprendimento essa è in grado di autoprogrammarsi in relazione alla realtà circostante; autonoma nell'elaborare i dati umani e naturali esterni, è così in grado di compiere scelte giocate sulle proprie previe esperienze»[38].

Senza dubbio particolarmente incisivo, nel disegnare un modello etico di IA, è l'apporto della Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale[39] nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi, redatta dalla Commissione Europea per l'efficienza della giustizia, approvata dal Consiglio d'Europa il 3 dicembre 2018[40], il cui obiettivo è di perseguire il governo etico

---

[35] In termini generali, U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano 2020, p. 15 ss.

[36] P. CATALA, *Le droit à l'épreuve du numérique. Jus ex Machina*, Paris, 1998, p. 26 ss, evidenzia come «le droit ayant vocation à régir des types nouveaux d'activités, il est légitime que son emprise s'étende au domain conquis par le progrès des techniques».

[37] U. RUFFOLO, *AI Act: gli effetti settoriali, Artificial intelligence Act e AI generativa*, cit., p. 438 ss., pone in evidenza come «è ormai affermazione corrente che l'avvento dell'Artificial Intelligence (AI) rappresenti "la quarta rivoluzione industriale". Ma resta diffuso l'equivoco di considerare l'AI quale mera evoluzione quantitativa nella crescita dell'era digitale invece che rivoluzionario salto della specie, con la macchina che ha imparato ad imparare e cresce apprendendo, e sviluppando capacità di autoperfezionarsi e generare output "originali" e non predicabili».

[38] A. D'ADDA, *Danni "da robot" (specie in ambito sanitario) e pluralità di responsabili tra sistema della responsabilità civile e iniziative di diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, I, p. 806.

[39] Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi adottata dalla CEPEJ nel corso della sua 31ª Riunione plenaria (Strasburgo, 3-4 dicembre 2018)

[40] Il documento è consultabile sul sito istituzionale del Consiglio d'Europa. In dottrina, S. QUATTROCOLO, *Intelligenza artificiale e giustizia: nella cornice della Carta Etica Europea, gli spunti*

della tecnica[41], per conservare il nucleo identitario e la solida base che promana dalle Carte costituzionali[42] e dai valori espressi dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, fondamentale punto di riferimento a livello assiologico ed interpretativo[43]. Tale documento funge da paradigma per la produzione e l'implementazione dei sistemi algoritmici, e si fonda su alcuni principi: rispetto dei diritti fondamentali, non discriminazione, qualità e sicurezza, trasparenza, controllabilità e possibilità dell'intervento umano.

Pur se priva di valore giuridico vincolante, a livello europeo, la Carta ha ispirato due importanti documenti: la Convenzione quadro sull'intelligenza artificiale, i diritti umani, la democrazia e lo Stato di diritto[44], adottata dal Consiglio d'Europa il 17 maggio 2024, primo strumento internazionale giuridicamente vincolante sull'IA, il cui scopo è di garantire che, nel contesto internazionale, le attività ricomprese nell'intero ciclo di vita dei sistemi di IA siano rispettose dei diritti fondamentali[45], e il Regolamento (UE) 2024/1689 del

---

per un'urgente discussione tra scienze penali ed informatiche, in *Legislazione Penale Web*, 18 dicembre 2018.

[41] R. MESSINETTI, *Brevi note sulla certezza del diritto nella società algoritmica*, cit., p. 283 ss., discute «di una posizione in linea con l'obiettivo, universalmente proclamato, di una AI umano-centrica, progettata incorporando in tutto il suo ciclo vitale principi etici ritenuti fondamentali e irrinunciabili dalle società contemporanee».

[42] In argomento, v. A. ALPINI, *Sull'approccio umano-centrico all'intelligenza artificiale. Riflessioni a margine del "Progetto europeo di orientamenti etici per una IA affidabile"*, in *comparazionedirittocivile.it*, 2019, pp. 1 ss., spec. 6, secondo cui evidenzia «l'approccio etico dell'Unione europea alla intelligenza artificiale è volto a sollecitare una riflessione etico-umanistica sul progresso tecnologico mondiale. Tuttavia si tratta di un documento non vincolante e contraddittorio nella sua premessa. La bozza del codice etico parte da un assunto tutt'altro che pacifico, ossia che i benefici dell'IA superano i rischi». Tale assunto deve essere criticato ed «appare necessaria un'impostazione predefinita di salvaguardia dei diritti della persona umana che di certo trova fondamento non in una Carta *soft* e di autoregolamentazione ma nelle stesse Costituzioni e nei Trattati internazionali».

[43] Secondo M. PALAZZO, *Potere della tecnica e funzioni del diritto*, in *Notariato e nuove tecnologie a servizio del patrimonio artistico e museale. Realtà virtuale e garanzie* (a cura di V. Gunnella), in *Biblioteca della fondazione italiana del notariato*, Milano, 2024, p. 115 ss., «l'obiettivo che si è così inteso conseguire è noto come "effetto Bruxelles", che rappresenta, in via generale, l'effetto attrattivo degli standard regolatori europei rispetto alle imprese e dunque alle economie extra-UE, che intendono concorrere nel mercato europeo o che si propongono come partner commerciali dell'Unione europea».

[44] Il processo negoziale che ha condotto all'adozione della Convenzione quadro del Consiglio d'Europa, si è contraddistinto per l'amplia platea degli attori coinvolti, tra i quali, oltre ai 46 Stati membri del Consiglio d'Europa, undici Paesi non membri (quali Argentina, Australia, Canada, Costa Rica, Giappone, Israele, Messico, Perù, Santa Sede, Stati Uniti d'America e Uruguay), nonché l'Unione europea e svariati rappresentanti del settore privato, della società civile e del mondo accademico, in qualità di osservatori.

[45] A. GENTILI, *Regole per l'intelligenza artificiale*, in *Contr. impr.*, 2024, p. 1043 ss., secondo cui «la prevenzione ha senso se vi è la percezione di un rischio. Nessuno dubita che l'IA possa avere innumerevoli applicazioni utili, ma è piuttosto comune, almeno nell'area europea, la convinzione che a molti, se non a tutti, i sistemi di IA sia connessa la possibilità di un rischio.

13 giugno 2024[46], in materia di intelligenza artificiale[47]. La Convenzione mira a stabilire un quadro giuridico comune volto a garantire che le attività legate ai sistemi di intelligenza artificiale siano coerenti con i principi fondamentali dei diritti umani, della democrazia e dello Stato di diritto[48]. La Convenzione fissa una serie di principi[49], fra cui il rispetto della dignità umana e dell'autonomia

---

Questa convinzione è il presupposto della recentissima *Council of Europe Framework Convention on Artificial Intelligence and Human Rights, Democracy and the Rule of Law*». Nel regolamento europeo sull'IA «sono vietate le pratiche di specifica ed elevata nocività sociale, cioè lesive della libertà di decisione, della vulnerabilità, della dignità. Sebbene anteriore tale divieto soddisfa per gli Stati membri dell'Unione europea l'impegno preso con la citata Convenzione Quadro del Consiglio d'Europa, di poco posteriore, di apprestare misure affinché i sistemi di IA non pregiudichino i diritti umani, la democrazia e lo Stato di diritto.

[46] La Commissione europea, ha pubblicato, il 21 aprile 2021, la Proposta di regolamento sull'approccio europeo all'intelligenza artificiale, espressione del primo quadro giuridico europeo in questo specifico ambito, v. *ex multis*, G. DI ROSA, *Quali regole per i sistemi automatizzati "intelligenti"*, cit., p. 827 ss., secondo cui «la dimensione scientifica ed etica debbono appropriatamente coniugarsi con la dimensione giuridica, in quell'ottica di complessiva (nuova e globale) governance del progresso tecno-scientifico. Evidente traccia di ciò si rinviene, tra gli altri, nell'ultimo documento (in ordine di tempo) della Commissione europea, che ha pubblicato il 21 aprile 2021 la Proposta di regolamento sull'approccio europeo all'intelligenza artificiale, espressione del primo quadro giuridico europeo in questo specifico ambito».

[47] Il Regolamento europeo stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica alcuni dei provvedimenti europei vigenti in materia, è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 12 luglio 2024 ed è consultabile all'indirizzo *eur-lex.europa.eu*. L'architettura giuridica del regolamento si ispira al *Libro bianco sull'intelligenza artificiale - Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*, COM (2020) 65 final, Bruxelles, 19 febbraio 2020; Parlamento Europeo, *Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti il quadro relativo agli aspetti etici dell'intelligenza artificiale, della robotica e delle tecnologie correlate*, Bruxelles, 20 ottobre 2020. La proposta di Regolamento del Parlamento europeo si attesta proprio su questi punti [COM (2021) 206 final]. Come si precisa nella Relazione che accompagna il testo, «la proposta fissa regole armonizzate per lo sviluppo, l'immissione sul mercato e l'utilizzo di sistemi di IA nell'Unione seguendo un approccio proporzionato basato sul rischio. Essa propone un'unica definizione di IA adeguata alle esigenze future. Talune pratiche di IA particolarmente dannose sono vietate in quanto in contrasto con i valori dell'Unione, mentre sono proposte restrizioni e tutele specifiche in relazione a determinati usi dei sistemi di identificazione biometrica remota a fini di attività di contrasto». Sulla proposta di Regolamento, A. ALAIMO, *Il Regolamento sull'Intelligenza Artificiale: dalla proposta della Commissione al testo approvato dal Parlamento. Ha ancora senso il pensiero pessimistico?*, in *federalismi.it*, 2023, p. 133, fa notare che «può dirsi che il tentativo complessivamente emergente dagli emendamenti parlamentari sin qui considerati sia quello di elevare i diritti e i valori fondamentali europei a vessilli di resistenza e difesa della persona di fronte alle possibili insidie dell'impatto della rivoluzione digitale sull'economia, le imprese e i nuovi assetti produttivi e organizzativi».

[48] Osserva, F. ZORZI GIUSTINIANI, *La Convenzione quadro sull'Intelligenza Artificiale e i diritti umani, la democrazia e lo Stato di diritto e l'International Cyberspace and digital policy strategy statunitense*, in *Nomos*, 2024, p. 1 ss., pone in evidenza che «la Convenzione, finalizzata al termine di due anni di intensi negoziati portati avanti dal Comitato sull'intelligenza artificiale».

[49] M. RABITTI, *Il danno da algoritmo intelligente tra responsabilità oggettiva e responsabilità per colpa*, in M. BIANCA (a cura di), *La responsabilità. Principi e funzioni. Continuando a dialogare con cesare Massimo Bianca*, in *Quaderni Riv. dir. civ.*, Padova, 2023, p. 182 ss., in relazione all'approccio regolatorio dell'Unione Europea, rileva che «il Legislatore europeo si prefigge di

individuale, del principio di uguaglianza e di non discriminazione[50], di tutela della *privacy* e di protezione dei dati personali[51]. In tale prospettiva, sono stati formulati e definiti alcuni elementi fondamentali, applicabili a tutti i sistemi di IA, fra cui si annoverano l'intervento e la sorveglianza umani, alla luce dell'approccio che conferma la natura di strumenti al servizio delle persone; la tutela dei dati personali, assicurando nel contempo la qualità e l'integrità dei dati; la trasparenza dei sistemi di IA, sviluppati e utilizzati in modo da consentire un'adeguata tracciabilità e comprensibilità[52], al fine non solo di essere consapevoli del fatto di comunicare o interagire con un sistema di IA, ma anche essere informati sulle capacità e sui limiti dei sistemi di IA. Occorre, altresì, riflettere sul fatto che «si tratta del primo strumento internazionale a carattere pattizio finalizzato a regolare l'uso dell'intelligenza artificiale (IA) nel rispetto dei diritti fondamentali e della *rule of law*»[53].

3. L'avvento dell'IA pone il giurista dinanzi a nuove questioni, basti pensare al complesso problema del regime di responsabilità[54], in caso di danni cagionati da sistemi di IA. Da qui la necessità di intervenire con regole in grado di prevenire, prima ancora che rimediare, ai danni che possono derivare

---

trovare soluzioni regolatorie ai rischi e ai problemi legati all'intelligenza artificiale, senza ostacolare indebitamente lo sviluppo tecnologico né aumentare in modo sproporzionato il costo di immissione sul mercato di tali soluzioni».

[50] Osserva S. RODOTÀ, *Persona, libertà, tecnologia. Note per una discussione*, cit., p. 25 ss., afferma «senza una forte tutela delle informazioni che le riguardano, le persone rischiano sempre di più d'essere discriminate per le loro opinioni, credenze religiose, condizioni di salute: la privacy si presenta così come un elemento fondamentale della "società dell'eguaglianza"»; S. ORLANDO, *Gli emendamenti alla proposta di AI Act approvati dal Parlamento europeo il 14.6.2023*, cit., p. 378.

[51] M. RABITTI, *Il danno da algoritmo intelligente tra responsabilità oggettiva e responsabilità per colpa*, cit., p. 188.

[52] «Il Regolamento suddetto disciplina aspetti relativi alla produzione e alla commercializzazione di sistemi di intelligenza artificiale, stabilendo gli adempimenti ai quali gli operatori di settore sono chiamati ad ottemperare già *ex ante*, secondo dunque la logica delle tutele preventive e della *accountability*. [...] Ciò non esclude che talune delle previsioni del Regolamento in esame, quali solo a titolo esemplificativo quelle in tema di obblighi di trasparenza in capo ai produttori e sviluppatori di sistemi di A.I. ad alto rischio, possano incidere significativamente sull'interpretazione e applicazione delle norme in materia di responsabilità per danni», rileva E. FAZIO, *Danni da "robot" e da prodotto difettoso: responsabilità civile e diritto europeo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2025, p. 653 ss.

[53] F. ZORZI GIUSTINIANI, *La Convenzione quadro sull'Intelligenza Artificiale e i diritti umani, la democrazia e lo Stato di diritto e l'International Cyberspace and digital policy strategy statunitense*, cit., p. 2 ss.

[54] G. PONZANELLI, *Responsabilità per danno da computer: alcune considerazioni comparative*, in *Resp. civ. prev.*, 1991, pp. 650 ss., spec. 657, osserva, agli inizi degli anni Novanta, come «più alto è lo spessore tecnologico del programma, più bassa sembra essere la possibilità che il programma possa essere considerato difettoso: i nuovi settori in cui questo problema sta sorgendo sono quelli legati all'*artificial intelligence* e all'*expert system*, nei quali si verificano delle trasformazioni all'interno del linguaggio di interazione (*interaction language*)».

dall'erroneo funzionamento di un sistema di intelligenza artificiale[55]. Nel quadro europeo[56], appare fondamentale promuovere l'adozione di «un sistema coerente di responsabilità civile che tuteli adeguatamente le vittime senza, peraltro, frustare l'evoluzione scientifica e tecnica e lo sviluppo economico: evoluzione e sviluppo costruiti intorno all'impiego dell'intelligenza artificiale»[57]. L'approccio europeo alla regolazione giuridica dell'intelligenza artificiale consta di un lungo *iter* che ha beneficiato dell'apporto di analitici studi condotti per conto della Commissione europea[58], da cui è scaturita la presentazione di una proposta di Regolamento, il 21 aprile 2021, che stabilisce norme orizzontali sui requisiti per l'immissione sul mercato, la messa in servizio e l'uso di determinati sistemi di IA. Successivamente, il 28 settembre 2022, vi è stata la presentazione di due Proposte di Direttiva, una sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi[59], l'altra sull'adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile e

[55] G. ALPA, *Quale modello normativo europeo per l'Intelligenza artificiale?*, cit., p. 1019.

[56] G. ALPA, *Quale modello normativo europeo per l'Intelligenza artificiale?*, cit., p. 1018, mette in evidenza che «il progetto di Regolamento proposto dal Parlamento europeo si basa su un sistema corretto di responsabilità del produttore, che tiene conto del rischio creato».

[57] F. PIZZETTI, *Con AI verso la Società digitale*, in *federalismi.it*, 2023, iv, afferma che «appare dunque evidente che la IA non può non essere oggetto di regolazione sia per tutelare gli individui sia per mantenere competitivi i sistemi economici sia, infine, per essere un elemento di forza del Mercato unico digitale europeo piuttosto che un elemento di crisi. E lo stesso si deve dire rispetto alla globalizzazione e alla competizione tra macrosistemi globali».

[58] In particolare, va ricordato che nel 2018 la Commissione ha istituito un Gruppo di esperti sulla responsabilità e le nuove tecnologie, *Group on Liability and New Technologies*, che si è articolato in due gruppi, uno impegnato su questioni di responsabilità per le nuove tecnologie al di fuori del campo di applicazione della Dir. 85/374/CEE. Il lavoro di questo gruppo si è concluso nel 2019 con la pubblicazione del *Report Liability for Artificial Intelligence and other emerging digital technologies*, nel 2019. L'altro gruppo sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi è stato incaricato di analizzare la possibilità di adeguamento della direttiva europea alle caratteristiche dei prodotti dotati di IA e alle nuove tecnologie. Al riguardo, v. E. RAJNERI, *The projects of European regulation on liability for damage caused by artificial intelligence. Striking a balance between the interests of consumers, multinationals and SMEs*, in *Riv. dir. bancario*, 2022, 95 ss.

[59] A più di Trent'anni dall'adozione della Direttiva 85/374/CEE in seno alle Istituzioni europee si è fatta strada l'idea di procedere ad un ammodernamento della disciplina, tenuto conto della necessità di adattarla alle nuove tecnologie, a partire dalla ridefinizione del termine "prodotto" tenendo conto delle tecnologie digitali, rimodulare le regole di prevenzione, anche in considerazione della cybersecurity, rivedere le regole per agevolare i danneggiati da prodotti particolarmente sofisticati. Le norme di responsabilità tratteggiate nella direttiva sulla *product liability* sono state ripensate con la Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi, presentata il 28 settembre 2022, COM (2022), 495 final. In argomento, T. RUMI, *La* Product Liability *nell'era dell'A.I. Riflessi sul sistema della responsabilità civile*, Napoli, 2024, p. 38 ss.; E. BELLISARIO, *Il pacchetto europeo sulla responsabilità per danni da prodotti e da intelligenza artificiale. Prime riflessioni sulle proposte della Commissione*, in *Danno e resp.*, 2023, p. 153 ss., nonostante la dir. 85/374 CEE si accinga «ad andare in pensione, nella pletora di atti normativi dell'UE questo resterà fra i più longevi della storia: uno dei primi rivolti alla tutela del consumatore (e della persona) uno dei pochi a passare quasi del tutto indenne le modifiche del tempo»; L.M. LUCARELLI TONINI, *L'IA tra trasparenza e nuovi profili di responsabilità: la nuova proposta di* AI Liability Directive, in *Dir. inf.*, 2023, p. 327 ss.

intelligenza artificiale[60]. «Insieme, queste proposte di direttiva intendono offrire due tutele parallele e complementari: esse infatti si completano a vicenda per formare "un sistema generale di responsabilità civile efficace"»[61]. La nuova direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti, Dir. (UE) 2024/2853, del 23 ottobre 2024, abroga la direttiva 85/374/CEE, e introduce una disciplina in materia di *product liability* che, espressamente, estende l'ambito oggettivo della nozione di prodotto[62] anche alle cose intangibili e ai prodotti immateriali (*software*) e, dunque, agli algoritmi e all'intelligenza artificiale, indipendentemente dall'essere incorporata in una cosa[63]. In guisa diversa, la proposta di direttiva sulla responsabilità da intelligenza artificiale avrebbe dovuto regolare vari aspetti della responsabilità civile colposa derivante dall'uso di sistemi di intelligenza artificiale, principalmente ad alto rischio, con alcune disposizioni applicabili anche agli altri sistemi[64]. La mancata adozione di una

---

[60] Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all'intelligenza artificiale (direttiva sulla responsabilità da intelligenza artificiale) COM (2022) 496 final, 2022.

[61] «È quindi evidente che tutte e tre le Proposte sono fra loro strettamente collegate ed espressione di quell'approccio olistico già da tempo adottato dall'Unione per i prodotti tradizionali, fondato sul binomio "sicurezza (tutela *ex ante*) - responsabilità (tutela *ex post*)". [...] Da un lato, la Proposta di regolamento del 2021 mira alla riduzione dei rischi per la sicurezza, la salute e altri diritti fondamentali, fissando regole (e obblighi) di carattere preventivo concernenti l'immissione sul mercato, la messa in servizio e l'uso dei sistemi di IA. Più in particolare, seguendo un approccio proporzionato basato sul rischio, essa fissa i requisiti minimi da rispettare per determinati sistemi di IA (ossia quelli ad alto rischio), nonché le procedure di valutazione di conformità da seguire, prima di poter essere immessi sul mercato dell'Unione. Non ci sono, quindi, riferimenti diretti a profili di responsabilità, ma è evidente che la *compliance* a queste regole preventive è destinata ad assumere diretta rilevanza anche in sede risarcitoria. Dall'altro lato, le due Proposte di direttiva del 2022 mirano ad adeguare le norme in materia di responsabilità all'era digitale e all'intelligenza artificiale, garantendo una tutela *ex post* armonizzata complementare», così, E. BELLISARIO, *Il pacchetto europeo sulla responsabilità per danni da prodotti e da intelligenza artificiale. Prime riflessioni sulle proposte della Commissione*, cit., p. 155.

[62] M. PARADISO, *Il risarcimento del danno. Verso un sistema di responsabilità civile europea*, in *Danno resp.*, 2025, p. 303 ss., che si pone l'interrogativo circa la configurabilità, legislativa o giurisprudenziale, di un sistema di responsabilità civile europea richiede una previa ricognizione dei fermenti che attraversano l'odierna stagione della responsabilità civile nei singoli ordinamenti nazionali.

[63] L'art. 4, comma 1, Definizioni, considera: «Ai fini della presente direttiva si applicano le definizioni seguenti: 1) «prodotto»: ogni bene mobile, anche se integrato in un altro bene mobile o in un bene immobile o interconnesso con questi; include l'elettricità, i file per la fabbricazione digitale, le materie prime e il software». In argomento, J.-S. BORGHETTI, *Responsabilité civile et intelligence artificielle: un régard français*, in *Rev. int. dr. comp.*, 2025, pp. 47 ss., spec. 53.

[64] In argomento, v. E. FAZIO, *Danni da "robot" e da prodotto difettoso: responsabilità civile e diritto europeo*, cit., p. 653 ss., evidenzia che «la disciplina proposta richiama anch'essa poi il principio di neutralità tecnologica, prescindendo dal peculiare settore di utilizzo, e opera appunto una distinzione in ragione del diverso livello di rischio, come definito dal reg. UE 2024/1689 sull'IA, in particolare dall'art. 6. [...] La disomogeneità regolatoria all'interno dei vari ordinamenti riguardo alle condizioni di imputazione della responsabilità e ai criteri di

disciplina dedicata alla responsabilità per i danni cagionati da sistemi di IA, a cui si aggiunge l'assenza di una regolamentazione nell'*AI Act*[65] che, tuttavia, si giustifica in ragione della natura e delle finalità del provvedimento normativo, teso ad introdurre un'architettura generale ed uniforme per lo sviluppo, la commercializzazione e l'uso dell'intelligenza artificiale, non fa che accentuare il divario che si registra nei vari ordinamenti giuridici, in termini di diversità delle regole in materia di responsabilità civile, di criteri di imputazione e di prova del nesso causale. Inoltre, si aggiungono le difficoltà probatorie delle vittime, in particolare, «in un contesto di opacità algoritmica e di svantaggio dei danneggiati stessi rispetto alle imprese tecnologiche, che detengono il controllo esclusivo sui dati e sulle configurazioni dei modelli algoritmici»[66]. In termini ricostruttivi, è opportuno partire dagli ordinamenti giuridici nazionali, per favorire un'opera di concettualizzazione del sistema della responsabilità civile, unica strada per congegnare un modello coerente, a livello europeo, in grado di realizzare, più tangibilmente, l'effettività della tutela risarcitoria per il danneggiato[67]. Ad oggi, sono rintracciabili, a livello europeo, frammenti di disciplina in tema di responsabilità civile, tuttavia manca «l'abbozzo di un sistema che possa dirsi autosufficiente rispetto agli ordinamenti nazionali»[68]. Occorre, inoltre, tenere presente «la complessità, la connettività, l'opacità, la vulnerabilità, la capacità di modifica mediante aggiornamenti, l'autoapprendimento e la potenziale

---

dimostrazione del nesso causale determina, dunque, la proliferazione di modelli normativi non coordinati, una maggiore incertezza giuridica e conseguente frammentazione del mercato».

[65] Osserva, P.G. MONATERI, *Il walzer degli algoritmi e la responsabilità civile nell'era digitale*, in *Danno resp.*, 2024, p. 269 ss., che: «Secondo la proposta di direttiva europea sulla responsabilità da IA, gli operatori di sistemi di IA ad alto rischio non possono eludere la propria responsabilità sostenendo di aver agito con la dovuta diligenza. Questo principio di responsabilità oggettiva, indipendente dalla colpa, è fondamentale per affrontare l'opacità e l'imprevedibilità dei processi decisionali degli algoritmi di IA». Evidenzia C. COLAPIETRO, *Gli algoritmi tra trasparenza e protezione dei dati personali*, in *Federalismi*, 2023, p. 151 ss., che «nel prevedere un'armonizzazione delle norme nazionali in tema di responsabilità civile, il legislatore intende facilitare le domande risarcitorie a fronte della complessità ed opacità dei sistemi algoritmici, anche istituendo (all'art. 3 della proposta) il diritto del danneggiato di chiedere all'autorità giudiziaria, prima di incardinare il giudizio, un provvedimento che ordini ai soggetti coinvolti nel funzionamento del sistema di IA la divulgazione degli elementi di prova pertinenti alla futura domanda risarcitoria e riguardanti, quindi, anche le informazioni relative al funzionamento del sistema di IA».

[66] E. FAZIO, *Danni da "robot" e da prodotto difettoso: responsabilità civile e diritto europeo*, cit., p. 653 ss.

[67] C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 227 ss.

[68] M. PARADISO, *Il risarcimento del danno. Verso un sistema di responsabilità civile europea*, cit., p. 303 ss., che traccia un itinerario sulla tematica del risarcimento nel quadro di un sistema di responsabilità civile europea.

autonomia dei sistemi di IA[69], come pure la potenziale pluralità di attori coinvolti nel processo, che rappresentano una sfida significativa per l'efficacia dei quadri normativi dell'unione e nazionali in materia di responsabilità»[70]. Appare importante osservare che l'intelligenza artificiale non arriva in un vuoto giuridico[71], almeno per quanto riguarda il sistema della responsabilità civile[72]. In tutti gli ordinamenti giuridici esiste un sistema di regole in materia di responsabilità civile[73]. La questione centrale è se il sistema di matrice codicistica possa fornire una risposta soddisfacente, con riferimento ai danni cagionati da IA[74], e se i regimi giuridici, a livello nazionale, in materia di responsabilità civile, possano essere adattati alla responsabilità per danni cagionati dai sistemi di intelligenza artificiale[75]. In particolare, in Italia e in Francia[76], il sistema della

---

[69] Per i settori dell'intelligenza artificiale a più alto rischio, si tende «a rafforzare la disciplina della responsabilità civile, adottando regole di *strict liability*, e individuando il responsabile in quel soggetto – custode/proprietario, *provider* o produttore – che si ritiene essere nella posizione migliore per gestire il rischio, anche attraverso il collegamento con il mercato delle assicurazioni», così U. SALANITRO, *Intelligenza artificiale e responsabilità. La strategia della Commissione europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, I, p. 1246 ss.

[70] M. RABITTI, *Il danno da algoritmo intelligente tra responsabilità oggettiva e responsabilità per colpa*, cit., p. 184.

[71] Nell'esperienza giuridica francese vi è stata, per via interpretativa, una straordinaria evoluzione ermeneutica dell'art. 1384, comma 1 (oggi art. 1242, *code civil*) che ha condotto a costruire una vera e propria clausola generale di responsabilità oggettiva. In argomento, v. J.-S. BORGHETTI, *L'accident généré par l'intelligence artificielle autonome*, in *Le droit civil à l'ère numérique*, in *Semaine juridique*, 2017, p. 23; G. VINEY e P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, Paris, 3e éd., 2006, p. 684 ss.; «Questa interferenza tra gli artt. 1384, comma 1, e 1385 (attuali 1242, comma 1, e 1243) a tutt'oggi permane, tant'è che la migliore dottrina discorre di un unitario regime di responsabilità oggettiva del *gardien*, per "*le fait de la chose ou de l'animal*"; così, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Introduzione* alla ristampa di S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile* (1964), Napoli, 2024, p. LIII.

[72] Per un percorso storico-ricostruttivo che ha gettato le fondamenta per i moderni sviluppi della responsabilità civile, S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964; R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. dig. it.*, VII, 1962, p. 171.

[73] F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. impr.*, 1985, p. 1 ss., secondo cui nell'ordinamento italiano «la clausola generale dell'art. 2043 ha consentito ai nostri giudici di prestare tutela aquiliana al credito».

[74] AR. FUSARO, *Quale modello di responsabilità per la robotica avanzata? Riflessioni a margine del percorso europeo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 1344 ss., osserva che «di fronte al progressivo sviluppo delle nuove tecnologie, è necessario chiedersi se i tradizionali modelli di responsabilità, così come individuati dal legislatore ed interpretati comunemente dalla giurisprudenza, siano in grado di rispondere adeguatamente alle modifiche intervenute nella moderna

realtà. Questo e altri interrogativi si pongono oggi all'attenzione degli interpreti».

[75] J-S. BORGHETTI, *Consacrer un régime de responsabilité en matière d'intelligence artificielle dans le code civil?*, in *Le renouvellement du droit civil sous l'influence du numérique*, Paris, 2024, p. 149; C. COULON, *Du robot en droit de la responsabilité civile: à propos des dommages causés par les choses intelligentes*, in *Resp. civ. assur.*, 2016, p. 17 ss.; D. GALBOIS-LEHALLE, *Responsabilité civile pour l'intelligence artificielle selon Bruxelles: une initiative à saluer, des dispositions à améliorer*, in *Dalloz*, 2021, p. 87; G. COURTOIS, *Robots intelligents et responsabilité: quels régimes, quelles perspectives?*, in

responsabilità civile è fondato su un doppio regime di responsabilità, contrattuale ed extracontrattuale, quale architettura generale che supporta l'intero apparato rimediale. Orbene, occorre osservare che i sistemi di intelligenza artificiale possono essere impiegati in diversi settori, e così come un debitore può avvalersi di un ausiliario[77] per fornire il servizio che ha promesso (ex art. 1228 c.c.)[78] può, in linea generale, anche utilizzare un sistema di IA[79]. Le

---

Dalloz, 2016, p. 287; C. MANGEMATIN, *Les propositions européennes visant à encadrer la responsabilité civile découlant des dommages causés par l'intelligence artificielle. Bien mais peut mieux faire*, in *Resp. civ. ass.*, 2022, p. 5 ss.; C. LACHIÈZE, *Intelligence artificielle: quel modèle de responsabilité?*, in *Dalloz*, 2020, p. 663 ss.; A. PÉTEL *Publication de l'Artificial Intelligence Act: la Commission européenne dévoile sa vision pour encadrer l'intelligence artificielle*, in *Rev. Lamy dr. immat.*, 2021, p. 36 ss.

[76] J.-S. BORGHETTI, *Responsabilité civile et intelligence artificielle: un régard français*, cit., p. 47 ss.

[77] In termini critici, circa il ricorso all'art. 1228 c.c. per l'IA, A. D'ADDA, *Danni "da robot" (specie in ambito sanitario) e pluralità di responsabili tra sistema della responsabilità civile e iniziative di diritto europeo*, cit., p. 807, per cui «del resto, e restando alla responsabilità della struttura sanitaria, un'ipotesi di imputazione oggettiva è (proprio) anche quella della responsabilità di quest'ultima per il fatto del proprio personale sanitario/ausiliario ex art. 1228 c.c.: sicché un tale esito modulerebbe secondo le stesse linee le responsabilità della struttura (e del medico) che si avvalgano di ausiliari umani o di ausiliari macchine autonome di intelligenza artificiale. Eppure si tratta di un esito non privo di controindicazioni, che potrebbe disincentivare l'utilizzo di strumenti autonomi di A.I., la cui diffusione, sul piano dell'interesse generale, non è certo da scoraggiare».

[78] A. GENTILI, *Regole per l'intelligenza artificiale*, cit., p. 1062, discute in merito alla proposta dottrinale «di assimilare il caso a quello della responsabilità oggettiva ed indiretta dell'utilizzatore per fatto dell'ausiliario In *common Law* si richiama la formula dell'*agency*. In questa tesi mi pare di vedere un elemento che ha tenuta ed uno che non ne ha. Ha tenuta l'idea che chi sceglie di utilizzare l'IA si accolli i rischi, così come il *dominus* deve assumersi i rischi del fatto dell'ausiliario. Non ne ha l'analogia dell'IA con l'ausiliario o agent, perché [...] essa è uno strumento non un soggetto». Il ricorso all'IA è una scelta, comunque non obbligata. Ne segue che tale scelta, e le sue conseguenze (per esempio il malfunzionamento dello strumento, o l'esito imprevedibile, e non satisfattivo dell'obbligazione, riconducibile all'autonomia e alle capacità generative del sistema) non possono, in quanto imputabili alla scelta del debitore, costituire per lui un'esimente, perché a lui imputabili (che è il dato incontestabile di fondazione della responsabilità, offerto dall'art. 1218 c.c.). La conclusione è che chi sceglie di utilizzare l'IA se ne assume il rischio, e quindi il mezzo robotico con le sue vicende è sempre irrilevante ai fini della esclusione della responsabilità». Per A. D'ADDA, *Danni "da robot" (specie in ambito sanitario) e pluralità di responsabili tra sistema della responsabilità civile e iniziative di diritto europeo*, cit., p. 805 ss., «il rischio è qui quello di vedere evaporare il riferimento alla natura oggettiva della responsabilità del produttore, con un effetto squilibrante rispetto al contemperamento dei diversi interessi in gioco che abbiamo evocato: come si è osservato, una deresponsabilizzazione del produttore comporta una limitazione di tutela per il danneggiato a meno che sia compensata da una sovra responsabilizzazione dell'utilizzatore. Esiti entrambi da riguardare con sicura cautela».

[79] Lucidamente, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Le intelligenze artificiali tra responsabilità civile e sicurezza sociale*, in *Rapporti civilistici e intelligenze artificiali: attività e responsabilità*, a cura di P. PERLINGIERI, S. GIOVA e I. PRISCO, Atti del 15° convegno nazionale SISDIC, Napoli, 2020, p. 297 ss., osserva che «se si seguisse, nel nostro diritto, la tesi della soggettività giuridica parziale, escogitata per descrivere le vicende delle intelligenze artificiali anche da un angolo visuale filosofico-sociologico, il problema potrebbe dirsi risolto, e in maniera assai più soddisfacente di quanto accade nel diritto tedesco, con l'applicazione (analogica) sia dell'art. 1228 c.c. in tema di responsabilità contrattuale, sia dell'art. 2049 c.c., per quanto

cose, tuttavia, sono più complicate al di fuori del terreno contrattuale[80]. La responsabilità extracontrattuale fondata sulla colpa[81], in linea teorica, può essere applicabile ma, in caso di danni legati all'uso di un sistema di IA, potrebbe condurre a difficoltà a livello probatorio[82], anche in ragione dell'asimmetria informativa, oltre che della mancata conoscenza di aspetti tecnici di funzionamento del sistema algoritmico, in cui si troverebbe il danneggiato[83].

La complessità e le peculiarità connesse ai diversi modelli di operatività dei sistemi di intelligenza artificiale[84] hanno suscitato un interrogativo[85], se sia

---

riguarda la responsabilità delittuale. Entrambe le norme prevedono regimi di responsabilità oggettiva che fanno gravare sul debitore o sui padroni e committenti la responsabilità per i danni causati ora dal fatto colposo o doloso degli ausiliari dei quali il debitore si sia avvalso nell'adempimento delle obbligazioni (art. 1228), ora dal fatto illecito dei domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze cui sono stati adibiti (art. 2049)».

[80] L. MENGONI, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 199, osserva come nel parlare di diligenza, ci si riferisce «ad un dovere di sforzo in direzione dell'adempimento, cioè strumentalmente ordinato alla conservazione della possibilità di adempiere, [...] e che la diligenza in senso tecnico è essenzialmente un criterio di imputabilità, una misura della colpa, e quindi si risolve in una valutazione etica del debitore».

[81] L'individuazione della colpa quale criterio soggettivo di imputazione della responsabilità risale all'idea tradizionale, scolpita da Jhering, per la quale non vi è responsabilità senza colpa, R. VON JHERING, *Il momento della colpa nel diritto privato romano* (1879), trad. it., Napoli, 1990, p. 38 ss. Sul piano ricostruttivo, in una prospettiva evolutiva, G. RIPERT, *Le régime democratique et le droit civil modern*, Paris, 1936, p. 331, propone la formula «dalla responsabilità alla riparazione», il diritto moderno, considera la responsabilità dal punto di vista della vittima, non dell'autore dell'atto.

[82] G. PONZANELLI, *Responsabilità per danno da computer: alcune considerazioni comparative*, cit., p. 650 ss., pone in evidenzia le difficoltà in termini probatori da parte del danneggiato, ed osserva che «sarà sicuramente problematico per l'attore che pretende un risarcimento dimostrare che è stato proprio l'inadempimento commesso dal venditore-produttore del programma, diventa assai problematico determinare la condotta ragionevole che avrebbe dovuto essere stata posta in essere da parte del produttore del programma».

[83] AR. FUSARO, *Quale modello di responsabilità per la robotica avanzata? Riflessioni a margine del percorso europeo*, cit., p. 1344 ss., espone le indicazioni, a livello europeo, della Commissione che sembra delineare un doppio regime «per i prodotti dell'intelligenza artificiale in genere dovrebbe valutarsi la possibilità di alleggerire o invertire l'onere della prova a carico del consumatore, mentre per le applicazioni dell'IA che comportino specifici rischi "dovrebbe essere chiaramente individuato un regime di responsabilità oggettiva". [...] Al fine di non imporre un regime troppo gravoso a carico del produttore (e del programmatore) un particolare ruolo dovrebbe essere giocato dal sistema assicurativo. Già nella Risoluzione del Parlamento Europeo del 2017 veniva indicata la necessità di introdurre un regime di assicurazione

obbligatorio e l'istituzione di un fondo a garanzia delle vittime in caso di assenza della copertura assicurativa».

[84] La questione della responsabilità sottende almeno un minimo riferimento al tema della "personalità elettronica" dell'IA, ormai ricorrente nel dibattito, che pone l'accento su pretese esigenze di responsabilizzazione della macchina nei confronti dei danneggiati, attraverso un'autonomia digitale graduabile. In argomento v., G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, Napoli, 2019, con prefazione di P. Femia. In argomento, C. PERLINGIERI, *L'incidenza dell'utilizzazione della tecnologia robotica nei rapporti civilistici*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 1235 ss. «l'impostazione fondata sul riconoscimento di una "personalità elettronica" al sistema di IA dimentica di considerare quella che è la minima unità

opportuno elaborare un regime di responsabilità speciale per l'IA, ovvero se si possa fare leva sul quadro giuridico esistente, con possibili adattamenti. Conviene muovere il discorso a partire dall'ordinamento giuridico domestico, e il riferimento è all'art. 2043 c.c.[86], a cui si collegano una serie di disposizioni che integrano il sistema della responsabilità civile, contenute nel gruppo di norme *ex* artt. 2044-2059 c.c., ove si supera il dogma della colpa, quale fondamento unitario ed esclusivo della responsabilità, che diviene «un modo di collegamento del fatto dannoso»[87] ad un determinato soggetto. Parimenti, nel diritto francese sussiste una responsabilità per *faute* incentrata sull'art. 1240 del *code civil* [88], regime che è sempre suscettibile di applicazione al di fuori della sfera contrattuale. Tuttavia, in caso di danno connesso all'utilizzo dell'*intelligence*

---

funzionale della nozione di persona, quale autonomo centro di imputazione di diritti e di obblighi che le consenta, con un proprio patrimonio, di essere direttamente responsabile per i danni arrecati in ambito contrattuale o extra-contrattuale, senza che possano sussistere eventuali "lacune di responsabilità"». Osserva, G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale e responsabilità*, in *Contr. impr.*, 2020, p. 713 ss., spec. 729, a proposito della soggettività delle applicazioni di intelligenza artificiale, che mette in guardia dal cedere «al fascino retorico della soggettività delle applicazioni di intelligenza artificiale, senza in realtà giungere ad una soluzione compiuta del problema. Infatti, se pure fosse riconosciuta all'applicazione una soggettività giuridica, nel caso in cui l'applicazione fosse ritenuta responsabile, occorrerebbe comunque risolvere il problema del risarcimento del danno cagionato. Il programma di intelligenza artificiale non avrebbe, infatti, un patrimonio di cui poter disporre con il quale risarcire il danno. Rimarrebbe dunque non risolto il problema del risarcimento». Per M. D'AMBROSIO, *AI e ruolo dell'interprete*, in *Tecn. dir.*, 2023, p. 275 ss., spec. 281, «la questione della soggettività e della responsabilità dell'agire macchinico è – a buon diritto – un falso problema. Come noto, si tratta – più che altro – di assumere una scelta convenzionale di opportunità, che è stata già, in molti casi, effettuata con l'individuazione nell'intelligenza artificiale di un centro di imputazione di effetti».

[85] «Preso atto che risulta preferibile non personalizzare i sistemi di IA, sia che operino da soli o congiuntamente ad un Robot, ne consegue che non sembrano necessarie particolari innovazioni legislative anche per quel che riguarda il profilo della responsabilità», osserva P. GALLO, *Intelligenza artificiale e protezione dei dati personali*, cit., p. 1 ss.

[86] La libertà generica di ciascuno si arresta, deve arrestarsi di fronte al pericolo di danneggiare i terzi», P. SCHLESINGER, *La «ingiustizia» del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, pp. 336 ss., spec. 345, su cui si richiama l'editoriale di, M. GRONDONA, *Il problema dell'ingiustizia del danno*, in *Danno e resp.*, 2021, p. 5 ss. Per il maestro milanese «si tratta pur sempre di riconoscere che nell'art. 2043 c.c., nel solco dell'evoluzione storica dell'istituto, è codificato un principio generale, idoneo a rappresentare uno strumento sensibile alle necessità di tutela dei più svariati interessi al di là della rigidità formale». Già nella nota a Corte di Appello di Palermo, 11 giugno 1959, di R. SACCO, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043*, in *Foro pad.*, 1960, I, c. 1435 ss., il grande comparatista evidenzia che il problema grave concerne il requisito dell'ingiustizia del danno. «Si deve premettere che, secondo la lettera dell'art. 2043 cod. civ., l'ingiustizia è presentata come una qualità del danno, mentre la sentenza che si annota ne fa una qualità del fatto, che ha cagionato il danno». Si v. anche la voce enciclopedica di R. SCOGNAMIGLIO, *Illecito*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, p. 164 ss.

[87] S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 54.

[88] Per un approfondimento, v. O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, LGDJ, 2005; ID., *Histoire de la responsabilité civile en France*, in *La responsabilité civile*, dir. Dominique Fenouillet, Paris, 2020, p. 3 ss.

artificielle, la difficolta è assolvere l'onere di provare la colpa che sottende l'azione[89]. La questione non è di secondo piano, e si fonda sulla considerazione che la responsabilità è normalmente legata ad un elemento o ad un presupposto causativo di un danno, colpa, nella responsabilità extracontrattuale, difetto del prodotto, nella responsabilità per danno da prodotto difettoso, pericolo particolare, nel caso della responsabilità per esercizio di attività pericolose. Occorre, inoltre, aggiungere che «devono esserci un numero significativo di danni, con una certa unità di causa, senza i quali non sarebbe possibile creare un sistema per coprirli e per i quali la responsabilità per colpa»[90] non sarebbe in grado di fornire una tutela risarcitoria. Se l'interrogativo ruota attorno alla possibilità di elaborare un regime speciale di responsabilità per l'intelligenza

[89] Osserva, J.-S. BORGHETTI, *Responsabilité civile et intelligence artificielle: un régard français*, cit., p. 52, che «on pourrait certes envisager de contourner la difficulté en recherchant la faute de l'intelligence artificielle elle-même, quitte à attribuer à celle-ci la personnalité juridique». Sulla questione della soggettività dei sistemi di IA, L. ARNAUDO e R. PARDOLESI, Ecce robot. *Sulla responsabilità dei sistemi adulti di intelligenza artificiale*, in *Danno e resp.*, 2023, p. 409 ss., secondo cui: «Un'AI non ha personalità giuridica, non gode di diritti né è tenuta a rispondere di obbligazioni, poiché non dispone di tutte le caratteristiche solitamente attribuite agli agenti umani autonomi. Tuttavia, va pur considerato, [...] come non vi siano limiti invalicabili all'attribuzione di personalità giuridica a un ente artificiale, con relative capacità e responsabilità: ciò che già avviene, del resto, per "macroantropi" quali società, associazioni e fondazioni nella maggior parte degli ordinamenti contemporanei». Può certamente, secondo G. DI ROSA, *Quali regole per i sistemi automatizzati "intelligenti"*, cit., p. 836, «individuarsi nel soggetto giuridico un centro unitario di imputazione di situazioni giuridiche soggettive, rispetto a cui, tuttavia, il substrato umano assume una propria ineludibile (e comune) rilevanza, ora per tratteggiarne i fisici tratti caratterizzanti e distintivi (come è nel caso della persona fisica), ora per designarne, nell'affermato principio di alterità, l'elemento che, unitamente ad altri, connota (e consente) l'unificazione dell'entità collettiva qualificata (come è nel caso dell'ente collettivo, riconosciuto o meno in termini di persona giuridica). Se, ovviamente, si tiene ferma una ricostruzione di questo tipo non è di certo agevole pensare a uno status giuridico del robot che ne predichi la soggettività, quale presupposto (attributivo della riferibilità di diritti e di doveri) sulla base del quale poi, alla luce di un approccio formale di carattere esclusivamente normativo, costruire regole di responsabilità». Secondo E. BOCCHINI, *La regolazione giuridica dell'intelligenza artificiale*, cit., p. 55, «il rapporto tra persona fisica e persona giuridica è rapporto tra due entità qualificate soggetti di diritto per l'ordinamento giuridico; viceversa creare una personalità giuridica per analogia non è consentito perché le norme di legge che attribuiscono alla P.A. di conferire la personalità giuridica sono norme non di diritto privato, ma di diritto pubblico, che regolano funzioni pubbliche, prive di autonomia per definizione. [...] D'altro canto se, per affermare la imputazione e responsabilità civile dell'intelligenza artificiale, per i suoi atti di diritto privato leciti o illeciti, si ritiene che non sia necessario personalizzare sul piano giuridico l'intelligenza artificiale, appare evidente che si abbandona la prospettiva della "soggettivizzazione" giuridica dell'intelligenza artificiale, accontentandosi di riconoscere all'intelligenza artificiale una "personalità morale" extragiuridica». Per una ricostruzione teorica sulla nozione di soggetto di diritto, v. L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA. F.D. BUSNELLI e U. NATOLI, *Diritto civile*, 1, I, *Norme, soggetti e rapporto giuridico*, Torino, 2000, p. 253 ss.

[90] J.-S. BORGHETTI, *Responsabilité civile et intelligence artificielle: un régard français*, cit., p. 55.

artificiale[91], a tale questione occorre rispondere raccogliendo l'invito ad usare prudenza nell'adottare le leggi, soprattutto se manca un'adeguata base casistica che possa supportare e giustificare l'intervento normativo[92]. Inoltre, i regimi speciali di responsabilità[93] sono, in linea di principio, «legati o ad una particolare attività, che presenta un rischio specifico di danno (traffico automobilistico, traffico aereo, uso dell'energia nucleare), o a un tipo di anomalia suscettibile di causare un danno (ad esempio, difetto de prodotto)»[94]. È vero che alcuni rischi sono, in modo più intenso di altri, connessi al funzionamento di una tecnologia, ma resta il fatto che i regimi speciali di responsabilità sono giustificati dall'esistenza di un rischio particolare, non di una tecnologia particolare[95]. In

[91] J.-S. BORGHETTI, *Responsabilité civile et intelligence artificielle: un régard français*, cit., p. 48, osserva che: «La question centrale est la suivante: notre droit de la responsabilité civile est-il armé pour faire face à l'IA et aux défis qu'elle pose, c'est-à-dire concrètement aux dommages qu'elle est susceptible de causer? La réponse n'est pas évidente, notamment parce qu'on ne sait pas encore avec précision quels seront les types de dommages causés par l'IA ni dans quelles circonstances ils surviendront. Toutefois, au vu des éléments actuellement disponibles, il semble bien que le droit français dispose des outils nécessaires pour appréhender ces dommages. Raison pour laquelle il convient selon nous d'écarter la proposition régulièrement faite de créer un régime spécial de responsabilité du fait de l'IA. Le problème est que, s'il est tout à fait envisageable en théorie d'apprécier le comportement de l'intelligence artificielle à l'aune d'un critère de "raisonnabilité", ce qui constitue la substance de l'appréciation de la faute, cette démarche risque de se heurter à une impossibilité, ou du moins une très grande difficulté pratique, lorsqu'il s'agira d'évaluer le comportement d'une intelligence artificielle chargée d'une mission trop complexe pour que l'homme puisse l'accomplir lui-même».

[92] S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 168, acutamente rileva che «la norma prende le mosse proprio dal modo in cui si è realizzato storicamente un comportamento». Su tale punto, A. GENTILI, *Regole per l'intelligenza artificiale*, cit., p. 1062, secondo cui «il problema della responsabilità civile in attività svolte a mezzo dell'IA è probabilmente quello più esplorato. Eppure, allo stato manca una casistica che abbia dato luogo a un contenzioso. Bisogna dunque indagarlo in astratto».

[93] S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit. Per i tipi della Esi vi è la ristampa, Napoli, 2024, con *Introduzione* di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO. Anche Giuffrè ha curato la ristampa della monografia di S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, con *Introduzione* di G. ALPA, Milano, 2024.

[94] J.-S. BORGHETTI, *Responsabilité civile et intelligence artificielle: un régard français*, cit., p. 55.

[95] «Prevedere un sistema di responsabilità per l'intelligenza artificiale significa cercare di basare la responsabilità speciale non su un rischio specifico, come avviene di solito, ma su una tecnologia particolare», v. J.-S. BORGHETTI, *Responsabilité civile et intelligence artificielle: un régard français*, cit., p. 55. Già mirabilmente S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 176, metteva in evidenza come «in realtà, il tentativo di enucleare un generale criterio del rischio (d'impresa, in particolare), sembra rispondere ad una duplice esigenza: da un canto, sottrarre un intero settore dell'operare alla possibile applicazione del criterio della colpa; in secondo luogo, fare in modo che il medesimo settore sia esclusivamente disciplinato dal criterio del rischio, anche là dove non pare che possano direttamente soccorrere le norme particolari». Già, L. JOSSERAND, *L'évolution de la responsabilité*, in *Évolutions et actualités* (*Conférences de droit civil*), Paris, 1936, e ancora prima, ID, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, Paris, 1897, osservava l'insufficienza della vecchia teoria della *faute* dinanzi alla tendenza della responsabilità ad oggettivarsi.

altre parole, «non esiste un caso *standard* di incidente causato dall'intelligenza artificiale o di danno *standard* (a differenza di quanto accade, ad esempio, negli incidenti stradali, o in caso di difetto di un prodotto)»[96]. Senza poter valutare il comportamento dell'intelligenza artificiale in quanto tale, l'interrogativo deve, allora, fondarsi sull'accertamento dei meccanismi «che hanno portato all'adozione del comportamento erroneo da parte dell'intelligenza artificiale, cioè in definitiva sulla possibile difettosità di quest'ultima, o più precisamente della sua programmazione. Questo ci riporta alla questione del difetto dell'intelligenza artificiale, e quindi alla responsabilità per danno da prodotto difettoso»[97]. A livello codicistico, se riflettiamo sull'art. 2050 c.c.[98], e sulla sua portata a livello applicativo, possiamo ritenere che, malgrado il legislatore abbia riferito l'operatività della responsabilità per esercizio di attività pericolosa alla pericolosità che opera nel mondo materiale, non a quella digitale e virtuale, da tale disciplina finisce con l'emergere una interpretazione autentica dell'art. 2050, nella quale viene detto che la regola in esso contenuta, sinora applicata soltanto alle attività di pericolosità materiale[99], va estesa anche alle attività pericolose della realtà virtuale. La risposta al problema dell'individuazione del regime applicabile, in caso di danno prodotto da un sistema di IA, ben si può rinvenire nella regola delineata dall'art. 2050[100]. «La nozione di cosa pericolosa prescinde dalla sua eventuale difettosità, essendo la responsabilità di cui all'art. 2050 c.c. interamente fondata sull'idea di esposizione al pericolo, non su quella di difetto di un prodotto che si presume, *ex ante*, come sicuro»[101]. Se la responsabilità per

---

[96] «L'ex-article 1382 du Code civil (devenu l'article 1240) n'est pas sorti tout armé de la cuisse de Jupiter. Il est le résultat pour ainsi dire de la distillation de l'expérience accumulée au cours des siècles et de la synthèse d'une multitude de cas dans lesquels la responsabilité avait été reconnue ou jugée souhaitable», così, J.-S. BORGHETTI, *Responsabilité civile et intelligence artificielle: un régard français*, cit., p. 55.

[97] J.-S. BORGHETTI, *Responsabilité civile et intelligence artificielle: un régard français*, cit., p. 52.

[98] Fondamentale, in argomento, il contributo di M. COMPORTI, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, 1965.

[99] Così C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 464 s.; ID., *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano 1979.

[100] «La responsabilità disciplinata dall'art. 2050 c.c. si lascia preferire rispetto a quella connessa al difetto del prodotto, come attualmente vigente (artt. 114 ss. c. cons.)», per M. SCOTTO DI CARLO, *La responsabilità connessa ai sistemi di intelligenza artificiale*, in *Danno e resp.*, 2024, pp. 421 ss., spec. 426.

[101] A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Le intelligenze artificiali tra responsabilità civile e sicurezza sociale*, cit., p 297 ss.; evidenzia M. FACCIOLI, *La responsabilità civile per danni cagionati da sistemi di intelligenza artificiale nel prisma dell'onere della prova*, in *Resp. civ. prev.*, 2024, p. 950 ss., come «in alternativa o in concorso con l'art. 2050 c.c., un ultimo orientamento ritiene potersi infine applicare all'ambito in esame la disciplina dell'art. 2051 c.c. in tema di danno da cose in custodia, interpretata in senso evolutivo e in collegamento sistematico con l'art. 2052 c.c., il

colpa appare difficile da far valere in caso di danni legati all'uso dell'intelligenza artificiale, in termini diversi i regimi di responsabilità per i prodotti difettosi, «sono destinati ad applicarsi alle cose materiali "animate" dall'intelligenza artificiale»[102]. Si profila, inoltre, una possibile applicazione dell'art. 2051 c.c., sulla responsabilità per danni cagionati da cose in custodia[103], alla stregua del fatto che la sua operatività può riguardare qualsiasi tipo di cosa[104], mentre il fatto della pericolosità[105], cioè di una potenziale idoneità lesiva di grado superiore al normale, rappresenta un dato «"tipico" di qualificazione dell'attività di cui all'art. 2050»[106]. «Questa regola, ben si attaglia a ricomprendere ipotesi, come quelle degli agenti *software* autonomi, caratterizzate più dal profilo dinamico dell'attività che da quello statico ed inerte del "prodotto"»[107]. Il dibattito si svolge lungo la medesima direttrice anche in Francia, ove determinante è stata l'opera di elaborazione del «modello di responsabilità *du fait des choses* che si era affermato [...] grazie alla consolidazione giurisprudenziale delle teorie elaborate, alla fine dell'800»[108], da Josserand[109] e Saleilles[110]. Orbene proprio nel modello

---

quale invero assoggetta alla medesima prova liberatoria del caso fortuito la responsabilità per danni cagionati da animali, cose «animate» e dinamiche proprio come le macchine intelligenti».

[102] J.-S. BORGHETTI, *Responsabilité civile et intelligence artificielle: un régard français*, cit., p. 52.

[103] Criticamente, A. GENTILI, *Regole per l'intelligenza artificiale*, cit., p. 1065, fa notare: «si vede subito che la regola è inappropriata al caso: l'IA non sfugge di mano per far danni (come di norma nella fattispecie regolata dall'art. 2051), ma li produce se nell'uso si rivela malfunzionante o troppo autonoma. Insomma: non è la "custodia" che caratterizza il caso. Mi pare dunque che la fattispecie qui in esame non rientri a ben vedere nella regola considerata. Considerando l'AI Act, con il suo presupposto del rischio della maggior parte di questi sistemi, si può proporre, almeno per le attività dannose

esercitate tramite sistemi ad alto rischio, l'applicazione dell'art. 2050 c.c. sull'esercizio di attività pericolose».

[104] A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Le intelligenze artificiali tra responsabilità civile e sicurezza sociale*, cit., p 297 ss., con acutezza e sguardo comparativo afferma «che l'art. 2051 c.c. si rivela la regola più idonea a disciplinare quel rapporto tra *principal* e agente *software* autonomo che Gunther Teubner molto efficacemente descrive, ma che poi propone di regolare attraverso il riconoscimento di una soggettività giuridica parziale, anche e soprattutto perché il diritto tedesco non conosce una norma analoga a quella iscritta nell'art. 2051 c.c.».

[105] «Uno dei principali problemi riguarda l'attribuzione della responsabilità per i danni causati da sistemi di IA a differenza dei danni provocati da esseri umani o cose tradizionali, i sistemi di IA presentano caratteristiche uniche che rendono difficile l'individuazione del soggetto responsabile. [...] Nell'era dell'IA, è necessario elaborare nuovi paradigmi giuridici

in grado di affrontare la complessità e l'imprevedibilità dei sistemi autonomi, garantendo al contempo un'adeguata tutela delle vittime di eventuali danni.», osserva P.G. MONATERI, *Il walzer degli algoritmi e la responsabilità civile nell'era digitale*, cit., p. 269 ss.

[106] A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Le intelligenze artificiali tra responsabilità civile e sicurezza sociale*, cit., p. 297 ss.

[107] A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Le intelligenze artificiali tra responsabilità civile e sicurezza sociale*, cit., p. 297 ss.

[108] A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Le intelligenze artificiali tra responsabilità civile e sicurezza sociale*, cit., p. 297 ss.

codicistico è possibile rintracciare una risposta applicativa adeguata anche alle ipotesi di danni cagionati da sistemi di intelligenza artificiale, in tale caso «il *gardien* del robot può essere responsabile ai sensi dell'articolo 1242, comma 1, *Code civil*. Allo stesso modo, se l'intelligenza artificiale rende difettoso un oggetto, il produttore di quell'oggetto sarà responsabile del danno causato dall'inadempimento, sulla base degli articoli 1245 e seguenti del *Code civil*»[111].

La disciplina in materia di responsabilità oggettiva, tradizionalmente, rappresenta il modello più idoneo a fornire un rimedio efficace per fare fronte alle esigenze di tutela emerse con l'avvento di nuovi modelli di produzione e utilizzo dei beni[112]. In termini ricostruttivi, «le ragioni del trasferimento del costo dell'accadimento dannoso sono, [...] da un lato, la colpa, e quindi la prevenzione; dall'altro, ma, con pari rilevanza "di principio", il rischio introdotto dall'attività che ha causato il danno, realizzandosi per tale via una più efficiente allocazione delle risorse»[113]. Tuttavia, affinché la responsabilità non sia solo uno strumento di allocazione dei rischi, appare importante valorizzare la sua funzione di deterrenza, limitando un ricorso generalizzato a modelli di responsabilità oggettiva[114], che potrebbero allontanare dall'obiettivo di incentivare

---

[109] Già nel 1897, prima ancora dell'approvazione della legge sugli infortuni sul lavoro, Josserand contestò la vecchia disposizione secondo cui non poteva esserci responsabilità senza colpa; riteneva che il proprietario di un oggetto inanimato dovesse essere ritenuto responsabile se questo causava un danno con un'analisi innovativa dell'art. 1384 del *Code civil*, v. L. JOSSERAND, *De la responsabilité des choses inanimées*, Paris, 1897.

[110] R. SALEILLES, *Les accidents de travail et la responsabilité civile*, Paris, 1897.

[111] J.-S. BORGHETTI, *Responsabilité civile et intelligence artificielle: un régard français*, cit., p. 52.

[112] P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961; ID., *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano 2017; G. ALPA, *La responsabilità oggettiva*, in *Contr. impr.*, 2005, p. 962 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, 3 ed., 2021, p. 530 ss., pone in evidenza come la responsabilità oggettiva conviva con un modello di responsabilità fondato sulla colpa, alla luce della considerazione secondo cui la figura generale dell'illecito si identifica sempre con il fatto colposo, in quanto in ogni caso anche quando la responsabilità è imputata a titolo oggettivo, l'attività deve comunque essere improntata al doveroso rispetto altrui.

[113] «Questa impostazione implica la riconduzione dei criteri di imputazione diversi dalla colpa intorno a un criterio di responsabilità oggettiva per rischio», C. SALVI, *Responsabilità civile (funzioni della)*, in *Enc. dir.*, *I Tematici*, VII, Milano, 2024, pp. 683 ss., spec. 685. Tuttavia osserva, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, *La responsabilità*, cit., p. 688 ss. si tratta sempre di un'impostazione che vorrebbe generalizzare come responsabilità oggettiva una responsabilità che è pur sempre basata sulla colpa dell'imprenditore per non avere adottato tutte le misure normalmente idonee a prevenire ed evitare danni a terzi. Osserva, A. GENTILI, *Regole per l'intelligenza artificiale*, cit., p. 1066, «pare a me che i rischi che non si sono potuti neutralizzare, ove si verifichino, debbano ricadere su chi trae vantaggio dall'uso dell'IA, da lui liberamente scelta: *cuius commoda eius et incommoda*. Il terzo non deve essere esposto a rischi che dipendono da una scelta altrui».

[114] G. CAPILLI, *Responsabilità e robot*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, pp. 621 ss., spec. 629, rileva come «il criterio di imputazione di responsabilità finora adottato in tema di responsabilità del produttore è quello della responsabilità oggettiva, e proprio perché è svincolato dalla colpa o dal dolo consente più di ogni altro di gestire la responsabilità per i danni provocati

comportamenti attivi e responsabili di tutti i soggetti coinvolti nel *design* e nell'uso dell'IA[115].

Nel quadro del discorso sono illuminanti le parole di Stefano Rodotà, che più di Sessant'anni fa, affermava che il problema della responsabilità civile[116], «non consiste nella scoperta del vero autore del fatto dannoso (alla quale, spesso, non sarebbe possibile pervenire in nessun modo), bensì nella fissazione di un criterio grazie al quale si può sostituire l'attribuzione automatica del danno con una giuridica»[117]. Il problema della responsabilità civile sul terreno dell'intelligenza artificiale radica l'idea che il «sistema di responsabilità civile per l'era digitale si inserisce in un più ampio mutamento di paradigma, dal modello classico ottocentesco della "responsabilità civile come incidente tra due estranei" al modello emergente della "responsabilità di massa". Questa transizione è fondamentale per comprendere le sfide poste dall'intelligenza artificiale al sistema giuridico»[118].

Le nuove questioni emerse con lo sviluppo dell'IA e l'impatto sul sistema della responsabilità civile[119] devono essere lette e interpretate in base ad un

---

da robot intelligenti, soprattutto se si valorizza l'approccio del rischio. Nelle raccomandazioni del Parlamento Europeo del 2017 ai punti 53-57 viene proprio richiesto di valutare se applicare l'approccio della responsabilità oggettiva [...] o l'approccio della gestione dei rischi. [...] Tuttavia, non è detto che necessariamente si debba trattare di modelli alternativi, potendosi questi integrare nell'ambito della disciplina della responsabilità del produttore nella quale la nozione di sicurezza diventa centrale dal momento che un prodotto è difettoso quando non offre la sicurezza che ci si può attendere considerate certe circostanze».

[115] M. RABITTI, *Il danno da algoritmo intelligente tra responsabilità oggettiva e responsabilità per colpa*, cit., p. 200.

[116] Per una minima base bibliografica, G. ALPA, *Diritto della responsabilità civile*, Bari, 2003; C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit.; C. SALVI, *La responsabilità civile*, Milano, 3ª ed., 2019, p. 85 ss.; P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 3. ed., 2021, p. 32 ss.;

[117] S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 78. B. CROCE, *Etica e politica*, III ed., Bari, 1945, p. 127, secondo cui «non si è responsabili, ma si è fatti responsabili».

[118] P.G. MONATERI, *Il walzer degli algoritmi e la responsabilità civile nell'era digitale*, cit., p. 270, afferma che «il modello classico, incentrato sulla colpa e sulla prevedibilità del danno, si rivela inadeguato di fronte alla complessità della catena di fornitura dei sistemi di IA, all'opacità dei loro processi decisionali e all'imprevedibilità dei danni che possono causare. Siamo di fronte a una "responsabilità di massa", caratterizzata da una molteplicità di casi ripetuti che richiedono una "routinizzazione" dei processi giuridici per contenere i costi della giustizia».

[119] In argomento A. DAVOLA e R. PARDOLESI, *In viaggio col robot: verso nuovi orizzonti della r.c. auto* ("*driverless*"), in *Danno e resp*., 2017, p. 616 ss., svolgono un approfondimento in tema di auto a guida autonoma e prospettano «una traiettoria praticabile potrebbe consistere nel coniugare i due paradigmi attraverso l'introduzione di un regime di responsabilità oggettiva limitata: sull'esempio di quanto avviene nel settore della responsabilità della struttura sanitaria per infezioni nosocomiali nell'ordinamento francese, coerentemente con il modello delineato dalla *Loi Kouchner* in cui l'individuazione di un protocollo operativo ex ante permette di "ancorare" l'imputazione di responsabilità - oggettiva - al mancato rispetto delle regole operative previste per l'attività condotta, demandandosi invece ad un fondo pubblico il ruolo di risorsa "in

metodo capace di coniugare l'esperienza del reale con la regola giuridica, guardando all'effettività del diritto (*ex facto oritur jus*)[120].

4. L'avvento dei sistemi di IA conduce a riflettere sulle diverse modalità entro cui, nell'epoca attuale, si sviluppano le relazioni, sempre più connotate dallo scambio in rete di informazioni e dati, con la conseguente produzione di un numero crescente di dati digitali[121]. Fondamentale, nel quadro del discorso, è stata l'azione orientata alla costruzione di un mercato digitale europeo[122], incentrato sulla tutela della riservatezza e la protezione dei dati personali[123], azione ritenuta ancor più necessaria, in considerazione dello sviluppo di sistemi di IA c.d. generativa che hanno bisogno di una ingente quantità di dati per poter sviluppare tutte le potenzialità dei *tools* algoritmici, con enormi capacità di penetrazione nella sfera privata dell'individuo[124].

Nel quadro del discorso, si vanno ad incastonare tutta una serie di diritti fondamentali, direttamente incisi dallo sviluppo delle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione[125]. Basti pensare al consenso informato richiesto ai fini del trattamento dei dati, di cui emergono tutte le criticità e debolezze[126], potendosi profilare il pericolo che, per esso, vi sia una

---

via surrogata", destinata ad intervenire qualora la struttura sanitaria dimostri di essersi attenuta al protocollo, al fine di evitare che il costo del danno resti in capo alla vittima».

[120] C.M. BIANCA, *Ex facto oritur jus*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 787 ss.

[121] «Tutto vive sotto forma di circolazione di merce, anche i dati personali diventano oggetto di scambio: la dimensione

personale, sociale e consumeristica si confondono nella mercificazione generale», secondo, A. ALPINI, *La trasformazione digitale nella formazione del civilista*, in *Tecn. dir.*, 2021, p. 7.

[122] P. PERLINGIERI, *Sul trattamento algoritmico dei dati*, in *Tecn. dir.*, 2020, pp.181 ss., spec. 186, osserva che «l'informazione algoritmica, come un bene in sé, influisce sul procedimento decisorio, non soltanto costruendo uno spazio digitale ma giungendo nella sua più complessa e compiuta elaborazione, a proporsi quale soggettività individuale – centro di imputazione soggettiva».

[123] R. MESSINETTI, *La tutela della persona umana versus l'intelligenza artificiale. Potere decisionale dell'apparato tecnologico e diritto alla spiegazione della decisione automatizzata*, in *Contr. impr.*, 2019, p. 861 ss., secondo cui «nel discorso prescrittivo del GDPR, l'obiettivo della sicurezza della circolazione dei dati personali risulta affidato a una strategia complessa incentrata, in primo luogo, su un principio sistemico: la trasparenza dei processi di trattamento dei dati. Nella prospettiva della tutela giuridica della persona – titolare dei dati, l'importanza di questo principio appare scontata: la trasparenza è un medium necessario – innanzitutto – all'effettività di un diritto fondamentale: controllare i processi di costruzione e utilizzazione dell'identità personale quale "dispositivo di socializzazione"».

[124] L. D'AVACK, *Intelligenza artificiale e diritto: problematiche etiche e giuridiche*, in *Dir. pers. fam.*, 2023, p. 1710 ss.

[125] M. PALAZZO, *Potere della tecnica e funzioni del diritto*, cit., p. 115 ss.

[126] M. PALAZZO, *Potere della tecnica e funzioni del diritto*, cit., p. 115 ss.; P. PERLINGIERI, *Sul trattamento algoritmico dei dati*, cit., p. 186, osserva che l'informazione algoritmica, come un bene in sé, influisce sul procedimento decisorio, non soltanto costruendo uno spazio digitale ma giungendo nella sua più complessa e compiuta elaborazione, a proporsi quale soggettività individuale – centro di imputazione soggettiva».

trasformazione di senso che determini un cambio di paradigma, da strumento a tutela della riservatezza della persona, a mezzo attraverso il quale, quotidianamente, esponiamo i nostri dati a chiunque ci fornisca un servizio attraverso Internet[127]. L'approccio europeo alla regolazione giuridica dei dati personali[128] rientra *nel pacchetto digitale* europeo[129], e poggia su alcune coordinate fondamentali, incentrate sulla tutela della persona e sullo sviluppo del mercato. L'architettura e la disciplina fondamentale è contenuta nel Regolamento (**UE**) 2016/679 sulla protezione dei dati personali[130], noto con acronimo inglese GDPR (*General Data Protection Regulation*), in cui «l'obiettivo della sicurezza della circolazione dei dati personali risulta affidato a una strategia complessa incentrata, in primo luogo, su un principio sistemico: la trasparenza dei processi di trattamento dei dati»[131]. Si annovera, inoltre, il *Data Governance Act*, *(Reg. UE* 2022/868)[132], che disciplina l'accesso ai dati del settore pubblico, insieme

[127] C. CASONATO, M. FASAN e S. PENASA, *Diritto e intelligenza artificiale costituzionalmente orientata*, in *DPCE online*, 2022, p. 155 ss.

[128] «Hanno scelto la co-regolazione gli atti che costituiscono il c.d. pacchetto digitale, ovvero il *Digital Market Act* e il *Digital Service Act*, cui ha aperto la strada il Regolamento sulla protezione dei dati personali. In tal modo, la co-regolazione, sia pure utilizzata in dosi e forme diverse nei vari atti, è divenuta strumento per rispondere alle necessità di un mondo in trasformazione», così, EL. FRONTONI, *Governare le tecnologie e con le tecnologie: l'impatto sulla produzione normativa*, in *Osservatorio sulle fonti.it*, 2024, p. 161.

[129] All'interno del cosiddetto pacchetto digitale si rinviene un quadro delle responsabilità e degli obblighi per i prestatori di servizi di intermediazione *online*, siano essi fornitori di servizi di mero trasporto (*mere conduit*), che di memorizzazione temporanea (*caching*), ovvero di *hosting* e, tra questi, le piattaforme digitali, compresi i *social media*», così, M. STUCCHI, *DSA: le nuove regole per le piattaforme online*, in *Dir. ind.* 2024, p. 270 ss.

[130] Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati - GDPR).

[131] R. MESSINETTI, *La tutela della persona umana versus l'intelligenza artificiale. Potere decisionale dell'apparato tecnologico e diritto alla spiegazione della decisione automatizzata*, cit., p. 861 ss., ove evidenzia come «nella prospettiva della tutela giuridica della persona – titolare dei dati, l'importanza di questo principio appare scontata: la trasparenza è un medium necessario – innanzitutto – all'effettività di un diritto fondamentale: controllare i processi di costruzione e utilizzazione dell'identità personale».

[132] A. MORACE PINELLI, *Dalla Data protection alla Data governance: il Regolamento UE 2022/868*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, p. 486 ss., evidenzia come «una "strategia europea per i dati", aveva già indicato la necessità di incentivare il mercato dei dati, attraverso la loro condivisione, e di favorire una "sovranità tecnologica europea", nel rispetto dei valori della persona. Il DGA, nella consapevolezza del valore economico dei dati, si propone di dare impulso alla costituzione di uno spazio unico europeo dei dati, attraverso la loro condivisione, cui possano accedere, a parità di condizioni, tutti gli operatori economici, comprese le piccole imprese, scardinando in tal modo l'oligopolio delle maggiori *digital companies*, [...] Dunque anche il DGA è figlio della dialettica tra tutela della persona e libera circolazione dei dati. Benché la parola d'ordine divenga *data sharing* ad indicare l'esigenza di riutilizzo delle informazioni e della loro condivisione, in vista della creazione di un mercato unico europeo, basato sullo scambio massivo dei dati, personali e di altra natura, le ragioni dell'economia non sbiadiscono la tutela

al *Digital Service Act*, (Reg. UE n. 2022/2065 del 19 ottobre 2022)[133], relativo ad un mercato unico dei servizi digitali[134]. «L'approccio è, dunque, inevitabilmente ambivalente: da un lato si promuove il mercato, dall'altro lo si limita per tutelare i diritti fondamentali. I due interessi paiono tuttavia conciliabili e anzi devono essere conciliati, costruendo un modello europeo di circolazione sicura dei dati e delle informazioni, senza che l'una o l'altra esigenza prevalga *a priori* e necessariamente»[135].

Va tenuto presente che un punto essenziale delle tecnologie digitali riguarda l'affidabilità del loro funzionamento, anche in termini di uso, conservazione e trattamento dei dati. La questione della trasparenza algoritmica[136] postula un legame inscindibile tra sistemi di intelligenza artificiale, algoritmi e dati, già opportunamente valorizzato nel Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali, e che trova, oggi, conferma nel Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale, in particolare con riferimento ai sistemi di IA generativa[137]. La cornice normativa europea sull'IA introduce il controllo umano

---

della persona. Il legislatore europeo ha, infatti, chiaramente stabilito la prevalenza del GDPR sul DGA, in caso di conflitto». Nel diritto europeo mancava, sino all'entrata in vigore del Regolamento **UE** 2022/868 (*Data Governance Act*), una definizione normativa di "dato". Sull'orizzonte legislativo si stagliava incontrastata la nozione di "dati personali", definita sin dalla Direttiva 1995/46/**CE** (art. 2, comma 1, lett. *a*) e poi dall'art. 4, n. 1, Regolamento **(UE)** 2016/679», così, G. RESTA, *Pubblico, privato e collettivo nel sistema europeo di governo dei dati*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2022, p. 971 ss.

[133] Regolamento (UE) 2022/2065 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali). «È evidente la stretta relazione esistente fra e con una serie di altre rilevanti normative: oltre al Reg. UE 2016/679 relativo alla protezione dei dati personali (c.d. GDPR), il recente Reg. UE 2065/2022, relativo a un mercato unico dei servizi digitali (c.d. legge sui servizi digitali), il Reg. UE 2019/881 sulla cibersicurezza», così, E. BELLISARIO, *Il pacchetto europeo sulla responsabilità per danni da prodotti e da intelligenza artificiale. Prime riflessioni sulle proposte della Commissione*, cit., p. 156.

[134] M. STUCCHI, *DSA: le nuove regole per le piattaforme online*, in *Dir. ind.* 2024, p. 270 ss.

[135] G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale e responsabilità*, in *Contr. impr.*, 2020, p. 713 ss.

[136] C. COLAPIETRO, *Gli algoritmi tra trasparenza e protezione dei dati personali*, cit., p. 158, fa notare che «a dare una qualche forma corporea al principio di trasparenza algoritmica contribuisce anche la normativa europea in materia di protezione dei dati personali, così come ricordato in parte anche dalla stessa giurisprudenza amministrativa italiana. Dato l'inscindibile legame esistente tra i sistemi algoritmici e i dati, il GDPR è attualmente l'aggancio normativo più esplicito nel quale è possibile rintracciare l'origine dell'istituto della trasparenza algoritmica. [...] È anzitutto l'obbligo informativo sotteso a qualsiasi trattamento di dati personali – più volte evidenziato nel corpo normativo del Regolamento UE 2016/679 (GDPR) – ad imporre che il soggetto interessato sia informato di essere oggetto di un trattamento di dati personali automatizzato, in questo caso effettuato mediante lo strumento dell'algoritmo. Gli artt. 13, par. 2, lett. f) e 14, par. 2, lett. g) del GDPR, infatti, a seconda se i dati siano o meno acquisiti direttamente dal soggetto interessato, impongono al titolare del trattamento di rendere noto l'esistenza di un trattamento decisionale automatizzato».

[137] In questo contesto, secondo, M. PALAZZO, *Potere della tecnica e funzioni del diritto*, cit., p. 115 ss., «maggiore è la quantità di dati disponibili, maggiore è la capacità dell'algoritmo di

sul contenuto e sulla qualità delle informazioni, e valorizza la trasparenza nell'uso e nell'impiego dell'IA. L'*AI Act* favorisce l'ingresso di un «apparato normativo di prevenzione e sembra indirizzato a far sì che i sistemi risultino conformi all'insieme di requisiti e cautele richiesti dal regolamento»[138]. La *compliance* ad una serie di caratteristiche obbligatorie, indicate dall'*AI Act*, per i sistemi di intelligenza artificiale, viene valutata *ex ante*, mediante la verifica della conformità, prima dell'immissione sul mercato[139]. Il Regolamento classifica, in particolare, «i sistemi di AI (quelli non "a finalità generali"), secondo quattro differenti livelli di rischio, da inaccettabile (con conseguenti divieti), ad alto, limitato o basso, prevedendo per ciascuno di essi differenti requisiti con riguardo tanto alle caratteristiche tecniche, il cui rispetto deve essere garantito *by design*, (quali, soprattutto per i sistemi reputati *high risk*, standard di trasparenza, *human oversight*, qualità dei dati), quanto alle certificazioni preventive e successivo monitoraggio volto a verificarne la persistente *compliance*»[140]. Il Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale[141] mira a garantire la conformità dell'IA

generalizzare e di approssimare la funzione. E tanto migliore è la qualità dei dati immessi ed elaborati dalla macchina, tanto più accurati saranno gli *output* che sarà in grado di offrire».

[138] «Ciò può far presumere che, se i sistemi sono conformi, l'eventuale avverarsi di un rischio che neppure la conformità ha potuto evitare fuoriesca dall'area di responsabilità di fornitori, importatori, distributori, *deployers*. Configurerebbe insomma un "caso fortuito". Questo farebbe ricadere sui terzi le conseguenze dei rischi non previsti o non evitati. [...] Sebbene dedicato soprattutto alla prevenzione il regolamento non manca di disposizioni sanzionatorie. Ma la normativa dedicata al *public enforcement* è alquanto scarna», così criticamente, anche in considerazione della legislazione degli Stati membri, A. GENTILI, *Regole per l'intelligenza artificiale*, cit., p. 1049.

[139] Già la proposta di Regolamento si era preoccupata di stabilire «la gestione dei rischi impiegata per definire i sistemi di IA "ad alto rischio" che pongono rischi significativi per la salute e la sicurezza o per i diritti fondamentali delle persone». Secondo G. ALPA, *Quale modello normativo europeo per l'Intelligenza artificiale?*, cit., p. 1011, si assiste «alla combinazione di diverse tecniche di protezione per una IA "antropocentrica": (i) il principio di prevenzione, che vieta pratiche di IA lesive per la persona, come quelle che fanno ricorso alle tecniche subliminali, o che possono essere dannose per categorie di persone fragili, o che possano mettere in difficoltà gruppi di persone (ad es. perché appartenenti ad una etnia particolare, ad una confessione religiosa, ad una minoranza linguistica) o che fanno uso di misure biometriche dannose per l'identità personale; (ii) il principio di controllo per l'immissione sul mercato di tecniche ad alto rischio, con il tracciamento dei prodotti, le certificazioni sulla sicurezza, gli obblighi di informazione agli utenti; (iii) il principio di cooperazione istituzionale non solo tra gli Stati ma anche tra le autorità preposte ai controlli».

[140] Riflette sul tema U. RUFFOLO, *AI Act: gli effetti settoriali, Artificial intelligence Act e AI generativa*, cit., p. 438 ss.

[141] Il disegno di legge di iniziativa governativa presentato il 20 maggio 2024, disegno di legge (di seguito anche d.d.l.) A.S. n. 1146, rubricato «Disposizioni e delega al governo sull'intelligenza artificiale». Ricostruisce *iter* del d.d.l. n. 1146, G. BARONE, *La regolamentazione italiana dell'intelligenza artificiale: dove eravamo rimasti?*, in *Dir. pen. proc.*, 2025, p. 703 ss., che evidenzia: «come chiarito nella relazione di accompagnamento all'atto – l'Esecutivo si proponeva "di operare un bilanciamento tra [le] opportunità e [i] rischi" insiti nella moderna era dell'intelligenza artificiale (di seguito anche AI), affiancando "il quadro regolatorio [europeo] in

sviluppata e utilizzata in Europa ai diritti e ai valori dell'Unione, ispirati al principio della supervisione umana, sicurezza, *privacy*, trasparenza, non discriminazione, benessere sociale e ambientale e tutela dei diritti fondamentali[142]. Uno dei punti cardine risiede nella definizione di un modello regolatorio diretto alla gestione ottimale dei rischi insiti nell'utilizzo dei dispositivi di IA[143]. La finalità dichiarata è che l'IA progettata, sviluppata e

---

quegli spazi propri del diritto interno. Dopo mesi di audizioni, il deposito degli emendamenti e l'analisi del testo predisposto dal Governo da parte delle Commissioni assegnatarie in Senato il 20 marzo 2025, con 85 voti favorevoli e 42 contrari, Palazzo Madama ha dato il via libera al disegno di legge, che si appresta, ora, ad essere sottoposto al vaglio della Camera dei deputati. Le tempistiche particolarmente lunghe dell'*iter* di approvazione in Senato sono state determinate anche dall'invio, il 5 novembre 2024, del parere circostanziato della Commissione Europea ai sensi dell'art. 6, par. 2, comma 2, Dir. UE 2015/1535. [...] la Direttiva da ultimo citata reca la procedura d'informazione da seguire nel settore delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione. [...] Con specifico riferimento al parere formulato dall'organo di governo dell'Unione Europea rispetto al disegno di legge [...] emerge come i rilievi critici siano stati numerosi. Anzitutto, la Commissione Europea ha raccomandato all'Italia un più chiaro ed esplicito richiamo, nel testo di legge, al Reg. UE 2024/1689 del 13 giugno 2024 in materia di intelligenza artificiale (anche noto come *AI Act*). In quest'ottica la Commissione ha altresì evidenziato la necessità di uniformare le definizioni di cui all'art. 2 del d.d.l. con quelle formalizzate a livello euro-unitario nell'art. 3 dell'*AI Act*. Quanto agli obblighi di informazione in materia sanitaria di cui all'art. 7, comma 3 del d.d.l., l'istituzione europea ha chiesto di circoscrivere gli obblighi informativi al solo utilizzo dell'AI, senza estenderli anche a dettagli diagnostici, terapeutici o logiche decisionali, in quanto ciò eccederebbe il perimetro tracciato dal Reg. UE 2024/1689. Rispetto all'impiego dei sistemi di intelligenza artificiale nell'ambito delle professioni intellettuali e nel settore giustizia, la Commissione europea ha invece chiesto di prevedere regole meno restrittive e più in linea con la legislazione euro-unitaria». Sull'uso dell'IA nel settore giustizia, evidenzia, A. PUNZI, *AI Act: gli effetti settoriali. – La decisione giudiziaria nell'AI Act*, in *Giur. it.*, 2025, p. 448 ss., la necessità di riflettere «in che modo può svolgersi il dialogo tra il giudice e i sistemi di AI nell'ambito di un processo decisionale che dovrà sempre concludersi con una decisione umana, ma che ad essa può approdare attraverso un percorso nel quale l'intelligenza umana e l'intelligenza artificiale sono chiamate a cooperare. Rifugiarsi in un antropocentrismo chiuso e in letture dell'AI Act di corto respiro e prive di capacità di progettare un'innovazione responsabile anche in relazione alla decisione giudiziaria, non è un buon modo per orientarsi nell'epoca dell'intelligenza generativa e difendere principi irrinunciabili come lo stato di diritto, il diritto di difesa e l'imparzialità del giudizio. Forse è il caso di prendere sul serio le perplessità formulate dalla Commissione europea, nel parere C (2024) 7814, sul Disegno di legge n. 1146 del 20 maggio 2024 presentato dal Governo». Relativamente recente è «il dibattito in merito alla possibilità di una normazione granulare algoritmica a supporto non soltanto della decisione del giudice, ma anche e soprattutto dell'attività di normazione e di effettiva applicazione delle regole giuridiche. Ci si riferisce, in particolare, al c.d. *Personalized Law*, o personalizzazione normativa», così, M. CIANCIMINO, *Regolazione algoritmica e norme giuridiche granulari. Sul* "personalized law", *o personalizzazione normativa algoritmica*, in *Persona e mercato*, 2024, p. 992 ss.

[142] R. PETRUSO e G. SMORTO, *Il Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale: una prima lettura*, cit., p. 991, osservano come «l'esercizio dei poteri normativi dell'Unione mira pertanto alla riduzione delle barriere al commercio che rischiano di indebolire la posizione dell'Europa nella competizione digitale globale sul versante dell'automazione».

[143] Per A. AMIDEI, *La proposta di Regolamento UE per un'Artificial Intelligence Act: prime riflessioni sulle ricadute in tema di responsabilità da Intelligenza Artificiale*, in *Tecnologie e diritto*, 2022, p. 2 ss., «l'ingresso dell'automazione "intelligente" in talune attività di produzione di beni o di

distribuita in Europa sia un IA «antropocentrica e affidabile»[144], incentrata sul rispetto dei valori di base dell'Unione e sui diritti fondamentali delle persone. Come visto, «per garantire un equilibrio tra lo sviluppo di un'IA sicura, affidabile ed etica e la promozione dell'innovazione e della concorrenza tra le imprese europee, il regolamento si focalizza sui rischi associati all'utilizzo dell'IA, definendo una piramide del rischio che distingue i sistemi di IA in quattro categorie differenti basate sul livello di rischio che presentano: inaccettabili, alti, specifici (di impersonificazione o inganno) e limitati o minimi»[145].

Il Regolamento, dunque, classifica i sistemi di intelligenza artificiale in base al rischio di impatto negativo sui diritti fondamentali[146]. In particolare, viene operata una suddivisione, in ossequio al modello *risk based approach*[147]. L'inquadramento nell'una o nell'altra classe di rischio dipende dalla funzione e dallo scopo specifico del *tool* algoritmico, nonché dalle sue modalità di utilizzo[148]. «La graduazione del rischio, alla base dell'individuazione di diversi *cluster*

---

erogazione di servizi, introducendo nuove occasioni di pericolo di danno, potesse rendere invocabile l'art. 2050 c.c. o quantomeno il relativo regime».

[144] *Considerando* 1, Reg. UE 2024/1689, che definisce: «Lo scopo del presente regolamento è migliorare il funzionamento del mercato interno istituendo un quadro giuridico uniforme in particolare per quanto riguarda lo sviluppo, l'immissione sul mercato, la messa in servizio e l'uso di sistemi di intelligenza artificiale (sistemi di IA) nell'Unione, in conformità dei valori dell'Unione, promuovere la diffusione di un'intelligenza artificiale (IA) antropocentrica e affidabile, garantendo nel contempo un livello elevato di protezione della salute, della sicurezza e dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea («Carta»), compresi la democrazia, lo Stato di diritto e la protezione dell'ambiente, proteggere contro gli effetti nocivi dei sistemi di IA nell'Unione, nonché promuovere l'innovazione. Il presente regolamento garantisce la libera circolazione transfrontaliera di beni e servizi basati sull'IA, impedendo così agli Stati membri di imporre restrizioni allo sviluppo, alla commercializzazione e all'uso di sistemi di IA, salvo espressa autorizzazione del presente regolamento».

[145] R. PETRUSO e G. SMORTO, *Il Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale: una prima lettura*, cit., p. 998.

[146] «Si sottolinea infatti come il modello del legislatore europeo sembrerebbe essere diretto ad una correlazione tra tipologie di sistemi di IA e le corrispondenti modalità di immissione nel circuito di utilizzo, con la conseguente individuazione dei soggetti che possono essere coinvolti rispetto agli obblighi su di loro gravanti», secondo, M. PALAZZO, *Potere della tecnica e funzioni del diritto*, cit., p. 115 ss.

[147] Secondo L. ARNAUDO e R. PARDOLESI, Ecce robot. *Sulla responsabilità dei sistemi adulti di intelligenza artificiale*, cit., p. 409 ss., «allo stato attuale, la reazione prevalente negli ordinamenti giuridici di riferimento è chiaramente orientata a mantenere la responsabilità per condotte di AI "disincarnate", così come di macchine attivate da queste, in capo a soggetti umani che le abbiano realizzate o acquisite in proprietà ovvero impiegate e siano comunque tenuti a vario titolo a una gestione dei rischi da loro scatenati: numerosi gli studi commissionati in proposito da parte delle istituzioni UE, da cui è infine scaturito l'impianto *risk-based* del novissimo AI Act».

[148] In dottrina, sul risk *based* approach, v. G. FINOCCHIARO, *La proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale: il modello europeo basato sulla gestione del rischio*, in *Dir. inf.*, 2022, p. 303 ss.; G. SMORTO, *Distribuzione del rischio e tutela dei diritti nel Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale. Una riflessione critica*, in *Foro it.*, 2024, V, c. 208 ss.

regolatori, è condotta dal legislatore europeo in base ad una valutazione di pericolosità di diverse tipologie di intelligenza artificiale rispetto alla tutela dei diritti fondamentali della persona»[149]. «Ne risulta una disciplina sicuramente complessa, che si articola a seconda del livello di rischio connesso ai sistemi di IA, alcuni dei quali sono severamente vietati, in quanto considerati lesivi dei diritti e delle libertà fondamentali dei cittadini, altri rigorosamente regolamentati in modo tale da ridurre al minimo i rischi per i cittadini, in virtù di un complesso sistema di obblighi che gravano in particolare sui fornitori e sugli utilizzatori. Seguono i sistemi a basso rischio con riferimento ai quali sono soltanto previsti obblighi di trasparenza, in modo tale da rendere consapevole l'utente che il suo interlocutore è una macchina»[150]. L'analisi condotta evidenzia che il criterio adottato nel regolamento europeo non sembra tanto riferirsi «alla struttura dell'illecito civile, quanto piuttosto all'entità del rischio legato all'intrinseca complessità del sistema di AI prescelto e alla natura del diritto che può essere leso»[151]. La gestione dei rischi passa attraverso la previsione di requisiti di trasparenza, necessari per garantire un utilizzo adeguato e sicuro del sistema di IA[152], grazie anche all'introduzione della figura dell'utilizzatore di un sistema di IA ad alto rischio, che svolge un ruolo cruciale nel ricondurre i rischi generati da tali sistemi entro livelli accettabili. «In coerenza con questa premessa, il regolamento stabilisce precisi obblighi anche per il *deployer* del sistema di IA, ossia qualsiasi persona fisica o giuridica – compresa un'autorità pubblica, un'agenzia o altro organismo – sotto la cui autorità è utilizzato il sistema»[153].

Il provvedimento europeo promuove un modello di responsabilizzazione degli operatori del settore, imponendo una *compliance* a standard elevati, estesa

---

[149] M. RABITTI, *Il danno da algoritmo intelligente tra responsabilità oggettiva e responsabilità per colpa*, cit., p. 201.

[150] «Per sistema di IA per finalità generali si intende un sistema di intelligenza artificiale che può essere utilizzato per una vasta gamma di applicazioni per le quali non è stato specificamente progettato; si pensi per esempio a ChatGPT. I fornitori di tali sistemi sono soggetti a tutta una serie di obblighi in gran parte simili a quelli previsti con riferimento ai sistemi ad alto rischio», come rileva, P. GALLO, *Intelligenza artificiale e protezione dei dati personali*, cit. p. 1 ss.

[151] M. RABITTI, *Il danno da algoritmo intelligente tra responsabilità oggettiva e responsabilità per colpa*, cit., p. 200. S. EL SABI, *La tutela della privacy nel trattamento dei dati biometrici e genetici per scopi di pubblica sicurezza. Spunti di diritto comparato*, cit., p. 789 ss.

[152] C. PINELLI, *L'AI act: gestione del rischio e tutela dei diritti*, in *Giur. it.*, 2025, p. 452 ss., mette in rilievo che «fra le critiche maggiori alla proposta di Regolamento, il cui contenuto sul punto è rimasto invariato nella versione finale, vi è quella di un bilanciamento ineguale fra le istanze del mercato e le ragioni della dignità e della tutela dei diritti fondamentali, almeno nella parte in cui ha collocato fra i sistemi di IA ad alto rischio quelli in materia di giustizia e immigrazione, anziché vietarli in radice».

[153] R. PETRUSO e G. SMORTO, *Il Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale: una prima lettura*, cit., p. 998.

alle imprese, anche non operanti nel mercato europeo, nell'ottica di favorire, sin dalla fase della progettazione e del *design*, trasparenza, mediante garanzia di tracciabilità dei dati e dei procedimenti che portano i sistemi intelligenti all'adozione della decisione finale, qualità, affidabilità e sicurezza. In tale prospettiva, la declinazione del principio di trasparenza in termini di *explainability*, non si concretizza solo nel ricorso a strumenti giuridici che permettano di spiegare gli schemi di elaborazione della scelta finale o il livello di influenza esercitato dall'IA sulla decisione umana, ma rende indispensabile la predisposizione di soluzioni tecniche che possano arginare le conseguenze del fenomeno della c.d. *black box*[154]. Questo specifico profilo si traduce nella necessità di assicurare che le azioni e le decisioni prese dall'IA siano identificabili come tali, così da garantire il diritto delle persone ad essere informate e consapevoli della loro interazione con un sistema di intelligenza artificiale[155]. La versione finale del regolamento introduce una disciplina specifica per i sistemi di IA per finalità generali, vale a dire quei modelli di IA capaci di svolgere, con competenza, un'ampia gamma di compiti distinti, riferiti alla c.d. intelligenza artificiale generativa[156], «ossia quella particolare categoria di intelligenza artificiale che [...] consente "una generazione flessibile di contenuti, [...] che possono prontamente rispondere a un'ampia gamma di compiti distinti"»[157].

Con riferimento alla disciplina giuridica dell'IA, particolare rilievo viene dato al principio di uguaglianza, che assume un ruolo fondamentale nel tentativo di mitigare gli elementi di parzialità e le pratiche discriminatorie che possono emergere con l'uso dell'IA[158]. La regolazione giuridica europea valorizza, fin dalla fase della progettazione e del *design*, la creazione di sistemi di IA affidabili e sicuri, anche mediante la previsione di specifiche restrizioni

[154] Osserva, G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale e responsabilità*, cit., p. 713 ss., che «oggi la novità è costituita dalla fattispecie in cui vi sia una certa autonomia decisionale nel programma, o addirittura nel caso in cui ci sia una imprevedibilità nei risultati, quando cioè il metodo utilizzato per raggiungere il risultato non sia deterministico. Sono i casi, ad esempio, delle applicazioni di intelligenza artificiale costituite da modelli di *machine learning* che usano reti neurali e algoritmi di *deep learning* a cui talvolta ci si riferisce come algoritmi *"black box"*».

[155] R. PETRUSO e G. SMORTO, *Il Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale: una prima lettura*, cit., p. 990 ss.

[156] Cfr. considerando 99, 105.

[157] Cfr. considerando 99. R. PETRUSO e G. SMORTO, *Il Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale: una prima lettura*, cit., p. 1001.

[158] P. PERLINGIERI, *Struttura algoritmica e interpretazione*, in *Tecn. dir.*, 2020, p. 487 ss., ritiene che «a garanzia della corretta utilizzazione dell'algoritmo, è auspicabile la collaborazione al suo processo formativo soprattutto per i concetti aperti, clausole generali e princípi, fortemente condizionati dall'evoluzione socio-culturale alla quale l'interpretazione giuridica non può sottrarsi. [...] L'algoritmo deve essere conoscibile, trasparente in tutti i passaggi; vanno garantite la completezza e la selezione dei dati e la loro idoneità ai fini anche della loro applicazione al caso concreto».

comportamentali[159] nel funzionamento del sistema, in grado di contrastare possibili effetti discriminatori delle tecnologie di IA o il verificarsi di *bias* ed errori[160]. A tal fine, il sistema viene progettato con l'introduzione di strumenti di identificazione e di rimozione di qualsiasi elemento pregiudizievole o errato che possa essere presente nei dati raccolti, senza che tale intervento infici una riduzione dell'efficacia e dell'accuratezza del sistema di IA[161], oltre che con la predisposizione di procedure di controllo e di validazione orientate a verificare l'assenza di pratiche discriminatorie[162]. «L'effettiva attuazione dei principi di trasparenza, eguaglianza e di autodeterminazione, secondo le nuove declinazioni descritte e in una dinamica di forte interrelazione tra gli stessi, può costituire uno dei tasselli più importanti e più promettenti nella realizzazione di un approccio giuridico generale all'AI che sappia dirimerne le questioni più problematiche dal punto di vista tecnologico, sociale, economico e giuridico»[163].

5. Nella società contemporanea, ormai pervasa dall'operatività dei sistemi IA, il cui funzionamento investe tanto i rapporti privati, quanto i contesti istituzionali, occorre auspicare l'avvento di un umanesimo tecnologico[164], che

---

[159] Per U. RUFFOLO, *AI Act: gli effetti settoriali, Artificial intelligence Act e AI generativa*, cit., p. 438 ss., «ne derivano le prescrizioni regolamentari che impongono sia misure di *labelling* o *warning* per etichettarle come "artificiali" anche per scongiurare o limitare il noto "effetto Eliza"(empatia o relazione "affettiva" con la *machina*, soprattutto per soggetti più deboli, sia la presenza *by design* di barriere efficaci per prevenire possibili forme di *jailbreaking* (rimozione delle limitazioni). [...] Ne consegue, in particolare, che sul piano della *product liability* la assenza di idonei "blocchi" nel "codice macchina" dell'algoritmo che anima la GAI potrebbe rendere questa componente o prodotto "difettosi».

[160] Fra i diversi ambiti applicativi dell'IA vi è quella elaborata dalle società di *legal-tech* che hanno sviluppato diversi *tools* utilizzabili dagli studi legali, che spaziano dall'organizzazione dei nuovi archivi digitali al supporto nell'analisi documentale e nella redazione di testi di ogni tipo, sino all'individuazione - sulla base dell'analisi statistica dei dati - della miglior allocazione delle risorse umane e dei materiali all'interno del processo lavorativo, G. BARONE, *La regolazione dell'intelligenza artificiale: è "corsa agli armamenti"?*, cit., p. 991

[161] G. ZACCARIA, *Figure del giudicare: calcolabilità, precedenti e decisione robotica*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, pp. 277 ss., spec. 289, osserva: «Va da sè infatti che questa diffusione del ricorso alle banche dati e di tecnologie applicate alla giustizia finisce per avanzare una pretesa normativa, struttura cioè stabilmente una diversa percezione e un diverso modo di procedere del giurista, determinando una trasformazione reale, ma anche simbolica, del suo lavoro, e pare anzi contribuire all'affermazione di un modello di pensiero analogico».

[162] Sul punto v., *White Paper on Artificial Intelligence – A European approach to excellence and trust*, Libro Bianco sull'IA.

[163] M. FASAN, *I principi costituzionali nella disciplina dell'Intelligenza Artificiale. Nuove prospettive interpretative*, cit., p. 197; S. CORSO, *Alla frontiera del diritto privato. Nuove tecnologie e persona anziana*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, p. 1253 ss.

[164] Occorre promuovere una regolazione etica dell'IA che sia in grado di mettere sempre al centro le persone, quindi favorire l'avvento di un «umanesimo tecnologico che sappia coniugare intelligenza artificiale e diritti delle persone», E. BATTELLI, *Necessità di un umanesimo tecnologico: sistemi di intelligenza artificiale e diritti della persona*, in *Dir. fam. pers.*, 2022, p. 1097.

considera i principi e i diritti fondamentali della persona umana una bussola nel flusso incessante dello sviluppo algoritmico[165].

L'emersione e il rapido sviluppo dei sistemi di intelligenza artificiale induce ad una riflessione: su come il conflitto tra diritto ed economia[166] si possa risolvere nella subordinazione del diritto all'ordine economico, con un rovesciamento del paradigma posto a fondamento della costruzione dello stato di diritto e del principio solidaristico che ne è alla base. «La compressione dei diritti fondamentali da parte di manifestazioni di diritto transnazionale costituisce sicuramente il profilo più critico sul piano sostanziale»[167], a cui si collegano i rischi che le tecnologie algoritmiche possono comportare per i diritti fondamentali e i principi democratici.

Come osserva Natalino Irti «di contro ai luoghi sulla terra, definiti e conchiusi, sta la dimensione planetaria della tecno-economia»[168]. Orbene, oggi più che mai occorre riaffermare la forza di quella legalità qualitativamente superiore che promana dai principi costituzionali[169]. «Nella consapevolezza che la priorità è degli esseri viventi si invoca, da più parti, che gli algoritmi siano accessibili alla cognizione umana, controllabili all'interno dello stesso complesso e articolato loro sistema, secondo una precostituita gerarchia selettiva ispirata almeno alla non compromissione dell'autonomia degli esseri viventi»[170], sí da non ridurre la realtà a un sistema statistico-computazionale e consentire agli esseri umani di svilupparsi secondo le proprie attitudini materiali e personali.

In una contemporaneità segnata dalle innovazioni tecnologiche, appare necessario fare leva sul rinnovato ruolo di un'ermeneutica assiologicamente conforme ai valori e ai principi costituzionali[171], e trovare un punto di equilibrio,

---

[165] E. CANNIZZARO, *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2013, p. 659 ss.; G. VITALE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, in *Federalismi*, 2018, p. 2 ss.

[166] F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005.

[167] Per R. TARCHI, *Diritto transnazionale o diritti transnazionali? Il carattere enigmatico di una categoria giuridica debole ancora alla ricerca di un proprio statuto*, cit., p. 14, «emerge con particolare rilievo dalle riflessioni sulla *lex informatica*, considerate le tre direzioni in cui questa si sviluppa (consistenti nella regola-zione delle infrastrutture alla base della comunicazione elettronica, dei servizi di accesso alla rete *-Internet Providers-* e delle applicazioni necessarie per con-sentire agli utenti l'accesso ai servizi offerti)».

[168] N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Bari, 2004, p. 5 ss.

[169] Fra tutti il pensiero di P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico, Napoli,* 1972, che detta una linea di indirizzo metodologico segnata dalla rilettura dei rapporti privatistici alla luce dei principi costituzionali ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, *Situazioni soggettive*, 4. ed., Napoli, 2020, p. 1 ss.; ID., *Principio personalista, dignità umana e rapporti civili*, in *Annali Sisdic*, 2020, 5, p. 1 ss.

[170] P. PERLINGIERI, *Note sul «potenziamento cognitivo»*, in *Tecn. dir.*, 2021, p. 210.

[171] P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, Napoli, 2020, p. 170 ss.

evitando di collocarsi in una delle due polarità, da una parte una fascinazione acritica per le tecnologie informatiche e, dall'altra, paventare un pericoloso e ineludibile cambio di paradigma della società e del modo di essere del diritto[172]. Si tratta, piuttosto, di comprendere che alle nuove tecnologie si lega una trasformazione profonda dei modi di costituzione del senso stesso del diritto, che ha rilevanti implicazioni sull'educazione e formazione del giurista. Se si vuole evitare che nel contesto giuridico attuale prevalga quella che Stefano Rodotà chiamava la dittatura degli algoritmi[173], occorre sviluppare una coscienza critica, da parte del giurista, in grado di governare i sistemi di IA e l'automatismo delle macchine. L'approccio europeo alla regolazione giuridica[174] ha, quale obiettivo, la creazione di tecnologie di intelligenza artificiale conformi ai parametri di equità, antropocentrismo e solidarietà[175]. L'antica disputa tra *Τέχνη* e *Νόmos, tra tecnocrazia e sovranità della legge, si deve risolvere* con la prevalenza del «*terzo escluso*»[176], con l'affermazione della dignità dell'uomo come valore centrale, alla cui protezione deve essere informata la disciplina dell'IA, dove la persona è valore fondamentale. «Le normative di dettaglio si appalesano insufficienti e facilmente divengono obsolete e sempre più si prospettano necessarie una tavola di princípi valoriali e una diffusa consapevolezza culturale che possano trovare attuazione nelle prassi e nelle decisioni dei giudici»[177].

---

[172] G. ZACCARIA, *Figure del giudicare: calcolabilità, precedenti e decisione robotica*, cit., p. 277 ss.

[173] S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete. Quali diritti, quali vincoli*, Bari, 2014.

[174] Sul piano dell'ermeneutica giuridica: F. VIOLA e G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999.

[175] Per M. PALAZZO, *Potere della tecnica e funzioni del diritto*, cit., p. 115 ss., «la soluzione europea si propone dunque come una terza via rispetto alle opzioni più radicali improntate al *laissez-faire* statunitense e all'iperstatalismo cinese, prospettando la possibilità di una mediazione tra le esigenze di promozione dell'integrazione del mercato digitale europeo e di una effettiva incorporazione, nel funzionamento di questo stesso mercato, dei valori fondanti le tradizioni costituzionali dell'Unione e degli Stati membri».

[176] A. PUNZI, L*a lezione della storia come apertura all'innovazione. Il realismo di Paolo Grossi e la regolazione della complessità*, in *Riv. int. fil. dir*., 2021, p. 177 ss., secondo cui «può parlare di "terzo escluso" in considerazione del fatto che l'unico profilo su cui consentono l'apologia di una τέχνη destinata a signoreggiare i destini dell'umanità e l'opposta rivendicazione della sovranità della decisione umana nel quadro di una teologia politica secolarizzata, è proprio la delegittimazione di qualsivoglia pretesa di conoscibilità dei valori e di una possibile affermazione di questi come criteri ordinatori nell'organizzazione dei sistemi sociali».

[177] Con riferimento al Progetto di orientamenti etici per un IA affidabile del 2018, a cui è seguito il documento presentato l'8 aprile 2019 del gruppo di esperti ad alto livello sull'IA che ha elaborato orientamenti etici per un'intelligenza artificiale affidabile, evidenzia, P. PERLINGIERI, *Sul trattamento algoritmico dei dati*, cit., p. 190, che «si esige il pieno controllo e la comprensibilità umana dei processi dell'intelligenza artificiale in piena sintonia con i valori costituzionalmente garantiti, per di più desumibili dalle tradizioni costituzionali. Anche i codici di autoregolamentazione, nonché i singoli contratti del web vanno valutati nella loro liceità e meritevolezza. [...] Le normative di dettaglio si appalesano insufficienti e facilmente divengono

L'impegno che oggi si rinnova, è di ripartire dalle fondamenta e dal ruolo rivestito dal «principio di solidarietà che capovolge la funzione della responsabilità: non più complesso di sanzioni, non più ricerca della colpa, [...] ma sistema di tecniche risarcitorie per soddisfare il bisogno di tutela della vittima»[178]. La legislazione europea, con l'adozione del regolamento europeo pone la persona e la tutela dei suoi diritti fondamentali al centro dell'impianto normativo, offrendo una solida base in grado di divenire un punto di riferimento globale che «possa essere adottato nelle altre regioni del mondo»[179], e svolgere, nel contempo, una fondamentale funzione di orientamento al servizio delle politiche legislative[180].

Pescara, agosto 2025

obsolete e sempre più si prospettano necessarie una tavola di princípi valoriali e una diffusa consapevolezza culturale».

[178] G. ALPA, *Introduzione* alla ristampa di S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. XVI. F.D. BUSNELLI, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus*, 1976, p. 72.

[179] G. FINOCCHIARO, *La regolazione dell'intelligenza artificiale*, cit., p. 1090.

[180] Sulle finalità di orientamento e controllo del metodo comparativo, fondamentali le riflessioni di L.J. CONSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, ed. it. di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, Torino, 2000, p. 299, secondo cui «con l'allargamento dell'orizzonte giuridico, che si realizza mostrando agli studiosi autoctoni altri modi di concepire e di risolvere medesimi problemi, la comparazione può divenire uno degli strumenti più efficaci al servizio delle politiche legislative, giurisprudenziali e dottrinali». Sul ruolo del diritto comparato come mezzo accessorio e complementare di determinazione del diritto interno, S. GALGANO, *Sulla «funzione giuridica» del Diritto privato comparato*, in *Riv. giur. d'Italia*, 1915, p. 75.

Abstract

Nella società contemporanea, ormai pervasa dall'ingresso dei sistemi IA che interessano tanto i rapporti privati, quanto i contesti istituzionali, le sfide che il giurista è chiamato ad affrontare investono, prima ancora che questioni tecnico-giuridiche, la necessità di garantire la tutela dei diritti fondamentali della persona umana. Fondamentale è la regolazione giuridica europea sull'intelligenza artificiale che afferma la centralità della persona e la necessità che i modelli che supportano il funzionamento dei sistemi di intelligenza artificiale siano conformi ai parametri di equità, antropocentrismo e solidarietà.

In contemporary society, now pervaded by the introduction of AI systems that affect both private relationships and institutional contexts, the challenges are called upon to face concern, even before technical and legal issues, the need to guarantee the protection of fundamental human rights. European legal regulation on artificial intelligence is fundamental in affirming the centrality of the individual and the need for the models that support the functioning of artificial intelligence systems to comply with the parameters of fairness, anthropocentrism and solidarity.

Keywords

Diritti fondamentali; persona umana; società algoritmica; intelligenza artificiale; regolazione giuridica.

Fundamental rights; human person; algorithmic society; artificial intelligence; legal regulation

JOYCEANE BEZERRA DE MENEZES*, FRANCISCO LUCIANO LIMA RODRIGUES**, ANA BEATRIZ LIMA PIMENTEL***

*A lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência e os impasses para a implementação do sistema de apoio*****

Sumário: 1. Introdução. - 2. Sobre a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI) e a importância do direito fundamental à acessibilidade. - 3. Repercussões importantes no Direito Civil brasileiro: reconhecimento da capacidade jurídica e os apoios. - 4. Sistema de apoio no Brasil, entre a tomada de decisão apoiada e a curatela? - 4.1. A tomada de decisão apoiada. - 4.2. A curatela fixada pela Ação de Interdição. - 5 Tomada de Decisão Apoiada no âmbito do Poder Judiciário Cearense: análise quantitativa e qualitativa da aplicação legal da tomada de decisão apoiada. - 6. Considerações finais.

1. Por muito tempo as pessoas com deficiência estiveram à margem das relações sociais e jurídicas, sobretudo quando a sua deficiência resultava de limitações na esfera psíquica e intelectual. Na ordem civil, tal deficiência constituía uma razão para limitar ou afastar a capacidade jurídica de exercício e, consequentemente, restringir a participação da pessoa na sociedade, em prejuízo de sua personalidade e da sua cidadania.

Não sem razão, Luigi Ferrajoli[1] denunciou que a capacidade jurídica foi a última barreira de acesso aos direitos fundamentais. A pessoa que era submetida ao regime das incapacidades, sob a justificativa de receber maior proteção, perdia todo protagonismo na condução de sua vida e do seu patrimônio. Para o

---

* Professora titular da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professora associada da Universidade Federal do Ceará (UFC).

** Professor titular da Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

*** Professora da Universidade de Fortaleza (UNIFOR) e do Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS).

**** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review.*

[1] L. FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2001.

exercício dos seus direitos e obrigações, lhe era atribuído um curador para assisti-lo ou representá-lo segundo um sistema substitutivo de vontade para decidir em nome do curatelado, onerando-o com os efeitos dessas decisões.

Contudo, bem antes do advento da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD), Pietro Perlingieri[2] sustentava a necessidade de se respeitar o desenvolvimento da pessoa com deficiência mental e, consequentemente, a sua capacidade jurídica. Na excepcionalidade da interdição, recomendava que a sentença judicial especificasse a extensão e os limites da incapacidade para que o regime protetivo também permitisse o reconhecimento da idoneidade de certos atos praticados pela pessoa, em especial, aqueles de natureza existencial.

A partir da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, a capacidade jurídica foi assegurada a todas as pessoas, independentemente da capacidade mental (art.12, item 3). E, para facilitar o exercício dessa capacidade jurídica àqueles que assim necessitarem, o texto convencional determinou aos Estados a adoção de instrumentos de apoio que, diversamente do sistema substitutivo de vontade, promove o suporte à autonomia.

No Brasil, com esteio na Convenção, promulgou-se a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – LBI (Lei no.13.146/2015) para reiterar o reconhecimento da capacidade jurídica das pessoas com deficiência e instituir a tomada de decisão apoiada. Infelizmente a lei manteve a curatela, figura que se estabelece por meio da Ação de Interdição, regulamentada pelo Código de Processo Civil. Embora a lei material e substantiva haja reformulado a estrutura da curatela, mantiveram o seu perfil funcional, pois a pessoa curatelada continua sendo desconsiderada em sua capacidade jurídica. Há decisões, inclusive, que apostam na inconstitucionalidade do art.114, da LBI que revogou o art.3º., do Código Civil quanto à incapacidade absoluta da pessoa com deficiência.[3]

Fato é que, passados seis anos do início da vigência da LBI, o sistema de apoio não se implementou pela baixa eficácia social da tomada de decisão

---

[2] P. PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*, M.C. De Cicco (Tradutora). Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 166.

[3] Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). Apelação n. 1006448-04.2015.8.26.0565. Comarca: São Caetano do Sul. Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo; Apelado: U.L.P. Juíza: Ana Lúcia Fusaro.

apoiada, como também pelo apego excessivo à figura da curatela que foge aos limites conceituais do apoio. Realmente, na literalidade dos dispositivos que tratam de uma e outra figura jurídica, as soluções apontadas não se prestam a resolver as demandas daquela pessoa com deficiência intelectual/psíquica que ainda pode manifestar sua vontade, mas necessita de apoio mais intenso.

O presente texto visa apresentar essa mudança legislativa, especialmente no que tange à capacidade jurídica e ao sistema de apoio, enfocando ~~a~~ sua aplicação pelos tribunais superiores. Também apresenta o resultado da pesquisa desenvolvida no âmbito do Poder Judiciário Cearense sobre as ações de tomada de decisão apoiada ajuizadas no espaço temporal de 2016 e 2021, para ao final averiguar a sua eficácia social e os moldes de sua interpretação e aplicação.

A pesquisa desenvolvida seguiu a metodologia qualitativa na análise bibliográfica sobre o tema e quantitativa quanto à análise dos dados coletados e compilados. Tais dados foram extraídos dos processos judiciais julgados em primeira instância pelo poder judiciário do Estado do Ceará. A pesquisa foi submetida e autorizada pelo Comitê de Ética da Universidade de Fortaleza e pela presidência do Tribunal de Justiça do Estado, conforme decisão assentada em Procedimento Administrativo no.8500006-97.2022.8.06.0000, para atender aos ditames da Resolução CNJ no.196/96.

2. A Lei no.13.146, de 06 de julho de 2015, institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI),[4] e tem por base a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência - CDPD e o seu Protocolo Facultativo - ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo no.186/2009 e promulgados pelo Decreto no.6.949/2009,[5] marco de sua vigência na ordem interna. Este foi o primeiro tratado a ser ratificado sob o rito do art.5º., § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil,[6] alcançando, por isso, a natureza de norma constitucional.

Coube à LBI o escopo de assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais pela pessoa com deficiência, a fim de concretizar a sua cidadania e inclusão social. Sob o modelo social, passa a compreender a deficiência[4] como um problema social e

[4] H.H. BARBOZA, V. Almeida, *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência à Luz da Constituição da República*, Belo Horizonte, Fórum, 2021, p. 34.

não uma enfermidade ou limitação pessoal intrínseca ao sujeito. Para atender ao escopo convencional e legal, a acessibilidade torna-se o conceito-chave e essencial.

Na explicação de Palacios,[5] a acessibilidade se expressa como princípio, direito e obrigação (Preâmbulo – alínea v; artigo 3, alínea f; artigo 9). No âmbito das políticas de inclusão social, a acessibilidade corresponde a um princípio implícito que se concretiza como uma estratégia transversal para efetivação da igualdade e da não discriminação. Assim como o princípio da igualdade, é um importante vetor interpretativo para superação de lacunas e indeterminações normativas. A acessibilidade se conecta ao princípio da não discriminação, em virtude de sua vocação para a superação das barreiras sociais que dificultam ou impedem a participação e inclusão da pessoa com deficiência nos diversos âmbitos da vida social[6]. Muito embora, a acessibilidade não se limite à ideia de afastamento das barreiras arquitetônicas e urbanísticas.

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência define a acessibilidade no art. 3º., inciso I, como a capacidade e condição de acesso, com segurança e independência, a espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, meios de transporte, informações e comunicações, incluindo seus sistemas e tecnologias, assim como outros serviços e instalações disponíveis ao público, de uso público ou privado de caráter coletivo, tanto em áreas urbanas quanto rurais, por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

Sob a perspectiva obrigacional, duas são as estratégias para a concretização da acessibilidade: o desenho universal e os ajustes razoáveis[7]. A partir da primeira estratégia, o desenho universal, os produtos e serviços correlacionados à participação plena das pessoas na vida social devem ser elaborados e executados de tal forma que possam ser utilizados por todas as pessoas, sem a necessidade de qualquer adaptação. Nos termos do art.3º., inciso II, da LBI, o desenho universal corresponde à "concepção de produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados por todas as pessoas, sem necessidade de adaptação ou de projeto

[5] A. PALACIOS, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Cinca, 2008.

[6] R.A. ROIG, *Sobre la accesibilidad universal* (disponível em https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19288/accesibilidad_asis_PTD_2013.pdf. Acesso em 23/01/2023).

[7] R.A. ROIG, *Sobre la accesibilidad universal*, cit.

específico, incluindo os recursos de tecnologia assistiva".

Se o desenho universal não for suficiente para atender a pessoa ou grupos, em particular, os ajustes razoáveis, serão uma estratégia subsidiária para otimizar o acesso. Na definição aprimorada por Roig, tais ajustes podem ser definidos como aquelas medidas que visam adaptar o ambiente, bens e serviços às necessidades específicas de pessoas em certas condições, como a deficiência. São aplicadas quando o design universal não atende de forma adequada, levando em conta as exigências individuais de cada pessoa. Funcionam como uma estratégia para assegurar a acessibilidade de maneira personalizada e eficaz[8].

Ajustes razoáveis ou adaptações razoáveis, como preferiu a Lei Brasileira de Inclusão, constituem as "adaptações, modificações e ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional e indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que a pessoa com deficiência possa gozar ou exercer, em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos e liberdades fundamentais;" (art.3º., inciso VI).

Considerando o escopo da CDPD e da LBI, é fácil concluir que a acessibilidade constitui um conteúdo essencial para garantia dos direitos humanos da pessoa com deficiência, um requisito para a sua efetiva realização. Para o Tribunal Constitucional Espanhol, "*constituyen el contenido essencial de um derecho subjetivo aquellas facultades o possibilidades de actuación necessárias para que el derecho sea reconhocible como perteneciente al tipo descrito*"[9].

No Brasil, julgado do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial no. 1.912.548 -SP, em 2021, reconheceu a *acessibilidade* como princípio geral e direito humano fundamental, apontando a *deficiência* como um problema social e não uma característica intrínseca à pessoa[10].

---

[8] R.A. ROIG, o.c., p. 3.

[9] Como assinala R.A. ROIG, *Sobre discapacidad yderechos*, Madrid, Dykinson S. L., 20, s/d, p.113, "El Tribunal constitucional español, señaló en su sentencia 11/81 de 8 de abril que para descubrir el contenido esencial de un derecho se debe acudir a la naturaleza jurídica o al modo de concebir y configurar el derecho por parte de la comunidad jurídica. En este sentido, el contenido esencial serían las 'facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose'; o, también 'aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos' ".

[10] Trecho *in verbis*: "3. A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência alçou a acessibilidade a princípio geral a ser observado pelos Estados Partes,

A decisão citada reflete a extensão da acessibilidade como um conceito essencial indispensável à inclusão e à participação que não se subsume à mera eliminação das barreiras sociais. Vai além, para garantir a integração da funcionalidade do sujeito para permitir sua efetiva inclusão participativa. Sob a legalidade constitucional, a acessibilidade assume notável função hermenêutica e integradora do sistema para permitir uma interpretação evolutiva e dinâmica das regras jurídicas que tratam sobre o tema[11]. Caberá ao intérprete perquirir sobre a *ratio iuris* da norma a cada oportunidade de sua aplicação.

3. As alterações produzidas pela CDPD e LBI repercutiram fortemente no Direito Civil brasileiro. Por meio do princípio convencional da acessibilidade, do respeito à autonomia e liberdade para realização das próprias escolhas (art.3º., inciso I) e do reconhecimento da capacidade jurídica, em igualdade de condições com as demais (art.12), o regime das incapacidades sofreu alterações significativas, comandando reformas importantes no plano do direito protetivo.

Ante a polêmica gerada pelo teor do art. 12, o Comitê sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, órgão da ONU instituído pelo art. 34 e seguintes da CDPD, publicou a Observação Geral no.01/2014, com a interpretação oficial do dispositivo[12].

Por meio dessa Observação Geral, o Comitê esclarece a distinção que a

---

atribuindo-lhe, também, o caráter de direito humano fundamental, sempre alinhado à visão de que a deficiência não é problema na pessoa a ser curado, mas um problema na sociedade, que impõe barreiras que limitam ou até mesmo impedem o pleno desempenho dos papéis sociais."

[11] Como orienta Pietro Perlingieri, O *Direito Civil na legalidade constitucional*, trad. Maria Cristina De Cicco, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 617, "a norma nunca está sozinha, mas existe e exerce a sua função dentro do ordenamento, e o seu significado muda com o dinamismo e a complexidade do próprio ordenamento; de forma que se impõe uma interpretação evolutiva da lei.".

[12] "En el artículo 12, párrafo 2, se reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones conlas demás en todos los aspectos de la vida. La capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho. La capacidad jurídica de ser titular de derechos concede a la persona la protección plena de sus derechos por el ordenamiento jurídico. La capacidad jurídica de actuar en derecho reconoce a esa persona como actor facultado para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin. El derecho al reconocimiento como actor jurídico está establecido en el artículo 12, párrafo 5, de la Convención, en el que se expone la obligación de los Estados partes de tomar "todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y [velar] por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria".

CDPD fez entre os conceitos de capacidade jurídica e capacidade mental. A primeira é compreendida como a capacidade que tem o sujeito de ser titular e de direitos e obrigações e de exercer esses direitos e obrigações. Enquanto a segunda, corresponde à aptidão que tem uma pessoa para a tomada de decisões, o que pode ser variável de uma pessoa para outra, conforme suas condições pessoais, e familiares, fatores sociais, culturais e ambientais.

O grande diferencial é o de que essa capacidade mental não poderá ser utilizada, segundo o art.12, da CDPD, para negar ou restringir a capacidade jurídica à pessoa. Embora a tradição civilista justifique a restrição ou negação da capacidade jurídica de exercício à pessoa com deficiência intelectual e/ou psíquica, uma tal solução passa a contrariar o teor da Convenção[13]. Conquanto a falta de capacidade mental possa comprometer a compreensão do sujeito para firmar certos negócios jurídicos, caberá aos Estados estruturar as medidas de apoio para que, na interdependência, possa desenvolver sua capacidade de decidir e praticar os atos de sua vida. Tais medidas comporão o chamado sistema de apoio que deve substituir o tradicional modelo substitutivo de vontade que, no Brasil, estava consubstanciado na curatela total e parcial (na Itália, por exemplo, correspondia à tutela e a curatela).

Em referência à acessibilidade, a garantia da capacidade jurídica em igualdade de condições é uma estratégia de desenho universal; enquanto o apoio ao seu exercício se conforma como um ajuste razoável[14].

Para a facilitação do exercício da capacidade jurídica pela pessoa com

[13] De acordo com o artigo 12 da Convenção, limitações na capacidade mental, sejam elas reais ou presumidas, não devem ser usadas como justificativa para negar a capacidade jurídica de uma pessoa. Esse direito é inerente a todos, inclusive às pessoas com deficiência, e possui duas dimensões fundamentais. A primeira é ser titular de direitos e ser reconhecido como pessoa jurídica perante a lei, o que inclui, por exemplo, ter uma certidão de nascimento, acesso a cuidados médicos, registro eleitoral ou a possibilidade de solicitar um passaporte. A segunda é a legitimidade para exercer esses direitos e ter suas ações reconhecidas legalmente, o que frequentemente é negado ou restringido às pessoas com deficiência. Por exemplo, a lei pode reconhecer que elas possuam bens, mas nem sempre respeita suas decisões para comprar ou vender esses bens. A capacidade jurídica significa que todas as pessoas têm o direito de agir legalmente, simplesmente pelo fato de serem humanas, e ambas as dimensões devem ser reconhecidas de forma conjunta e inseparável. Além disso, o conceito de capacidade mental é complexo e não um fenômeno objetivo ou científico; ele é influenciado por fatores sociais e políticos, assim como pelas práticas que dominam sua avaliação. (ONU. Organização das Nações Unidas. Observação Geral no.01 (2014). Disponivel em: <Observación general Nº 1 (2014)>. Acesso em: 23/01/2023.

[14] R.A. ROIG, *Sobre discapacidad y derechos*, cit., p.108 ss.

deficiência, a CDPD impôs aos estados signatários o dever de estruturar um sistema de apoio (art.12, item 3): "3. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal". Na interpretação desse dispositivo, há que se considerar o viés axiológico da Convenção que impõe a proteção e promoção dos direitos humanos de todas as pessoas com deficiência, especialmente no âmbito da acessibilidade, autonomia e liberdade de escolha, o que é extensivo àquelas que precisam de apoio mais intenso (art.3º., *a*; Preâmbulo).

Conforme o art. 12, item 4, da CDPD, os apoios deverão ser balizados como salvaguardas apropriadas para prevenir eventuais abusos e desvio de finalidade, garantindo-se que sejam estabelecidos *i)* mediante o respeito pelos direitos da pessoa apoiada, sua vontade e preferências, exatamente para o fim de lhes preservar a liberdade de escolha; *ii)* a salvo de conflito de interesse; *iii)* pelo menor tempo possível; *iv)* de forma proporcional e apropriadas às circunstâncias da pessoa; e *v)* passíveis de revisão pela autoridade competente, independente e parcial.

O sistema de apoio se distancia do direito protetivo tradicional pelo afastamento da interdição e da representação substitutiva de vontade, mediante o respeito da capacidade jurídica, vontade e preferências da pessoa apoiada. Se houver necessidade de representação, esta recairá sobre questões específicas, pontualmente delimitadas. Destaca-se também que o suporte ao exercício da capacidade se estende por todo processo de tomada de decisões e não apenas sobre o momento da celebração do negócio jurídico.

Na mesma direção, a LBI reafirmou o reconhecimento da capacidade jurídica das pessoas com deficiência, nos artigos 6º. e 84, da LBI e revogou, por meio do art.114, os dispositivos do Código Civil que utilizavam a deficiência como critério para mitigação dessa capacidade, atribuindo nova redação aos artigos 3º. e 4º, que tratam da incapacidade civil absoluta e incapacidade civil relativa.[15] Alterou alguns aspectos da curatela que, na legislação processual

[15] J.B. DE MENEZES, *A capacidade jurídica pela Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e a insuficiência dos critérios do status, do resultado da conduta e da funcionalidade* in *Pensar: Revista de ciências juridicas*, v. 23, n. 2, 2018, p. 1 ss. Disponível em: https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/7990/pdf. Acesso em: 23/01/2023.

continua sendo estabelecida por meio da ação de interdição (art.757, Código de Processo Civil) e, por meio do art.116, introduziu a tomada de decisão apoiada no Código Civil, aditando-lhe o art.1.783-A com os seus respectivos parágrafos.

4. O apoio consiste no suporte, ajuda ou assistência (no sentido coloquial e não o sentido jurídico) à pessoa com deficiência para que possa tomar as decisões pertinentes à prática dos atos da vida civil, a partir do exercício da sua capacidade jurídica. Respeitadas a sua vontade e aptidão decisória[16], os Estados signatários deverão estruturar e disponibilizar as medidas de apoio, sempre considerando: a premissa assinalada no preâmbulo da CDPD, alínea j, quanto ao reconhecimento da "necessidade de promover e proteger os direitos humanos de todas as pessoas com deficiência, inclusive daquelas que requerem maior apoio"; o princípio convencional, previsto no artigo 3, alínea a), quanto ao "respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas;" e, adicionalmente, a exigência prelecionada no artigo 12, item 4, de que "as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida (...)".

Dito isto, como resposta preliminar à pergunta acima formulada, entende-se que apenas a tomada de decisão apoiada constitui um instrumento de apoio ao exercício da capacidade jurídica.[17] Ainda que a LBI haja reformulado um

[16] F.J. BARIFFI, *El régimen jurídico internacional de la capacidade jurídica de las personas con discapacidad*, Madrid, Grupo Editorial Cinca, 2014, p. 368.

[17] O instituto da curatela previsto no Código Civil Brasileiro (Lei nº10.416/2002, art.1.767, CC) e na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº13.146/2015, art.84) corresponde à antiga tutela que se estabelecia pela "interdizione", no direito italiano. No Brasil, a curatela, no entanto, subsiste como uma medida extraordinária que não impõe a incapacidade civil absoluta à pessoa com deficiência, mas apenas a incapacidade relativa (Código Civil, art.1.767, inciso I combinado com o art.4º. inciso III). A tomada de decisão apoiada, por seu turno, instituída pelo art.116, da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência que acrescentou o art.1.783-A ao Código Civil Brasileiro, não possui correspondência no direito italiano, conquanto possa se assemelhar à *amministrazione di sostegno.* A tomada de decisão apoiada é um processo judicial em que a pessoa com deficiência, plenamente capaz, requer a homologação de um acordo de apoio firmado com dois apoiadores, pessoas com quem tem vínculo de confiança e afetividade. Nesse termo de acordo, deve constar o objeto do apoio, o compromisso dos apoiadores e o prazo de sua vigência. A legitimidade ativa para requerer a tomada de decisão apoiada é exclusiva da pessoa com deficiência que, inclusive, poderá pedir a sua revogação antes de transcorrido o prazo fixado para o apoio. Difere da amministrazione di sostegno que pode ser proposta pela pessoa interessada, prevendo uma eventual e futura incapacidade; mas que também pode ser estabelecida pelo juiz em decisão fundamentada, circunstância na qual o administrador de apoio será preferencialmente o cônjuge ou convivente

pouco o instituto da curatela para atender às pessoas com deficiência, provendo-lhes um "apoio" mais intenso, a prática mostra que o instituto tem reproduzido as mesmas características adotadas anteriormente, persistindo como um mecanismo de substituição de vontade.

Ademais, como se verifica no art.85, da LBI, em combinação com o art.1.767, do Código Civil, a decretação da curatela acaba por resultar na mitigação ou nulificação da capacidade civil e, por esta razão, foge aos limites e objetivos do apoio. Há, contudo, autores abalizados que compreendem de modo distinto, atribuindo a natureza de apoio à curatela reformada pela LBI[18].

O apoio, contudo, diverge da assistência comum ao Direito Civil porque a atuação do apoiador não se subsume a uma participação específica no momento da formalização do ato ou negócio jurídico. O apoio se materializa bem antes, no suporte à pessoa durante todo o processo de tomada de decisão, mediante a decodificação de informações, facilitação da comunicação, ponderação quanto às consequências da escolha, dentre outros aspectos. Em última instância, o apoiador também acompanhará o apoiado no desfecho do processo decisional que é a formalização do ato jurídico[19].

Observa-se, em suma, que a ideia do apoio não é decorrente de mera ficção jurídica, mas da própria experiência humana que inspira as relações de interdependência na vida social.

Conforme o *III Relatório Nacional de Cumprimento da Convenção Interamericana para Eliminação de todas as formas de discriminação contra pessoas com*

---

de fato, o pai, a mãe, filho, parente colateral de até quarto grau. M. PINI, *Amministrazione di sostegno e interdizione*. La reforma del sistema di protezione delle persone prive di autonomia. Milano, 2004.

[18] "No plano da lei processual, o art.758 determina que o curador busque tratamento e apoio apropriado à conquista da autonomia pelo curatelado. (...) Desse modo, é necessário examinar os instrumentos de apoio à promoção da autonomia da pessoa com deficiência intelectual, seja por meio da representação ou assistência formalizados através da curatela ou do inovador instituto da tomada de decisão apoiada, seja mediante mecanismos de expressão da autonomia existencial para o futuro, por meio de diretivas antecipadas, das procurações de saúde (health care proxies), ou da chamada autocuratela". V. ALMEIDA, *A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela*, Belo Horizonte, Fórum, 2019, p.197.

[19] Na explicação de Francisco Bariffi: "*el apoyo al que se refiere el apartado 3 incluye los mecanismos necessários para garantizar que cualqueir persona con discapacidad pueda, con autonomia, independência y libertad, ejercer su capacidad jurídica en relación con todos los aspectos de la vida, lo que implica en la práctica reconocimiento de la plena garantia de la accesibilidad em todas sus dimensiones*". F.J. BARIFFI, *El régimen jurídico internacional de la capacidade jurídica de las personas con discapacidad*, cit., p.372.

deficiência (CIADDIS) e o Programa de Ação para a Década das Américas pelo direito e pela dignidade das pessoas com deficiência (PAD), apresentado pelo Brasil à Organização dos Estados Americanos – OEA, apenas a tomada de decisão apoiada foi considerada um mecanismo de apoio implementado pelo país[20].

Há pessoas que, pela ausência de capacidade mental para tomar suas próprias decisões necessitará de apoios mais intenso e, relativamente esses casos, a questão se torna mais complexa porque, sob a principiologia da CDPD, não caberá o uso da substituição de vontade. O exercente do apoio mais intenso terá sempre o dever inescusável de agir em atenção à vontade tácita ou expressa do apoiado, considerando seus desejos e preferências, na composição daquilo que se entenda como a melhor escolha para ele. Não caberá ao apoiador agir segundo seu talante, para sujeitar o apoiado.

Na hipótese em que a pessoa não puder manifestar sua vontade e se fizer necessária a representação, esta deverá ser circunscrita às questões pontualmente consideradas e delimitadas em sentença judicial. Seriam as chamadas ações de representação que requerem: decisão judicial; delimitação acurada do ato/negócio a ser celebrado mediante representação; diligência do representante em buscar a concretização das intenções, preferências, desejos e vontade da pessoa. Conclui-se que, se a pessoa não tiver nenhuma capacidade mental e, por isso não puder tomar decisões nem mesmo sob apoio, será possível a representação, mas, repita-se, "el representante no puede decidir sobre su mejor critério, sino siempre teniendo em cuenta la voluntad presunta de la persona"[21].

A opção de estados-signatários como o Brasil, em reformular a curatela para adequá-la aos ditames convencionais não se afigura como a melhor solução. A trajetória histórica do instituto mostra, de forma indelével, a força de sua função substitutiva de vontade que persiste, na prática, mesmo após os reparos legislativos[22]. Por essa razão, Bariffi[23] confronta a solução do Direito Civil

---

[20] BRASIL. *III Relatório Nacional de Cumprimento da Convenção Interamericana para Eliminação de todas as formas de discriminação contra pessoas com deficiência (CIADDIS) e o programa de ação para a década das américas pelo direito e pela dignidade das pessoas com deficiência (PAD).* Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/atuacao-internacional/relatorios-internacionais-1/CEDDIS.pdf. Acesso em 31/01/2023.

[21] F.J. BARIFFI, *El régimen jurídico internacional de la capacidade jurídica de las personas con discapacidad*, cit., p. 380.

[22] J.B. DE MENEZES, F.L.L. RODRIGUES, M.C.B. MORAES, *A capacidade civil e o sistema de apoios no Brasil*, in *Capacidade jurídica, deficiência e Direito Civil na América Latina. Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e Peru*, Indaiatuba, Foco, 2021, p. 107.

tradicional de preservar a interdição, alternativa que não se afigura como uma opção válida após o advento da CDPD.

Tanto assim o é, que o relatório do Comitê sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência da ONU, encarregado de fiscalizar o cumprimento dos deveres impostos aos países signatários pela Convenção, registrou como ponto negativo para o Brasil, a preservação das medidas substitutivas de vontade na sua legislação, recomendando a imediata reformulação.[24]

Assim, entende-se que apenas a tomada de decisão apoiada se apresenta como um instrumento de apoio. Infelizmente, porém, o perfil estrutural estabelecido pela lei para o instituto só se presta a atender aquelas pessoas com deficiência leve e moderada. Nos casos de deficiência grave, quando o sujeito já não puder manifestar a sua vontade, a curatela tem sido a alternativa aplicável (art.84, §1º. da LBI e art.1.767, inciso I, do Código Civil).

Propõe-se a revitalização do instituto a partir da legalidade constitucional, de sorte a prestigiar a *ratio iuris* para otimizar e viabilizar a autonomia do sujeito

---

[23]Assim, F.J. BARIFFI, *El régimen jurídico internacional de la capacidade jurídica de las personas con discapacidad*, cit., p. 453, "25. *El artículo 12(2) debe entenderse como una verdadera "garantía" de goce y ejercicio de los derechos humanos de las personas con discapacidad más básicos y fundamentales, como la vida, la integridad física y psíquica, la igualdad y la libertad. Se trata de una "garantía" de la persona tanto frente al poder del Estado como frente a la acción u omisión de otras personas. Y como garantía que pre- tende resguardar derechos que forman parte del estándar mínimo y universal de los derechos humanos, debe ser operativa y de aplicación directa por cualquier autoridad judicial, irrenunciable, y no sujeta de restricciones o suspensiones. Como consecuencia de ello, el artículo 12(2) impone a los Estados el deber de garantizar que ninguna persona con discapacidad sea restringida en el goce y ejercicio de su capacidad jurídica por motivo de su discapacidad, lo cual supone en un sentido muy general que la opción de "proteger" a las personas con discapacidad mediante la institución jurídica de la "incapacitación" y la "representación sustitutiva en la toma de decisiones", (tenga esta nombre de tutela, curatela, guarda, o cualquier otra), "no puede seguir siendo" una opción posible o válida a la luz de lo que estipula la CDPD.*"

[24] De acordo com o relatório da ONU, o EPD não está adequado aos ditames da Convenção. Supõe-se que essa possibilidade de substituição da vontade pela curatela que, acaba remetendo a pessoa a condição de relativamente incapaz, seja o ponto objeto de maior crítica. "III. *Principal areas of concern and recommendations. A. General principles and obligations (arts. 1-4) (...) 6. The Committee is concerned at the lack of a coherent and comprehensive disability strategy to implement the human rights model of disability established in the Convention and harmonize the State party's legislation, policies and programmes. 7. The Committee recommends that the State party develop a disability strategy to implement the human rights model of disability. The Committee further recommends that, in consultation with organizations of persons with disabilities, the State party initiate a systematic review of existing legislation, policies and programmes and, where necessary, brings them into line with the Convention. This should include a review of any legislation, policies or programmes upon which the rights of persons with disabilities are restricted or denied on the basis of impairment, or where services or benefits to persons with disabilities lead to their segregation or exclusion. 8. The Committee is concerned that the Statute of Persons with Disabilities does not meet all of the State party's obligations under the Convention.*" Disponível em: http://acnudh.org/comite-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-crpd-2015/ . Acesso em 10/03/2023.

que demanda o apoio. Com segurança, a unidade do sistema jurídico permitirá a conjunção de variadas soluções que convergirão para potencializar a autonomia da pessoa.

4.1. A tomada de decisão apoiada – TDA, instituída pela LBI (art.84, §2º. c/c art.116), é atualmente prevista no art. 1.783-A e §§ do Código Civil. Seu perfil funcional é o de promover o apoio ao exercício da capacidade jurídica, mas a sua estrutura, porém, não permite o suporte necessário aos casos de deficiência grave.

Explica-se: a TDA constitui um processo de jurisdição voluntária, por meio do qual a pessoa com deficiência requer a homologação de um acordo de apoio firmado com duas pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculo e que gozem de sua confiança, para que possam lhe prestar o apoio devido na tomada de decisões acerca de atos da vida civil. O acordo de apoio especificará o tipo, o âmbito e os limites do apoio a ser concedido, o prazo de sua vigência e o compromisso dos apoiadores em prestá-lo com isenção, respeito aos direitos, interesses, vontades e preferências do apoiado.

Dirigido o pedido de homologação ao juízo, este ouvirá o Ministério Público e, assistido por equipe multidisciplinar, também ouvirá a pessoa do requerente e seus indicados apoiadores. Homologado o pedido de TDA, a capacidade jurídica da pessoa com deficiência será preservada e exercida com o suporte e orientação necessários dos apoiadores que não exercerão poderes de assistência ou representação nos moldes típicos da curatela.

A particularidade da TDA está na legitimidade do apoiador para se opor à celebração de negócio jurídico pelo apoiado, quando dele discordar por entender que tal negócio poderá lhe trazer riscos ou prejuízo relevante. Apresentará a sua oposição ao juiz que, após ouvir o Ministério Público, decidirá sobre a questão. A lei não menciona sobre a eventual citação da pessoa apoiada em uma demanda dessa ordem, mas, em respeito ao contraditório e à ampla defesa, estima-se que seja ouvida antes da decisão judicial. A lei também não foi suficientemente clara quanto aos aspectos processuais da TDA sobre essa fase de insurgência do apoiador contra decisão do apoiado. E a experiência jurisprudencial é praticamente nula, dado à baixa eficácia social do instituto.

A qualquer tempo o requerente do apoio poderá pedir a sua extinção e, de

igual modo, o apoiador também poderá requerê-la. Neste último caso, o desligamento do apoiador estará condicionado à prestação e julgamento das suas contas, como se faz nas curatelas.

Em se tratando de alguém com restrições comunicativas ou com déficit maior à sua capacidade mental, não restará outra alternativa além da curatela que, na prática corrente, vem sendo aplicada com pouca parcimônia.

4.2. À deficiência severa aplica-se a solução da curatela estabelecida por meio da antiga ação de interdição, medida que ainda persiste no Brasil, sob disciplina do atual Código de Processo Civil (CPC). Por seu intermédio, institui-se a curatela (art.1.757, Código Civil) e o interditado, ora curatelado, passará, nos moldes da legislação civil, à condição de relativamente incapaz (art.4º., III, Código Civil). Embora ocupe a condição de relativamente incapaz, a curatela poderá fixar para o curador, poderes de representação legal.

A LBI empreendeu um esforço para adaptar a curatela como instrumento de apoio, disciplinando-a como uma medida extraordinária, temporária e proporcional à necessidade e circunstâncias de cada caso. Também restringiu a sua incidência às questões patrimoniais, afastando-a das decisões sobre o direito ao próprio corpo, a sexualidade, o matrimônio, a privacidade, a educação, a saúde, o trabalho e o voto (art.85, *caput* e § 1º).

Com o mesmo objetivo, o CPC procurou aproximar a interdição dos objetivos da Convenção, ao dispor que a curatela deverá ser fixada em atenção às estreitas necessidades do curatelado que, por sua vez, deve ter as suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências observadas (art.751). Contudo, a curatela continua figurando como uma medida ordinariamente utilizada para, mediante substituição de vontade, representar o curatelado em total negligência à sua autonomia, vontades e preferências, inclusive, em situações jurídicas subjetivas existenciais.

A despeito da literalidade da lei, a *VIII Jornada de Direito Civil* promovida pelo Conselho de Justiça Federal, órgão do Superior Tribunal de Justiça aprovou o enunciado nº 637 que admite a representação nos casos de curatela, inclusive,

para questões existenciais.[25] Em momento posterior, o Superior Tribunal de Justiça reafirmou a força do instituto da curatela em dois recursos[26].

A curatela é usada com criticável recorrência para facilitar o acesso da pessoa aos benefícios previdenciários e assistenciais. E, na compreensão e leitura dos próprios familiares, esse instituto é o que traz maior proteção à pessoa com deficiência, especialmente por favorecer o seu direito previdenciário, na falta dos pais.

O uso inapropriado da curatela mostra que o sistema de apoio não foi implementado adequadamente no Brasil. A tentativa de fazer da curatela um instrumento de apoio mais intenso não conseguiu apagar a função substitutiva de vontade que o instituto assumiu ao longo da história, como uma medida decorrente da interdição.

Informações colhidas do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará mostram que no ano de 2020, foram protocoladas um total de 3.720 curatelas, sendo 1.187 na cidade de Fortaleza, Capital do Estado e as demais nas comarcas do interior. No ano de 2021, o número caiu para 1.343, sendo um total de 454 na cidade de Fortaleza, capital do Estado. No mesmo período, apenas dois processos de tomada de decisão apoiada foram protocolados um total de 454 na Cidade de Fortaleza, capital do Estado. No mesmo período, apenas dois processos de tomada de decisão apoiada foram protocolados, um em cada ano, nas comarcas dos municípios de Tabuleiro do Norte e Itapipoca, respectivamente.

5. Como objetivo geral da pesquisa[27], impôs-se analisar a utilização e aplicação da ação de tomada de decisão apoiada no âmbito do poder judiciário

[25]Enunciado 637 – Art. 1.767: Admite-se a possibilidade de outorga ao curador de poderes de representação para alguns atos da vida civil, inclusive de natureza existencial, a serem especificados na sentença, desde que comprovadamente necessários para proteção do curatelado em sua dignidade.

[26] Recurso Especial no. REsp 1.645.612/SP, admitiu-se a excepcionalidade de o curador provisório exercer a legitimidade ativa para pleitear o divórcio do curatelado. Recurso Especial – REsp 1.927.423/SP, confirmou-se a mitigação da capacidade jurídica pela curatela, justificando que, após à CDPD e LBI, só não se pode declarar a incapacidade absoluta da pessoa com deficiência. Sob curatela, a pessoa é relativamente incapaz.

[27] A pesquisa intitulada "A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência e a atuação do Poder Judiciário em face da tomada de decisão apoiada" foi desenvolvida pelos autores do presente artigo, sob a coordenação da primeira autora. O projeto concorreu e venceu seleção pública promovida pela Fundação Edson Queiroz/Universidade de Fortaleza (Unifor)

estadual, no período entre os anos de 2016 a 2021. Dentre os objetivos específicos, buscou-se identificar os termos nos quais as ações de TDA foram propostas e como foram julgadas, visando observar a adesão dos sujeitos do processo aos princípios e normas da Convenção e da LBI, sobretudo quanto à preservação da capacidade jurídica das pessoas requerentes do apoio. Perscrutou-se sobre a eficácia social da tomada de decisão apoiada e o modo como o Judiciário interpretou e aplicou o instituto. De modo mais específico, a análise intentou verificar a possibilidade de sua aplicação dinâmica e evolutiva para garantia de ampla acessibilidade ao suporte pela pessoa com deficiência.

Em razão da complexidade e da extensão do objeto de estudo, foi necessária a adoção de diferentes estratégias de pesquisa: pesquisa bibliográfica e documental, mediante as quais foram coletados dados tratados através de uma abordagem qualitativa e quantitativa.

Partiu-se de um planejamento metodológico no qual seriam investigados os processos judiciais de tomada de decisão apoiada em trâmite no e-SAJ do Judiciário cearense, protocolados e julgados nas comarcas correspondentes às cidades mais populosas de cada uma das mesorregiões reconhecidas pelo IBGE no Estado do Ceará,[28] durante o período compreendido entre os anos de 2016 a 2021[29].

Para fins de coletar, organizar e compilação foi elaborado um instrumento de coleta de dados, que segue abaixo, com vistas a permitir a mensuração das variáveis relevantes à pesquisa.

Com o recorte espacial e temporal aplicado, estimava-se observar a aplicação da LBI e, em especial, do instrumento de apoio mencionado, passados os seis anos do início de sua vigência. O resultado não foi animador. Em todo o

---

por meio do Edital no. 50/2021 tendo recebido financiamento para execução dos trabalhos pelo período de um ano. Integraram a equipe de pesquisa o Professor Dr. Francisco Jose Bariffi, Professor da Universidad Nacional de Mar del Plata/Argentina, e Maria Heloisa Alves, aluna da graduação em Direito da Universidade de Fortaleza na qualidade de bolsista de iniciação científica.

[28] Noroeste Cearense, Norte Cearense, Região Metropolitana de Fortaleza, Sertões Cearenses, Jaguaribe, Centro-Sul Cearense e Sul Cearense.

[29] O acesso aos processos ocorreu após encaminhamento de pedido de quebra de sigilo dos dados, mantendo-se o compromisso de confidencialidade de que os dados obtidos com as informações dos processos seriam utilizados apenas para os fins propostos na pesquisa, mantendo-se o sigilo referente às informações pessoais das partes do processo. O projeto foi submetido e aprovado pelo Comitê de Ética em Pesquisa da Universidade de Fortaleza.

Estado do Ceará, durante todo o período pesquisado, foram identificados apenas oito processos que tinham pertinência com a tomada de decisão apoiada. Em nenhum dos oito processos analisados foi feita a classificação correta da ação no sistema eletrônico processual (e-SAJ), em que pese a classe da ação de tomada de decisão apoiada esteja disponível no sistema desde o ano de 2017.

Dos oito processos, apenas cinco puderam ser considerados como pertinentes ao objeto de estudo, haja vista que em três deles a pessoa a quem se referia o apoio, faleceu durante o trâmite processual. Dos cinco processos que foram analisados, dois foram ajuizados em cidades do interior cearense (Tabuleiro do Norte e Itapipoca) e os demais em Fortaleza[30]. Com exceção de uma ação iniciada pela Defensoria Pública, os demais foram patrocinados por advogado ou advogada particular.

A análise das petições iniciais já demonstrou efetiva confusão entre o que seria tomada de decisão apoiada e curatela. Tanto a elaboração do termo de apoio em si quanto os pedidos não traduziram a estrutura do instituto. Os pedidos se apresentaram de modo genérico e solicitaram o estabelecimento da TDA por tempo indeterminado e conferindo aos apoiadores poderes de representação para os atos patrimoniais, sem distinção com o que se verifica na curatela/interdição.

Embora o cerne estrutural da TDA seja os termos do apoio, em atenção ao *caput* e parágrafos do art.1.783-A, do Código Civil, não se observou maior atenção a esses elementos. Notou-se uma reprodução da mesma redação, como se seguissem um formulário padrão para todos os casos. De modo geral, houve atribuição de poderes genéricos e ilimitados aos apoiadores para gestão de atos patrimoniais e cláusula de renúncia a administração da vida financeira, o que não se justifica diante da plena capacidade da pessoa apoiada.

Foi estabelecida a representação como regra nos atos de apoio, o que se viu ratificado nos pedidos, dado que foi acolhido por todos os atores do processo. Em um dos processos foi estabelecido o poder de assistência comum à tutela de pessoas relativamente incapazes. A representação foi instituída como

[30] Processo n. 0112620-46.2019.8.06.0001; Comarca Fortaleza/Ce; 18a Vara De Família.
Processo n. 0142170-86.2019.8.06.0001; Comarca Fortaleza-Ce; 11ª Vara De Família.
Processo n. 0050277-58.2020.8.06.0169; Comarca Tabuleiro Do Norte-Ce; Vara Única.
Processo n. 0051219-66.2021.8.06.0101; Comarca Itapipoca-Ce; 1ª Vara Cível.
Processo n. 0269228-67.2022.8.06.0001; Comarca Fortaleza/Ce; 9ª Vara De Família.

representação legal e substitutiva de vontade. Não houve referência à nomeação de apoiadores como representantes convencionais. Além de não estabelecer definição temporal e/ou período de revisão para o apoio, não se observaram limites precisos para a representação. O Ministério Público participou de todos os processos.

Das ações examinadas, duas estão em tramitação e não têm sentença[31]. Em um dos processos[32], promovido pela Defensoria Pública, o termo de apoio foi apresentado com apenas um apoiador e assim foi homologado por sentença.

A ação proposta perante o juízo da Comarca de Itapipoca tinha por objeto a destituição de curador anteriormente nomeado para pessoa com deficiência visual e a conversão da ação em pedido de tomada de decisão apoiada, o que foi deferido preliminarmente. Durante o curso do processo, apoiadores e apoiado desistiram dos termo do acordo e solicitaram a extinção do processo com o reconhecimento da plena capacidade civil da pessoa com deficiência para a prática dos atos da vida civil.

Em apenas um processo (0112620-46.2019.8.06.0001) ocorreu a nomeação de duas apoiadoras para pessoa com deficiência. A sentença confirmou a plena capacidade do requerente, nomeou as apoiadoras por tempo indeterminado, as quais ficaram incumbidas de subscrever, conjuntamente com o apoiado, todos os atos de gestão patrimonial. Não foi feita gradação na intensidade do apoio na medida que o tempo for passando.

Verificou-se que mesmo passados seis anos do início da vigência da Lei Brasileira de Inclusão, o conhecimento sobre o sistema de apoio e seu principal instrumento foi pouco ou quase nada conhecido da sociedade de modo geral. Mesmo entre aqueles que, em tese, poderiam manejar a TDA com rigorosa e benéfica adequação, agiram em total desconhecimento.

Necessários que se envidem esforços de múltiplas instituições como Universidades, Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Ordem dos Advogados do Brasil, e todas mais que possam auxiliar do trabalho de conhecimento e sua disseminação sobre a tutela e promoção dos direitos da

[31] Processo n. 0269228-67.2022.8.06.0001; Comarca Fortaleza/Ce; 9ª Vara De Família.
Processo n. 0050277-58.2020.8.06.0169; Comarca Tabuleiro Do Norte-Ce; Vara Única.

[32] Processo n. 0142170-86.2019.8.06.0001; Comarca Fortaleza-Ce; Juízo Competente 11 Vara De Família.

pessoa com deficiência. Para tanto, necessário que os envolvidos estejam capacitados e atentos ao que dispõe a LBI.

Mediante união de esforços sociais e institucionais é que será possível a superação de todas as dificuldades na correta aplicação da lei e o alcance da concretização da norma constitucional.

6. O estado brasileiro subscreveu e ratificou a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo, em 2008, por meio do Decreto no.186 com *status* de norma constitucional em razão do quórum qualificado previsto no art.5º., parágrafo terceiro da Constituição da República. Para atender aos ditames formais de internacionalização dos tratados, decreto presidencial de nº 6.949, de 2009 realizou a suapromulgação.

Com vistas ao atendimento ao texto convencional, em 2015, promulgou a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – LBI que reconheceu a capacidade jurídica da pessoa com deficiência. Como medida de apoio, acrescentou ao Código Civil a tomada de decisão apoiada e modificou a curatela, destinada àqueles que não pudessem manifestar sua vontade.

Verifica-se que o sistema de apoio ao exercício da capacidade jurídica da pessoa com deficiência não foi satisfatoriamente implementado pela Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. A tomada de decisão apoiada sendo a única figura que, conforme a doutrina internacional, reúne características de apoio mas não intenta assegurar o suporte necessário àquelas pessoas com deficiência mais severa. Para essas situações a alternativa seria a curatela que, a despeito dascaracterísticas legais, tem reproduzido, na prática dos tribunais, o sistema substitutivo de vontade outrora vigente.

A tomada de decisão apoiada não logrou adesão da população e tampouco a compreensão adequada pelos aplicadores do direito, o que pode ser comprovado mediante pesquisa feita no âmbito do Judiciário Cearense.

Na esfera judicial, dos oito processos localizados, apenas cinco foram analisados e somente em dois houve julgamento. Verificou-se que as ações foram ajuizadas com classificações diversas e inadequadas. Numa análise mais acurada, percebe-se que os pedidos iniciais confundem tomada de decisão apoiada cm curatela e não há um único termo de apoio elaborado com observância na LBI e na CDPD. Estabelece-se representação como regra com cláusula de renúncia à

vida financeira na maior parte dos processos. Nem Ministério Público e nem Magistratura atentaram-se para a ausência de limites temporais e de poderes conferidos aos apoiadores.

Diante da situação tanto grave como desfuncionalizada, é necessário intensificar a disseminação do conteúdo da LBI e da CDPD e promover ajustes sociais e institucionais para a eficácia do sistema de apoio estabelecido no bojo da diretriz constitucional desde o texto convencional.

Fortaleza, novembro 2024

Abstract

A pesquisa apresenta panorama sobre sistema de apoio no Brasil após a inserção, no ordenamento jurídico nacional, do texto da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência como norma constitucional e da promulgação da Lei Brasileira de Inclusão. Analisa-se o direito fundamental à acessibilidade e o novo perfil da capacidade jurídica da pessoa com deficiência mediante o apoio. Faz-se estudo sobre a curatela e a tomada de decisão apoiada para concluir que, no Brasil, o único instrumento de apoio é a tomada de decisão apoiada, mas não obteve aderência social e na prática jurídica, o que pode ser observado mediante investigação no quantitativa e qualitativa no Poder Judiciário Cearense.

The research presents an overview of the support system in Brazil after the inclusion of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities in the national legal framework as a constitutional norm and the enactment of the Brazilian Inclusion Law. It analyzes the fundamental right to accessibility and the new profile of legal capacity for persons with disabilities through support. The study covers guardianship and supported decision-making to conclude that, in Brazil, the only support instrument is supported decision-making, which, however, has not gained social or legal practice adherence, as observed through quantitative and qualitative research in the Judiciary of Ceará.

Keywords

Direitos da pessoa com deficiência. Capacidade jurídica. Sistema de apoios no Brasil.

Rights of the person with a disability. Legal capacity. Support system in Brazil.

NOTE

MATTIA MILANI*

Il crimen stellionatus[**]

SOMMARIO: 1. L'introduzione della *stellionatus persecutio* e la nozione ulpianea di stellionato. – 2. Le condotte punite a titolo di stellionato. – 3. Gli elementi costitutivi del *crimen stellionatus*. – 4. Il carattere sussidiario del *crimen stellionatus*. – 5. La necessità dell'*accusatio* della parte lesa per la persecuzione del *crimen stellionatus*. – 6. Le sanzioni per i colpevoli di stellionato.

1. Nelle fonti antiche la parola *stellionatus* trova impiego solamente in ambito giuridico[1], dove è utilizzata per indicare un particolare *crimen*, non previsto dalle leggi istitutive delle corti di giustizia permanenti[2], ma introdotto,

---

* *Ricercatore di Diritto romano e fondamenti del diritto europeo presso l'Università degli Studi di Foggia, abilitato alle funzioni di professore di II fascia.*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review.*

[1] Cfr. R. MENTXAKA, *Stellionatus*, in *BIDR*, 91, 1988, pp. 278 s. e 327; L. GAROFALO, *La persecuzione dello stellionato in diritto romano*, Padova, 1998 (ma già 1992), p. 5 s.; ID., *Stellionatus: storia di una parola*, in *Crimina e delicta. Applicazioni normative e costruzioni dottrinali*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2019, p. 32 (apparso per la prima volta in *Arch. giur. F. Serafini*, 220, 2000, p. 415 ss.), anche in ordine all'etimologia della parola *stellionatus*.

[2] Si v. Ulp. 8 *de off. proc.* D. 47.20.3.2, in cui si mette in risalto come né il *crimen stellionatus*, né il castigo derivante dal suo compimento potessero dirsi *legitimi*, vale a dire fondati su una qualche *lex*, aggiungendo che proprio per questo ('*ex hoc*') si diffuse la prassi di perseguire in via straordinaria i responsabili di tale illecito (cfr. L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 23 s. e nt. 96).

L'assenza di previsioni legislative fondanti la repressione dello stellionato emerge anche dalle testimonianze che negano il carattere *publicum* del relativo *iudicium* (Ulp. 6 *ad ed.* D. 3.2.13; Ulp. 3 *de adult.* D. 47.11.3; Pap. 1 *resp.* D. 47.20.1): denominazione, questa, originariamente riservata ai processi celebrati dinanzi alle *quaestiones perpetuae* (cfr. G. PUGLIESE, *Linee generali dell'evoluzione del diritto penale pubblico durante il principato*, in *ANRW*, II.14, Berlin-New York, p. 727; D. MANTOVANI, *Il problema d'origine dell'accusa popolare. Dalla quaestio unilaterale alla quaestio bilaterale*, Padova, 1989, p. 24 s., nt. 67; U. VINCENTI, *Tra iudicium publicum e publica accusatio*, in *Labeo*, 44, 1998, p. 486), ma in prosieguo di tempo impiegata anche per quelli che si svolgevano *extra ordinem*, purché riguardanti crimini aventi un addentellato normativo nelle leggi istitutive delle giurie permanenti: cfr. G.G. ARCHI, *I nuovi frammenti e il diritto criminale romano (Cod. Leid. B.P.L. 2589)*, in *Scritti di diritto romano*, III. *Studi di diritto penale. Studi di diritto postclassico e giustinianeo*, Milano, 1981, p. 1467, già in *Pauli Sententiarum fragmentum Leidense (Cod. Leid. B.P.L. 2589)* ediderunt et commentariis instruxerunt G.G. Archi, M. David, E. Levy, R. Marichal et H.L.W. Nelson, Leiden, 1956, p. 79 ss.; G. PUGLIESE, *Processo privato e processo pubblico*, in *Scritti giuridici scelti*, I, Napoli, 1985, p. 36 (già in *Riv. dir. proc.*, 3, 1948, p. 63 ss.). Sempre a questo genere di illeciti sembra far riferimento Gordiano in CI. 9.34.3 (a. 242), laddove puntualizza che il *crimen stellionatus* non rientrava tra i c.d. *crimina publica* (cfr. L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 29 s.). Intorno alla nozione di *publica iudicia* molto è stato scritto: v. almeno F. BOTTA, *Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa nei publica iudicia*, Cagliari, 1996, p. 23 ss.; S. PIETRINI, *Sull'iniziativa del processo criminale romano (IV-V Secolo)*, Milano, 1996, p. 13 ss.

su impulso dell'autorità imperiale[3], nell'ambito di quella che siamo soliti denominare *cognitio extra ordinem*[4].

Secondo alcuni interpreti, la persecuzione dello stellionato avrebbe preso forma già nel corso del II secolo d.C.[5], ma ben più nutrita è la schiera di coloro che ne collocano l'introduzione ai primi decenni di quello successivo[6].

Risalgono infatti agli inizi del III secolo d.C. – o, al massimo, agli ultimissimi anni di quello precedente[7] – tutti i testi di cui disponiamo che se ne occupano. Non sono però moltissimi: solo il Digesto e il Codice di Giustiniano, infatti, contengono testimonianze riguardanti il *crimen* in oggetto[8].

Il primo conserva dodici frammenti che si riferiscono allo stellionato: quattro di essi, tratti da opere di Papiniano, Ulpiano e Modestino, compongono

---

[3] Cfr. E. VOLTERRA, *Stellionatus*, in *Scritti giuridici*, VII. *Diritto criminale e diritti dell'antico Oriente mediterraneo*, Napoli, 1999, p. 26 ss. (già in *Studi sass.*, serie 2, 7, 1929); L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., pp. 49 ss., che valorizza in particolare due testimonianze, Ulp. 11 *ad ed.* D. 13.7.36 pr. e CI. 9.34.4 pr. (a. 244), nelle quali si afferma che le condotte in esse contemplate (su cui v. *infra*, § 2) erano punite a titolo di stellionato proprio in ragione dei numerosi rescritti imperiali intervenuti in materia; P. STEIN, *Recensione* a L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., in *Iura*, 43, 1992, p. 199.

[4] Si v. Ulp. 8 *ad Sab.* D. 47.20.2, Ulp. 8 *de off. proc.* D. 47.20.3.2 e CI. 9.34.4 pr. (a. 244), tutti riprodotti nelle pagine seguente. In letteratura, v. U. ZILLETTI, *Annotazioni sul crimen stellionatus*, in *Arch. giur. F. Serafini*, 161, 1961, p. 73, e R. MENTXAKA, *Stellionatus*, cit., pp. 279 e 328 s.

[5] Sotto Antonino Pio (138-161 d.C.), per C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, Roma, 1976, p. 404, e U. BRASIELLO, voce *Stellionatus*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 427; al tempo della coreggenza di Marco Aurelio e Lucio Vero (161-169 d.C.), per R. MENTXAKA, *Stellionatus*, cit., p. 328; nel corso della prima metà del II secolo, per L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., pp. 7 e 59 ss.; ID., *Stellionatus*, cit., pp. 33 ss.; durante la seconda metà del II secolo, per A. NOGRADY, *Römisches Strafrecht nach Ulpian. Buch 7 bis 9 De officio proconsulis*, Berlin, 2006, p. 269 e nt. 1347.

[6] Cfr. L. BEAUCHET, voce *Stellionatus*, in *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, IV.2, Paris, 1926, p. 1507; I. PFAFF, voce *Stellionatus*, in *PWRE*, IIIA, Stuttgart, 1929, p. 2327; E. VOLTERRA, *Stellionatus*, cit., p. 26; E. HUPE, *Falsum, fraus und stellionatus im römischen und germanischen Recht bis zur Rezeption. Eine rechtsvergleichende Studie zur Dogmengeschichte der Fälschungsdelikte und des Betruges*, Marburg, 1967, p. 41; P. STEIN, *The Origins*, cit., p. 81; ID., *Recensione*, cit., p. 188; ID., *The Crime of Fraud in the Uncodified Civil Law*, in *Current Legal Problems*, 46.2, 1993, p. 137.

[7] Se si colloca per l'appunto alla fine del II secolo d.C. la composizione dei *libri ad edictum* di Paolo, da cui proviene un frammento del Digesto che richiama il *crimen stellionatus* (Paul. 29 *ad ed.* D. 13.7.16, su cui v. *infra*, § 2): cfr. L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 7 e nt. 12; ID., *Stellionatus*, cit., p. 33. Sulle discussioni riguardanti la datazione del commentario edittale paolino, v. C.A. MASCHI, *La conclusione della giurisprudenza classica all'età dei Severi. Iulius Paulus*, in *ANRW*, II.15, Berlin-New York, 1976, p. 676, e ora A.L. DE PETRIS, *La cronologia dei libri ad edictum*, in G. LUCHETTI, A.L. DE PETRIS, F. MATTIOLI, I. PONTORIERO, *Iulius Paulus. Ad edictum libri I-III*, Roma, 2018, p. 27 ss.

[8] Tutte le opere giuridiche di epoca tardo imperiale, compreso il *Codex Theodosianus*, non fanno riferimento, neppure di sfuggita, allo stellionato: sulle possibili ragioni di questo silenzio, v., con punti di vista differenti, E. VOLTERRA, *Stellionatus*, cit., p. 30 ss.; F. GNOLI, *Hereditatem expilare I: il principio rei hereditariae furtum non fit e la usucapio hereditatis*, Milano, 1984, p. 8 (ora anche in *Scritti scelti di diritto criminale*, a cura di I. Fargnoli, C. Buzzacchi e F. Pulitanò, Milano, 2022, pp. 215 ss.); L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 12 ss.; ID., *Stellionatus*, cit., pp. 36 s.; R. MENTXAKA, *Ancora sullo stellionatus*, in *Labeo*, 42, 1996, p. 493 s.

il breve titolo dedicato all'illecito in questione nel libro 47 dell'antologia giustinianea[9]; altri otto, risalenti a scritti di Ulpiano e Paolo, sono sparsi invece all'interno di libri o di titoli differenti[10].

Il *Codex repetitae praelectionis* riporta solamente quattro costituzioni in tema di *stellionatus*, emanate in un periodo di tempo piuttosto breve, che va dal 231 al 244 d.C.: due risalgono a Gordiano III[11], le altre ad Alessandro Severo[12] e a Filippo l'Arabo[13].

Da questi testi apprendiamo che nell'orbita repressiva dello stellionato rientravano condotte di vario tipo, tra loro alquanto differenti[14]: ciò ha indotto più di un interprete a considerare lo stellionato un crimine dal «vastissimo contenuto»[15], «privo ... di una fisionomia ben definita»[16], dai «contorni sfumati e imprecisi»[17] o comunque «molto vaghi»[18].

Sembrerebbe in effetti suffragare queste conclusioni l'unica nozione di stellionato consegnataci dalle fonti.

Ulp. 8 *de off. proc.* D. 47.20.3.1: *Stellionatum autem obici posse his, qui dolo quid fecerunt, sciendum est, scilicet si aliud crimen non sit quod obiciatur: ...*

Secondo Ulpiano, si macchiava di questo crimine chiunque avesse tenuto con dolo una condotta – evidentemente nei riguardi di terzi – non punibile ad altro titolo. Tre, agli occhi del giurista, erano dunque gli elementi essenziali per aversi stellionato: la presenza di una condotta materiale commissiva ('*quid fecerunt*'); il compimento di questa con dolo ('*dolo*'); la non riconducibilità del contegno rimproverabile al reo ad un'altra, diversa, fattispecie criminosa ('*si aliud crimen non sit quod obiciatur*').

La dottrina più attenta ha però da tempo segnalato come questa nozione di stellionato, pur mettendo in luce diversi elementi costitutivi del *crimen* in questione, ne lasci in ombra molti altri: è stato ad esempio affermato che essa «pecca per difetto o per eccesso, a seconda della prospettiva donde la si guarda»[19].

A fronte di ciò, per delineare le caratteristiche fondamentali di questo

---

[9] Pap. 1 *resp.* D. 47.20.1; Ulp. 8 *ad Sab.* D. 47.20.2; Ulp. 8 *de off. proc.* D. 47.20.3; Mod. 3 *de poen.* D. 47.20.4.

[10] Ulp. 6 *ad ed.* D. 3.2.13.8; Ulp. 40 *ad Sab.* D. 13.7.1.2; Paul. 29 *ad ed.* D. 13.7.16.1; Ulp. 11 *ad ed.* D. 13.7.36; Ulp. 7 *disp.* D. 17.1.29.5; Ulp. 28 *ad Sab.* D. 40.7.9.1; Ulp. 3 *de adult.* D. 47.11.3; Ulp. 8 *disp.* D. 48.16.7.1.

[11] CI. 9.34.2 e 3, rispettivamente del 239 e del 242 d.C.

[12] CI. 9.34.1 (a. 231).

[13] CI. 9.34.4 (a. 244).

[14] V. *infra*, § 2.

[15] Così N. SCAPINI, *Diritto e processo criminale nell'esperienza giuridica romana*, Parma, 1987, p. 128.

[16] Così L. PELLICIARI, *Ricerche sul crimen stellionatus*, Carpi, 1983, p. 29, in un volumetto pressoché introvabile.

[17] Così B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*[2], Milano, 1998, p. 267.

[18] Così V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale nell'esperienza romana. Profili*[4], Napoli, 1997, p. 115, ma nello stesso ordine di idee si era già posta O.F. ROBINSON, *The Criminal Law of Ancient Rome*, Baltimore, 1995, p. 32.

[19] Sono parole di L. GAROFALO, *Stellionatus*, cit., p. 136.

illecito appare necessario passare in rassegna le varie condotte che, stando ai testi dei *prudentes* e della cancelleria imperiale, erano assoggettate a *stellionatus persecutio*, alla ricerca degli elementi invariabilmente ricorrenti in ciascuna di esse: quelli che, se fossero stati in concreto ravvisati, avrebbero permesso di qualificare un certo contegno come stellionato e di punire a tale titolo il suo autore[20].

2. Un buon punto di partenza per esaminare la casistica concernente lo stellionato è rappresentato da un brano ulpianeo già richiamato nel paragrafo precedente, che è giunto però il momento di trascrivere nella sua interezza.

Ulp. 8 *de off. proc.* D. 47.20.3.1: *Stellionatum autem obici posse his, qui dolo quid fecerunt, sciendum est, scilicet si aliud crimen non sit quod obiciatur: quod enim in privatis iudiciis est de dolo actio, hoc in criminibus stellionatus persecutio. ubicumque igitur titulus criminis deficit, illic stellionatus obiciemus. maxime autem in his locum habet: si quis forte rem alii obligatam dissimulata obligatione per calliditatem alii distraxerit vel permutaverit vel in solutum dederit: nam hae omnes species stellionatum continent. sed et si quis merces supposuerit vel obligatas averterit vel si corruperit, aeque stellionatus reus erit. item si quis imposturam fecerit vel collusionem in necem alterius, stellionatus poterit postulari. et ut generaliter dixerim, deficiente titulo criminis hoc crimen locum habet, nec est opus species enumerare.*

Dopo aver fornito la sua nozione di stellionato ('*stellionatum autem ... quod obiciatur*'), e dopo aver tracciato un parallelismo tra la persecuzione di questo illecito e quella del dolo in ambito privatistico ('*quod enim in privatis ... stellionatus persecutio*')[21], Ulpiano rammenta che il *crimen stellionatus* era innanzitutto rimproverabile a chi alienava, permutava o dava *in solutum* una *res alii obligata*, ossia una cosa già gravata da un vincolo di garanzia[22], celando maliziosamente ('*per calliditatem*') all'accipiente l'effettiva condizione giuridica in cui essa versava ('*dissimulata obligatione*')[23].

Il passo prosegue menzionando altri contegni integranti il *crimen stellionatus*, che consistevano nel sostituire (*supponere*) cose vendute e non ancora

[20] Si tratta di un approccio già sperimentato da L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., pp. 71 ss., convinto (come già lo erano stati E. VOLTERRA, *Stellionatus*, cit., pp. 39 e 47, e U. ZILLETTI, *Annotazioni*, cit., p. 88) che lo stesso Ulpiano, nell'elaborare la sua nozione di stellionato, avesse seguito un analogo percorso ricostruttivo.

[21] Sui rapporti tra *actio de dolo* e *stellionatus persecutio* v. *infra*, § 4.

[22] Cfr., in questo senso, L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 73 ss., il quale si discosta da chi, come A. DELL'ORO, *I libri de officio nella giurisprudenza romana*, Milano, 1960, p. 181, ritiene che Ulpiano, mediante la formula *res alii obligata*, avesse voluto far genericamente riferimento a una cosa già promessa ad altri, ad esempio perché venduta ma non ancora consegnata al compratore.

[23] U. ZILLETTI, *Annotazioni*, cit., p. 90 s., considera questo gruppo di condotte «il nucleo di origine della repressione dello stellionato». Su di esse v. anche L. PELLICIARI, *Ricerche*, cit., p. 39 s.; R. MENTXAKA, *Stellionatus*, cit., p. 309; L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 73 ss.

consegnate con altre di minor valore[24]; nel far sparire (*avertere*) *merces obligatae*, cose cioè costituite in pegno tramite *conventio*, ma ancora nella disponibilità del pignorante[25]; nell'alterare (*corrumpere*) le une o le altre[26], provocando così una diminuzione del loro valore[27].

Poteva del pari incorrere in stellionato – continua il giurista severiano – chi architettava un raggiro (*impostura*) o si accordava segretamente con altri (*collusio*) per recare a una persona determinata (*in necem alterius*) un pregiudizio di carattere economico, correlato forse a un vantaggio, sempre di natura patrimoniale, a favore del soggetto agente[28]. Va detto però che la generica descrizione di queste due ulteriori condotte, racchiusa nel tratto '*item si quis … in necem alterius*', ha indotto qualche autore a ipotizzare che Ulpiano abbia qui voluto isolare i tratti in comune – individuati, per l'appunto, nel *facere imposturam* o nel *facere collusionem in necem alterius* – di tutta una serie di contegni puniti nella prassi a titolo di stellionato, o comunque a suo avviso meritevoli di esserlo[29], ma non riconducibili ad alcuna delle fattispecie da lui precedentemente contemplate[30].

Non mancano, del resto, le testimonianze – anche dello stesso Ulpiano – che serbano memoria di ulteriori comportamenti integranti lo stellionato, diversi rispetto a quelli menzionati in D. 47.20.3.1: paragrafo, questo, che dopo un accenno alla natura sussidiaria dello stellionato ('*et ut generaliter … locum habet*')[31] significativamente si chiude denunciando, con le parole '*nec est opus species enumerare*'[32], l'inutilità di una puntuale rassegna delle condotte che davano luogo al crimine in parola[33].

Prima però di posare lo sguardo sulle altre testimonianze rilevanti in materia, appare inevitabile rilevare come lo stesso Ulpiano, nel prosieguo di D. 47.20.3, riconosca un altro contegno integrante lo stellionato nel *supprimere merces*, ossia nell'attività di occultamento di merci[34], realizzata – è ragionevole

---

[24] Cfr., in quest'ottica, C. FERRINI, *Diritto penale romano*, cit., p. 403; F. GNOLI, *Diritto penale nel diritto romano*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, p. 60; L. PELLICIARI, *Ricerche*, cit., p. 54; L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., pp. 100 s. e nt. 120.

[25] Cfr. L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 101. Differente il punto di vista di N. LEVI, *La frode in commercio*, Torino, 1926, p. 26 ss., e di L. PELLICIARI, *Ricerche*, cit., pp. 42 e 55 s., ambedue convinti che Ulpiano, rispetto a ciascuna delle tre ipotesi richiamate in D. 47.20.3.1, si riferisse a *res* oggetto di *emptio venditio*.

[26] Cfr. L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 101 s.

[27] Cfr. L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 101 s.

[28] Cfr. L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 111 s.

[29] Cfr. L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 111.

[30] Cfr. U. ZILLETTI, *Annotazioni*, cit., p. 91.

[31] Su cui v. *infra*, § 4.

[32] E. VOLTERRA, *Stellionatus*, cit., p. 24, e U. ZILLETTI, *Annotazioni*, cit., p. 90, nt. 58, sospettano l'origine compilatoria di questa precisazione, a differenza invece, di C. FERRINI, *Diritto penale romano*, cit., p. 403, e di L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., pp. 72 e 112, nt. 161.

[33] Cfr. E. HUPE, *Falsum*, cit., p. 41; L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 72.

[34] Cfr. C. FERRINI, *Diritto penale romano*, cit., p. 403; U. ZILLETTI, *Annotazioni*, cit., p. 91; R. MENTXAKA, *Stellionatus*, cit., p. 312; L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., pp. 102 ss.; R. SCEVOLA, *L'enigma del dardanariato e una discussione parlamentare d'altri tempi*, in *Index*, 49, 2021, p. 539.

supporre – per provocare un artificioso rialzo del loro prezzo e per speculare su questa variazione, il tutto in danno di una o più persone determinate[35].

Ulp. 8 *de off. proc.* D. 47.20.3.3: *Qui merces suppressit, specialiter hoc crimine postulari potest.*

Non è chiaro per quale motivo questa fattispecie non venga richiamata insieme alle altre nel § 1 della trattazione ulpianea, bensì dopo l'esame delle sanzioni riservate ai colpevoli di stellionato (§ 2)[36].

Si potrebbe immaginare un'alterazione di matrice compilatoria dell'originario assetto del passo, operata per aggiungere questa ulteriore ipotesi di stellionato all'interno di una disamina in cui essa originariamente non figurava; oppure si potrebbe ipotizzare, come ha fatto Ugo Zilletti, che agli occhi del giurista severiano il *supprimere merces* non costituisse un caso di vero e proprio stellionato, ma che fosse semplicemente una condotta assoggettata al medesimo trattamento sanzionatorio[37].

Una diversa spiegazione è stata suggerita da Garofalo[38], il quale ha constatato che Ulpiano, in un altro passaggio del *de officio proconsulis*, ora conservato in D. 47.11.6 pr.[39], segnala che il contegno materiale rappresentato dal *supprimere merces* poteva integrare un crimine diverso rispetto allo stellionato: quello di cui si macchiavano i c.d. *dardanarii*[40], coloro cioè che con le loro azioni

---

[35] Cfr. L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 104.

[36] Sulle quali v. *infra*, § 6.

[37] Cfr. U. ZILLETTI, *Annotazioni*, cit., pp. 91 s., seguito sul punto da A. POLLERA, *«Annonam adtemptare et vexare vel maxime dardanarii solent». D. 47.11.6: note sulla repressione dei crimini annonari*, in *Index*, 19, 1991, p. 415.

[38] Cfr. L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 102 ss.

[39] Ecco il testo di Ulp. 8 *de off. proc.* D. 47.11.6 pr.: *Annonam adtemptare et vexare vel maxime dardanarii solent: quorum avaritiae obviam itum est tam mandatis quam constitutionibus. mandatis denique ita cavetur: 'Praeterea debebis custodire, ne dardanarii ullius mercis sint, ne aut ab his, qui coemptas merces supprimunt, aut a locupletioribus, qui fructus suos aequis pretiis vendere nollent, dum minus uberes proventus exspectant, annona oneretur'. poena autem in hos varie statuitur: nam plerumque, si negotiantes sunt, negotiatione eis tantum interdicitur, interdum et relegari solent, humiliores ad opus publicum dari.* Su questo testo v. almeno A. POLLERA, *«Annonam adtemptare»*, cit., p. 411; E. HÖBENREICH, *Ulp. 8 off. proc. D. 47.11.6*, in *Vestigia iuris Romani. Festschrift für G. Wesener zum 60. Geburtstag am 3. Juni 1992*, herausgegeben von G. Klingenberg, J.M. Rainer und H. Stiegler, Graz, 1992, p. 187 ss.; EAD., *Negotiantes - humiliores in un testo di Ulpiano*, in *Labeo*, 42, 1996, p. 242 ss.; EAD., *Annona. Juristische Aspekte der stadtrömischen Lebensmittelversorgung im Prinzipat*, Graz, 1997, p. 206 ss.; A. NOGRADY, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 261 ss.; R. SCEVOLA, *L'enigma*, cit., p. 533 ss.

[40] Sul dardanariato v. C. FERRINI, *Diritto penale romano*, cit., p. 411 s.; A. VISCONTI, *Dardanariatus e monopolium come reati contro l'economia antica*, in *Ann. Univ. Macerata*, 8, 1932, p. 5 ss. (cito dall'estratto); A. POLLERA, *«Annonam adtemptare»*, cit., p. 411 ss.; E. HÖBENREICH, *Ulp. 8 off. proc. D. 47.11.6*, cit., p. 187 ss.; EAD., *Negotiantes*, cit., p. 242 ss.; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*[2], cit., p. 268; A. TORRENT RUIZ, *Crimen annonae y mantenimiento del orden público económico*, in *El derecho comercial, de Roma al derecho moderno (IX Congreso Internacional y XII Iberoamericano de Derecho Romano, Las Palmas de Gran Canaria, 1, 2 y 3 de febrero de 2006)*, coordinado por S. Bello Rodríguez y J.L. Zamora Manzano, II, Las Palmas, 2007, p. 1014 ss.; R. SCEVOLA, *Utilitas publica*, II. *Elaborazione della giurisprudenza severiana*, Padova, 2012, p. 273 ss.,

pregiudicavano l'*annona*, il sistema imperiale di approvvigionamento dei beni di primo consumo[41].

Proprio questa particolare circostanza, secondo Garofalo, avrebbe indotto Ulpiano a isolare, nella sua disamina in tema di stellionato, la fattispecie che si concretizzava nel *supprimere merces* e ad affrontarla separatamente rispetto alle altre, viste le peculiarità che essa presentava.

Il giurista severiano non precisa per la verità – né in D. 47.20.3.3, né in D. 47.11.6 pr. – in presenza di quali elementi il *supprimere merces* ricadesse nel *crimen stellionatus* o in quello che commettevano i *dardanarii*. Più di un interprete ha scorto una possibile linea di demarcazione nel diverso interesse leso in un caso e nell'altro, ipotizzando che si macchiava di *stellionatus* chi, tramite l'occultamento delle merci, avesse danneggiato uno o più soggetti determinati, mentre ci si sarebbe trovati di fronte a un caso di dardanariato qualora il responsabile, con il suo contegno, avesse indistintamente colpito l'intera comunità[42].

Incorreva inoltre nel *crimen stellionatus* chi costituiva in pegno una cosa altrui o una cosa già gravata da un vincolo di garanzia.

È quanto apprendiamo da un nutrito gruppo di testi, tra i quali è sufficiente trascriverne due: non solo perché contemplano entrambe le condotte appena richiamate[43], ma anche perché danno conto di altri due ulteriori presupposti necessari, in simili ipotesi, per aversi stellionato.

Paul. 29 *ad ed.* D. 13.7.16.1: *Contrariam pigneraticiam creditori actionem competere certum est: proinde si rem alienam vel alii pigneratam vel in publicum obligatam dedit, tenebitur, quamvis et stellionatus crimen committat. sed utrum ita demum, si scit, an et si ignoravit? et quantum ad crimen pertinet, excusat ignorantia: quantum ad contrarium iudicium, ignorantia eum non excusat, ut Marcellus libro sexto digestorum scribit. sed si sciens creditor accipiat vel alienum vel obligatum vel morbosum,*

---

ove ulteriore letteratura; ID., *L'enigma*, cit., p. 533 ss.; M. RAVIZZA, *Sui poteri giurisdizionali del praefectus annonae in età del principato*, in *Jus-Online*, 6.3, 2020, p. 76 ss.

[41] Cfr. R. SCEVOLA, *L'enigma*, cit., p. 533.

[42] Ragionano in quest'ottica, ad esempio, A. DELL'ORO, *I libri de officio*, cit., p. 182; A. POLLERA, «*Annonam adtemptare*», cit., p. 415; L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 103 s.; R. SCEVOLA, *Utilitas publica*, II, cit., pp. 281 s., nt. 20; ID., *L'enigma*, cit., pp. 542 s. e 549 s.; M. RAVIZZA, *Sui poteri*, cit., p. 77, nt. 55.

[43] Si riferiscono invece al solo pignoramento di cosa già obbligata a terzi CI. 9.34.1, del 231 d.C. (su cui v. *infra*, § 5), CI. 9.34.4, del 244 d.C. (trascritto più avanti, in questo paragrafo), e Gai. *lib. sing. de form. hyp.* D. 20.1.15.2: *Qui res suas iam obligaverint et alii secundo obligant creditori, ut effugiant periculum, quod solent pati qui saepius easdem res obligant, praedicere solent alii nulli rem obligatam esse quam forte Lucio Titio, ut in id quod excedit priorem obligationem res sit obligata, ut sit pignori hypothecaeve id quod pluris est: aut solidum, cum primo debito liberata res fuerit....*, sempre che si voglia ammettere – come hanno fatto diversi autori (v. S. TONDO, *Convalida del pegno e concorso di pegni successivi*, Milano, 1959, p. 164, nt. 4; L. PELLICIARI, *Ricerche*, cit., p. 51; L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 87 s.) – che Gaio, parlando del *periculum* che era solito correre chi costituiva in pegno più volte la medesima cosa ('*periculum, quod solenti pati qui saepius easdem res obligant*'), si stesse riferendo proprio al rischio di un'incriminazione per stellionato, e non alla eventuale responsabilità di natura privatistica. Riguardano esclusivamente la costituzione in pegno di cosa altrui Mod. 3 *de poen.* D. 47.20.4 e CI. 9.34.2 (a. 239), sui quali v. *infra*, in questo paragrafo.

contrarium ei non competit[44].

Ulp. 11 *ad ed.* D. 13.7.36.1: *Sed et si quis rem alienam mihi pignori dederit sciens prudensque vel si quis alii obligatam mihi obligavit nec me de hoc certioraverit, eodem crimine plectetur. plane si ea res ampla est et ad modicum aeris fuerit pignerata, dici debebit cessare non solum stellionatus crimen, sed etiam pigneraticiam et de dolo actionem, quasi in nullo captus sit, qui pignori secundo loco accepit*[45].

Per l'integrazione del *crimen stellionatus* era infatti richiesto che il pignorante, al momento della costituzione del pegno, conoscesse l'effettiva condizione giuridica della cosa da lui impegnata[46] e che l'avesse maliziosamente tenuta nascosta al creditore pignoratizio[47]. Quanto al primo aspetto, significativi appaiono il '*quantum ad crimen pertinet, excusat ignorantia*' presente in Paul. 29 *ad ed.* D. 13.7.16.1[48] e il '*sciens prudensque*' che figura in Ulp. 11 *ad ed.* D. 13.7.36.1[49]. Quanto al secondo profilo, si considerino invece il tratto '*nec me de hoc certioraverit*' di Ulp. 11 *ad ed.* D. 13.7.36.1[50] e l'inciso '*dissimulato in posteriore obligatione*' che compare in CI. 9.34.1, un rescritto concernente il pignoramento di una *res alii obligata*, su cui si tornerà[51].

---

[44] Sulla genuinità del testo, e in particolare del tratto '*proinde si ... committat*', v. U. ZILLETTI, *Annotazioni*, cit., p. 81 s. e nt. 30, dubbioso invece circa la classicità delle parole da '*sed utrum*' in avanti (non così E. VOLTERRA, *Stellionatus*, cit., p. 35 s. e nt. 2, il quale però, sulla scia di O. GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten. Kritische Studien*, Berlin, 1887, p. 118 s., giudica spuri il periodo '*contrariam ... certum est*' e l'inciso '*vel morbosum*'). Drastico il giudizio di F. HAYMANN, *Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache*, I. *Studien zum klassischen römischen Recht*, Berlin, 1912, p. 98, e di Á. D'ORS, *Observaciones sobre el Edictum de rebus creditis*, in *SDHI*, 19, 1953, p. 192, che considerano l'intero frammento profondamente alterato dai compilatori giustinianei. Ampia discussione sul punto in R. MENTXAKA, *Stellionatus*, cit., p. 284 ss.

[45] Secondo E. VOLTERRA, *Stellionatus*, cit., p. 42 s., l'intero paragrafo sarebbe di fattura compilatoria; U. ZILLETTI, *Annotazioni*, cit., p. 83 s., reputa invece «indubbiamente alterato» il solo tratto '*plane si ... accepit*', come pure L. PELLICIARI, *Ricerche*, cit., p. 63, e L. GAROFALO, *Stellionatus*, cit., p. 38 s., nt. 26 (*contra* R. MENTXAKA, *Ancora sullo stellionatus*, cit., p. 501).

[46] L'eventuale *ignorantia* del pignorante in ordine alla condizione giuridica della *res* costituita in garanzia non avrebbe invece precluso la possibilità per il creditore pignoratizio di agire nei suoi confronti con l'*actio pigneraticia contraria*, come risulta sempre da Paul. 29 *ad ed.* D. 13.7.16.1 (su cui v. E. SCIANDRELLO, *Ricerche in tema di iudicia contraria*, Napoli, 2017, p. 131 ss.). Questo rimedio gli spettava sia in caso di pignoramento di una *res aliena*, sia in caso di pignoramento di una *res alii obligata*, purché non fosse a lui nota l'altruità del bene o l'esistenza su di esso di un vincolo di garanzia a favore di terzi, come attestato, ancora una volta, da Paul. 29 *ad ed.* D. 13.7.16.1, nonché da Ulp. 28 *ad ed.* 13.7.9 pr., Marcian. 4 *reg.* D. 13.7.32 e CI. 8.15.6 (a. 293). Su questi testi, e sugli annosi problemi di natura privatistica che essi sollevano, v. almeno G. PROVERA, *Contributi alla teoria dei iudicia contraria*, Torino, 1951, p. 94 ss., ed E. SCIANDRELLO, *Ricerche*, cit., p. 128 ss. e nt. 144.

[47] Cfr. L. PELLICIARI, *Ricerche*, cit., p. 48; R. MENTXAKA, *Stellionatus*, cit., p. 317; L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 86 e nt. 62.

[48] Cfr. R. MENTXAKA, *Stellionatus*, cit., p. 286.

[49] Cfr. L. PELLICIARI, *Ricerche*, cit., p. 50.

[50] Pur guardato con estremo sospetto da U. ZILLETTI, *Annotazioni*, cit., p. 83, L. PELLICIARI, *Ricerche*, cit., p. 50, e da E. VOLTERRA, *Stellionatus*, cit., p. 42 e nt. 3, in ragione della presenza del verbo *certiorare*, indice sicuro, a suo dire, di un'alterazione compilatoria.

[51] Ma lo riproduco comunque, per comodità del lettore. CI. 9.34.1: Imp. Alexander A. Alexandro. *Improbum quidem et criminosum fateris easdem res pluribus pignorasse, dissimulato in*

È stato inoltre ipotizzato – sebbene le fonti non siano esplicite sul punto – che per potersi ritenere integrato il *crimen stellionatus* fosse necessario che il creditore ignorasse l'altruità della cosa costituita in pegno o l'esistenza, sulla medesima, di un precedente vincolo di garanzia a favore di terzi[52]. Un appiglio a sostegno di questa tesi sembrerebbe offrirlo Paul. 29 *ad ed.* D. 13.7.16.1, che nel finale accenna alla conoscenza, da parte del creditore pignoratizio, dell'altruità della *res* o del suo essere *alii obligata*. Sennonché, come è stato opportunamente rilevato[53], tale consapevolezza è considerata solo in relazione alla spettanza (nell'occasione esclusa) dell'*actio pigneraticia contraria*.

Nondimeno, è ragionevole supporre «che l'elemento in parola si richiedesse anche per la sussumibilità all'interno dello stellionato del comportamento del debitore pignorante», apparendo «poco plausibile che si consentisse al (secondo) creditore pignoratizio di perseguirlo per tale crimine in un'ipotesi (quella appunto della consapevolezza del creditore in oggetto, non derivata dal debitore, del pegno anteriore) nella quale non gli veniva concessa l'*actio pigneraticia contraria*, il cui campo d'incidenza ... era di regola ben più ampio dell'ambito coperto dall'*accusatio stellionatus*»[54].

È stato pure sostenuto che il pignoramento di cosa altrui assumeva rilevanza sotto il profilo criminale solamente se compiuto in mancanza del consenso del proprietario della cosa[55].

In verità, i testi dei *prudentes* che si occupano di questa fattispecie sono silenti sul punto[56], a differenza invece di un rescritto dell'imperatore Gordiano del 239 d.C.

CI. 9.34.2: Imp. Gordianus A. Valenti. *Si pater tuus in te donationem contulit et, cum emancipatus esses, traditionibus dominium corporum in te transtulit posteaque creditorem sortitus quasdam earum rerum sine tua voluntate velut proprias suas obstrinxit, ius tuum non laesit. nec tamen iniuria stellionatus crimine petetur, cum sciens alienam rem te non consentiente velut propriam suo nexuit creditori.* PP. II k. Ian. Gordiano A. et Aviola conss. (a. 239).

---

posteriore obligatione, quod eaedem aliis pignori tenentur. verum securitati tuae consules, si oblato omnibus debito criminis instituendi causam peremeris. PP. V id. Febr. Pompeiano et Peligno conss. (a. 231)

[52] Cfr., in questo senso, L. PELLICIARI, *Ricerche*, cit., p. 50, e L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 83 e nt. 50.

[53] Cfr. L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 83 e nt. 50.

[54] Sono parole di L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 83, nt. 50. Sul punto, v. anche E. SCIANDRELLO, *Ricerche*, cit., p. 134 e nt. 155.

[55] Cfr. L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 94. Il pignoramento di cosa altrui era valido solo se effettuato d'intesa col *dominus* della *res* offerta in garanzia (v., *ex multis*, Paul. 29 *ad ed.* D. 13.7.20 pr., e Marcian. *lib. sing. de form. hyp.* D. 22.2.23) o dopo la ratifica da parte di costui (v., ancora, Paul. 29 *ad ed.* D. 13.7.20 pr., oltre a Marcian. *lib. sing. de form. hyp.* D. 20.1.16.1). Sul punto, v. P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano*, II. *Garanzie reali*, Padova, 1963, p. 128 ss.; A. BURDESE, voce *Pegno (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 667; R. MENTXAKA, *Stellionatus*, cit., p. 319 s.

[56] Si v. Paul. 29 *ad ed.* D. 13.7.16.1 e Ulp. 11 *ad ed.* D. 13.7.36.1. Secondo L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., 94, tuttavia, «in entrambi i testi si dà per scontata la mancanza del consenso del proprietario della cosa al pignoramento della stessa ad opera del diverso soggetto che vi avesse nondimeno proceduto».

Nella seconda parte del provvedimento ('*nec tamen ... iniuria*'), Gordiano riconosce all'interrogante la possibilità di presentare un'accusa di stellionato nei confronti di chi aveva costituito in pegno cose di sua proprietà, solo però nel caso in cui il pignoramento fosse stato eseguito senza aver informato il creditore pignoratizio dell'altruità dei beni offerti in garanzia e, soprattutto, senza aver raccolto il consenso del loro proprietario ('*te non consentiente*')[57].

Quelle viste sin qui non sono però le uniche ipotesi di stellionato legate all'ambito pignoratizio di cui le fonti serbano il ricordo.

Un rescritto di Filippo l'Arabo del 244 d.C. riconosce gli estremi dello stellionato anche nella condotta di chi costituiva una cosa in pegno facendo credere al proprio creditore pignoratizio – per recar lui un pregiudizio e trarre per sé un vantaggio – che qualcun altro aveva sulla cosa stessa un diritto di pegno di grado superiore.

CI. 9.34.4: Imp. Philippus A. Euprepeti. *Ignorantia creditoris, cui res pridem apud alios obligatae pignoris seu hypothecae iure obligantur, non sine periculo capi consuevit. etenim eiusmodi fraudes ad extraordinariam criminis exsecutionem spectare ac stellionatus commissum severissime esse vindicandum saepe rescriptum est.* 1. *Proinde sive ignorantiam tuam debitor circumvenire temptaverit, seu obligatione rite perfecta participato fraudis consilio per subiectam quasi anteriorem personam dispendium tuum ad occultum compendium suum pertemptat, adire suum iudicem potes congruentem iuri ac debitae religioni sententiam relaturum.* PP. VI id. Mai. Peregrino et Aemiliano conss. (a. 244).

A onor del vero, nel passaggio concernente la macchinazione fraudolenta di cui si è detto ('*proinde ... relaturum*', ossia il § 1)[58], non si fa riferimento esplicito allo stellionato. È però ragionevole supporre che l'imperatore avesse in mente proprio questo illecito, quando riconosce all'interrogante la possibilità di rivolgersi a un giudice per ottenere una sentenza di condanna nei confronti dell'autore del raggiro da lui subito[59].

Il *principium* del provvedimento, infatti, si chiude con un cenno ai frequenti rescritti che avevano disposto l'incriminazione per stellionato a carico di chi aveva costituito in pegno una cosa che sapeva essere già vincolata a terzi[60], mentre il primo paragrafo si apre precisando che lo stesso trattamento ('*proinde ...*') doveva essere riservato al debitore che aveva agito per trarre vantaggio dell'altrui ignoranza, come era avvenuto nel caso sottoposto all'attenzione del *princeps*.

---

[57] Su questo rescritto, v. E. VOLTERRA, *Stellionatus*, cit., p. 37 s.; R. MENTXAKA, *Stellionatus*, cit., p. 318 ss.; L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 95 s.

[58] R. MENTXAKA, *Stellionatus*, cit., p. 325 s., e L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 92 e nt. 88, lo considerano genuino, almeno sotto il profilo contenutistico, a differenza invece di E. VOLTERRA, *Stellionatus*, cit., p. 43 ss., e di U. ZILLETTI, *Annotazioni*, cit., p. 84, nt. 42.

[59] Cfr. L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 92.

[60] Cfr. R. MENTXAKA, *Stellionatus*, cit., p. 324. Per L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 91, nt. 87, è difficile stabilire se la vicenda affrontata in CI. 9. 34.4 riguardasse un unico pegno di primo grado costituito a favore di più creditori oppure, come allo studioso pare maggiormente probabile, più pegni, diversi per grado, costituiti a vantaggio di creditori differenti.

Ma proseguiamo oltre.

Un altro testo di Ulpiano ci fa sapere che si macchiava di stellionato chi, al momento della *datio pignoris* di un bene di bronzo, avesse falsamente dichiarato al creditore che era d'oro, facendolo così cadere in errore.

Ulp. 40 *ad Sab.* D. 13.7.1.2: *Si quis tamen, cum aes pignori daret, adfirmavit hoc aurum esse et ita pignori dederit, videndum erit, an aes pignori obligaverit et numquid, quia in corpus consensum est, pignori esse videatur: quod magis est. tenebitur tamen pigneraticia contraria actione qui dedit, praeter stellionatum quem fecit.*

Nel passo si precisa, peraltro, che il pegno doveva intendersi validamente costituito sull'oggetto di bronzo, avendo le parti raggiunto il *consensus in corpore* ('*quia in corpus consensum est*')[61], e che il creditore pignoratizio avrebbe comunque potuto agire con l'*actio pigneraticia contraria* per ottenere dal debitore pignorante il risarcimento del danno subito[62].

Colpevole di stellionato era anche chi, sempre in occasione di una *datio pignoris*, avesse sostituito un oggetto d'oro con uno di bronzo, accettato dalla controparte nella falsa convinzione che fosse quello d'oro precedentemente mostratole.

Ulp. 11 *ad ed.* D. 13.7.36 pr.: *Si quis in pignore pro auro aes subiecisset creditori, qualiter teneatur, quaesitum est. in qua specie rectissime Sabinus scribit, si quidem dato auro aes subiecisset, furti teneri: quod si in dando aes subiecisset, turpiter fecisse, non furem esse. sed et hic puto pigneraticium iudicium locum habere, et ita Pomponius scribit. sed et extra ordinem stellionatus nomine plectetur, ut est saepissime rescriptum*[63].

Anche in questo brano, peraltro, Ulpiano riconosce al creditore pignoratizio la possibilità di esperire l'*actio pigneraticia contraria*, probabilmente in

---

[61] La soluzione sarebbe stata di segno differente in caso di *conventio pignoris*, come risulta da Ulp. 40 *ad Sab*. D. 13.7.1.1: *Si igitur contractum sit pignus nuda conventione, videamus, an, si quis aurum ostenderit quasi pignori daturus et aes dederit, obligaverit aurum pignori: et consequens, est ut aurum obligetur, non autem aes, quia in hoc non consenserint*.

[62] Cfr. G. PROVERA, *Contributi*, cit., p. 99 s.; P. FREZZA, *Le garanzie*, II, cit., p. 245; E. SCIANDRELLO, *Ricerche*, cit., p. 127 s. Sul passo, anche per i dubbi emersi in dottrina in ordine alla sua genuinità, v. P. VOCI, *L'errore nel diritto romano*, Milano, 1937, p. 120 s.; G. LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo*, Padova, 1937, p. 192 ss.; U. ZILLETTI, *Annotazioni*, cit., p. 82, il quale reputa alterata la frase '*et numquid ... videatur*' e, per ragioni di forma, anche la chiusa '*praeter ... fecit*', dove si fa menzione del *crimen stellionatus* (già Paul Krüger, nelle edizioni stereotipe del Digesto da lui curate, la giudicava un'aggiunta giustinianea, a differenza invece di R. MENTXAKA, *Stellionatus*, cit., p. 280 ss., e di L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 98).

[63] Ad avviso di E. VOLTERRA, *Stellionatus*, cit., p. 42 s., il periodo che va da '*set et extra*' in avanti sarebbe di fattura giustinianea (lo pensa anche L. PELLICIARI, *Ricerche*, cit., p. 62, a fronte della presenza del verbo *plectere*, a suo dire dal marcato sapore compilatorio, utilizzato in relazione allo stellionato anche in Ulp. 7 *disp.* D. 17.1.29.5, altro passo della cui autenticità la dottrina è sospettosa). P. STEIN, *The Origins*, cit., p. 82, al pari di R. MENTXAKA, *Stellionatus*, cit., p. 289 s., pur riconoscendo che la frase di chiusura ('*sed et extra ... rescriptum*') possa apparire bizantina, reputa che «in substance it could be a summary of what Ulpian said».

ragione del fatto che egli reputava validamente costituito il diritto di pegno sull'oggetto di bronzo[64].

A questo punto, ci si potrebbe peraltro chiedere se fosse responsabile di stellionato anche chi avesse tenuto condotte corrispondenti a quelle appena descritte non in occasione della costituzione di rapporti di pegno, bensì di *fiducia*[65]: istituto, quest'ultimo, che al pari del primo poteva senz'altro essere impiegato per perseguire finalità di garanzia[66].

Le fonti antiche che si occupano di *fiducia*, o che la dottrina ha tradizionalmente ricondotto ad essa[67], non affrontano direttamente la questione[68].

Tuttavia, sulla scorta di una testimonianza paolina già esaminata in precedenza, non appare troppo azzardato congetturare che qualche caso di responsabilità per stellionato si ravvisasse anche in connessione con l'ambito fiduciario.

In Paul. 29 *ad ed.* D. 13.7.16.1, come visto, è illustrato il diverso valore che l'*ignorantia* del soggetto pignorante circa l'effettiva condizione della *res* costituita in garanzia poteva assumere ai fini del riconoscimento al creditore pignoratizio

---

[64] Cfr. M. LAURIA, *L'errore nei negozi giuridici*, ora in *Studii e ricordi*, Napoli, 1983, p. 23 (ma già in *Riv. dir. civ.*, 1927, I, p. 1 ss.). Vale la pena di sottolineare che se la sostituzione dell'oggetto in oro con uno in bronzo fosse avvenuta dopo la dazione in pegno del bene, l'autore della stessa sarebbe stato perseguibile, già per Sabino, con l'*actio furti*: v. Ulp. 11 *ad ed.* D. 13.7.36 pr. e Paul. 9 *ad Sab.* D. 47.2.20 pr. (cfr., in dottrina, G. PROVERA, *Contributi*, cit., p. 99, ed E. SCIANDRELLO, *Ricerche*, cit., p. 126 s., nt. 129).

[65] Sul tema, v. M. MILANI, *Una congettura in tema di fiducia e crimen stellionatus*, in *Scritti per F.M. Silla*, a cura di L. d'Amati e L. Garofalo, Napoli, 2024, p. 491 ss.

[66] Basti qui ricordare Gai. 2.60: *Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum essent* ... Sulla *fiducia* conclusa per finalità di garanzia, comunemente detta *fiducia cum creditore*, v., tra i moltissimi che se ne sono occupati, W. ERBE, *Die Fiduzia im römischen Recht*, Weimar, 1940, p. 12 ss.; B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia im römischen Recht*, Amsterdam, 1999, p. 64 ss.; P. MARRA, *Fiduciae causa*, Milano, 2018, p. 200 ss.; I. MARRA, *Garanzie reali dei mutui ed escussione del debitore in diritto romano. Atti negoziali, giurisprudenza e fonti normative*, Torino, 2024, p. 39 ss.

[67] La compilazione giustinianea, come noto, non contiene riferimenti espliciti alla *fiducia*, ormai scomparsa dal panorama giuridico del tempo (cfr. M. MILANI, *La fiducia in diritto romano. Atti costitutivi, causa, oggetto*, Napoli, 2022, p. 129 ss.). La dottrina, sulla scorta delle ricerche di Otto Lenel (v. O. LENEL, *Quellenforschungen in den Edictcommentaren*, in *ZSS*, 3, 1882, p. 104 ss., ora anche in ID., *Gesammelte Schriften*, herausgegeben und eingeleitet von O. Behrends und F. D'Ippolito, I, Napoli, 1990, pp. 456 ss. e 473 ss.; ID., *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*[3], Leipzig, 1927, pp. 254 ss. e 291 ss.; ID., *Palingenesia iuris civilis*, I-II, Lipsiae, 1889, *passim*), è comunque riuscita a individuare numerosi testi del Digesto che, prima degli interventi compilatori, riguardavano verosimilmente la materia fiduciaria. Sul punto v. M. MILANI, *La fiducia*, cit., pp. 20 ss. e 144 s., anche per la bibliografia di dettaglio, nonché ID., *Una congettura*, cit., p. 495 e nt. 20.

[68] A onor del vero, ci sono giunti alcuni brani che sembrano riferirsi a trasferimenti fiduciari riguardanti una cosa altrui (alludo, in particolare, a Ulp. 30 *ad ed.* D. 13.7.22.2 e 4, a Ulp. 30 *ad ed.* D. 13.7.24 pr., ai quali andrebbero aggiunti, secondo qualche autore, Pomp. 35 *ad Sab.* D. 20.4.4 e Scaev. 6 *dig.* D. 20.6.15; su questi testi, anche per un ragguaglio bibliografico, v. M. MILANI, *La fiducia*, cit., p. 414 ss. e nt. 254; ID., *Una congettura*, cit., p. 497, nt. 23). Nessuno di essi, però, contiene indizi in grado di confermare o di escludere l'eventuale rilevanza penale di simili condotte.

dell'*actio pigneraticia contraria* e in ordine alla qualificazione o meno del fatto commesso dal primo in termini di stellionato. Paolo, nel far ciò, ricorda come già Marcello – giurista attivo in pieno II secolo d.C.[69] – avesse preso posizione sul punto, per la precisione all'interno del libro 6 dei suoi *digesta*. Stando però alla palingenesi leneliana di quest'opera[70], Marcello, nel libro in questione, non si stava occupando di pegno, già trattato nel libro precedente, bensì di *fiducia*[71].

Orbene, qualora si ammetta che questo giurista si stesse interrogando anche sulle conseguenze di ordine criminale derivanti dalla costituzione in garanzia di una *res aliena* o *alii obligata*[72], è lecito supporre, avendo egli fatto ciò mentre discuteva di *fiducia*, che potesse macchiarsi di stellionato anche chi avesse eseguito trasferimenti fiduciari di cosa altrui o di cosa già vincolata a terzi[73], nella piena consapevolezza dell'effettiva condizione giuridica in cui versava la cosa stessa[74].

Tornando alle ipotesi di stellionato espressamente attestate dalle fonti, è giunto il momento di prendere in considerazione un brano di Ulpiano relativo alla vendita di uno *statuliber*, ossia di uno schiavo manomesso in forza di una

---

[69] Su Ulpio Marcello, v. W. KALB, *Roms Juristen, nach ihrer Sprache dargestellt,* Leipzig, 1890, pp. 88 ss.; H.H. FITTING, *Alter und Folge der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander*[2], Halle, 1908, p. 60 ss.; W. KUNKEL, *Die römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung*[2], Köln-Weimar-Wien, 2001, p. 213 s.

[70] Cfr. O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., c. 596 ss.

[71] Cfr. O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., c. 598 s. I *digesta* di Marcello si ispiravano all'omonima opera di Giuliano anche nell'ordine espositivo dei temi trattati (v. V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*[7], Napoli, 1957 [rist. 2006], p. 290), il quale ricalcava, nella prima parte, la sistematica edittale (v. F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it., Firenze, 1968, p. 413). E in quest'ultima, come è risaputo, la materia pignoratizia precedeva quella fiduciaria. Ebbene, essendoci giunto un passo di Marcello in tema di pegno risalente al quinto libro dei suoi *digesta* (Marcell. 5 *dig.* D. 20.1.27), e avendo Ulpiano precisato che Marcello aveva formulato una massima in materia di pegno proprio all'interno di tale libro (v. Ulp. 8 *disp.* D. 20.6.3 e 28 *ad Sab.* D. 18.2.4.3), è del tutto ragionevole concludere, come ha fatto O. LENEL, *Palingenesia*, I cit., c. 598 s., che nel libro successivo (il sesto) Marcello non fosse più impegnato a discutere di pegno, ma di *fiducia*.

[72] È quanto pensano L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., pp. 8 e 59; ID., *Stellionatus*, cit., p. 33, ed E. SCIANDRELLO, *Ricerche*, cit., pp. 131 s. Contro questa visione si sono tuttavia schierati P. STEIN, *The Origins*, cit., p. 81; ID., *Recensione*, cit., p. 199, e R. MENTXAKA, *Stellionatus*, cit., p. 286 s., la quale però, in seguito (v. EAD., *Ancora sullo stellionatus*, cit., pp. 492, 495 e 506, nt. 2), ha ammesso la possibilità che Marcello, nel passaggio dei suoi *digesta* richiamato da Paolo in D. 13.7.16.1, si fosse incidentalmente pronunciato anche per l'integrazione dello stellionato.

[73] Potrebbe però anche darsi che Marcello si stesse concentrando sulla *datio pignoris* di una cosa già fiduciata a terzi (e dunque di una *res aliena*), ma ancora nella materiale disponibilità del fiduciante.

[74] La dottrina interessatasi alla *fiducia* e, in relazione a questa, a Paul. 29 *ad ed.* D. 13.7.16.1, si è limitata a ipotizzare che Marcello, nel sesto dei suoi *libri digestorum*, stesse discutendo solamente dell'eventuale responsabilità di natura privatistica ascrivibile a quel fiduciante che avesse scientemente costituito in *fiducia* una cosa altrui o già pignorata a terzi: cfr., ad esempio, G. ROTONDI, *La misura della responsabilità nell'actio fiduciae*, in *Scritti giuridici*, II. *Studii sul diritto romano delle obbligazioni*, Pavia, 1922, 147 (già in *RISG*, 51, 1912, p. 137 ss.), e W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., p. 120 e nt. 7. Sul punto, v. ora M. MILANI, *Una congettura*, cit., p. 498, nt. 26, anche per l'individuazione di altre condotte che potrebbero essere state punite a titolo di stellionato, se serbate in relazione a rapporti di *fiducia*.

clausola testamentaria sottoposta a condizione sospensiva[75].

Ulp. 28 *ad Sab.* D. 40.7.9 pr.-1: *Statuliberum medio tempore servum heredis esse nemo est qui ignorare debeat: eapropter noxae dedi poterit. sed deditus sperare adhuc libertatem poterit: nec enim deditio spem illi adimit libertatis.* 1. *Si statuliberum non eadem condicione heres vendat, causa eius immutabilis est et luere se ab eo potest simili modo ut ab herede. si tamen suppresserit condicionem statuliberi? et ex empto quidem tenetur: graviores autem etiam stellionatus crimen important ei, qui sciens dissimulata condicione statutae libertatis simpliciter eum vendiderit*[76].

In materia, come noto, vigeva il principio secondo cui, qualora lo *statuliber* fosse stato alienato a terzi, avrebbe comunque ottenuto la libertà al verificarsi dell'evento previsto dal testatore[77], indipendentemente dalla causa del trasferimento e a prescindere dalla consapevolezza del venditore circa l'effettiva condizione giuridica del *servus* o in ordine al preciso contenuto della clausola con cui era stato manomesso.

Di tutto ciò dà conto Ulpiano nelle battute iniziali del brano qui al centro dell'attenzione, dapprima in relazione alla *noxae deditio* di uno *statuliber* (pr.)[78], poi rispetto alla sua vendita (§ 1)[79]. Nell'occuparsi di quest'ultima eventualità, il giurista severiano prende in considerazione il caso dell'erede che ha venduto lo *statuliber* tenendo nascosta al compratore la sua reale condizione: più nello specifico, si interroga sulle conseguenze in cui sarebbe incorso il venditore per

[75] È discusso se fosse considerato uno *statuliber* anche lo schiavo liberato con una clausola manomissoria sottoposta a termine iniziale, come risulta da Paul. 5 *ad Sab.* D. 40.7.1 pr. La genuinità di questo brano è stata infatti messa in discussione da parte della dottrina: sul tema, v. A. MILAZZO, *Statuliber ex die?*, in *Riv. dir. rom.*, XIV, 2014, p. 1 ss., con letteratura. Per la nozione di *statuliber*, v. Fest. voce *Statu liber* (Lindsay 414); Gai. 2.200; Tit. Ulp. 2.1, e, in letteratura, G. DONATUTI, *Lo statulibero*, Milano, 1940, p. 6 ss.; M. BRETONE, voce *Statuliber*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 380 ss.; G. FABRE, *Libertus. Recherches sur les rapports patron-affranchi à la fin de la république romaine*, Rome, 1981, p. 29 ss.; P. STARACE, *Lo statuliber e l'adempimento fittizio della condizione. Uno studio sul favor libertatis tra tarda Repubblica ed età antonina*, Bari, 2006, p. 159 ss.

[76] La dottrina maggioritaria propende per la genuinità, quanto meno sostanziale, del passo: cfr. G. DONATUTI, *Lo statulibero*, cit., p. 126 s.; E. VOLTERRA, *Stellionatus*, cit., p. 36 s.; U. ZILLETTI, *Annotazioni*, cit., p. 84 s.; R. MENTXAKA, *Stellionatus*, cit., p. 298 s.

[77] Cfr. G. DONATUTI, *Lo statulibero*, cit., p. 105 ss., con indicazione delle fonti; R. MENTXAKA, *Stellionatus*, cit., p. 299.

[78] Nel *principium* si afferma innanzitutto che, *pendente condicione*, lo *statuliber* era considerato servo dell'erede, il quale poteva liberamente disporne, ad esempio dandolo a nossa. In una simile eventualità, riferisce Ulpiano, lo *statuliber* avrebbe comunque conservato intatta la speranza all'acquisto della libertà (la c.d. *spes libertatis*), posto che l'atto di trasferimento non faceva venir meno l'operatività della clausola con cui era stato manomesso dal *de cuius*. In argomento, v. per tutti G. DONATUTI, *Lo statulibero*, cit., p. 170 ss.

[79] È ragionevole supporre – come hanno fatto R. MENTXAKA, *Stellionatus*, cit., p. 299, e L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 106 s. – che Ulpiano, nell'affermare che lo *statuliber* avrebbe potuto riscattare la propria libertà nei confronti del compratore allo stesso modo in cui l'avrebbe potuta conseguire dall'erede, ragionasse in relazione a una *manumissio testamento* condizionata al pagamento all'erede di una somma di denaro. Sul punto v., in letteratura, G. DONATUTI, *Lo statulibero*, cit., p. 125 s., e P. STARACE, *Lo statuliber*, cit., p. 107 ss.

aver serbato un simile contegno.

Sul piano privatistico non sussistevano particolari dubbi: il venditore avrebbe sempre risposto *ex empto* dei danni provocati al compratore ('*et ex empto quidem tenetur*'). Più di un interprete si era però spinto anche oltre e aveva ravvisato gli estremi del *crimen stellionatus* nella condotta di chi, consapevole ('*sciens*') della *statulibertas* di uno schiavo, lo avesse nondimeno venduto, celando fraudolentemente all'acquirente la reale condizione giuridica in cui esso si trovava ('*dissimulata condicione statutae libertatis*')[80].

---

[80] Cfr. L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 107, ad avviso del quale, per aversi *stellionatus*, occorreva altresì che il venditore, oltre a tacere della condizione dello *statuliber* trasferitogli, pur a lui nota, avesse espressamente privato il compratore della garanzia per l'evizione e per i vizi della cosa vendutagli. Garofalo perviene a questa conclusione valorizzando, in particolare, la presenza dell'avverbio *simpliciter* nel tratto finale di D. 40.7.9.1 ('... *simpliciter eum vendiderit*'), che egli ritiene impiegato da Ulpiano per indicare una vendita *simplaria* o *simplex*, ossia una vendita caratterizzata dall'esclusione delle normali garanzie a favore del compratore (come si ricava, a suo dire, da Pomp. 23 *ad Sab.* D. 21.1.48.8 e da alcuni passaggi del Libro siro-romano di diritto, segnatamente i paragrafi 39, 113, 113a e 113b, secondo la numerazione di *FIRA*, II^2, pp. 770 s. e 793, ovvero 35 e 101, stando a quella adottata da W. SELB, H. KAUFHOLD, *Das syrisch-römische Rechtsbuch*, II. *Texte und Übersetzungen*, Wien, 2002, pp. 59 s. e 143 s., dei quali si v. anche il relativo commento, in *Das syrisch-römische Rechtsbuch*, III. *Kommentar*, Wien, 2002, p. 96 s., cui *adde*, per quanto qui d'interesse, G. IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, Padova, 1955, p. 21 s., e M. MEMMER, *Der „schöne Kauf" des „guten Sklaven". Zum Sachmängelrecht im Syrisch-römischen Rechtsbuch*, in *ZSS*, 107, 1990, p. 1 ss.).

La necessità di questo ulteriore requisito per l'integrazione dello stellionato andrebbe ricollegata, secondo Garofalo, al fatto che l'esclusione della garanzia per l'evizione «dimostrava l'intento fraudolento del venditore, rendendo inoltre, sul piano civile, particolarmente difficile la posizione del compratore», dato che «la condanna del venditore in sede di giudizio instaurato con l'*actio ex empto* dal compratore sarebbe stata ... subordinata all'emergere della consapevolezza del venditore stesso in merito alla qualità di *statuliber* dello schiavo» (così in L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 107 s.).

La dottrina interessatasi al *crimen stellionatus* non ha approfondito questo aspetto e, in genere, ha implicitamente negato che, per aversi stellionato, fosse necessaria la sussistenza di questo ulteriore presupposto (v., ad esempio, W. REIN, *Das Kriminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinian*, Leipzig, 1844 [rist. Aalen, 1962], p. 334; A.D. TOLOMEI, *Della truffa e di altre frodi*, Roma, 1915, p. 55; E. VOLTERRA, *Stellionatus*, cit., p. 46 s.; U. ZILLETTI, *Annotazioni*, cit., p. 15 s.; L. PELLICIARI, *Ricerche*, cit., p. 34 s.; R. MENTXAKA, *Stellionatus*, cit., p. 298 ss.).

Rispetto alla proposta ricostruttiva di Garofalo, mi limito qui a rilevare soltanto due cose: da un lato, che J. PLATSCHEK, *Strict Liability for Defects as to Quality of an Object Sold. Application and Exclusion in Roman and Contemporary German Law*, in *Messages from Antiquity. Roman Law and Current Legal Debates*, edited by U. Babusiaux and M. Igimi, Wien-Köln-Weimar, 2019, p. 24 s., ha recentemente sostenuto che i giuristi romani parlavano di *venditio simplaria* non tanto in relazione alla vendita effettuata senza le normali garanzie per i vizi e l'evizione, bensì con riferimento a quella accompagnata da una *stipulatio simplae*, ossia proprio da un meccanismo di tutela per il compratore evitto; e, dall'altro lato, che l'espressione *simpliciter vendere* potrebbe essere stata impiegata da Ulpiano in D. 40.7.9.1 per indicare una vendita conclusa senza l'apposizione di clausole aggiuntive regolanti gli effetti di quel negozio, secondo un uso riscontrabile in Marcian. *lib. sing. de delat.* D. 49.14.22.1: *Res autem nexas pignori distrahere procuratores possunt. sed si ante alii res obligatae sunt iure pignoris, non debet procurator ius creditorum laedere: sed si quidem superfluum est in re, permittitur procuratori vendere ea lege, ut inprimis creditoribus praecedentibus satisfiat et si quid superfluum est, fisco inferatur, aut, si acceperit totum fiscus, solvat ipse: vel simpliciter si vendidit procurator, iubebit pecuniam, quam deberi creditori privato fuerit probatum,*

Non vi era tuttavia unanimità di vedute sul punto, anche in ragione del fatto che la materia, con ogni probabilità, non era stata oggetto di specifiche attenzioni da parte dell'autorità imperiale[81]: solo così si spiega l'ulteriore precisazione ulpianea, secondo cui la visione da lui ricordata faceva capo ad alcuni interpreti – giuristi o giudici della *cognitio*, sembra ragionevole supporre[82] – particolarmente severi ('*graviores*'), tra i quali non è possibile precisare se egli includesse o meno anche se stesso[83].

Non resta a questo punto che soffermarsi su

Ulp. 7 *disp.* D. 17.1.29.5: *In omnibus autem visionibus, quae praepositae sunt, ubi creditor vel non numeratam pecuniam accipit vel numeratam iterum accepit, repetitio contra eum competit, nisi ex condemnatione fuerit ei pecunia soluta: tunc enim propter auctoritatem rei iudicatae repetitio quidem cessat, ipse autem stellionatus crimine propter suam calliditatem plectetur.*

Ulpiano si sta occupando delle conseguenze che il pagamento di una somma non dovuta da parte del fideiussore o del debitore principale poteva determinare nei rapporti sussistenti tra costoro.

Dopo aver esaminato, nei paragrafi precedenti a quello qui riprodotto, una serie di casi pratici, il giurista severiano precisa che in relazione a ciascuno di essi l'autore del pagamento non dovuto avrebbe potuto agire in ripetizione contro il creditore che l'aveva ricevuto, a meno che tale pagamento non fosse stato effettuato in esecuzione di una sentenza di condanna, per quanto relativa a un debito in realtà inesistente.

L'autorità della *res iudicata*, viene precisato nella chiusa del passo, avrebbe impedito la ripetizione di quanto sborsato ('*tunc enim propter auctoritatem rei iudicatae repetitio quidem cessat*')[84].

In una simile eventualità, tuttavia, l'accipiente sarebbe incorso nel crimine di stellionato, per via della malizia che contraddistingueva la sua condotta ('*propter suam calliditatem*'), ravvisabile nel fatto che la «percezione del denaro, non più ripetibile», era avvenuta «con la consapevolezza che essa trovava fondamento esclusivamente nella condanna (ingiusta)»[85].

La dottrina prevalente si è tuttavia mostrata scettica circa la classicità di questa ipotesi di stellionato e ha messo in dubbio la genuinità del tratto di D.

---

exsolvi ei. et ita divus Severus et Antoninus rescripserunt (sul quale v. G. KLINGENBERG, *Die venditio ob tributorum cessationem facta*, in *ZSS*, 109, 1992, p. 388).

[81] Cfr. L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 56 s.

[82] Cfr. L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 56. Secondo R. MENTXAKA, *Stellionatus*, cit., p. 300, invece, Ulpiano parlando di '*graviores*' faceva riferimento solamente ad altri *prudentes*. Sospetta l'origine compilatoria del termine '*graviores*' G. DONATUTI, *Lo statulibero*, cit., p. 126.

[83] Cfr. L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 56, nt. 31, secondo il quale, però, la scelta di Ulpiano di dar notizia dell'opinione dei *graviores* astenendosi da ogni commento potrebbe far pensare a una sua posizione di neutralità.

[84] Ad avviso di M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *AUPA*, 24, 1955, p. 188, la sostanza della decisione è classica, non invece la motivazione racchiusa nel tratto '*tunc ... cessat*'.

[85] Così L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 110.

17.1.29.5 che la conserva[86]. Mai, infatti, si accenna al *crimen stellionatus* nelle altre (pur numerose) testimonianze giurisprudenziali che evocano il principio di cessazione della *repetitio* in presenza di una sentenza di condanna[87].

Ebbene, quelli passati in rassegna sin qui sono tutti i casi di stellionato attestati dalle fonti in nostro possesso.

Non sembra, del resto, che incorresse nel *crimen* in parola – pur avendo autorevoli voci sostenuto il contrario[88] – chi avesse semplicemente giurato il falso, come si potrebbe essere tentati di ricavare da

Mod. 3 *de poen.* D. 47.20.4: *De periurio, si sua pignora esse quis in instrumento iuravit, crimen stellionatus fit, et ideo ad tempus exulat.*

Modestino, in questo breve frammento, afferma in effetti che si ravvisavano gli estremi dello stellionato nella condotta di chi giurava che le cose costituite in pegno erano di sua proprietà, pur appartenendo in realtà ad altri, e riversava la sua dichiarazione in un documento scritto[89].

È tuttavia ragionevole pensare – sulla scorta di un'intuizione di Otto Lenel[90] – che il giurista fosse interessato nell'occasione a segnalare che lo spergiuro si macchiava proprio di stellionato, e non invece di falso, qualora avesse consapevolmente costituito in pegno cose altrui, pur avendo riconosciuto all'interno di un documento di esserne l'effettivo proprietario.

Non persuade, poi, neppure l'idea avanzata da qualche autore[91], secondo cui ricadevano nell'alveo repressivo dello stellionato i casi di millantato credito menzionati in

Paul. Sent. 5.25.13: *Si qui de iudicis amicitiis vel familiaritate mentientes eventus sententiarum eius vendunt, quidve obtentu nominis eius agunt, convicti pro modo delicti aut relegantur aut capite puniuntur.*

---

[86] In molti ritengono che il testo di Ulpiano sia stato vittima di profondi rimaneggiamenti ad opera dei compilatori giustinianei: v., in questo senso, già O. GRADENWITZ, *Interpolationen*, cit., p. 33 ss.; O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 413, nt. 4; F. EISELE, *Beiträge zur Erkentniss der Digesteninterpolationen: Erster Beitrag*, in ZSS, 23, 1889, p. 305 s.; E. VOLTERRA, *Stellionatus*, cit., p. 40 s.; U. ZILLETTI, *Annotazioni*, cit., p. 85, nt. 43, nonché più di recente L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 110 s.; P. STEIN, *Recensione*, cit., p. 200. Anche R. MENTXAKA, *Stellionatus*, cit., pp. 297 s., tendenzialmente meno severa di altri nel valutare la genuinità dei testi in materia di stellionato, si è mostrata scettica circa l'autenticità del richiamo a questo crimine presente in D. 17.1.29.5, ritenendolo di origine glossematica (così anche in EAD., *Ancora sullo stellionatus*, cit., p. 501). Sembra invece orientarsi, quanto meno implicitamente, per l'autenticità dell'intero paragrafo L. PELLICIARI, *Ricerche*, cit., p. 41.

[87] Cfr. E. VOLTERRA, *Stellionatus*, cit., p. 41, nt. 1; L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 110 e nt. 155.

[88] Cfr., per tutti, TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, p. 681 e nt. 2.

[89] Per O.F. ROBINSON, *The Criminal Law*, cit., p. 32, invece, Modestino pensava al caso di chi «swore in a document that something was his own when in fact it was only pledged».

[90] Cfr. O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., c. 730, nt. 3

[91] Cfr. I. PFAFF, voce *Stellionatus*, cit., p. 2327; L. PELLICIARI, *Ricerche*, cit., p. 25 s.; A. VÖLKL, voce *Stellionatus*, in *Der Neue Pauly*, XI, Stuttgart-Weimar, 2001, p. 953.

Come è stato opportunamente notato[92], vi sono almeno due elementi che suggeriscono di ricondurre le condotte ivi contemplate entro la cornice del *crimen falsi*[93]: innanzitutto, la testimonianza trova posto in una sezione delle *Pauli Sententiae* dedicata al *crimen falsi*; in secondo luogo, la pena riservata agli autori dei comportamenti registrati in Paul. Sent. 5.25.13 non corrisponde a quella prevista, almeno al tempo di Ulpiano, per i rei di stellionato[94], bensì a quella comminata ai colpevoli di falso.

È probabile, ad ogni modo, che nella prassi anche altri contegni, rispetto a quelli sin qui considerati, fossero puniti a titolo di stellionato da parte dei titolari della *cognitio*[95].

Se così non fosse stato, sarebbe difficile spiegare perché Ulpiano, in D. 47.20.3.1, riconosca l'inutilità pratica di una puntuale elencazione dei comportamenti integranti il *crimen stellionatus* ('*nec est opus species enumerare*'), ammettendo così, sia pur implicitamente, che essi non si esaurissero in quelli da lui altrove segnalati[96].

Completata questa panoramica, non resta che individuare le costanti ravvisabili nelle varie fattispecie di stellionato passate in rassegna sin qui, onde stabilire, nei limiti del possibile, i tratti fondamentali dell'illecito in parola.

3. Dal punto di vista oggettivo, si poteva parlare di stellionato in presenza di una condotta materiale commissiva[97], inevitabilmente connotata dall'impiego di astuzie, raggiri o furberie ai danni di un terzo[98], idonea a procurare al suo autore un vantaggio di natura economica, con correlativo pregiudizio del terzo stesso o delle altre persone coinvolte nella dinamica delittuosa[99].

Non sembra, invero, che l'effettivo arricchimento del reo, e il corrispondente depauperamento della vittima, fossero elementi necessariamente richiesti per l'integrazione dell'illecito in questione[100].

---

[92] Cfr. L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 12, nt. 35

[93] Ne sono convinti anche C. FERRINI, *Diritto penale romano*, cit., p. 399, e B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*[2], cit., p. 263 s. e nt. 293.

[94] Si v. Ulp. 8 *de off. proc.* D. 47.20.3.2 e quanto si dirà *infra*, al § 6 di questa indagine.

[95] È quanto pensano anche A.D. TOLOMEI, *Della truffa*, cit., p. 56; E. HUPE, *Falsum*, cit., p. 45; P. STEIN, *The Origins*, cit., p. 88; L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 71 ss.

[96] Cfr. L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 71 s.

[97] Cfr. L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 117; ID., *Stellionatus*, cit., p. 43.

[98] Mai, invece, l'azione risulta caratterizzata dall'uso di violenza, fisica o psicologica: cfr. L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 119.

[99] Cfr. L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., pp. 117 s. e 122.

[100] Sul punto, per la verità, la dottrina appare divisa: E. HUPE, *Falsum*, cit., p. 52, e L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., pp. 112, 117 ss. e ntt. 8 e 10, escludono che la responsabilità per stellionato presupponesse l'effettivo conseguimento di un profitto da parte dell'autore della condotta incriminata e la causazione di un danno al patrimonio della vittima. In molti, però, sostengono il contrario: cfr. C. FERRINI, *Diritto penale romano*, cit., p. 106 («il *crimen stellionatus* ... presuppone il danno effettivamente arrecato»); A.D. TOLOMEI, *Della truffa*, cit., p. 56 ss. («il momento consumativo del delitto in esame è stabilito ... nell'effettivo pregiudizio patrimoniale altrui»); U. ZILLETTI, *Annotazioni*, cit., p. 80 («il danno patrimoniale subito dall'offeso è elemento costitutivo del *crimen stellionatus*»); L. PELLICIARI, *Ricerche*, cit., p. 31; R. MENTXAKA, *Stellionatus*,

Del pari, non risulta nemmeno che fosse essenziale, per aversi stellionato, che l'azione del colpevole avesse indotto altri in errore[101], sebbene le macchinazioni perpetrate dal responsabile tendessero sempre a sfruttare l'altrui buona fede[102].

Anche alla luce di quanto detto, si può affermare che il crimine di stellionato si consumava nel momento in cui l'attività fraudolenta posta in essere da un soggetto avesse raggiunto un livello tale da apparire potenzialmente idonea – secondo una valutazione basata sul criterio di normalità – a recargli un vantaggio e, correlativamente, a danneggiare uno o più soggetti determinati.

Rispetto alla vendita, alla permuta o alla *datio in solutum* di *res alii obligatae*, realizzate celando all'acquirente il preesistente vincolo di garanzia[103], è ragionevole supporre che lo stellionato si concretizzasse nell'istante in cui veniva effettuato l'atto di disposizione. Analogamente, in ipotesi di costituzione in garanzia di una cosa altrui o già pignorata a terzi[104], l'illecito probabilmente si riteneva integrato con il perfezionamento dell'atto attraverso cui il bene veniva impegnato. Lo stesso discorso valeva forse per gli altri contegni fraudolenti commessi in relazione a una *datio pignoris*[105], i quali davano luogo allo stellionato nel momento in cui avveniva la *datio* stessa. Con riferimento invece alla sostituzione, all'allontanamento, all'alterazione e all'occultamento di *merces*[106], così come nella vendita dello *statuliber* compiuta dissimulando la sua reale condizione[107], il crimine si considerava verosimilmente commesso quando veniva eseguito l'atto incriminato (dunque al momento della sostituzione, dell'allontanamento, dell'alterazione o dell'occultamento delle *merces*, oppure al momento della vendita dello *statuliber*). In relazione, poi, al versamento di denaro a fronte di una sentenza di condanna riguardante un debito in realtà mai sorto o comunque già adempiuto[108], la consumazione dello stellionato si manifestava, probabilmente, in occasione della percezione del denaro. Ed infine, rispetto agli atti di *impostura* e di *collusio* perpetrati a danno di terzi, potenzialmente idonei a integrare il *crimen stellionatus*[109], è ragionevole supporre che questo illecito maturasse nel «momento in cui l'attività ingannevole o collusiva del reo ... avesse raggiunto uno stadio tale da apparire inequivocabilmente e adeguatamente indirizzata a nuocere ad un certo

---

cit., p. 331; EAD., *Ancora sullo stellionatus*, cit., p. 501 s.; P. STEIN, *The Origins*, cit., pp. 84 e 88; ID., *The Crime*, cit., p. 139 s.; ID., *Recensione*, cit., p. 200.

[101] Cfr. L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 120, nt. 12, ma sul punto v. anche R. MENTXAKA, *Stellionatus*, cit., p. 331.

[102] Cfr. L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 120 e nt. 12.

[103] Ulp. 8 *de off. proc.* D. 47.20.3.1.

[104] Paul. 29 *ad ed.* D. 13.7.16.1; Ulp. 11 *ad ed.* D. 13.7.36.1; Mod. 3 *de poen.* D. 47.20.4; CI. 9.34.1, 2 e 4.

[105] Ulp. 40 *ad Sab.* D. 13.7.1.2.

[106] Ulp. 8 *de off. proc.* D 47.20.3.1 e 3.

[107] Ulp. 28 *ad Sab.* D. 40.7.9.1.

[108] Ulp. 7 *disp.* D. 17.1.29.5.

[109] Ulp. 8 *de off. proc.* D. 47.20.3.1.

soggetto»[110].

Tra le vittime dello stellionato, oltre al destinatario della condotta ingannevole del reo, potevano figurare anche altre persone.

Nonostante la reticenza delle fonti sul punto, si può ipotizzare che fossero considerati 'soggetti passivi del reato' tutti i portatori degli interessi vulnerati dalla commissione dell'illecito: e così, per fare qualche esempio, è plausibile che in relazione agli atti di disposizione di una *res alii obligata* fossero ritenuti offesi da tale condotta tanto il creditore pignoratizio (pregiudicato nel suo interesse alla sicurezza del credito)[111], quanto il terzo contraente (leso invece nel suo interesse alla correttezza della contrattazione e alla piena libertà nelle sue determinazioni negoziali)[112]. E ancora: in caso di pignoramento di cosa altrui, erano probabilmente considerate vittime dell'illecito in parola sia il creditore pignoratizio (vulnerato anch'egli nel suo interesse alla sicurezza del credito e alla libertà nelle sue determinazioni negoziali), sia il proprietario della *res* (il quale aveva la legittima aspettativa che la cosa non subisse destinazioni da lui non volute e tali da renderne difficoltoso il reperimento)[113].

Volendo ricorrere a categorie elaborate dalla moderna scienza penalistica, potremmo affermare che lo stellionato era un reato plurioffensivo[114]: molteplici ed eterogenei erano infatti gli interessi che l'ordinamento romano mirava a salvaguardare con la persecuzione di questo crimine[115].

Per quanto appaia predominante la dimensione protettiva dell'integrità patrimoniale dei singoli individui, il fatto stesso che lo stellionato fosse oggetto di repressione pubblica induce a credere che la sua introduzione mirasse altresì a tutelare un interesse della collettività, ravvisabile, forse, nello svolgimento libero, ordinato e corretto dell'attività negoziale tra i suoi membri[116].

Tornando agli elementi costitutivi dello stellionato, sotto il versante soggettivo incorreva in responsabilità per questo crimine solamente chi avesse agito con dolo, ossia ponendo intenzionalmente in essere la condotta incriminata[117], nella piena consapevolezza di tutte le circostanze oggettive

---

[110] Così L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 113, alle cui p. 77 ss. si rinvia per ulteriori approfondimenti in ordine al momento consumativo del *crimen stellionatus*.

[111] Come rilevato da L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 78, l'atto di disposizione della *res* costituita in garanzia avrebbe potuto ostacolare il reperimento della stessa da parte del creditore, in caso di inadempimento dell'obbligazione garantita.

[112] Cfr. L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 77 s.

[113] Cfr. L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 94 s.

[114] Cfr. L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 78; R. MENTXAKA, *Ancora sullo stellionatus*, cit., p. 498.

[115] Cfr. L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 117 s. e nt. 9; R. MENTXAKA, *Ancora sullo stellionatus*, cit., p. 501 s.

[116] Cfr., in quest'ottica, L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 118 e nt. 10. Di diverso avviso R. MENTXAKA, *Ancora sullo stellionatus*, cit., p. 501, secondo la quale la repressione dello stellionato era volta esclusivamente a preservare l'integrità patrimoniale dei privati (in questi termini si era già espresso A. MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, II. *Die Lehre vom strafbaren Betruge*, 1. *Die Entwicklung des Thatbestandes*, Leipzig, 1867, p. 4).

[117] Significative la menzione del '*dolo*' *facere* in Ulp. 8 *de off. proc.* D. 47.20.3.1 (con cui Ulpiano intende verosimilmente riferirsi allo stato psicologico di consapevole intenzionalità del soggetto agente e alla natura fraudolenta del suo agire: cfr. U. ZILLETTI, *Annotazioni*, cit., p. 88, e

richieste affinché l'illecito potesse considerarsi integrato[118].

Non sempre, però, un'azione fraudolenta, dotata di tutte le caratteristiche viste sin qui, dava luogo allo stellionato: occorreva infatti che essa non fosse punita ad altro titolo, che non fosse cioè sussumibile entro una diversa ipotesi di reato.

La dottrina, a tal riguardo, ha parlato di sussidiarietà o suppletorietà del *crimen stellionatus*[119], ravvisando in ciò un suo ulteriore elemento costitutivo.

Su questo aspetto appare dunque opportuno posare lo sguardo.

4. Si è già rilevato, in apertura del presente saggio, che Ulpiano, nel delineare in D. 47.20.3.1 i tratti fondamentali del *crimen stellionatus*, sottolinei come questo illecito fosse rimproverabile all'autore di una condotta fraudolenta solamente '*si aliud crimen non sit quod obiciatur*', ossia se il suo agire non avesse integrato una diversa figura di reato[120].

Riporto, per comodità del lettore, il passaggio di interesse.

Ulp. 8 *de off. proc.* D. 47.20.3.1: *Stellionatum autem obici posse his, qui dolo quid fecerunt, sciendum est, scilicet si aliud crimen non sit quod obiciatur: ...*

La sussidiarietà dello stellionato è un aspetto su cui Ulpiano insiste particolarmente. Questi, infatti, dopo aver affermato che la *stellionatus persecutio* operava nell'ambito del diritto criminale in maniera analoga all'*actio de dolo* nel campo dei giudizi privati – ossia nel rispetto del principio di sussidiarietà[121] –,

---

L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 134 s.), sia la presenza della locuzione '*sciens prudensque*' in Ulp. 11 *ad ed.* D. 13.7.36.1. Cfr., sul punto, R. MENTXAKA, *Stellionatus*, cit., p. 331, e L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 123

[118] Espliciti, al riguardo, Paul. 29 *ad ed.* D. 13.7.16.1, rispetto all'altruità della cosa pignorata al creditore o al suo essere già obbligata a terzi o al fisco, e Ulp. 28 *ad Sab.* D. 40.7.9.1, con riferimento alla *statulibertas* dello schiavo venduto. In letteratura, v. E. HUPE, *Falsum*, cit., p. 53 s., e L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 123 ss.

[119] Cfr. C. FERRINI, *Diritto penale romano*, cit., p. 403; U. BRASIELLO, voce *Stellionatus*, cit., p. 428; G. PUGLIESE, *Linee generali*, cit., p. 779; L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 126 ss.; A. NOGRADY, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 267.

[120] Cfr. W. REIN, *Das Kriminalrecht*, cit., p. 332; A. MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, II, cit., p. 4; J.L. STRACHAN-DAVIDSON, *Problems of the Roman Criminal Law*, II, Oxford, 1912, p. 163; A. DELL'ORO, *I libri de officio*, cit., p. 181; U. ZILLETTI, *Annotazioni*, cit., p. 89; E. HUPE, *Falsum*, cit., p. 41; U. BRASIELLO, voce *Stellionatus*, cit., p. 428; R. MENTXAKA, *Stellionatus*, cit., p. 308 s.

[121] Cfr. A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, I, Halle, 1873 (rist. Aalen, 1963), p. 252, nt. 46; C. FERRINI, *Diritto penale romano*, cit., p. 403; E. VOLTERRA, *Stellionatus*, cit., p. 35; U. ZILLETTI, *Annotazioni*, cit., p. 89; L. PELLICIARI, *Ricerche*, cit., pp. 37 ss.; R. MENTXAKA, *Stellionatus*, cit., p. 309. Non è ragionevole sostenere, come pur è stato fatto (v. A.D. TOLOMEI, *Della truffa*, cit., p. 58), che il collegamento tra *stellionatus persecutio* e *actio de dolo* sia stato tracciato da Ulpiano per sostenere una loro perfetta sovrapponibilità, ossia per affermare che in presenza di una condotta punibile a titolo di stellionato sarebbe stato possibile agire, in ambito civilistico, con l'*actio de dolo*. Come è stato giustamente osservato (v. E. VOLTERRA, *Stellionatus*, cit., p. 35; L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 135), contro questa tesi depongono i non pochi passi riguardanti casi in cui si poteva agire con l'*actio de dolo* pur non essendovi stellionato (cfr. L. PELLICIARI, *Ricerche*, cit., p. 35 ss.) e quelli in cui era invece ammessa

evidenzia che laddove fosse mancato uno specifico titolo di reato, ivi sarebbe stato ravvisabile lo stellionato (ovviamente, il dato è implicito, in presenza di un contegno connotato da tutti gli elementi costitutivi di questo illecito).

Ulp. 8 *de off. proc.* D. 47.20.3.1: *... quod enim in privatis iudiciis est de dolo actio, hoc in criminibus stellionatus persecutio. ubicumque igitur titulus criminis deficit, illic stellionatus obiciemus. ...*

La dottrina si è tuttavia mostrata scettica in ordine alla genuinità del tratto di testo contenente questa affermazione, vale a dire del passaggio '*ubicumque ... obiciemus*'[122]. Non è comunque mancato chi, anche di recente, lo ha considerato classico almeno nel contenuto[123], sospettando piuttosto che i compilatori giustinianei siano intervenuti inserendo l'inciso in questione nella posizione in cui si trova ora dopo averlo ricavato da un altro luogo dei *libri de officio proconsulis* ulpianei, al fine di rimarcare il carattere sussidiario del *crimen stellionatus*[124].

Pare in ogni caso più ragionevole supporre, con il d'Ors, che si tratti di un glossema postclassico, transitato per errore nel testo ulpianeo durante le fasi di trasmissione dell'opera da cui è tratto[125]: e ciò anche in ragione del fatto che a breve distanza da dove esso figura viene ribadita la sussidiarietà dello stellionato, attraverso le seguenti parole:

Ulp. 8 *de off. proc.* D. 47.20.3.1: *... et ut generaliter dixerim, deficiente titulo criminis hoc crimen locum habet, nec est opus species enumerare.*

Va detto, però, che anche intorno alla loro genuinità si sono addensati i

---

l'*accusatio stellionatus*, ma era precluso intentare l'*actio de dolo*, vuoi per l'esperibilità di un'altra azione (Paul. 29 *ad ed.* D. 13.7.16.1 e Ulp. 28 *ad Sab.* D. 40.7.9.1), vuoi per il rapporto sussistente tra la vittima e l'autore della condotta penalmente rilevante (stando infatti a CI. 9.34.2, se il padre si fosse reso responsabile di stellionato ai danni del figlio, quest'ultimo avrebbe potuto muovere una formale accusa di stellionato nei suoi confronti, sebbene non potesse intentare contro di lui l'*actio de dolo*, come risulta da Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.3.11.1: *Et quibusdam personis non dabitur, ut puta liberis vel libertis adversus parentes patronosve, cum sit famosa. ...*; sul punto v. E. VOLTERRA, *Stellionatus*, cit., pp. 37 s., oltre a quanto si dirà al § 6, nt. 235, di questa indagine). Sulla sussidiarietà dell'*actio de dolo*, v. *ex multis* P. LAMBRINI, *Actio de dolo malo e accordi privi di tutela contrattuale*, in *Studi sull'azione di dolo*, Napoli, 2013, p. 45 ss. (già in *Sem. Compl.*, 22, 2009, p. 225 ss., e in *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, p. 221 ss.).

[122] Cfr. G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, Tübingen, 1910, p. 117; E. COSTA, *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano*, Bologna, 1921, p. 177, nt. 1; N. LEVI, *La frode*, cit., p. 6; E. VOLTERRA, *Stellionatus*, cit., p. 23 s.; U. ZILLETTI, *Annotazioni*, cit., pp. 88 e 90, nt. 58; P. STEIN, *The Origins*, cit., p. 87.

[123] Cfr. M. SCARLATA-FAZIO, *Falsità e falso (parte storica)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 518, nt. 35; L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., pp. 74 s. e 134 s.; ID., *Stellionatus*, cit., p. 41, nt. 39.

[124] Cfr. L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., pp. 74 s., nt. 13, e 134 s., il quale, peraltro, non esclude la possibilità che il passaggio '*ubicumque ... obiciemus*' possa costituire una duplicazione della frase '*et ut generaliter ... enumerare*' che chiude il paragrafo.

[125] Cfr. Á. D'ORS, *Contribuciones a la historia del crimen falsi*, in *Studi in onore di E. Volterra*, II, Milano, 1971, p. 557.

dubbi degli interpreti[126], superabili tuttavia se si considera l'andamento complessivo dell'esposizione ulpianea. Il tratto di testo appena riprodotto compare infatti dopo un ampio elenco delle condotte integranti il *crimen stellionatus*, che si chiude con la menzione del *facere imposturam vel collusionem in necem alterius*. La vaghezza di questa formulazione potrebbe aver indotto Ulpiano a chiarire che i contegni classificabili come un *facere imposturam vel collusionem in necem alterius* davano luogo al *crimen stellionatus* solamente se non fossero stati riconducibili a una diversa figura criminosa[127].

A fronte di quanto detto, non stupisce pertanto che le fonti antiche serbino il ricordo di casi in cui, pur essendo riscontrabili tutti gli elementi oggettivi e soggettivi dello stellionato, questo illecito non venisse in rilievo[128].

Si prenda innanzitutto in considerazione il seguente frammento di Modestino:

Mod. 4 *resp.* D. 48.10.28: *Si, a debitore praelato die, pignoris obligatio mentiatur, falsi crimini locus est.*

Per quanto conciso, da esso apprendiamo che anticipare la data ('*praeferre diem*') di un rapporto di garanzia pignoratizia – ossia indicarne una anteriore rispetto a quelle effettiva[129], probabilmente attraverso una dolosa alterazione documentale[130] – dava luogo a un'ipotesi di *falsum*, e non invece di stellionato, nonostante l'affinità tra una simile condotta, idonea a ledere i precedenti creditori pignoratizi[131], e il *facere imposturam vel collusionem in necem alterius* che Ulpiano, in D. 47.20.3.1, annovera tra i comportamenti integranti il *crimen* qui al centro dell'attenzione[132].

Medesime le conclusioni che si possono trarre dalla lettura di

CI. 9.22.15: Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Rufo. *Si creditor colludens cum debitore suo tibi praedium venumdedit, falsum commisit et tibi nihil officit, sed se magis criminis accusationi fecit obnoxium.* S. XIII k. Febr. CC. conss. (a. 294)

La laconicità del testo del provvedimento tramandatoci dal *Codex*

---

[126] Cfr. E. VOLTERRA, *Stellionatus*, cit., p. 23 s.; B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III. *La famiglia - Rapporti patrimoniali - Diritto pubblico*, Milano, 1954, p. 491, nt. 4; U. ZILLETTI, *Annotazioni*, cit., p. 90, nt. 58; M. SCARLATA-FAZIO, *Falsità e falso*, cit., p. 518, nt. 35.

[127] Cfr., in quest'ottica, R. MENTXAKA, *Stellionatus*, cit., p. 311, e L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 131.

[128] Cfr. E. VOLTERRA, *Stellionatus*, cit., p. 30 s.

[129] Cfr. M. SCARLATA-FAZIO, *Falsità e falso*, cit., p. 517.

[130] In assenza di una falsificazione documentale sarebbe arduo, per U. ZILLETTI, *Annotazioni*, cit., p. 87 e nt. 55, scorgere le ragioni per cui una condotta come quella descritta da Modestino si faceva ricadere nel *crimen falsi*. Si v., a tal riguardo, anche Paul. 3 *resp.* D. 22.4.3: *Respondit repetita quidem die cautionem interponi non debuisse, sed falsi crimen quantum ad eos, qui in hoc consenserunt, contractum non videri, cum inter praesentes et convenientes res actitata sit magisque debitor quam creditor deliquerit.*

[131] Cfr. U. ZILLETTI, *Annotazioni*, cit., p. 87.

[132] V. *supra*, § 2.

Iustinianus impedisce, per la verità, di definire con precisione gli esatti contorni della condotta incriminata.

Si parla di un creditore che, concluso un accordo fraudolento con il debitore, ha venduto un fondo al destinatario del rescritto, commettendo così un falso.

Vi è stato chi ha creduto di trovarsi dinanzi, anche in questo caso come nel frammento di Modestino (D. 48.10.28), a una antedatazione realizzata mediante falsificazione documentale, parimenti volta a danneggiare la posizione dei precedenti creditori[133]. Altri hanno pensato a un soggetto in possesso di un fondo ricevuto in garanzia, che, d'intesa col proprio debitore, lo ha venduto a un terzo fingendosi proprietario[134]; oppure a un tale che ha ordito una macchinazione per fingere l'esistenza di una precedente obbligazione «al fine di ingannare fraudolentemente il suo creditore»[135].

Ma a prescindere dall'esatta individuazione del contegno sottoposto all'attenzione del *princeps*, rileva il fatto che esso, in CI. 9.22.15, venga fatto ricadere nel *crimen falsi*, e non nel *crimen stellionatus*, probabilmente in ragione del compimento di una qualche alterazione documentale[136]: e ciò anche se la condotta, nel suo complesso, era accostabile al già menzionato *facere imposturam vel collusionem in necem alterius* ulpianeo oppure al contegno fraudolento in danno del creditore pignoratizio sanzionato come stellionato in CI. 9.34.4.1[137].

In linea con le informazioni ricavabili da questi testi si pone anche

Paul. *lib. sing. ad sen. cons. Turp.* D. 48.10.21: *Qui duobus in solidum eandem rem diversis contractibus vendidit, poena falsi coercetur, et hoc et divus Hadrianus constituit. is adiungitur et is qui iudicem corrumpit. sed remissius puniri solent, ut ad tempus relegentur nec bona illis auferantur.*

Dalla prima parte di questo frammento apprendiamo che l'imperatore Adriano si era pronunciato a favore dell'assoggettamento alla *poena falsi* di chi

---

[133] In questi termini si orienta U. ZILLETTI, *Annotazioni*, cit., p. 87, secondo il quale «se non si ammettesse questa spiegazione, non si intenderebbe compiutamente il valore della *collusio* in CI. 9.22.15, né si perverrebbe mai a spiegare, se si trattasse di pura e semplice ipotesi di vendita di *res obligata* senza alcuna falsificazione di documenti, perché, quando ormai (età dioclezianea) non vi doveva essere più luogo a incertezze circa l'ambito del *crimen stellionatus*, si sottraesse tale fattispecie dal suo ambito tipico per farla ricadere nel *crimen falsi*, in un ambito cioè del tutto eterogeneo». L'assenza di cenni a falsificazioni documentali in CI. 9.22.15 ha invece indotto L. PELLICIARI, *Ricerche*, cit., p. 49, a ritenere «assai difficile la configurabilità del *crimen falsi*» e a concludere che «indubbiamente è un caso che rientra nello stellionato, non nel falso». Questo approccio a CI. 9.22.15 appare tuttavia alquanto discutibile. La Pelliciari, infatti, più che proporre una spiegazione della soluzione versata nel rescritto, da cui eventualmente ricavare informazioni utili a lumeggiare i rapporti tra il *crimen falsi* e il *crimen stellionatus*, tende a contestarne la correttezza, alla luce delle conclusioni da lei stessa maturate in ordine alla fisionomia dello stellionato e al suo ambito di applicazione.

[134] È questa la lettura proposta da E. COSTA, *Crimini*, cit., p. 149, e da M. SCARLATA-FAZIO, *Falsità e falso*, cit., p. 517.

[135] Così G.F. FALCHI, *Diritto penale romano*, I. *I singoli reati*, Padova, 1932, p. 236.

[136] Cfr. P. STEIN, *The Origins*, cit., p. 85, nt. 15.

[137] Cfr. L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 127, nt. 40. Su CI. 9.34.4 v. *supra*, § 2.

avesse venduto la stessa cosa, con due negozi distinti, a due persone differenti, senza avvertire il secondo compratore – ritiene implicito Garofalo – della precedente vendita[138]. Non si reputò dunque che una simile condotta dovesse essere perseguita a titolo di stellionato[139], nonostante le affinità che essa presentava con il *rem alii obligatam distrahere* o, comunque, con il *facere imposturam vel collusionem in necem alterius*: comportamenti, questi, entrambi riconosciuti da Ulpiano come integranti il *crimen* qui al centro dell'attenzione[140].

Certo, si potrebbe sostenere che la presa di posizione del *princeps* ricordata in D. 48.10.21 si fosse formata in un'epoca lontana dall'elaborazione ulpianea della nozione stellionato, o comunque in un momento in cui questo *crimen* non aveva ancora fatto il suo ingresso nel panorama repressivo romano[141]: il che, però, non fa vacillare le conclusioni raggiunte poc'anzi circa la sussidiarietà di tale illecito, posto che la vendita della stessa cosa a più persone differenti, proprio perché ricondotta nell'orbita del falso[142], non venne considerata un'ipotesi di stellionato nemmeno quando andarono meglio definendosi i contorni di questa figura criminosa[143].

Paolo, infatti, non fa esplicito riferimento allo stellionato, allorquando registra, sempre in D. 48.10.21, che la condotta in questione era punita, al suo tempo, in maniera assai più mite che in passato ('*remissius*'), ossia con la

---

[138] Cfr. L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 126, nt. 39.

[139] Á. D'ORS, *Contribuciones*, cit., p. 557 s., ravvisa in D. 48.10.21 il segno precoce della tendenza, accentuatasi nel corso del III secolo d.C., a estendere i confini della nozione di *falsum*, ricomprendendo al suo interno fattispecie lontane da quelle previste dalla *lex Cornelia de falsis*, tra cui alcune originariamente punite come stellionato (su questo allargamento del *crimen falsi*, v. anche G. PUGLIESE, *Linee generali*, cit., pp. 756 ss.).

[140] Come rilevato da E. VOLTERRA, *Stellionatus*, cit., p. 32 s. e nt. 1, è sin dall'epoca dei glossatori che si discute in ordine alla possibilità di conciliare quanto riportano D. 47.20.3 e D. 48.10.21, e che ci si chiede per quali ragioni i romani distinguessero, sotto il profilo del penalmente rilevante, tra la vendita e il pignoramento della medesima cosa a due persone distinte, riconducendo l'una nell'alveo del *falsum*, l'altro nell'orbita dello *stellionatus*.

[141] Cfr. E. VOLTERRA, *Stellionatus*, cit., p. 31. Quanto detto vale a prescindere dall'epoca in cui si ritenga che la repressione dello stellionato abbia avuto inizio (v. *supra*, § 1 e ntt. 5-6): il secondo *et* che compare in '*et hoc et divus Hadrianus constituit*' induce infatti a ritenere che l'autore di una condotta come quella descritta da Paolo incorresse nella *poena falsi* ancor prima della presa di posizione formulata dall'imperatore Adriano (cfr., in questo senso, M. SCARLATA-FAZIO, *Falsità e falso*, cit., p. 517, e L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., pp. 48, nt. 6, e 128, mentre è di diverso avviso G. PUGLIESE, *Linee generali*, cit., p. 758 e nt. 82).

[142] Cfr. G.F. FALCHI, *Diritto*, cit., p. 236.

[143] In verità, l'esatta determinazione del comportamento penalmente rilevante descritto in D. 48.10.21 ha sollevato in dottrina dubbi di non trascurabile portata. Come ha notato ad esempio U. ZILLETTI, *Annotazioni*, cit., p. 86, «chi vende la stessa cosa a due persone diverse è tenuto soltanto *ex empto* nei confronti del compratore rispetto al quale si verifica necessariamente l'inadempienza; invece commette furto chi vende la *res aliena* essendo consapevole dell'alienità», purché ciò non costituisse un atto di legittima disposizione della cosa altrui. Questa constatazione lo ha indotto a escludere che D. 48.10.21 riguardi un normale caso di consapevole vendita della medesima cosa a due persone diverse, e lo ha spinto a sostenere, anche sulla scorta della provenienza del passo, che Paolo si fosse focalizzato sul destino del falso accusatore, reo di aver venduto i suoi servigi per il medesimo processo a due individui differenti. In questi termini si era già posto E. LEVY, *Gesetz und Richter im kaiserlichen Strafrecht. I. Die Strafzumessung*, in *BIDR*, 45, 1938, p. 67 s., nt. 32.

relegazione temporanea senza confisca dei beni[144].

La sussidiarietà dello stellionato, intesa come configurabilità dello stesso in presenza di comportamenti non riconducibili a una diversa fattispecie di reato, escludeva quindi in radice la possibilità del concorso tra tale illecito e altre figure criminose represse dall'ordinamento romano[145].

Questo valeva sul piano del diritto criminale.

Per quanto riguarda il versante privatistico, diverse testimonianze ci fanno sapere che i colpevoli di stellionato potevano essere chiamati a rispondere delle loro azioni anche in sede civile[146], ad esempio con azioni reipersecutorie come l'*actio pigneraticia* (*contraria*)[147] o l'*actio ex empto*[148].

Qualche dubbio merita invece di essere sollevato circa la possibilità che fossero concesse azioni penali – quali l'*actio de dolo* o l'*actio furti* – contro i rei di stellionato: e ciò, a dispetto di quanto è stato talvolta sostenuto[149].

Le fonti non contengono attestazioni esplicite in tal senso, e gli indizi ricavabili dalla loro lettura non sembrano in grado di giustificare l'abbandono di un atteggiamento prudente in ordine all'ammissibilità di una doppia responsabilità, sul piano criminale e penal-privatistico, a carico dell'autore di una condotta che dava luogo allo stellionato.

Non costituisce un'eccezione, rispetto al quadro appena delineato, quanto riporta Ulp. 11 *ad ed.* D. 13.7.36.1, il cui tratto finale menziona l'*actio de dolo* in relazione al pignoramento di una *res alii obligata*: una condotta, questa, sicuramente idonea a integrare il *crimen stellionatus*.

Ulp. 11 *ad ed.* D. 13.7.36.1: *Sed et si quis rem alienam mihi pignori dederit sciens prudensque vel si quis alii obligatam mihi obligavit nec me de hoc certioraverit,*

---

[144] Cfr. L. PELLICIARI, *Ricerche*, cit., p. 24.

[145] Cfr. E. VOLTERRA, *Stellionatus*, cit., p. 34, e L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., pp. 78 ss. e 129 ss., convinto che la sussidiarietà riconosciuta al *crimen stellionatus* fosse un indice della «tendenza ad evitare il cumulo dello stesso con altri reati», anche qualora questi ultimi fossero stati con il primo in un rapporto di *species* a *genus* (quando cioè gli elementi qualificanti di tali illeciti erano ricompresi tra quelli, più articolati, richiesti per aversi stellionato). Secondo Garofalo, è ragionevole supporre che in una simile evenienza operasse un qualche criterio in forza del quale si evitava, sul piano della repressione pubblica, la duplice imputazione del reo: «e il più semplice» – scrive ancora L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 81 – «parrebbe quello della scelta alternativa». *Nulla quaestio*, invece, qualora il rapporto tra lo stellionato e un diverso crimine fosse stato di *genus* a *species*, poiché in questo caso, integrata l'ipotesi di reato più specifica, non vi era alcuno spazio per il concorso di questa con il *crimen stellionatus*.

[146] Cfr. L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 132 e nt. 56. Sul tema, v. anche L. PELLICIARI, *Ricerche*, cit., p. 60 ss.

[147] Si v. Ulp. 40 *ad Sab.* D. 13.7.1.2; Paul. 29 *ad ed.* D. 13.7.16.1; Ulp. 11 *ad ed.* D. 13.7.36 e CI. 8.15.6, del 293 d.C., se messo in relazione con CI. 9.34.2, del 239 d.C. (solo quest'ultimo rescritto evoca infatti il *crimen stellionatus*, rispetto però a una vicenda del tutto analoga a quella affrontata in CI. 8.15.6, ove viene riconosciuta l'*actio pigneraticia contraria* al creditore che ha ricevuto in pegno una cosa altrui: cfr. L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., pp. 95, nt. 104, e 132, nt. 56).

[148] Si v. Ulp. 28 *ad Sab.* D. 40.7.9.1.

[149] Cfr., ma con punti di vista non del tutto coincidenti, W. REIN, *Das Kriminalrecht*, cit., p. 336 (alle cui tesi si allinea L. PELLICIARI, *Ricerche*, cit., p. 33), e L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., 79 s., p. 132 e nt. 56.

eodem crimine plectetur. plane si ea res ampla est et ad modicum aeris fuerit pignerata, dici debebit cessare non solum stellionatus crimen, sed etiam pigneraticiam et de dolo actionem, quasi in nullo captus sit, qui pignori secundo loco accepit

In questo passaggio non si afferma infatti che l'*actio de dolo* poteva sommarsi a un'incriminazione per stellionato, esponendo così l'autore del misfatto a una duplice responsabilità. Si dà conto, invece, di un principio differente: quello che escludeva tanto il configurarsi del *crimen stellionatus*, quanto l'esperibilità dell'*actio pigneraticia* (*contraria*) e dell'*actio de dolo*, nel caso in cui la *res alii obligata* fosse stata di ingente valore e il credito garantito di modesta entità[150].

Un principio, peraltro, che parte della dottrina reputa difficilmente ascrivibile alla riflessione giuridica classica[151], al punto che è stata sospettata la provenienza compilatoria del tratto di testo che lo contiene[152].

Per quanto riguarda, poi, la possibilità di esperire l'*actio furti* in connessione con condotte costitutive del *crimen stellionatus*, non ci sono giunte testimonianze che lo affermino esplicitamente.

Vale tuttavia la pena di notare che, stando a Ulp. 40 *ad Sab.* D. 47.2.19.6 e a Paul. 7 *ad Plaut.* D. 47.2.67 pr., si macchiava di furto il debitore pignorante che avesse alienato la cosa già pignorata a un terzo[153]: un contegno che integrava un'ipotesi di stellionato, qualora il venditore avesse maliziosamente celato all'acquirente il vincolo di garanzia sussistente sulla cosa vendutagli[154].

Garofalo ha reputato astrattamente ammissibile che, in presenza di questo consapevole silenzio, il debitore pignorante potesse essere perseguito sia sul piano pubblicistico, per stellionato, sia su quello privatistico, per furto (in forza, dunque, dell'esperimento nei suoi confronti dell'*actio furti*).

L'autore però, stimolato dalle riflessioni di Marco Balzarini in tema di perseguibilità *extra ordinem* del *furtum*[155], si è interrogato sul rapporto tra questo illecito e lo stellionato, nell'eventualità in cui, rispetto a una vicenda come quella poc'anzi prospettata, il creditore pignoratizio vittima di furto, anziché optare per la soluzione punitiva privatistica (ossia per l'*actio furti*), avesse preferito rivolgersi agli organi deputati a gestire la repressione criminale in via straordinaria. Ad avviso di Garofalo, la natura sussidiaria dello stellionato potrebbe aver spinto i

---

[150] Cfr. L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 89 s.

[151] Cfr. U. ZILLETTI, *Annotazioni*, cit., p. 84, nt. 38; L. GAROFALO, *Stellionatus*, cit., p. 38 s., nt. 26.

[152] Cfr. E. VOLTERRA, *Stellionatus*, cit., p. 42 s.; U. ZILLETTI, *Annotazioni*, cit., p. 83 s. e nt. 38; L. PELLICIARI, *Ricerche*, cit., p. 63; L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 89 ss.

[153] Ecco il testo di Ulp. 40 *ad Sab.* D. 47.2.19.6: *Furtum autem rei pigneratae dominus non tantum tunc facere videtur, cum possidenti sive tenenti creditori aufert, verum et si eo tempore abstulerit, quo non possidebat, ut puta si rem pigneratam vendidit: nam et hic furtum eum facere constat. et ita et Iulianus scripsit*, e di Paul. 7 *ad Plaut.* D. 47.2.67 pr.: *Si is, qui rem pignori dedit, vendiderit eam: quamvis dominus sit, furtum facit, sive eam tradiderat creditori sive speciali pactione tantum obligaverat: idque et Iulianus putat.*

[154] Si v. quanto detto *supra*, § 2, in relazione a Ulp. 8 *de off. proc.* D. 47.20.3.1.

[155] Si v. M. BALZARINI, *In tema di repressione extra ordinem del furto nel diritto classico*, in *BIDR*, 72, 1969, p. 220 ss.

giuristi o, più probabilmente, i titolari della *cognitio* a elaborare un criterio in forza del quale si evitava il cumulo dello stellionato con altri crimini, anche qualora il rapporto tra l'uno e gli altri fosse stato di *species* a *genus*.

5. Pur in presenza di una condotta connotata da tutti gli elementi oggettivi e soggettivi richiesti per l'integrazione dello stellionato, questo crimine poteva essere perseguito dagli organi della *cognitio* esclusivamente su istanza di parte, vale a dire a seguito della formale *accusatio* di un privato[156].

È quanto si ricava innanzitutto dalle molteplici testimonianze che fanno esplicito riferimento a una *accusatio stellionatus*, come

Ulp. 8 *de off. proc.* D. 47.20.3 pr.: *Stellionatus accusatio ad praesidis cognitionem spectat*,

CI. 9.34.3: Imp. Gordianus A. Hadriano. *Stellionatus accusatio inter crimina publica non habetur.* PP. id. April. Attico et Praetextato conss. (a. 242),

e anche

Pap. 1 *resp.* D. 47.20.1: *Actio stellionatus neque publicis iudiciis neque privatis actionibus continetur,*

in cui per la verità si parla di *actio*, e non di *accusatio stellionatus*, ma pur sempre per indicare l'atto con il quale si promuoveva l'instaurazione del relativo giudizio[157].

A questi brani va aggiunto il frammento ulpianeo qui di seguito riprodotto, in cui il giurista di Tiro precisa che il *iudicium stellionatus*, al pari di quello per *expilata hereditas*, pur richiedendo l'impulso di parte per essere avviato, non poteva comunque considerarsi *publicum*[158].

---

[156] Cfr. M. LAURIA, *Accusatio-inquisitio. Ordo - cognitio extra ordinem - cognitio: rapporti ed influenze reciproche,* in *Studii e ricordi*, Napoli, 1983, p. 314 s. (ma già in *Atti della Reale Accademia di Scienze morali e politiche di Napoli*, 56, 1934, pp. 3 ss. dell'estratto); E. VOLTERRA, *Stellionatus,* cit., p. 29; U. ZILLETTI, *Annotazioni*, cit., p. 76; R. MENTXAKA, *Stellionatus*, cit., p. 301; O.F. ROBINSON, *The Criminal Law*, cit., p. 32; L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 137 ss.; ID., *Stellionatus*, cit., p. 45 ss.; S. PIETRINI, *Sull'iniziativa*, cit., pp. 40 e 43; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*[2], cit., p. 242, nt. 191; ID., *Praeses provideat. Il governatore provinciale fra iudicia publica e cognitiones extra ordinem,* in *Eparcheia, autonomia e civitas Romana. Studi sulla giurisdizione criminale dei governatori di provincia (II sec. a.C. - II d.C.),* a cura di D. Mantovani e L. Pellecchi, Pavia, 2010, p. 84.

[157] Cfr. G. PUGLIESE, *Linee generali*, cit., p. 782; A. BISCARDI, *Aspetti del fenomeno processuale nell'esperienza giuridica romana*[2], Milano, 1978, p. 115 ss.; L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 140; G. ZANON, *Le strutture accusatorie della cognitio extra ordinem nel principato*, Padova, 1998, p. 46 s., nt. 6. Sulle modalità di proposizione dell'accusa nei processi *extra ordinem*, v. M. BIANCHINI, *Le formalità costitutive del rapporto processuale nel sistema accusatorio romano*, Milano, 1964, p. 70 ss.

[158] Cfr. U. ZILLETTI, *Annotazioni*, cit., p. 77; F. BOTTA, *Legittimazione*, cit., pp. 84 e 87, nt. 133. Sulla nozione di *iudicia publica*, v. *supra*, § 1. Il *crimen stellionatus* e il *crimen expilatae hereditatis* (sul quale v. *infra*, nt. 174, anche per i riferimenti bibliografici essenziali) non erano tuttavia gli unici crimini emersi in sede di repressione straordinaria che richiedevano l'*accusatio*

Ulp. 3 *de adult.* D. 47.11.3: *Stellionatus vel expilatae hereditatis iudicia accusationem quidem habent, sed non sunt publica*.

Bernardo Santalucia ha però rilevato che l'*accusatio* prevista per i crimini emersi nell'ambito della *cognitio extra ordinem*, come lo stellionato, «non aveva nulla a che fare con l'*accusatio publica* del *quivis de populo* dei delitti delle *quaestiones*»[159]. Tuttavia, continua lo studioso, anch'essa «era un atto che condizionava l'instaurazione del giudizio: una 'condizione di procedibilità', in assenza della quale il magistrato non era autorizzato a dare inizio alla persecuzione»[160].

A differenza di quanto generalmente accadeva per i crimini delineati dalle leggi sulle giurie permanenti, la legittimazione a presentare l'*accusatio stellionatus* non era riconosciuta a qualunque cittadino[161], bensì solamente al titolare o ai titolari dell'interesse leso dalla condotta dell'agente[162]: vale a dire a quelli che oggi siamo soliti denominare soggetti passivi del reato[163].

Vista la molteplicità ed eterogeneità dei contegni che davano luogo allo stellionato[164], e considerato il carattere plurioffensivo di questo illecito[165], legittimati attivi alla relativa *accusatio* potevano essere varie figure, a seconda del concreto atteggiarsi della dinamica criminosa in cui erano rimaste coinvolte[166].

È ragionevole supporre, sulla scia di Garofalo[167], che gli organi titolari della *cognitio*, ai quali fosse stata presentata un'*accusatio stellionatus*, verificassero la legittimazione di chi l'aveva mossa, la perdurante ammissibilità della stessa – vale a dire il persistere della ragione sostanziale che ne giustificava la proposizione: la c.d. *causa instituendi criminis*, secondo il modo di esprimersi di CI. 9.34.1, su cui a breve si indugerà – e, aggiungerei, anche la non incriminabilità dell'accusato per una diversa ipotesi di reato[168].

---

di un privato per essere perseguiti: basti pensare, solo per fare qualche esempio, al *partus suppositus* (che molti però tendono a far ricadere nel *crimen falsi*, riconoscendo così natura pubblica al relativo *iudicium*: sul punto v. *infra*, nt. 173), all'abigeato e alla *praevaricatio* dell'*advocatus* (sui quali, in relazione a questo specifico aspetto, v. L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 138 s., nt. 8).

[159] Così, in B. SANTALUCIA, *Praeses provideat*, cit., p. 84.

[160] Così, ancora, in B. SANTALUCIA, *Praeses provideat*, cit., p. 84

[161] Cfr., rispetto ai crimini contemplati dalle leggi istitutive delle *quaestiones perpetuae*, M. LAURIA, *Accusatio - inquisitio*, cit., p. 298 ss.; G. PUGLIESE, *Linee generali*, cit., pp. 724 e nt. 3, e 727; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*[2], cit., pp. 165 s. e 243 s.

[162] Ed eventualmente ai suoi parenti, almeno secondo M. LAURIA, *Accusatio - inquisitio*, cit., p. 315. Stando a CI. 9.34.2 (a. 239), l'accusa di stellionato poteva essere mossa anche dal figlio nei confronti del proprio padre (cfr., in merito, L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 146 ss.). Su questo testo, valorizzato in dottrina sia per sostenere, sia per negare la natura infamante del *iudicium stellionatus*, v. *infra*, § 6.

[163] Cfr. L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 141 ss.; ID., *Stellionatus*, cit., p. 47.

[164] V. *supra*, § 2.

[165] V. *supra*, § 3.

[166] V. *supra*, § 3.

[167] Cfr. L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 153.

[168] A tal proposito, U. ZILLETTI, *Annotazioni*, cit., p. 79 ss., ha parlato di «una sorta di giudizio preventivo di procedibilità», volto ad accertare l'«esistenza o meno degli elementi

Ebbene, l'idea di una legittimazione ristretta all'*accusatio stellionatus* è un approdo cui la dottrina romanistica è pervenuta in maniera compatta[169], fondando però questo suo convincimento principalmente – se non esclusivamente – sui testi che negano natura pubblica al *crimen stellionatus* e al relativo *iudicium*[170].

Secondo Garofalo, vi sarebbero tuttavia almeno due (ulteriori) argomenti spendibili per sostenere la fondatezza di tale tesi[171].

Il primo è di ordine generale e fa leva sul fatto che le fonti concernenti altri crimini emersi nell'ambito della *cognitio extra ordinem*, e perseguibili al pari dello stellionato solamente su impulso di parte, mai menzionano la possibilità che l'iniziativa accusatoria potesse giungere da un qualunque cittadino (ossia dal c.d. *quivis de populo*)[172], mentre in qualche caso precisano addirittura come essa fosse riservata alle vittime delle condotte costituenti reato. È quanto avviene rispetto al *partus suppositus*[173] e, soprattutto, rispetto all'*expilata hereditas*[174]:

---

necessari e sufficienti per far luogo al procedimento» (in termini analoghi si sono espressi A. BERGER, voce *Stellionatus*, in *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953, p. 715; L. PELLICIARI, *Ricerche*, cit., p. 30; P. STEIN, *The Origins*, cit., p. 83). Zilletti perviene a questa conclusione valorizzando in particolare Ulp. 8 *de off. proc.* D. 47.20.3 pr.: *Stellionatus accusatio ad praesidis cognitionem spectat*, passo che, a suo dire, non si limiterebbe ad affermare che il *crimen stellionatus* ricadeva nella competenza del governatore provinciale (come ritengono in molti, tra cui A. DELL'ORO, *I libri de officio*, cit., p. 181; L. PELLICIARI, *Ricerche*, cit., p. 30; R. MENTXAKA, *Stellionatus*, cit., p. 307; L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 154 s.), ma che spettava a quest'ultimo valutare, in concreto, se sussistevano tutti i presupposti per procedere *extra ordinem* nei confronti dell'accusato. Critici rispetto a questa lettura di Zilletti si sono mostrati L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 151 ss., e A. NOGRADY, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 270, nt. 1354.

[169] Cfr. N. LEVI, *La frode*, cit., p. 4; E. VOLTERRA, *Stellionatus*, cit., p. 29; M. LAURIA, *Accusatio - inquisitio*, cit., p. 315; U. ZILLETTI, *Annotazioni*, cit., p. 76; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*[2], cit., p. 242, nt. 191; ID., *Praeses provideat*, cit., p. 84; L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 141 ss.

[170] Cfr. L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 142.

[171] Cfr. L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 144 ss.

[172] Cfr. L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 145 s. e nt. 39.

[173] Si v. Mod. 12 *pand.* D. 48.10.30.1: *De partu supposito soli accusant parentes aut hi, ad quos ea res pertineat: non quilibet ex populo, ut publicam accusationem intendat*. A giudizio di molti, però, la supposizione di parto, pur punita per la prima volta *extra ordinem*, sarebbe ricaduta nell'orbita del *crimen falsi* (cfr. G.G. ARCHI, *Problemi in tema di falso nel diritto romano*, in *Scritti di diritto romano*, II. *Studi di diritto penale. Studi di diritto postclassico e giustinianeo*, Milano, 1981, pp. 1495, nt. 20, e 1515; A. TORRENT, *Supposito partus - crimen falsi*, in AHDE, 52, 1982, p. 225; G. PUGLIESE, *Linee generali*, cit., p. 756 s. e nt. 7; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*[2], cit., p. 263 s. e nt. 293), così da venir considerata un *crimen publici iudicii* (cfr. S. PIETRINI, *Sull'iniziativa*, cit., p. 29, nt. 41). Vi è stato anche chi ha ipotizzato che la stessa *lex Cornelia de falsis* punisse la simulazione di parto (cfr. W. KUNKEL, *Über die Entstehung des Senatsgerichts*, München, 1969, p. 48 s. e nt. 75), mentre M. LAURIA, *Accusatio - inquisitio*, cit., p. 314 s., considera il *partus suppositus* semplicemente un *crimen extraordinarium* (*contra*, S. PIETRINI, *Sull'iniziativa*, cit., p. 29 s., nt. 41).

[174] Cfr. M. LAURIA, *Accusatio - inquisitio*, cit., p. 315, nt. 312; S. PIETRINI, *Sull'iniziativa*, cit., p. 34 e nt. 45; A. NOGRADY, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 290. Da Ulp. 9 *de off. proc.* D. 47.19.2.1 e da CI. 9.32.6 (a. 249) risulta che la legittimazione all'*accusatio* per l'*expilata hereditas* spettava a tutti coloro che avrebbero potuto agire con l'*actio furti* se questa fosse stata concretamente esperibile (cfr. S. PIETRINI, *Sull'iniziativa*, cit., p. 34, nt. 45). Il *crimen expilatae hereditatis* consisteva infatti nell'appropriazione di beni facenti parte di un'eredità giacente o di

crimine, quest'ultimo, che viene evocato insieme allo stellionato in due testi[175], entrambi – e non è certo un caso – concernenti aspetti legati alla presentazione dell'*accusatio* di parte[176].

Il secondo argomento valorizzabile per sostenere della legittimazione ristretta all'*accusatio stellionatus* si può ricavare, ad avviso di Garofalo, dall'esame del seguente rescritto di Alessandro Severo.

CI. 9.34.1: Imp. Alexander A. Alexandro. *Improbum quidem et criminosum fateris easdem res pluribus pignorasse, dissimulato in posteriore obligatione, quod eaedem aliis pignori tenentur. verum securitati tuae consules, si oblato omnibus debito criminis instituendi causam peremeris.* PP. V id. Febr. Pompeiano et Peligno conss. (a. 231)

Il destinatario del provvedimento, un certo Alessandro, si era rivolto al *princeps* per sapere se esistesse un modo per evitare un'accusa di stellionato nei suoi confronti[177], che egli temeva di ricevere avendo concesso in pegno le medesime cose ad alcuni creditori, senza informarli dell'esistenza, sulle stesse, di precedenti vincoli di garanzia.

Il rescritto, per la verità, non fa riferimento esplicito allo stellionato, ma è ragionevole qualificare in tali termini la fattispecie in esso contemplata, sia perché corrisponde a quella descritta da Paolo in D. 13.7.16.1, e da lui ricondotta al *crimen stellionatus*, sia perché il rescritto stesso è stato collocato dai compilatori giustinianei all'interno del titolo *De crimine stellionatus* del nono libro del *Codex repetitae praelectionis*.

L'imperatore, dopo aver definito '*improbum*' e '*criminosum*' il comportamento tenuto da Alessandro, indica a costui la strada da percorrere: avrebbe dovuto offrire a tutti i suoi creditori quanto necessario per soddisfare le loro pretese[178]. Così facendo, continua il *princeps*, sarebbe venuta meno quella che nel rescritto è chiamata '*causa instituendi criminis*': formula che sembra alludere alla ragione sostanziale che giustificava la proposizione dell'accusa[179]. Venuta meno tale *causa*, l'autore della condotta penalmente rilevante avrebbe di conseguenza evitato un'incriminazione per stellionato e il rischio di essere

---

un'eredità già adita, ma non ancora nel possesso dell'erede: situazioni in cui non era possibile intentare l'*actio furti*. Su questo illecito, v. almeno F. GNOLI, *Hereditatem expilare*, cit., p. 7 ss.; M. LEMOSSE, *Crimen expilatae hereditatis*, in *RHDFE*, 76, 1998, p. 255 ss.; S. PULIATTI, *Il crimen expilatae hereditatis negli studi di diritto criminale di Franco Gnoli*, in *Riv. dir. rom.*, 23, 2023, p. 165 ss., e F. PULITANÒ, *Per uno studio del crimen expilatae hereditatis: considerazioni palingenetiche su D. 47.19*, in *BIDR*, 113, 2019, p. 259 ss.

[175] Ulp. 3 *de adult.* D. 47.11.3 e Ulp. 8 *disp*. D. 48.16.7.1.

[176] Cfr. L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 146. Si tratta di Ulp. 3 *de adult*. D. 47.11.3 e di Ulp. 8 *disp*. D. 48.16.7, entrambi trascritti in questo § 5.

[177] Cfr. R. MENTXAKA, *Stellionatus*, cit., p. 316 s.

[178] Come hanno giustamente rilevato U. ZILLETTI, *Annotazioni*, cit., p. 80, R. MENTXAKA, *Stellionatus*, cit., p. 317 s. e L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 150, nt. 60, non era necessario adempiere all'obbligazione garantita, posto che nel testo del rescritto si parla di '*offerre*' e non di '*solvere*' il *debitum* contratto (ancorché non scaduto, stando a L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 150, nt. 60).

[179] Cfr. L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., pp. 87 e 145.

condannato a questo titolo[180].

Secondo Garofalo, la soluzione versata in CI. 9.34.1 depone decisamente a favore della legittimazione ristretta all'*accusatio stellionatus*, risultando «poco plausibile» – scrive lo studioso – «che un fatto riguardante i soli creditori, ossia l'offerta di adempimento da parte del debitore, valesse a togliere alla globalità dei legittimati il diritto di accusarlo»[181].

Ma il provvedimento di Alessandro Severo può essere valorizzato anche in un'altra prospettiva, parimenti attinente alle condizioni di procedibilità della *stellionatus persecutio*.

Nel rescritto, come visto, è contemplata la possibilità per l'autore di un misfatto di ravvedersi, evitando un'incriminazione per stellionato nel caso in cui, dopo la consumazione dell'illecito, avesse serbato un contegno idoneo a eliminare le conseguenze negative derivanti dalla sua condotta.

Il principio versato nel passo è stato formulato dall'imperatore in relazione alla specifica vicenda portata alla sua attenzione. Nonostante ciò, più voci in dottrina si sono schierate a favore dell'idea che la soluzione del *princeps* fosse espressione di un principio generale vigente in materia, applicabile dunque anche al di fuori del caso contemplato dall'imperatore[182].

Non resta che affrontare un ultimo aspetto legato alla necessaria istanza di parte per l'instaurazione del *iudicium stellionatus*, vale a dire il trattamento riservato a chi, presentata un'accusa di stellionato, avesse deciso di abbandonarla senza un giustificato motivo.

È ancora una volta Ulpiano a svelarci quale disciplina vigeva in materia.

Ulp. 8 *disp.* D. 48.16.7.1: *Si stellionatum quis obiecerit vel expilatae hereditatis crimen et destitit poenam senatus consulti Turpilliani non subibit, nec si furti vel iniuriarum: sed officio iudicis culpa eius coercebitur*[183].

Secondo il giurista severiano, se qualcuno avesse desistito da un'accusa di stellionato o di *expilata hereditas* non sarebbe andato incontro alle sanzioni previste dal sc. Turpilliano[184], il provvedimento del 61 d.C. che puniva i

---

[180] Ad avviso di E. VOLTERRA, *Stellionatus*, cit., p. 50, «la dichiarazione *criminis instituendi causam peremeris* dimostrerebbe che nella specie l'accusa non aveva ancora avuto luogo e quindi il processo non si era ancora iniziato» (così anche U. ZILLETTI, *Annotazioni*, cit., p. 79 s.).

[181] Così in L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 145.

[182] Cfr. E. VOLTERRA, *Stellionatus*, cit., p. 48; U. ZILLETTI, *Annotazioni*, cit., p. 79 s.; L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 149 s.

[183] Vi è unità di consensi circa la natura spuria dell'inciso '*nec si furti vel iniuriarum*' (cfr. E. ALBERTARIO, *Delictum e crimen*, in *Studi di diritto romano*, III. *Obbligazioni*, Milano, 1936, p. 183; E. VOLTERRA, *Stellionatus*, cit., p. 48; G. LONGO, *Delictum e crimen*, Milano, 1976, p. 111); per il resto, la dottrina tende a considerare il passo genuino (cfr., per tutti, R. MENTXAKA, *Stellionatus*, cit., p. 315).

[184] Sul sc. Turpilliano v., *ex multis*, E. LEVY, *Von den römischen Anklägervergehen*, in *ZSS*, 53, 1933, p. 213 ss.; G. PURPURA, *Il papiro BGU 611 e la genesi del SC Turpilliano*, in *AUPA*, 36, 1976, p. 219 ss.; L. FANIZZA, *Delatori e accusatori. L'iniziativa nei processi di età imperiale*, Roma, 1988, p. 43 ss.; T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Secta temporum meorum. Rinnovamento politico e legislazione fiscale agli inizi del principato di Gordiano III*, Palermo, 1978, p. 24 ss.; J.G. CAMIÑAS, *La lex Remmia de calumniatoribus*, Santiago de Compostela, 1984, p. 113 ss.; A. NOGRADY, *Römisches Strafrecht*, cit.,

tergiversatores[185], coloro cioè che lasciavano cadere un'accusa da loro regolarmente promossa senza aver prima ottenuto la formale *abolitio criminis* dall'autorità competente[186].

Il campo di applicazione di questo senatoconsulto era infatti circoscritto: si riferiva, in origine, ai soli processi celebrati davanti alle *quaestiones perpetuae*[187].

Nel corso del tempo, però, le norme contro i *tergiversatores* furono estese – in virtù di alcune costituzioni imperiali[188] – anche ai processi che si svolgevano *extra ordinem*, ma solo se aventi ad oggetto crimini a loro volta delineati dalle leggi istitutive delle corti permanenti.

È quanto si ricava dalla lettura di

Macer 2 *de publ. iud.* D. 48.16.15 pr.-1: *In senatus consultum Turpillianum incidunt, qui subiecissent accusatores, aut subiecti postulassent nec peregissent reos, aut aliter quam abolitione facta destitissent: quique chirographum ob accusandum dedissent pactionemve aliquam interposuissent. hoc autem verbum 'nec peregissent' ad universos supra scriptos pertinere dicendum est.* 1. *An ad eos, qui hodie de iudiciis publicis extra ordinem cognoscunt, senatus consultum pertineat, quaeritur: sed iam hoc iure ex sacris constitutionibus utimur, ut pertineat ita ex singulis causis singulae poenae irrogentur*,

in cui si precisa, peraltro, che questa estensione non riguardò l'apparato sanzionatorio stabilito dal senatoconsulto: il giudice della *cognitio*, in simili ipotesi, avrebbe infatti dovuto commisurare la pena che intendeva infliggere alla gravità della condotta sottoposta alla sua attenzione ('*ex singulis causis singulae poenae irrogentur*')[189].

---

p. 121 ss.; S. GIGLIO, *Il problema dell'iniziativa nella cognitio criminale. Normative e prassi da Augusto a Diocleziano*[2], Torino, 2009, p. 172 ss.; B. SANTALUCIA, *Praeses provideat*, cit., p. 78 e nt. 35, e ora anche M. CRISTINELLI, *La desistenza dall'accusa nei processi criminali di età imperiale: tergiversatio e abolitio criminum*, Tesi di dottorato, Università degli Studi di Trento, a.a. 2022/2023 - XXXV ciclo (relatore prof. M. Miglietta), p. 99 ss.

[185] Sulle pene comminate ai *tergiversatores*, v. TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 500; E. LEVY, *Von den römischen Anklägervergehen*, cit., p. 223 ss.; M. BOHÁČEK, *Un esempio dell'insegnamento di Berito ai compilatori. Cod. Just. 2.4.18*, in *Studi in onore di S. Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, I, Palermo, 1936, p. 363 s.; H. ANKUM, *La captiva adultera. Problèmes concernant l'accusatio adulterii en droit romain classique*, in *RIDA*, 3e série, 32, 1985, p. 181 s.; L. FANIZZA, *Delatori*, cit., p. 82 ss., in particolare 88 s.; R. MENTXAKA, *Stellionatus*, cit., p. 314; G. ZANON, *Le strutture*, cit., p. 14, nt. 26; M. CRISTINELLI, *La desistenza*, cit., pp. 78 s. e soprattutto 155 ss.

[186] In tema di *abolitio criminis*, v. L. FANIZZA, *Delatori*, cit., p. 57 ss.; C. VENTURINI, *Accusatio adulterii e politica costantiniana (Per un riesame di CTh. 9.7.2)*, in *Studi di diritto delle persone e di vita social in Roma antica. Raccolta di scritti*, a cura di A. Palma, Napoli, 2014, p. 33, nt. 8 (già in *SDHI*, 54, 1988, p. 66 ss.).

[187] Cfr., tra i molti, E. VOLTERRA, *Stellionatus*, cit., p. 49; M. LAURIA, *Accusatio - inquisitio*, cit., p. 317 s., nt. 327; L. FANIZZA, *Delatori*, cit., p. 74; A. NOGRADY, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 123; A.M. MANDAS, *Il processo contro Paolo di Tarso. Una lettura giuridica degli Atti degli Apostoli (21.27 - 28.31)*, Napoli, 2017, p. 289 s. e nt. 98

[188] Cfr. S. GIGLIO, *Il problema*, cit., p. 179; B. SANTALUCIA, *Praeses provideat*, cit., p. 78.

[189] Sul punto, e sul passo di Macro, v. E. LEVY, *Von den römischen Anklägervergehen*, cit., p. 228 s.; G. PUGLIESE, *Linee generali*, cit., p. 780; J.G. CAMIÑAS, *La lex Remmia de calumniatoribus*, cit., p. 115 ss., anche per una diversa interpretazione delle parole '*ex singulis causis singulae poenae*

Rimasero tuttavia esclusi da questo allargamento i crimini emersi in sede di repressione straordinaria, anche nel caso in cui fosse stato richiesto un impulso di parte per la loro persecuzione, come ad esempio avveniva per il *crimen stellionatus* e per il *crimen expilatae hereditatis*[190]. Ulpiano, tuttavia, nella chiusa di D. 48.16.7.1, precisa che anche per questi illeciti l'abbandono dell'accusa non andava esente da castigo: il giudice, sulla base del proprio *officium*, avrebbe potuto punire l'accusatore desistente, purché avesse ravvisato una qualche *culpa* nel suo comportamento[191].

È ragionevole infine supporre, pur in assenza di attestazioni esplicite in tal senso, che anche chi avesse intentato un'accusa di stellionato sarebbe stato chiamato a rispondere, quanto meno in progresso di tempo, dell'eventuale carattere calunnioso di questa[192], al pari di quanto cominciò ad avvenire a carico di tutti coloro che denunciavano agli organi della *cognitio* delitti non rientranti tra quelli contemplati dalle antiche leggi sulle corti permanenti[193].

6. Si è già avuto modo di constatare come il *crimen stellionatus* non fosse considerato un *crimen legitimum*, dal momento che non figurava tra le ipotesi di reato contemplate dalle leggi istitutive delle *quaestiones perpetuae*[194].

Il che si rifletteva inevitabilmente sul regime sanzionatorio cui erano assoggettati i colpevoli di questo illecito.

La *poena* riservata a costoro non poteva infatti dirsi propriamente *legitima*, vale a dire prestabilita da un qualche provvedimento legislativo, come non

---

irrogentur'; L. FANIZZA, *Delatori*, cit., pp. 74 s. e 89; A. NOGRADY, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 123 s.; S. GIGLIO, *Il problema*, cit., p. 179 s.; B. SANTALUCIA, *Praeses provideat*, cit., p. 78.

[190] Cfr. U. ZILLETTI, *Annotazioni*, cit., p. 77 s.; L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 158 s. Non convince la visione di O.F. ROBINSON, *The Criminal Law*, cit., p. 32, secondo cui la desistenza da un'accusa di *stellionatus* non comportava la sottoposizione alle pene previste dal sc. Turpilliano perché lo stellionato «it was not truly reconed a crime but closer to a delict».

[191] Cfr. U. ZILLETTI, *Annotazioni*, cit., p. 78; L. FANIZZA, *Delatori*, cit., p. 75; L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 158 s., secondo il quale non è possibile affermare se la valutazione di illiceità della desistenza si basasse o meno sui parametri normativi delineati dal sc. Turpilliano; A. NOGRADY, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 124 s.; S. GIGLIO, *Il problema*, cit., pp. 179 s.; B. SANTALUCIA, *Praeses provideat*, cit., p. 85. Per M. BOHÁČEK, *Un esempio*, cit., p. 364 s., in D. 48.16.7.1 «l'espressione '*culpa*' non è ... usata nel più stretto senso tecnico, ma nel senso generale di atto illecito».

[192] Cfr. S. PIETRINI, *Sull'iniziativa*, cit., p. 36, nt. 47; B. SANTALUCIA, *Praeses provideat*, cit., p. 86.

[193] Cfr. M. LAURIA, *Accusatio - inquisitio*, cit., p. 320 s., e B. SANTALUCIA, *Praeses provideat*, cit., p. 86 s., il quale valorizza in particolare Ulp. 7 *de off. proc.* D. 48.2.7 pr.: *Si cui crimen obiciatur, praecedere debet crimen subscriptio. quae res ad id inventa est, ne facile quis prosiliat ad accusationem, cum sciat inultam sibi accusationem non futuram.* In questa testimonianza Ulpiano ricorda la prescrizione che imponeva all'accusatore di sottoscrivere il verbale su cui il funzionario imperiale aveva registrato la sua denuncia (v. M. BIANCHINI, *Le formalità*, cit., p. 104 ss. e nt. 78), esponendo così il delatore, tra l'altro, al rischio di incorrere in responsabilità per *calumnia*, qualora avesse consapevolmente presentato un'accusa infondata. Sul punto, v. anche G. ZANON, *Le strutture*, cit., p. 36 s., e A. NOGRADY, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 77; con specifico riferimento al *crimen calumniae*, v. S. GIGLIO, *Il problema*, cit., p. 184 ss.

[194] Cfr. R. MENTXAKA, *Stellionatus*, cit., p. 311; L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 161.

manca di puntualizzare Ulpiano, in un passaggio già richiamato in precedenza[195]:

Ulp. 8 *de off. proc.* D. 47.20.3.2: *Poena autem stellionatus nulla legitima est, cum nec legitimum crimen sit. solent autem ex hoc extra ordinem plecti, ...*

I titolari della *cognitio* godevano così di un notevole margine di discrezionalità nella determinazione delle pene da irrogare ai rei di stellionato[196]. È quanto risulta dal prosieguo della testimonianza ulpianea, dove sono indicate le sanzioni che essi erano soliti pronunciare nei loro confronti, assecondando forse *decreta* o *rescripta* imperiali riguardanti specifiche controversie portate all'attenzione dal *princeps*[197]:

Ulp. 8 *de off. proc.* D. 47.20.3.2: *... dummodo non debeat opus metalli haec poena in plebeis egredi. in his autem, qui sunt in aliquo honore positi, ad tempus relegatio vel ab ordine motio remittenda est.*

Come avveniva di consueto nell'ambito della repressione *extra ordinem*, anche le punizioni per i colpevoli di stellionato variavano a seconda della condizione sociale in cui questi si trovavano.

Chi faceva parte degli strati più bassi della popolazione[198] avrebbero rischiato – nella peggiore delle ipotesi[199] – di essere condannato all'*opus metalli*, ossia a lavorare in miniera, verosimilmente nell'attività di trasporto e di trasformazione dei minerali (ma non in quella estrattiva)[200]. È importante

---

[195] V. *supra*, § 1, nt. 2.

[196] Cfr. R. MENTXAKA, *Stellionatus*, cit., p. 311.

[197] Cfr. L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 162 s., secondo il quale non è possibile stabilire, allo stato attuale delle nostre conoscenze, se il regime sanzionatorio riportato nel passo ulpianeo corrisponda a quello applicato alle origini della repressione dello stellionato o se non sia invece il frutto di successive variazioni.

[198] L'espressione di cui si serve Ulpiano è '*in plebeis*', dove «*plebeii* è certamente impiegato come sinonimo di *humiliores*» (così, L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 163, ma nello stesso senso v. pure P. GARNSEY, *Social Status and Legal Privilege in the Roman Empire*, Oxford, 1970, p. 222, e R. MENTXAKA, *Stellionatus*, cit., p. 311). Sulla rilevanza delle distinzioni sociali in ambito criminale, v. *ex multis* M. BALZARINI, *Nuove prospettive sulla dicotomia honestiores-humiliores*, in *Idee vecchie e nuove sul diritto criminale romano*, a cura di A. Burdese, Padova, 1988, p. 159 ss.; R. RILINGER, *Humiliores - Honestiores. Zu einer sozialen Dichotomie im Strafrecht der römischen Kaiserzeit*, München, 1988, p. 13 ss.; S. GIGLIO, *Humiliores*, in *Studi per G. Nicosia*, IV, Torino, 2007, p. 151 ss.; B. SANTALUCIA, *Adriano e il rango sociale dei rei*, in *Studi in onore di R. Martini*, III, Milano, 2009, p. 473 ss.; I. RUGGIERO, *Ricerche sulle Pauli Sententiae*, Milano, 2017, p. 197 ss., ove ulteriori indicazioni bibliografiche.

[199] Cfr. L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 163.

[200] Cfr. R. DELMAIRE, *Largesses sacreés et res privata. L'aerarium imperial et son administration du IVe au VIe siècle*, Rome, 1989, p. 424 s.; T. BEGGIO, *Note in tema di condanna ad tempus nelle damnationes ad metalla*, in *AUPA*, 60, 2017, p. 26 s.; ID., *Contributo allo studio della servitus poenae*, Bari, 2020, p. 51 s., nt. 80. L'attività estrattiva era prerogativa dei *damnati ad metalla*, i destinatari della più dura, terribile e disumana tra le condanne ai lavori forzati nelle miniere conosciute nel mondo romano, sulle quali v. F. MILLAR, *Condemnation to Hard Labour in the Roman Empire, from the Julio-Claudians to Constantine*, in *Papers of the British School at Rome*, 52, 1984, p. 139; F. SALERNO, *Ad metalla. Aspetti giuridici del lavoro in miniera*, Napoli, 2003, p. 43 ss.; A. MCCLINTOCK, *Servi della pena. Condannati a morte nella Roma imperiale*, Napoli, 2010, p. 71 ss.; F.

sottolineare che questa sanzione, avente per sua natura carattere perpetuo[201], incideva anche sullo *status* del soggetto condannato: questi subiva infatti una *capitis deminutio maxima* ed era posto nella condizione di servo della pena (*servus poenae*)[202], con conseguente perdita delle libertà e della cittadinanza, e così di ogni capacità giuridica, scioglimento del matrimonio eventualmente contratto, confisca dei beni posseduti e privazione della *testamenti factio* attiva e passiva[203].

Se, invece, l'autore della condotta incriminata fosse stato di elevata condizione sociale[204], la pena a suo carico sarebbe potuta alternativamente consistere nella *relegatio* temporanea[205] o nella *motio ab ordine*[206], vale a dire nella condanna a vivere per un certo tempo confinato in un luogo specifico

---

PULITANÒ, *La morte 'in anticipo' dei condannati in attesa di esecuzione*, in *Il corpo in Roma antica. Ricerche giuridiche*, a cura di L. Garofalo, I, Ospedaletto, 2015, p. 253 ss.; M.V. SANNA, *Mulieres ad metalla damnatae*, in *Scritti per A. Corbino*, a cura di I. Piro, VI, Tricase, 2016, p. 478 ss.; A. CHERCHI, *Riflessioni sulla condizione giuridica delle metallariae nel tardo impero. A proposito di C. 11.7(6).7*, in *AUPA*, 59, 2016, p. 220 ss. e nt. 28; T. BEGGIO, *Contributo*, cit., p. 71 ss.

[201] Le fonti, per la verità, ci informano di alcuni giudici che talvolta irrogavano condanne all'*opus metalli* aventi una durata limitata nel tempo (ed era proprio questa, secondo C. FERRINI, *Diritto penale romano*, cit., p. 404, la pena massima riservata agli *humiliores* macchiatisi di stellionato, sebbene le fonti non mi pare contengano alcun indizio che suffraghi questa lettura). Contro tale prassi reagì l'imperatore Adriano, che in un rescritto di cui serba memoria Call. 6 *de cogn.* D. 48.19.28.6 stabilì che nessuno potesse essere condannato *ad tempus* all'*opus metalli*, precisando al contempo che qualora ciò fosse avvenuto, il destinatario di tale sanzione – per quanto impegnato in attività di lavoro coatto in miniera – non si sarebbe dovuto tecnicamente considerare un *damnatus in metallum*, dal momento che conservava la libertà. Sul problema delle *damnationes ad tempus* ai lavori forzati nelle miniere, v. M.V. SANNA, *Mulieres ad metalla damnatae*, cit., p. 478 s. e nt. 23, e soprattutto T. BEGGIO, *Note*, cit., p. 24 ss.; ID., *Contributo*, cit., p. 61 ss.

[202] Si v. Marcian. 11 *inst.* D. 34.8.3 pr.; Marcian. 1 *inst.* D. 48.19.17; Hermog. 1 *iuris ep.* D. 48.19.36. Sulla *servitus poenae*, oltre al classico studio di U. ZILLETTI, *In tema di servitus poenae (note di diritto penale tardoclassico)*, in *SDHI*, 34, 1968, p. 32 ss., v. almeno F. SALERNO, *Ad metalla*, cit., p. 36 ss.; A. MCCLINTOCK, *Servi della pena*, cit., p. 13 ss.; T. BEGGIO, *Contributo*, cit., p. 15 ss., anche per ulteriori indicazioni bibliografiche.

[203] Cfr. F. MILLAR, *Condemnation*, cit., p. 138; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*[2], cit., p. 251 s.; L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 164; A. MCCLINTOCK, *Servi della pena*, cit., p. 16 ss. e 61 ss., anche per le fonti.

[204] Ulpiano fa riferimento a individui '*in aliquo honore positi*', ma non si dubita che con questa perifrasi egli alluda a coloro che in altri testi giuridici sono chiamati *honestiores*: v. P. GARNSEY, *Social Status*, cit., p. 223 e nt. 4; R. MENTXAKA, *Stellionatus*, cit., p. 312; L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 164 s.

[205] Come risulta anche da Mod. 3 *de poen.* D. 47.20.4 (già considerata *supra*, § 2), in cui si parla per la verità di 'esilio' temporaneo, ma il giurista non può che riferirsi alla *relegatio* (v. R. MENTXAKA, *Stellionatus*, cit., p. 314; L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 165, nt. 25), dal momento che soltanto questa pena, e non anche l'altra misura limitativa della libertà di movimento irrogata dagli organi della *cognitio*, la *deportatio*, poteva essere disposta *ad tempus* (cfr. B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*[2], cit., p. 251 s.).

[206] L'alternatività, per gli *honestiores* colpevoli di stellionato, tra la pena della *relegatio ad tempus* e quella della *motio ab ordine* è stata sostenuta da G.F. FALCHI, *Diritto*, cit., p. 239; E. HUPE, *Falsum*, cit., p. 55; U. BRASIELLO, voce *Stellionatus*, cit., p. 428; G. PUGLIESE, *Linee generali*, cit., p. 779; L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 165; ID., *Stellionatus*, cit., p. 48, mentre, C. FERRINI, *Diritto penale romano*, cit., p. 404, e R. MENTXAKA, *Stellionatus*, cit., p. 312, pensano che l'autorità giudicante potesse punirli con sanzioni non eccedenti né l'una, né l'altra misura, ma potenzialmente differenti da ciascuna di esse.

(normalmente un'isola) o nel divieto di risiedere in alcune zone determinate (come, ad esempio, certe province o certe città)[207], oppure nella rimozione dal proprio ordine di appartenenza[208].

Non ci è dato sapere, visto il silenzio delle fonti sul punto, quali fossero le circostanze che potevano influire sulla graduazione della pena a carico del colpevole di stellionato[209].

È stato nondimeno congetturato che il contegno serbato dal reo dopo la commissione dell'illecito avrebbe forse potuto determinare un affievolimento della sanzione nei suoi confronti, qualora egli avesse cercato di contenere le conseguenze negative della sua condotta (e sempre che ciò non avesse comportato l'inammissibilità dell'*accusatio* stessa, alla luce del principio versato in CI. 9.34.1)[210]. Secondo Garofalo, ad esempio, se il debitore che aveva costituito in pegno le medesime cose a più creditori distinti, celando maliziosamente a quelli successivi l'esistenza dei precedenti vincoli di garanzia, avesse offerto il pagamento dei debiti non a tutti, ma solo ad alcuni dei suoi creditori, ovvero se si fosse impegnato a versare non l'intero importo dovuto, ma una parte di esso, avrebbe potuto sperare, in caso di condanna, in un alleggerimento della pena a suo carico[211].

È ora giunto il momento di affrontare un ultimo aspetto concernente le conseguenze sanzionatorie derivanti dallo stellionato. Si tratta di un tema su cui da tempo infiammano le discussioni in dottrina: quello relativo ai rapporti tra *infamia* e *crimen stellionatus*.

Due brani del Digesto, entrambi peraltro di Ulpiano, riportano infatti principi che, almeno a prima vista, appaiono tra loro confliggenti.

Il primo testo da considerare è il seguente.

---

[207] A differenza della *deportatio*, la *relegatio* – irrogabile, come già accennato poc'anzi (nt. 208), sia in perpetuo, sia *ad tempus* – non faceva perdere la cittadinanza romana, né comportava la confisca dei beni del condannato (a meno che nel provvedimento di condanna non fosse stato altrimenti stabilito): v. Marcian. 2 *inst.* D. 48.22.4 e 1 *reg.* D. 48.22.5; Ulp. 10 *de off. proc.* D. 48.22.7 e D. 48.22.14. In letteratura, v. G. KLEINFELLER, voce *Relegatio*, in *PWRE*, IA.1, Stuttgart, 1920, c. 564 s.; ID., voce *Deportatio in insulam*, in *PWRE*, V, Stuttgart, 1905, c. 231 ss.; J. SCHWARTZ, *In oasin relegare*, in *Mélanges d'archéologie et d'histoire offerts à A. Piganiol*, édités par R. Chevalier, III, Paris, 1966, p. 1481 ss.; G. PUGLIESE, *Linee generali*, cit., p. 766; G. AMIOTTI, *Primi casi di relegazione e di deportazione insulare nel mondo romano*, in *Coercizione e mobilità nel mondo antico*, a cura di M. Sordi, Milano, 1995, p. 245 ss.; B. SANTALUCIA, *La situazione patrimoniale dei deportati in insulam*, in *Altri studi di diritto penale romano*, Padova, 2009, p. 413 ss. (già in *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, VII, Napoli, 2001, p. 173 ss.); ID., *Diritto e processo penale*[2], cit., p. 252 e nt. 230.

[208] Cfr. G. PUGLIESE, *Linee generali*, cit., p. 779; V. GIUFFRÈ, *La repressione*[4], cit., p. 116; L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 165 e nt. 28. In generale, sulla *motio ab ordine*, v. U. BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli, 1937, p. 350 ss., e P. GARNSEY, *Social Status*, cit., p. 104.

[209] Sul fenomeno della variazione della pena nel mondo romano, v. ora M. MILANI, *Le circostanze nel diritto penale romano*, in *Diritto penale romano. Fondamenti e prospettive*, I.2. *Le discipline generali*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2022, p. 1187 ss., anche per i riferimenti alla precedente letteratura interessatasi all'argomento.

[210] Cfr. L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 165 s.; su CI. 9.34.1 v. *supra*, § 5.

[211] Cfr. L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 166.

Ulp. 6 *ad ed.* D. 3.2.13.8: *Crimen stellionatus infamiam irrogat damnato, quamvis publicum non est iudicium.*

In questo brano si afferma che una condanna per stellionato determinava l'*infamia* a carico del soggetto riconosciuto colpevole, per quanto il relativo *iudicium* non fosse *publicum*: non fosse cioè – come già è stato rilevato in più occasioni nel corso delle pagine precedenti[212] – uno di quei giudizi concernenti illeciti scolpiti dalle antiche leggi istitutive delle corti permanenti.

In quest'ultima evenienza, infatti, la sentenza di condanna aveva di per sé conseguenze infamanti[213], come precisato nella prima parte di un notissimo frammento di Macro tratto dai suoi *libri de iudiciis publicis*[214].

Macer 2 *de publ. iud.* D. 48.1.7: *Infamem non ex omni crimine sententia facit, sed ex eo, quod iudicii publici causam habuit. itaque ex eo crimine, quod iudicii publici non fuit, damnatum infamia non sequetur, nisi id crimen ex ea actione fuit, quae etiam in privato iudicio infamiam condemnato importat, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum*[215].

Da esso apprendiamo altresì che un diverso regime valeva per i crimini non perseguiti con giudizio pubblico, ma emersi e puniti esclusivamente *extra ordinem*[216]. In simili ipotesi, il soggetto riconosciuto colpevole incorreva

---

[212] V. *supra*, §§ 1 e 5.

[213] Cfr. M. KASER, *Infamia und ignominia in den römischen Rechtsquellen*, in *ZSS*, 73, 1956, p. 258 ss.; F. BOTTA, *Opere giurisprudenziali "de publicis iudiciis" e cognitio extra ordinem criminale*, in *Studi in onore di R. Martini*, I, Milano, 2008, p. 306.

[214] I *libri de iudiciis publicis* furono composti in un'epoca in cui le *quaestiones perpetuae* avevano già cessato di operare (a parte, forse, la *quaestio de adulteriis*: cfr. B. SANTALUCIA, *Praeses provideat*, cit., p. 77). Macro, nelle prime battute di quest'opera, precisa però che ai suoi tempi si parlava ancora di *iudicia publica*, ma solo per indicare i processi celebrati *extra ordinem* che riguardavano ipotesi di reato configurate dalle antiche leggi sulle giurie permanenti. In Macer 1 *de publ. iud.* D. 48.1.1 scrive infatti che '*Non omnia iudicia, in quibus crimen vertitur, et publica sunt, sed ea tantum, quae ex legibus iudiciorum publicorum veniunt*'. Su questo passaggio, che molto ha fatto discutere gli interpreti, v. M. LAURIA, *Accusatio - inquisitio*, cit., p. 316; F. DE MARINI AVONZO, *Coesistenza e connessione tra iudicium publicum e iudicium privatum. Ricerche sul diritto tardo classico*, in *Diritto @ Storia*, 11, 2013, § 5 (già in *BIDR*, 59-60-LX, 1954, p. 125 ss.); F. BOTTA, *Legittimazione*, cit., p. 44 ss.; B. SANTALUCIA, *Praeses provideat*, cit., p. 84; S.A. CRISTALDI, *La praevaricatio e la sua repressione dinanzi alle quaestiones perpetuae*, in *RGDR*, 18, 2012, p. 31 s.; A. TRISCIUOGLIO, *Studi sul crimen ambitus in età imperiale*, Milano, 2017, p. 57 e ntt. 185 e 186, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche.

[215] Su questa testimonianza v., tra i molti che se ne sono occupati, M. BALZARINI, *In tema di repressione*, cit., p. 251 s., nt. 154; ID., *De iniuria extra ordinem statui. Contributo allo studio del diritto penale romano dell'età classica*, Padova, 1983, p. 59 s.; M. CAMPOLUNGHI, *Gli effetti sospensivi dell'appello in materia penale. A proposito di Scaev., D. 26.7.57.1*, in *BIDR*, 75, 1972, p. 195 s., nt. 110; F. BOTTA, *Opere giurisprudenziali*, cit., p. 306 ss.; A. TRISCIUOGLIO, *Studi*, cit., p. 58.

[216] Alcuni autori (come E. ALBERTARIO, *Delictum*, cit., p. 183 s., ed E. LEVY, *Zur Infamie im römischen Strafrecht*, in *Studi in onore di S. Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, II, Palermo, 1936, p. 81 s.) hanno sospettato che la seconda parte del frammento (da *itaque* in avanti) sia interpolata. Salvano invece il passo nella sua interezza, almeno dal punto di vista sostanziale, G.F. FALCHI, *Diritto*, cit., p. 238; G. LONGO, *Delictum*, cit., p. 113 s.; R. MENTXAKA, *Stellionatus*, cit., p. 304; L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., pp. 39 e 171.

nell'*infamia* solo se l'azione per cui era stato punito fosse stata perseguibile, in sede civile, con un'azione che comportava conseguenze infamanti a carico del condannato, come l'*actio furti*, l'*actio vi bonorum raptorum* e l'*actio iniuriarum*.

Un altro testo di Ulpiano, escerpito questa volta dai suoi libri *ad Sabinum*, esclude invece la natura infamante del *iudicium stellionatus* e dà conto del carattere straordinario della repressione cui era assoggettato il crimine qui al centro dell'attenzione.

Ulp. 8 *ad Sab.* D. 47.20.2: *Stellionatus iudicium famosum quidem non est, sed coercitionem extraordinariam habet.*

Gli interpreti hanno tentato in vari modi di superare il contrasto tra le due testimonianze ulpianee poc'anzi ricordate[217], pervenendo a soluzioni di segno differente circa i rapporti tra *infamia* e *crimen stellionatus*[218].

Una parte della dottrina si è mostrata convinta che l'*infamia* rappresentasse una conseguenza automatica e inevitabile di ogni condanna per stellionato[219]. Altri autori, facendo leva su Macer *de publ. iud.* D. 48.1.7, hanno sostenuto che un simile esito si sarebbe verificato solo qualora la condotta punita a titolo di stellionato fosse stata perseguibile, in sede civile, con un giudizio infamante[220].

Non è poi mancato chi ha ritenuto che l'*infamia* potesse essere discrezionalmente irrogata dal titolare della *cognitio*[221], così come chi ha scorto nell'antinomia di cui si è detto le tracce di un mutamento di disciplina intervenuto tra l'epoca classica e quella giustinianea[222].

---

[217] Qualcuno si è limitato a registrare il conflitto (v. M. KASER, *Infamia*, cit., p. 269 e nt. 232) o a dichiararlo insanabile (v. E. COSTA, *Crimini*, cit., p. 176, nt. 4).

[218] Per un ampio quadro delle posizioni espresse dalla letteratura del passato, v. L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 167 ss.

[219] Cfr. TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 681; U. ZILLETTI, *Annotazioni*, cit., p. 95 ss.; L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 171 s., il quale sottolinea la natura eccezionale di questa regola rispetto al regime scolpito in Macer 2 *de publ. iud.* D. 48.1.7, tale da giustificare la precisazione ulpianea versata in D. 3.2.13.8. Anche B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, p. 410, nt. 292, accede a questa ricostruzione, ritenendo però che in epoca classica il rapporto tra *infamia* e *crimen stellionatus* fosse oggetto di dispute tra i *prudentes*, che si risolsero con il prevalere della tesi più severa (quella, cioè, che ricollegava automaticamente l'*infamia* alla condanna per stellionato).

[220] Cfr., tra i molti orientatisi in questo senso, G.F. FALCHI, *Diritto*, cit., p. 238 s., e R. MENTXAKA, *Stellionatus*, cit., p. 304 s., e gli autori indicati in E. VOLTERRA, *Stellionatus*, cit., p. 51, nt. 4.

[221] In quest'ordine di idee si erano posti Bulgaro e Martino, come ricorda E. VOLTERRA, *Stellionatus*, cit., p. 51, nt. 3.

[222] Cfr. E. VOLTERRA, *Stellionatus*, cit., p. 53, il quale però non nasconde il carattere congetturale della sua supposizione. Le difficoltà di far luce sul punto non rappresentano tuttavia una prerogativa degli interpreti moderni. Anche i maestri bizantini appaiono divisi intorno alla natura, se infamante o meno, del *iudicium stellionatus*. In sch. 16 *ad* Bas. 14.1.29 (Heimbach, II, 116 s. = sch. 5 e 6 in Scheltema, B-II, 830) lo si considera senz'altro tale, e si invoca a sostegno di ciò quanto riporta Ulp. 6 *ad ed.* D. 3.2.13.8. Altrove, invece, si dà per assodato che lo stellionato potesse anche non avere conseguenze infamanti: v. sch. 3 *ad* Bas. 25.1.1 (Heimbach, III, 51 s. = Scheltema, B-V, 1766 s.) e sch. 1 *ad* Bas. 60.30.1 (Heimbach, V, 664 = Scheltema, B-IX, 3613).

Tra le varie interpretazioni proposte, la più plausibile mi pare tuttavia quella secondo cui, tanto nella Roma dei Severi, quanto al tempo di Giustiniano, alla sentenza di condanna per stellionato conseguiva in ogni caso, e automaticamente, l'*infamia* a carico del soggetto riconosciuto colpevole di questo *crimen*.

Questa soluzione, ad avviso di chi scrive, meglio delle altre si accorda ai (pur scarni) dati in nostro possesso e permette altresì di superare l'(asserita) contraddizione tra D. 3.2.13.8 e D. 47.20.2[223] senza dover supporre che l'una o l'altra testimonianza abbiano subito delle alterazioni[224].

Ecco, a mio avviso, perché.

Come abbiamo appreso dalla lettura di Macer 2 *iud. publ.* D. 48.1.7, nell'ambito della repressione *extra ordinem* l'automatismo tra sentenza di condanna e *infamia* del responsabile di un illecito era generalmente previsto quando il crimine perseguito dava luogo a un *iudicium publicum*, ossia a un giudizio avente ad oggetto un'ipotesi di reato contemplata dalle antiche leggi istitutive delle corti permanenti.

Ciò detto, se per un attimo ipotizziamo che la condanna per stellionato avesse sempre comportato l'*infamia* a carico del colpevole, lasciando al momento da parte il problema del fondamento di questa regola[225], si sarebbe potuta

---

Stando poi a sch. 12 *ad* Bas. 21.2.13 (Heimbach, II, 447 s. = sch. 25 *ad* Bas. 21.2.13 in Scheltema, B-IV, 1306 s.) e a sch. 1 *ad* Bas. 60.30.2 (Heimbach, V, 665 = Scheltema, B-IX, 3613), solo le più gravi condotte integranti il *crimen stellionatus* comportavano l'*infamia* a carico del loro autore (cfr. C. FERRINI, *Diritto penale romano*, cit., p. 404, nt. 5; U. ZILLETTI, *Annotazioni*, cit., p. 105). Ed è proprio in questi termini che alcuni *antecessores* bizantini pare abbiano cercato di superare il contrasto tra i due brani ulpianei qui al centro dell'attenzione, con D. 3.2.13.8 che avrebbe fatto riferimento ai contegni connotati da un maggior disvalore sociale e D. 47.20.2 a quelli di più lieve entità. Come però ha evidenziato C. FERRINI, *Diritto penale romano*, cit., p. 404, nt. 5, quella appena lumeggiata è una distinzione del tutto arbitraria, priva di qualsivoglia aggancio nei frammenti dei giuristi classici che ci sono pervenuti.

[223] Diversi interpreti, sia pur nel quadro di ricostruzioni di segno differente, hanno sostenuto che la contraddizione tra i due brani è in verità soltanto apparente: cfr. I. PFAFF, *Stellionatus*, cit., p. 2329; G.F. FALCHI, *Diritto*, cit., p. 238 s.; U. ZILLETTI, *Annotazioni*, cit., p. 96 ss.; R. MENTXAKA, *Stellionatus*, cit., p. 304 s.

[224] Già il Faber – come segnalano E. VOLTERRA, *Stellionatus*, cit., p. 51, nt. 5, e M. KASER, *Infamia*, cit., p. 269, nt. 232 – aveva ad esempio proposto di eliminare il '*non*' che attualmente compare in D. 47.20.2, accordando così il dettato di questo frammento a quanto riporta D. 3.2.13.8, in un'ottica che riconosce natura infamante al *iudicium stellionatus*. In quest'ordine di idee si è posto anche TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 681, nt. 4, seguito da molti, tra cui ad esempio A.H.J. GREENIDGE, *Infamia. Its Place in Roman Public and Private Law*, Oxford, 1894, p. 143, nt. 3. Scettici, invece, rispetto a una simile soluzione si sono mostrati E. VOLTERRA, *Stellionatus*, cit., p. 50 ss., e L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 167 s., pur anch'egli dubbioso in ordine alla genuinità di D. 47.20.2. Secondo Garofalo, da questo frammento sarebbe caduto l'aggettivo '*publicum*', originariamente connesso a *iudicium* e termine di riferimento del '*non*' che figura nel passo. Il brano conservato in D. 47.20.2, secondo questo autore, avrebbe dunque specificato, nella sua versione primigenia, «che il giudizio cui dava luogo lo stellionato era infamante e tuttavia non pubblico, essendo il reato *ab initio* perseguito nell'ambito della *cognitio extra ordinem*». Pensa invece a un'alterazione di D. 3.2.13.8 C. FERRINI, *Diritto penale romano*, cit., p. 404 e nt. 5, secondo il quale la condanna per stellionato non determinava automaticamente l'*infamia* a carico del colpevole.

[225] Su cui v. *infra*, alla fine di questo § 6.

ingenerare in taluno l'errata convinzione che il relativo *iudicium* dovesse considerarsi anch'esso *publicum*, con tutte le conseguenze che ciò avrebbe determinato in termini di disciplina applicabile[226].

Proprio per eliminare questo possibile fraintendimento, Ulpiano potrebbe aver avvertito l'esigenza di precisare l'infondatezza di una simile illazione, analogamente a quanto fatto in Ulp. 3 *de adult*. D. 47.11.3 rispetto alla perseguibilità dello stellionato previa *accusatio* di parte: una regola che aveva verosimilmente indotto qualcuno, sbagliando, a considerare *publicum* il relativo *iudicium*[227].

Chiarissimo in tal senso D. 3.2.13.8, in cui il giurista afferma per l'appunto che il *crimen stellionatus*, pur comportando l'*infamia* per il condannato ('*crimen stellionatus infamiam irrogat damnato*'), non era represso con un *iudicium* qualificabile come *publicum* ('*quamvis publicum non est iudicium*').

Ma nella medesima prospettiva può essere letto anche D. 47.20.2, forse non a caso inserito dai compilatori giustinianei all'inizio del (pur breve) titolo del Digesto dedicato allo *stellionatus*, laddove vengono illustrate le caratteristiche del relativo *iudicium*[228], e non posto in corrispondenza della sezione in cui sono contemplate le sanzioni comminate per questo crimine[229].

Se ammettiamo che il *crimen stellionatus* determinava sempre conseguenze infamanti per l'autore della condotta punita, e se consideriamo questo un dato assunto come implicito da Ulpiano rispetto alla puntualizzazione riportata in D. 47.20.2, anche questo passaggio sembra ribadire quanto affermato in D. 3.2.13.8: vale a dire che il *iudicium stellionatus*, benché comportante in ogni caso

---

[226] Come è stato più volte evidenziato (v., di recente, F. BOTTA, *Ordo/extra ordinem. Sistemi giurisdizionali e ordinamenti penali durante il Principato*, in *Specialità delle giurisdizioni ed effettività delle tutele*, a cura di A. Guidara, Torino, 2021, p. 5 ss.; ID., *Ancora sulla natura del processo criminale tra Principato e Tardoantico*, in *Legal Roots*, 12, 2023, p. 139; ID., *Idee vecchie e nuove sulla natura del processo criminale tardoantico*, in *Il diritto tributario alla prova del III millennio. Dalle origini alle riforme, nel segno della sostenibilità. Studi in onore di F. Picciaredda*, a cura di M. Martis e R. Miceli, Napoli, 2024, p. 27), anche nell'ambito della repressione straordinaria i *crimina* contemplati dalle antiche leggi sulle corti permanenti – ancora qualificati come *publica* dai giuristi romani del III secolo d.C. – portavano con sé la propria primigenia regolamentazione, della quale il giudice adito doveva evidentemente tener conto quando era chiamato a irrogare la sanzione a carico dei colpevoli.

[227] Sul punto v. quanto detto *supra*, § 5.

[228] Si v. Pap. 1 *resp*. D. 47.20.1, riprodotto *supra*, § 1.

[229] Vale a dire in connessione con Ulp. 8 *de off. proc.* D. 47.20.3.2. È opportuno notare, invece, che la provenienza di D. 47.20.2 non offre particolari spunti per interpretarne il contenuto e comprenderne la portata. Esso è tratto all'ottavo dei *libri ad Sabinum* di Ulpiano, dedicato – come noto – alla materia successoria (cfr. O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 1038 ss.). Solo in un altro (breve) passaggio di questo libro il giurista di Tiro si occupa di *infamia*, per escludere la natura infamante dell'interdetto *unde vi* e di ogni altro interdetto (Ulp. 8 *ad Sab.* D. 43.16.13: *Neque unde vi neque aliud interdictum famosum est*). Tutto ciò impedisce di stabilire il contesto in cui Ulpiano ritenne opportuno occuparsi di *infamia* e, in connessione a questa, di stellionato (cfr. U. ZILLETTI, *Annotazioni*, cit., p. 106, ma sul punto v. già O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 1039, nt. 1, il quale, attraverso un richiamo a Gai. 2.154, ipotizza un collegamento con la prassi dei testatori dissestati di liberare i propri schiavi e al contempo di istituirli eredi, in modo da riversare su di loro, che non potevano rinunciare all'eredità, le conseguenze infamanti derivanti da un'eventuale, seppur assai probabile, *bonorum venditio*).

l'*infamia* a carico del colpevole, non poteva per questo essere considerato un *iudicium famosum* ('*stellionatus iudicium famosum quidem non est*')[230], un giudizio cioè rientrante tra quelli che secondo l'editto del pretore comportavano in caso di condanna l'incapacità dei colpevoli di *postulare pro aliis*[231].

E questo perché, come ribadito da Ulpiano in D. 47.20.2, la repressione dello stellionato avveniva secondo forme e modalità straordinarie ('*sed coercitionem extraordinariam habet*')[232].

Non resta ora che tornare su un punto lasciato in sospeso, e chiedersi se l'immancabile effetto infamante della condanna per stellionato discendesse dai principi generali che governano la materia (quelli, cioè, condensati in Macer 2 *iud. publ.* D. 48.1.7), ovvero da una disciplina specificamente prevista per l'illecito qui al centro dell'attenzione.

Sarei propenso ad escludere quest'ultima possibilità, quanto meno con riferimento al diritto giustinianeo.

Se si fosse trattato di un regime speciale riservato allo stellionato, i compilatori al servizio di Giustiniano lo avrebbero verosimilmente precisato all'interno dei titoli del Digesto o del Codice dedicati a tale illecito o, quanto meno, in uno dei libri aventi ad oggetto il diritto criminale: non, invece, in D. 3.2.13.8, per quanto all'interno di una sezione dedicata all'*infamia* (ossia entro il titolo '*De his qui notantur infamia*').

Del resto, come abbiamo già rilevato occupandoci di Macer 2 *de publ. iud.*

---

[230] Ricordo che ad avviso di TH. MAREZOLL, *Ueber die bürgerliche Ehre ihre gänzliche Entziehung und theilweise Schmälerung. Eine historische-dogmatische Abhandlung*, Giessen, 1824, p. 135 ss., l'espressione '*iudicium famosum*' presente in D. 47.20.2 sarebbe stata usata nel senso di '*iudicium publicum*', non quindi per escludere il carattere infamante dello stellionato, ma per rimarcare il suo essere oggetto di *coercitio extraordinaria*. L'idea fu accolta da W. REIN, *Das Kriminalrecht*, cit., p. 337, ma compattamente rifiutata dalla dottrina successiva.

[231] Al pari di U. ZILLETTI, *Annotazioni*, cit., p. 107, assegnerei a '*famosum*' un significato ristretto, di rinvio all'elenco edittale.

[232] Cfr. U. ZILLETTI, *Annotazioni*, cit., p. 107. Anche E. VOLTERRA, *Stellionatus*, cit., p. 52, pur sostenendo un diverso punto di vista in tema di rapporti tra *infamia* e stellionato, ha riconosciuto che «nel frammento in esame si parla di *iudicium famosum* non per escludere che lo *stellionatus* produca *infamia*, ma solo in contrapposizione a *coercitio extraordinaria*». Contrariamente a quanto pensa Volterra, non mi pare che deponga contro le conclusioni avanzate in questa sede il fatto che un figlio potesse intentare un processo per stellionato nei confronti del proprio padre, come risulta da CI. 9.34.2 (su cui v. *supra*, § 2). Lo studioso, facendo leva sul noto divieto di esperire azioni infamanti nei confronti dei propri ascendenti (v. Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.3.11.1: *Et quibusdam personis non dabitur, ut puta liberis vel libertis adversus parentes patronosve, cum sit famosa. ...*), ha sostenuto che «se veramente il *crimen stellionatus* fosse stato in tutti i casi infamante, esso non avrebbe potuto essere concesso nella specie qui proposta» (così in E. VOLTERRA, *Stellionatus*, cit., p. 52), ossia in quella che vedeva coinvolti padre e figlio, rispettivamente nelle posizioni di presunto autore del reato e di parte lesa da questo. Sennonché, come ha notato L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., p. 172, nt. 37, al di là del fatto che «le fonti testimoniano casi in cui il figlio propone un'accusa nei confronti del padre per un crimine infamante», il provvedimento conservato in CI. 9.34.2 «potrebbe giustificarsi appunto – o, almeno, anche – in considerazione dell'incertezza che si registrava circa l'ammissibilità di un'accusa di stellionato, crimine per di più sempre infamante, portata dal figlio, in quanto parte lesa, contro il padre, presunto autore del reato: incertezza che l'imperatore avrebbe dissolto pronunciandosi in senso affermativo».

D. 48.1.7, una *sententia* pronunciata *extra ordinem* poteva comportare l'*infamia* per il colpevole non solo se emessa in occasione di un *iudicium* qualificabile come *publicum*, ma anche se la condotta per cui il responsabile era stato sanzionato determinava conseguenze infamanti in un eventuale giudizio esperito nei suoi confronti in sede civile.

Sennonché, mi pare ragionevole suppore, sulla scia di Zilletti[233], che ogni condotta integrante il *crimen stellionatus* venisse considerata dai romani come dotata di tutti i tratti fondamentali di un delitto notoriamente infamante qual era il *dolus malus*.

E questo anche se non fosse stata concretamente esperibile l'*actio de dolo*.

Un elemento a supporto di questa congettura mi pare si possa trarre da un rescritto del 224 d.C. di Alessandro Severo.

CI. 2.11.12: Imp. Alexander A. Donato. *Si te expilasse hereditatem sententia praesidis constitit, non ex eo, quod non et alia tibi poena inrogata est, furti improbioris infamiam evitasti.* PP. k. Iul. Iuliano II et Crispino conss. (a. 224)

Pronunciandosi in relazione a un caso di *expilata hereditas* l'imperatore precisa che la condanna per aver commesso tale illecito comportava in ogni caso l'*infamia* a carico del responsabile, sebbene non fosse stata irrogata dal *praeses provinciae* alcuna pena aggiuntiva oltre a quella principale[234]. E la ragione di questa regola viene scorta nel fatto che il *crimen expilatae hereditatis* era considerato una forma particolarmente grave di furto ('*furtum improbius*')[235], quantunque – aggiungo io – la condotta che lo integrava non fosse mai sanzionabile in sede civile con l'*actio furti*[236].

Foggia, marzo 2025

---

[233] Cfr. U. ZILLETTI, *Annotazioni*, cit., p. 103, secondo il quale «il *crimen stellionatus* può intendersi rappresentare le più gravi ipotesi di dolo», trattandosi di «una sorta di campionario della peggiore fraudolenza».

[234] Cfr. U. ZILLETTI, *Annotazioni*, cit., p. 100 ss. Ad avviso di S. SOLAZZI, *Sul crimen expilatae hereditatis*, in *Scritti di diritto romano*, III. *(1925-1937)*, Napoli, 1960, p. 554 s. (contributo già apparso in *RIL*, 69, 1936, p. 978 ss.), nel caso di specie il governatore provinciale, accertata la sussistenza dell'*expilata hereditas*, si sarebbe limitato a condannare il reo alla restituzione dei beni sottratti. Da qui il dubbio: la sentenza aveva nei suoi confronti anche effetti infamanti, non essendo stata irrogata *alia poena*? Per Solazzi, «se il preside avesse inflitto una pena a quel Donato, cui si rivolge CI. 2.11.12, è poco verosimile che egli sarebbe stato così sfacciato da pretendere di non essere incorso nell'infamia».

[235] Cfr. S. SOLAZZI, *Sul crimen expilatae hereditatis*, cit., p. 555; U. ZILLETTI, *Annotazioni*, cit., p. 102 s.

[236] Si v. Ulp. 9 *de off. proc.* D. 47.19.2.1 e CI. 9.32.6 (a. 249).

ABSTRACT

Il saggio affronta il fenomeno della repressione dello stellionato in Roma antica, un crimine non previsto da alcuna *lex*, ma perseguito su impulso dell'autorità imperiale nell'ambito della c.d. *cognitio extra ordinem*. Attraverso l'analisi delle fonti antiche in argomento, si ricostruisce l'evoluzione storica di questo illecito e le diverse condotte fraudolente che esso reprimeva, allo scopo di ricostruirne i tratti essenziali. Il *crimen stellionatus* si configurava in presenza di una condotta materiale commissiva, realizzata con dolo e connotata dall'impiego di astuzie, raggiri o furberie, idonea a procurare al suo autore un vantaggio di natura patrimoniale e a causare un pregiudizio economico a danno di terzi. Era un reato che oggi diremmo 'plurioffensivo', perché molteplici ed eterogenei erano gli interessi che l'ordinamento romano mirava a salvaguardare tramite la sua repressione (come l'integrità patrimoniale dei singoli individui e l'interesse della collettività a uno svolgimento libero, ordinato e corretto dell'attività negoziale tra i suoi membri). Il *crimen stellionatus* aveva inoltre natura sussidiaria, nel senso che non sempre un'azione fraudolenta, dotata di tutte le caratteristiche di cui si è detto, dava luogo allo stellionato: occorreva infatti che tale condotta non fosse punibile ad altro titolo, non fosse cioè sussumibile entro una diversa ipotesi di reato. Il *crimen stellionatus*, poi, non era perseguibile d'ufficio, ma era necessaria una specifica istanza (*accusatio*) della parte lesa. L'articolo si chiude con l'esame delle sanzioni previste per i colpevoli di stellionato. La loro concreta determinazione era rimessa alla discrezionalità dell'organo giudicante, il quale però si poteva muovere entro certi limiti, differenti a seconda della posizione sociale dell'autore della condotta penalmente rilevante. La sanzione a carico di costui non poteva infatti eccedere la relegazione temporanea (*relegatio ad tempus*) o la rimozione dall'ordine di appartenenza (*motio ab ordine*), se egli era di elevata condizione sociale; per tutti gli altri, il limite massimo era rappresentato dall'*opus metalli*, vale a dire dalla condanna ai lavori in miniera. Il saggio affronta infine il problema dei rapporti tra *infamia* e *crimen stellionatus*, pervenendo alla conclusione che una condanna per stellionato aveva sempre conseguenze infamanti per il soggetto riconosciuto colpevole.

The essay examines the repression of the *stellionatus* in ancient Rome. *Stellionatus* was not a crime provided for by law, but it was prosecuted through extraordinary legal procedures (*extra ordinem*). It was most likely introduced by the imperial authority. By analysing ancient sources, this research sheds light on the historical evolution of the *stellionatus* and the various behaviours that were punished under this offence, highlighting their main characteristics. Building on this analysis, the essay focuses on the essential elements of this crime: the *stellionatus* occurred when an individual deliberately deceived others to gain an economic advantage. It was a crime that today we would call 'multi-offensive', because it affected several legally protected goods (such as the patrimonial integrity of individuals and the interest of the community in the free, orderly and proper conduct of business between its members). The *crimen stellionatus* was considered a subsidiary offence: not every fraudulent act meeting the characteristics that we have seen was punishable as *stellionatus*. It was required that such fraudulent conduct did not fall under another offence. This crime could not be prosecuted unless the victim filed a complaint (*accusatio*) against the perpetrator of the criminal act. The paper further discusses the penalties for the offenders. The court had discretion on determining the punishments, though within certain limits, that varied depending on the offender's social status: if the offender was of high social standing, the punishment could include, at most, temporary confinement (*relegatio ad tempus*) or exclusion from their social class (*motio ab ordine*). For others, the punishment could include, at most, to the so-called *opus metalli*, that means the forced labour in mines. Lastly, the essay addresses the relationship between *infamia* and *crimen stellionatus*, concluding that a conviction for *stellionatus* always carried infamous consequences for the offender.

KEYWORDS

NOTE

Diritto criminale romano – Stellionato – *Crimen stellionatus* – *Cognitio extra ordinem* – *Infamia*

Roman criminal law – Stellionate – *Crimen stellionatus* – *Cognitio extra ordinem* – *Infamia*

DAVIDE BRESOLIN ZOPPELLI*

*'Proditio' e 'crimina' militari: una prima ricostruzione***

SOMMARIO: 1. Lo *status quaestionis* sulla *res militaris*; 2. La *proditio*: da figura penale autonoma a *species* di un *genus*; 3. Le basi per l'elaborazione '*De re militari*'; 4. Da un'ampia discrezione con lo scopo di 'dare l'esempio' a una normativa 'codificata': il caso dei reati in servizio; 5. *Seditio*, disobbedienza, insubordinazione: tra lasciti repubblicani e nuove 'costruzioni' per una generale disciplina dei '*milites*'; 6. Il '*miles fugiens*': '*emansor*', '*desertor*' o '*transfuga*'? Influenze repubblicane e necessità storiche; 7. Le nuove fattispecie nel Tardoantico: il proliferare di una legislazione militare; 8. Conclusioni.

1. Il tema della *res militaris* e del diritto penale militare romano è stato oggetto di pochi studi, anche se significativi, da parte della storiografia, nonostante l'incisività che la materia militare ebbe quale fattore propulsivo nell'inarrestabile espansione del popolo romano[1].

È stata innovativa, sul tema, la monografia data alle stampe nel 1874 e redatta dall'avvocato e ufficiale dell'Esercito Regio Michele Carcani, pubblicata nuovamente nel 1981[2]. L'opera nasce nell'ambito della revisione in quel momento in corso della legislazione militare italiana, motivo per cui la sua

---

* Assegnista di ricerca presso l'Università degli Studi di Foggia.

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review.*

[1] Tra i più cfr. A. MÜLLER, *Die Strafjustiz im römischen Heere*, in *Neue Jahrbücher für das klassische Altertum*, 9, 1906, pp. 506 ss.; E. COSTA, *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano*, Bologna, 1921, pp. 183 ss.; G.F. FALCHI, *Diritto penale romano*, II. *I singoli reati*, Padova, 1932, pp. 248 ss.; C.H. BRECHT, *'Perduellio': eine Studie zu ihrer begrifflichen Abgrenzung im römischen Strafrecht bis zum Ausgang der Republik*, München, 1938, pp. 54 ss.; E. SANDER, *Das römische Militärstrafrecht*, in *Rheinisches Museum für Philologie*, 103, 1960, pp. 289 ss.; C.E. BRAND, *Roman Military Law*, Austin, 1968; G. SCIASCIA, *Frammenti di diritto penale militare romano*, in *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, III, Milano, 1970, pp. 1939 ss.; V. GIUFFRÈ, *Arrio Menandro e la letteratura 'de re militari'*, in *Labeo*, 20, 1974, pp. 27 ss.; ID., *La letteratura «de re militari». Appunti per una storia degli ordinamenti militari*, Napoli, 1974; ID., *Tracce di una tarda raccolta di 'iura' in materia militare*, in *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag*, I, Köln, 1978, pp. 25 ss.; ID., *Il 'diritto militare' dei Romani*, Bologna, 1980; ID., *'Militum disciplina' e 'ratio militaris'*, in *ANRW*, II.13, Berlin - New York, 1980, pp. 234 ss.; J.H. JUNG, *Die Rechtsstellung der römischen Soldaten: Ihre Entwicklung von den Anfängen Roms bis auf Diokletian*, in *ANRW*, II.14, Berlin - New York, 1982, pp. 963 ss.; V. GIUFFRÈ, *«Iura» e «Arma»: intorno al VII libro del Codice Teodosiano*[3], Napoli, 1983; ID., *Testimonianze sul trattamento penale dei 'milites'*, Napoli, 1989; ID., *Letture e ricerche sulla 'res militaris'*, I e II, Napoli, 1996, *passim*. Data la vastità del tema trattato, si rimanda anche al ragguaglio bibliografico indicato in ID., *Il 'diritto militare'*, cit., pp. 89 ss.

[2] M. CARCANI, *Dei reati, delle pene e dei giudizi militari presso i Romani*, Milano, 1874, ripubblicato nella collana *Antiqua* con una nota di lettura di V. GIUFFRÈ, Napoli, 1981.

struttura è improntata a un confronto sistematico tra il diritto romano e quello italiano allora contemporaneo. Inoltre, la sollecitazione che spinse il Carcani a scrivere fu certamente «una insoddisfazione per i due scritti che sino ad allora avevano "più specialmente trattato" della "legislazione penale militare romana"»[3].

L'assenza di un'approfondita riflessione storiografica e la metodologia impiegata da Carcani permettono comunque alla sua monografia di attestarsi quale lettura fondamentale sul tema del diritto criminale militare romano. Di *res militaris*, infatti, non riuscì a occuparsi Mommsen; quest'ultimo, ormai ottantenne, non ebbe la possibilità di apportare un contributo fondamentale all'argomento nonostante la pubblicazione del *Römisches Strafrecht*[4].

La compiuta conoscenza del tema da parte di Carcani ha dato una cospicua fama al libro: la monografia è infatti una delle opere cardine della voce *Militärstrafrecht* per la *Realencyclopädiae* redatta da Taubenschlag, intorno agli anni Trenta del secolo scorso[5]. Tuttavia, gli studi di Carcani sono completamente omessi nella copiosa bibliografia del *Roman Military Law* di Brand, pubblicata nel 1968[6]. A giudizio di Giuffrè questa omissione avrebbe condannato la *res militaris* a ottenere una scarsa attenzione, perché anche una bibliografia essenziale sulla materia richiederebbe una ricostruzione attraverso consultazioni incrociate: un'operazione che è lo stesso Giuffrè a offrire, non senza omettere di specificare come il tema più approfondito sia quello della diserzione[7].

Il lavoro di Carcani, pur offrendo un utile strumento di partenza per lo studio sul tema, appare comunque carente sotto alcuni profili, tra i quali spicca l'assenza di un'approfondita analisi della elaborazione giurisprudenziale romana sull'argomento; un'operazione, questa, che spetterà al lettore di Carcani compiere[8]. Lo stesso Giuffrè sottolinea che Carcani non indaga mai con occhio

---

[3] Cfr. M. CARCANI, *Dei reati*, cit., p. VIII. Si tratta di J. VOET (J.U.D. ET ANTECESSORIS NASSOVICI), *De iure militari, in quo plurimae ad Militiae Militumque iura pertinentes controversiae, iuxta, leges, gentium mores, et rerum iudicatarum exempla sunt definitae*, Francofurti et Lipsiae, 1758; G. SICHTERMAN, *Dissertatio philologico-iuridica inauguralis de poenis militaribus Romanorum*, Ludg. Batav., 1708, poi contenuta in *Thesauri Dissertationum iuridicarum selectissimarum in Academiis Belgicis habitarum*, II.1, curante G. Oerlrichs, Lipsiae, 1770, pp. 221 ss.

[4] TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, pp. 27 ss.; pp. 561 ss.

[5] R. TAUBENSCHLAG, voce *'Militärstrafrecht'*, in *PWRE*, XV.2, Stuttgart, 1932, coll. 1668 ss.

[6] C.E. BRAND, *Roman Military Law*, cit., pp. 201 ss.

[7] Si veda M. CARCANI, *Dei reati*, cit., p. XV s., nt. 40. Sulla *desertio* è fondamentale V. ARANGIO-RUIZ, *Sul reato di diserzione in diritto romano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 10, 1919, pp. 138 ss., ora in *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, 1974, pp. 1 ss. (da cui si cita).

[8] Sul punto cfr. V. GIUFFRÈ, *Arrio Menandro*, cit., pp. 61 ss.; ID., *La lettura*, cit., pp. 61 ss.; ID., *'Militum disciplina'*, cit., pp. 242 ss.

critico le fonti, trascurando di esaminare l'eventualità che il testo possa essere stato interpolato; Giuffrè, inoltre, non condivide la decisione di Carcani di trattare la materia solamente fino all'epoca di Costantino. Per Carcani, infatti, superare quel periodo storico sarebbe una 'motivazione inutile', data la decadenza degli eserciti di quell'epoca e l'assenza di un comune denominatore con le leggi della età classica, ancora debitrici di quell'antica disciplina che aveva influenzato l'espansione territoriale di Roma. Entrambi questi profili sono stati poi colmati, nel tempo e gradualmente, dalla storiografia[9].

In ogni caso, nonostante le approfondite indagini storiografiche, lo studio della legislazione criminale militare romana sembra ancora ricoprire un ruolo ancillare. Ciò si deve, in particolare, alla mancata ricostruzione dello sviluppo dei singoli *crimina* militari, tra cui si annovera anche la *proditio*[10].

Sulla *proditio*, la storiografia ha già affermato la sua separazione dalla *perduellio*[11]. Tuttavia, risulta necessaria una ricostruzione dei profili genetici della *proditio*, volta a chiarire quali condotte siano idonee a integrare tale *crimen*. La *proditio* presenta, infatti, tratti di similarità con la *perduellio*, ma anche con il *transfugium* e il *perfugium*. Un corretto inquadramento dei singoli *crimina* permetterebbe di stabilire un punto fermo sulla loro disciplina e quindi di capire quali di questi siano propriamente da considerare *crimina* di natura militare, al fine di chiarire se, al di là di tutto, nel corso dei secoli abbiano conservato questo carattere[12].

L'analisi si dovrà concentrare poi sull'evoluzione storica e giuridica dei più rilevanti illeciti militari e, nella ricostruzione, sarà comunque necessario tenere conto di un dato, affrontato dalla storiografia, ma non ancora pienamente risolto[13]. Benché non sia certamente questa la sede opportuna per trattare

---

[9] Cfr. i contributi raccolti in *'Civitas, Arma, Iura'. Organizzazioni militari, istituzioni giuridiche e strutture sociali alle origini dell'Europa (secc. III-VIII). Atti del seminario internazionale (Cagliari, 5-6 ottobre 2012)*, a cura di F. Botta e L. Loschiavo, Cagliari, 2012, e in, *Das Recht der "Soldatenkaiser". Rechtliche Stabilität in Zeiten politischen Umbruchs*, hrsgg. von U. Babusiaux und A. Kolbe, Berlin, 2015, ove ulteriori fonti e bibliografia.

[10] Cfr. principalmente C.H. BRECHT, *'Perduellio'*, cit., pp. 27 ss., pp. 54 ss.; H. FUHRMANN, voce *'Proditio'*, in *PWRE*, Suppl. IX, Stuttgart, 1962, coll. 1222 ss.; A. MAGDELAIN, *Remarques sur la 'perduellio'*, in *'Jus, imperium, auctoritas'. Études de droit romain*, Rome, 1990, pp. 500 ss.; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*[2], Milano, 1998, p. 19.

[11] Così C.H. BRECHT, *'Perduellio'*, cit., p. 31: «Und die allgemeine Bedeutung „Landesverrat", sei es militärisch, sei es als Verbrechen außerhalb des Krieges, ist dem Wort *proditio* stets geblieben».

[12] A distanza di trent'anni dalla monografia di Brecht, H. FUHRMANN, voce *'Proditio'*, cit., col. 1225, si esprime così: «ist es nicht möglich, den Tatbestand der *proditio* genau zu definieren».

[13] Questo aspetto non verrà qui approfondito e risolto poiché il contributo si occupa solo dell'aspetto sostanziale dei vari *crimina*, senza considerare quello procedurale. Nell'ambito della storiografia citata, il problema è tenuto in considerazione da R. TAUBENSCHLAG, voce *'Militärstrafrecht'*, cit., col. 1668, ma non approfondito. Cfr. anche C.H. BRECHT, *'Perduellio'*, cit.,

quest'ultimo in modo esaustivo, in quanto il contributo si occupa di quello che, secondo le nostre categorie dogmatiche, concerne i profili essenziali dei *crimina*, risulta comunque doveroso sottolineare che una modifica della disciplina dei crimini militari è debitrice dell'estensione della *provocatio ad populum*[14]. Poiché si tratta di *crimina* commessi da soggetti *milites* prima che *cives*, si pone una questione interpretativa per il periodo anteriore alla seconda *lex Porcia de tergo civium*, riguardante i casi in cui l'illecito sia commesso oltre la linea pomeriale, ma non oltre i mille passi dalla cinta muraria[15]. Nello specifico, bisogna domandarsi quale sia il potere con cui al magistrato è concesso reprimere il *crimen*, dato che si tratta di una striscia di terra dove al cittadino è concessa la *provocatio*, anche se sottoposto all'*imperium* del comandante militare; parimenti, bisogna capire chi sia l'organo giurisdizionale preposto alla repressione dell'illecito. Tale problema permane anche in seguito all'emanazione della *lex*, quando la *provocatio* è estesa in generale ai soldati nei confronti del loro comandante[16].

Connessa a quest'ultimo aspetto è anche l'individuazione del sistema giurisdizionale repressivo dei singoli illeciti: dobbiamo infatti presumere che questo muti non solo in relazione al *locus commissi delicti*, ma anche in base al soggetto attivo del reato. Come il *locus*, anche il soggetto attivo di questi *crimina* subisce una modifica. In seguito alla riforma militare di Gaio Mario, comincia

---

pp. 75 ss.; G. PUGLIESE, *Appunti sui limiti dell'«imperium» nella repressione penale. A proposito della «lex Iulia de vi publica»*, Torino, 1939, pp. 25 ss.; F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*[2], II, Napoli, 1973, pp. 427 ss.; W. KUNKEL, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit*, München, 1962, p. 90 e nt. 331. Da ultimo, la questione è stata sollevata da C. PELLOSO, *Ricerche sulle assemblee quiritarie*, Napoli, 2018, p. 289 s. e nt. 79, con fonti e bibliografia. Ulteriori riferimenti anche in M.F. MEROTTO, *La bipartizione dei 'delicta militum' in 'propria' e 'communia' nel 'De re militari' di Arrio Menandro*, in *Diritto penale romano. Fondamenti e prospettive*, I.1. *Le discipline generali*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2022, pp. 427 ss.

[14] La storiografia sulla *provocatio ad populum* è sterminata. Cfr., tra i molti, B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*[2], cit., pp. 36 ss.; E. TASSI SCANDONE, *'Leges Valeriae de provocatione'. Repressione criminale e garanzie costituzionali nella Roma repubblicana*, Napoli, 2008; C. PELLOSO, *'Provocatio ad populum' e poteri magistratuali dal processo all'Orazio superstite alla morte di Appio Claudio decemviro*, in *SDHI*, 82, 2016, pp. 219 ss. per ulteriore bibliogafia.

[15] Sulla seconda *lex Porcia de tergo civium* e sulle problematiche a essa connesse, cfr. G. ROTONDI, *'Leges publicae populi romani'*, Milano, 1912, pp. 268 s.; M. FUHRMANN, voce *'Verbera'*, in *PWRE*, suppl. IX, Stuttgart, 1962, coll. 1589 ss.; L. RODRIGUEZ-ENNES, *Sobre los orígenes de la prohibición legislativa de la 'verberatio Civis'*, in *Estudios en homenaje al profesor Francisco Hernandez-Tejero*, II, 1992, pp. 483 ss.; C. VENTURINI, *Processo penale e società politica nella Roma repubblicana*, Pisa, 1996, p. 20, nt. 14; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*[2], cit., pp. 72 ss.; ID., *'Longius ab urbe mille passuum': cittadini e 'provocatio' in Italia prima delle 'leges Porciae'*, in *Altri studi di diritto penale romano*, Padova, 2009, pp. 193 ss.; C. PELLOSO, *'Provocatio ad populum'*, cit., p. 220, nt.1, p. 224, nt. 9.

[16] Sul punto v. B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*[2], cit., p. 73 s. che sostiene che il privilegio della *provocatio* spettasse già ai *cives*.

infatti a incrinarsi la perfetta identificazione tra il *miles* e il *civis* che caratterizzava l'epoca alto-repubblicana[17]: se una sovrapposizione tra *populus* ed esercito comincia a scomparire nel periodo del principato, sarà poi nel dominato che si assisterà alla totale dissoluzione di tale binomio.

In generale, ecco perché, nella riflessione, risulta utile il confronto tra le fonti letterarie, che riportano gli eventi e la percezione romana delle fattispecie nel periodo repubblicano e nel principato, e le fonti giuridiche, per lo più datate all'epoca dei Severi, che trattano dei *crimina* militari[18]. Attraverso questo raffronto, non solo è possibile verificare l'evoluzione dei singoli illeciti, ma anche porre le basi per un futuro studio sulla modifica degli organi giurisdizionali preposti a giudicare questi crimini; nello specifico, se la repressione sia sempre affidata alla *coercitio* del magistrato, oppure sia estesa anche ai *iudicia populi* o al sistema delle *quaestiones perpetuae* della età tardo-repubblicana, a cui nel tempo si affiancano le *cognitiones extra ordinem*.

L'obiettivo di questo contributo sarà, pertanto, duplice: da un lato, ricostruire i profili genetici della *proditio*; dall'altro, illustrare l'evoluzione dei *crimina* militari, da una magmatica materia strutturata su casi di specie creata dalla libera discrezionalità dei comandanti a una uniforme 'legislazione deterministica': una *Systematisierung* imperniata sul sillogismo giuridico[19].

2. La *proditio* è in generale definita come il tradimento con il nemico e può essere considerata, sin dalla fase monarchica, quale illecito idoneo a porre in pericolo l'integrità del *populus* romano inteso come organizzazione militare[20]. I contorni di questo *crimen* restano tuttavia incerti, soprattutto nella loro delimitazione rispetto a quelli di altre figure che presentano profili comportamentali simili. È il caso, per esempio, della *perduellio*, che si configura come crimine politico e religioso contro la *civitas*[21], o del *transfugium* e del

---

[17] Cfr. E. GABBA, *Esercito e società nella tarda repubblica romana*, Firenze, 1973, pp. 1 ss.

[18] La *res militaris* è per lo più regolamentata al titolo XVI del XLIX libro del Digesto, in cui sono principalmente raccolti passi tràditi dalle opere di Tarrunteno Paterno, Arrio Menandro, Emilio Macro, Paolo e Modestino. Per maggiori informazioni, in generale, su questi giuristi cfr. rispettivamente L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien, 1953, p. 510 e nt. 29, pp. 516 s., pp. 521 ss.; V. GIUFFRÈ, *La letteratura*, cit., pp. 61 ss.; W. KUNKEL, *Die römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung*[2], Köln, 2001, pp. 219 ss.; pp. 233 s.; pp. 244 ss.; pp. 256 s.; pp. 259 ss.

[19] In questo senso J.H. JUNG, *Die Rechtsstellung*, cit., p. 975. V. GIUFFRÈ, '*Militum disciplina*', cit., p. 265, parla, invece, di una 'canonizzazione'.

[20] Cfr. la nt. 10.

[21] Sulla *perduellio* quale *crimen* contro dèi e società, v. B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*[2], cit., p. 14, e da ultimo C. PELLOSO, *Il principio di legalità penale in Roma antica: presenze in filigrana e assenze in chiaroscuro*, in *Diritto penale romano*, I.1, cit., pp. 87 ss.

perfugium, nei quali il tradimento prende forma nel passaggio volontario al nemico.

Secondo le categorie dell'odierno diritto penale, tra la *proditio* e questi illeciti vi è un'apparente identità rispetto a quelli che sono classificati come elementi oggettivi del reato, quali il bene giuridico tutelato, o i soggetti attivi del *crimen*. La nostra riflessione deve dunque partire da alcuni punti fermi. In primo luogo, può la *proditio* essere commessa da un soggetto che oggi definiremmo 'qualificato', ciò anche alla luce della distinzione tra *delicta propria* e *delicta communia* che ricorda la dogmatica differenziazione tra 'reati comuni' e 'reati propri'[22]? E ancora: è possibile individuare gli elementi idonei a far sì che la condotta dell'offensore debba essere qualificata come *proditio*, dato il certo assorbimento della figura giuridica nel dettato della *lex Iulia de maiestate*[23]?

La *proditio* è spesso equiparata dalla storiografia a un illecito militare[24]; non ne condivide, però, la caratteristica principale, ossia la necessità che sia compiuto da un soggetto qualificato, quale il *miles*[25]. La storiografia poi annovera la *proditio* tra i *crimina* assorbiti nella *lex Iulia de maiestate*, i cui commenti da parte dei giuristi sono tràditi nel titolo quarto del XLVIII libro dei *Digesta*; tuttavia, se è corretto ricomprendere la *proditio* quale sfaccettatura della *maiestas* così come intesa da Augusto, la stessa *reductio ad unum* della *proditio* a *species* del *crimen laesae maiestatis* ha condotto gli studiosi a una faticosa e non precisa identificazione delle condotte idonee a integrare la *proditio* stessa[26]. Le fattispecie desunte dal commento alla *lex* sono state infatti ritenute tipiche della *proditio,* poiché accomunate da un comune denominatore: la lesione alla sicurezza di Roma[27]. Tale lesione può consistere sia in comportamenti tenuti nel contesto di operazioni belliche – o idonei a sfociare in queste, favorendo così i nemici di Roma – sia in azioni illecite che richiedono la pena capitale, poiché espressive di un tradimento della *fides publica*[28].

---

[22] La distinzione è riportata in Men. 1 *de re milit.* D. 49.16.2 pr.: *Militum delicta sive admissa aut propria sunt aut cum ceteris communia: unde et persecutio aut propria aut communis est. proprium militare est delictum, quod quis uti miles admittit.* Sul frammento v. ora in generale M.F. MEROTTO, *La bipartizione*, cit., pp. 421 ss., a cui *adde* J.H. JUNG, *Die Rechtsstellung*, cit., pp. 975 s.

[23] Cfr. principalmente G. ROTONDI, *'Leges publicae'*, cit., p. 453; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*[2], cit., pp. 195 ss. in cui ulteriori fonti e bibliografia.

[24] Cfr. sempre la nt. 10.

[25] V. in tal senso, per quanto riguarda l'odierna disciplina italiana, il libro quarto, titolo primo, capo primo del d.lgs. 66/2010.

[26] Cfr. H. FUHRMANN, voce *'Proditio'*, cit., p. 1229.

[27] Cfr. H. FUHRMANN, voce *'Proditio'*, cit., p. 1226.

[28] Sul rapporto tra *proditio* e *fides publica* cfr. C.H. BRECHT, *'Perduellio'*, cit., pp. 33 s.; E. CANTARELLA, *I supplizi capitali in Grecia e a Roma. Origini e funzioni delle pene di morte nell'antichità classica*, Milano, 1996, pp. 238 ss.

Questo comune denominatore, però, non permette di delineare in maniera efficiente quali siano gli elementi essenziali affinché sia possibile determinare se la condotta integri o meno la figura criminosa della *proditio*. Un punto di partenza per cercare di individuare i profili genetici del *crimen proditionis* è certamente l'analisi di alcuni esempi di *proditio* ricordati nelle fonti storiografiche.

Oltre al leggendario episodio di Tarquinia, le fonti qualificano due avvenimenti del periodo regio come casi di *proditio*. Uno è il tradimento di Mezio Fufezio, che aveva incitato i nemici di Roma ad attaccarla, assicurando che Alba Longa – anche se alleata di Roma – non si sarebbe opposta. Il secondo è invece la congiura dei Vitelli, in cui i giovani rampolli della nobiltà romana promettevano con uno scambio di missive al sovrano etrusco la consegna della città in cambio del ripristino dei precedenti privilegi[29].

I tre eventi, della cui veridicità storica dobbiamo certamente dubitare, rivestono comunque un'utilità per la nostra analisi. All'interno della logica dell'evento leggendario come esempio 'negativo' di condotta, poiché in questa sono integrati gli estremi dell'*hostem concitare* e del *civis hostis tradere*, si conferma infatti quanto già affermato dalla storiografia sulla *proditio* letta come *crimen* che avvantaggia il nemico sul piano militare e che è sanzionato con la pena capitale. Si tratta, in buona sostanza, del dettato delle XII Tavole così come tramandato da Marciano nelle sue *Institutiones*, di cui ci si occuperà in un secondo momento[30].

Inoltre, dalla sommaria descrizione degli eventi si ricavano tre ulteriori elementi. In primo luogo, si conferma la nostra premessa: colui che, secondo le nostre categorie, sarebbe denominato come soggetto attivo del reato non deve essere necessariamente un militare, in quanto anche una donna o dei cittadini possono essere *proditores*. In secondo luogo, non sempre il *proditor* collabora con un nemico: il termine *hostis*, sia per il periodo delle XII Tavole, sia per quello antecedente, può indicare anche lo straniero, quindi colui che semplicemente non è *civis*, come i Fidenati o lo stesso Tarquinio (v., solo per fare qualche esempio, Tab. 6.4 [FIRA^2, I, 44]; Fest. voce *Hostis* [Lindsay 91]). Infine, emerge come la condotta dei *proditores* dipenda da una stretta collaborazione dettata

[29] V., per Tarpeia, Plut. *Rom.* 17.10. Per Mezio Fufezio, cfr. Liv. 1.27-28; Dion. Hal. 3.30.7. Per i Vitelli, v. Liv. 2.3-5. La congiura dei Vitelli è ricordata come una '*coniuratio proditionis*' in Pomp. *l. s. ench.* D 1.2.2.24.

[30] Marcian. 14 *inst.* D. 48.4.3. pr.: *Lex duodecim tabularum iubet eum, qui hostem concitaverit quive civem hosti tradiderit, capite puniri*. Il passo è ricostruito in Tab 9.5 (FIRA^2, I, 65), su cui v., da ultimo, M. MIGLIETTA, *Le norme di diritto criminale*, in *XII Tabulae. Testo e commento*, a cura di M.F. Cursi, II, Napoli, 2018, pp. 527 ss.

dalla volontà di ottenere un premio o un vantaggio dalla situazione che si avvererà all'esito della condotta lesiva, come dell'oro, o il totale annientamento dell'alleato più forte, oppure uno *status* giuridico privilegiato. L'aspetto militare è quindi una conseguenza diretta del comportamento, e non un suo elemento essenziale.

Per verificare se questi tre dati abbozzati possano fornire i profili genetici del *crimen proditionis*, risulta necessario analizzare la seguente vicenda tratta dall'opera di Livio.

> Liv. 24.45.1-3: *In ea castra Dasius Altinius Arpinus clam nocte cum tribus seniis venit promittens, si sibi praemio foret, se Arpos proditurum esse. Eam rem ad consilium cum rettulisset Fabius, aliis pro transfuga verberandus necandusque videri ancipitis animi communis hostis, qui post Cannensem cladem, tamquam cum fortuna fidem stare oporteret, ad Hannibalem descisset traxissetque ad defectionem Arpos; tum, quoniam res Romana contra spem votaque eius velut resurgere ab stirpibus videatur, novam referre proditionem proditis polliceatur, aliunde stet semper aliunde sentiat, infidus socius vanus hostis; <is> ad Faleriorum Pyrrhi<q>ue proditores tertium transfugis documentum esset.*

Il fatto è ambientato durante gli anni della guerra annibalica, nello specifico l'assedio della città di Arpi (*Argos Hippium*) del 213 a.C. Mentre l'esercito cinge d'assedio la cittadella, nell'accampamento del console Q. Fabio Massimo (figlio del *Cunctator*) si introduce di notte Dasio Altinio, che promette la resa e il passaggio alla fazione romana se i Romani lo premieranno. Livio attesta che la proposta è riferita dal console al consiglio di guerra, siccome Dasio aveva in precedenza convinto i suoi concittadini a defezionare a favore di Annibale[31].

Poiché si ritiene che Dasio voglia trarre un vantaggio dalla situazione attraverso una *proditio* a favore dei Romani (*novam proditionem proditis*), il consiglio propone di *verberare* e uccidere come *transfuga* Dasio; quale *transfuga*,

[31] Sui diversi casi di defezione delle città alleate e federate di Roma dopo la sconfitta di Canne cfr. A.J. TOYNBEE, *Hannibal's Legacy. The Hannibalic War's Effect on Roman Life*, II. *Rome and Her Neighbours after Hannibal's Exit*, London, 1965, pp. 129 ss.; G. DE SANCTIS, *Storia dei Romani, l'età delle guerre puniche*, III.2, Firenze, 1968, pp. 201 ss.; E. BADIAN, *Foreign Clientelae (264-70 b.C.)*, Oxford, 1984, pp. 141 ss. *Adde* A.N. SHERWIN-WHITE, *The Roman Citizenship*, Oxford, 1973, pp. 119 s., per lo *status* delle città socie o federate. Sul rapporto tra Roma e le *coloniae Latinae*, v. da ultima F. LAMBERTI, *Riflessioni in materia di legami tra 'patria' Roma e'coloniae Latinae'*, in *Liber amicarum et amicorum. Scritti in onore del prof. Leo Peppe*, a cura di E. Hobenreich, J.M. Rainer e G. Rizzelli, Lecce, 2021, pp. 275 ss.

egli deve subire il medesimo destino di altri *proditores*, quali il maestro di Falerii e il medico di Pirro, puniti sulla base della *coercitio* del comandante[32].

Quanto descritto da Livio solleva un dubbio circa il *crimen* attribuito a Dasio: lo storico lo qualifica ora come *proditor*, ora come *transfuga*. Nello specifico, la sua proposta è una *proditio*, ma, nonostante ciò, il proponente è un *transfuga*, allo stesso modo degli altri due personaggi menzionati, anch'essi uccisi come *transfugae*, benché ricordati in questo passo come *proditores*.

Al fine di sciogliere quest'apparente incongruenza, si consideri il *Leitmotiv* che caratterizza i singoli episodi, anche se da una prospettiva diversa rispetto a quella delle vicende di età regia. Vi è un individuo (estraneo a Roma, se non addirittura un nemico) che propone ai Romani una *proditio* in cambio di un premio; tuttavia, l'offerta non è accettata e lo dimostra, per quanto riguarda Dasio, l'epilogo dell'assedio di Arpi.

> Liv. 24.47.10: *Arpi sine clade ullius praeterquam unius veteris proditoris, novi perfugae, restituti ad Romanos.*

Arpi ritorna sotto il controllo romano senza vittime, tranne Dasio: egli è descritto come un *proditor*, ma trattato come *perfuga*[33]. Livio afferma che Dasio è giustiziato non in quanto *proditor*, ma come *perfuga*, secondo una precisa *ratio*. Per comprendere più a fondo le ragioni di tale condanna, è necessario confrontare la vicenda dell'assedio di Arpi con un esercizio retorico proposto nelle *Controversiae* di Seneca il Retore.

> Sen. rhet. *Contr.* 7.7: *Cavete Proditorem. Proditionis sit actio. Pater et filius imperium petierunt; praelatus est patri filius. Bellum commisit cum hoste; captus est. Missi sunt decem legati ad redimendum imperatorem. Euntibus illis occurrit pater cum auro; dixit filium suum crucifixum esse et sero se aurum ad redemptionem tulisse. Illi pervenerunt ad crucifixum imperatorem; quibus ille dixit: "cavete proditionem". Accusatur pater proditionis.*

E poi ripreso nell'*Institutio oratoria* di Quintiliano.

---

[32] Cfr., rispettivamente, Liv. 5.27.1-10; Plut. *Pyrr.* 21.1-4.

[33] Sulla non affidabilità delle fonti sull'assedio di Arpi, a partire dal resoconto di Appian. 7.31, v. G. DE SANCTIS, *Storia dei Romani*, III.2, cit., pp. 262 s. e nt. 132. Appiano ritiene infatti che l'offerta di Dasio non venne accettata, ma che la conquista dipese dal tradimento di alcuni abitanti di Arpi.

> Quint. *inst. orat.*, 7.1.30-31: *'Dux qui competitorem patrem in suffragiis vicerat captus est: euntes ad redimendum eum legati obvium habuerunt patrem revertentem ab hostibus. Is legatis dixit: sero itis. Excusserunt illi patrem et aurum in sinu eius invenerunt: ipsi perseverarunt ire quo intenderant, invenerunt ducem cruci fixum, cuius vox fuit: cavete proditorem. Reus est pater'. Quid convenit? 'Proditio nobis praedicta est et praedicta a duce': quaerimus proditorem. 'Te isse ad hostes fateris et isse clam et ab his incolumem redisse, aurum retulisse et aurum occultum habuisse'.*

Tra i vari esercizi retorici incentrati sulla dimostrazione di una *proditio*[34], la fattispecie proposta è utile per ricavare la *ratio* sottesa alla distinzione tra la figura del *proditor* e quella del *transfuga* (o *perfuga*), soprattutto perché i due testi sono di composizione successiva alla votazione della *lex Iulia de maiestate*. Nonostante alcune differenze tra i due frammenti, il caso presentato inizia dalla cattura da parte dei nemici di un giovane comandante. È inoltre specificato che il padre del prigioniero è stato sconfitto dal proprio figlio nelle elezioni per ottenere la carica militare; il padre poi comunica ai legati, che erano stati inviati a riscattare il prigioniero e da lui incontrati sulla via che conduce all'accampamento nemico, che ormai suo figlio è morto. L'affermazione insospettisce i legati che perquisiscono il padre e lo trovano in possesso di una somma d'oro. Alla fine i legati trovano il comandante crocifisso che, morendo, avverte dell'esistenza di un traditore.

L'insieme di questi indizi (le ultime parole del generale prigioniero, il comportamento ambiguo del padre, nonché la somma d'oro) fa ricadere i sospetti sul genitore, che è pertanto accusato di *proditio*. La controversia, infatti, nasce da uno *status coniecturalis*: la colpevolezza del padre è argomentata sulla base di forti prove indiziarie, ma non fondata su prove certe[35]. Per questo

[34] Per ulteriori esercizi retorici incentrati sulla *proditio*, v. F. LANFRANCHI, *Il diritto nei retori romani. Contributo alla storia dello sviluppo del diritto romano*, Milano, 1938, pp. 432 ss., nonché, da ultima, T. WYCISK, *'Quidquid in foro fieri potest'. Studien zum römischen Recht bei Quintilian*, Berlin, 2008, pp. 319 ss. V. sempre F. LANFRANCHI, *Il diritto nei retori*, cit., pp. 425 ss. e T. WYCISK, *'Quidquid in foro fieri potest'*, cit., pp. 314 ss., per i casi di *transfugium*.

[35] Sulla possibilità per cui il caso potesse svolgersi presso un organo di giurisdizione romano, nonché per le varie ipotesi sull'effettivo significato dell'espressione '*actio proditionis*', cfr. H. BORNEQUE, *Les déclamations et les déclamateurs d'après Sénèque le Père*, Lille, 1901, p. 74, p. 89; S.F. BONNER, *Roman Declamation in the Late Republic and the Early Empire*, Liverpool, 1949, p. 110. Ulteriore bibliografia in T. WYCISK, *'Quidquid in foro fieri potest'*, cit., p. 320, nt. 776. Tuttavia, qualora si volesse ammettere che la controversia fosse stata giudicata nelle forme della *quaestio perpetua de maiestate*, rimane irrisolta la questione se si trattasse della *quaestio* istituita nel 103 a.C. dalla *lex Appuleia* rogata dal tribuno Saturnino, oppure di quella disciplinata dalla *lex Cornelia de maiestate* (81 a.C.) oppure dalla *lex Iulia de maiestate* (27 a.C.). Poiché, sulla base delle fonti a noi giunte, la prima legge persegue solo i crimini commessi da magistrati e funzionari (e il

Quintiliano specifica che il padre è interrogato e che nel corso dell'interrogatorio gli è chiesto se si sia recato segretamente presso il nemico, come sia riuscito a tornare indietro illeso, e infine perché portasse con sé una somma d'oro. Parimenti, nelle *Controversiae*, la congettura si sviluppa attraverso la ricostruzione della *ratio* sottesa al monito del generale: garantire che nessuno esca di notte senza che le guardie lo sappiano, che nessuno si rechi dal nemico all'insaputa della *res publica*, né ritorni dal campo nemico carico d'oro[36]. Si tratta, a tutti gli effetti, della condotta tenuta dal padre, idonea a condannarlo per *proditio*.

La comparazione tra le fonti storiche e retoriche permette così di delineare alcune similarità e differenze tra la condotta del padre e quella di Dasio, utili alla individuazione dei profili genetici della *proditio*, oltre che a distinguerla da altri *crimina* che, dopo l'emanazione della *lex Iulia*, sono stati riassorbiti nel più ampio concetto di *laesio maiestatis*.

Ciò che accomuna i comportamenti dei due soggetti utilizzati come esempio è il recarsi di nascosto presso l'accampamento nemico, nonché l'avanzare una proposta volta ad avantaggiarlo; divergente è invece l'esito delle due vicende. Se, infatti, la proposta del padre è accettata, come attesterebbe il possesso di una somma di denaro, quella di Dasio è respinta. Ne conseguirebbe che la mancata accettazione della proposta avente a oggetto il tradimento impedisce di qualificare come *proditor* il soggetto proponente; parimenti, il rifiuto dell'offerta non comporterebbe un danno effettivo all'organizzazione militare della *civitas* di appartenenza del traditore.

Il raffronto tra le due fonti permette quindi di giungere alla seguente conclusione: la fattispecie della *proditio* sarebbe integrata solo quando qualsiasi soggetto appartenente a una *civitas* propone dolosamente a qualsiasi soggetto estraneo – non necessariamente nemico o ostile – un accordo per compiere un tradimento che mira a ledere la sicurezza militare della propria *civitas*. Nel momento in cui l'accordo è perfezionato, tra le due parti nasce una stretta collaborazione, finalizzata al perseguimento di un reciproco vantaggio o interesse: per il traditore, una somma di denaro o determinati privilegi; per la

---

padre non lo è nell'orazione), mentre la seconda include solo fattispecie per le quali è imprescindibile la violenza (e questa non è commessa dal soggetto attivo; cfr. Cic. *in Pis.* 50), per esclusione potremmo concludere che si trattasse della *lex Iulia*. In ogni caso, non vi sono nemmeno elementi idonei ad affermare che l'evento fosse represso con una *quaestio*. Per ulteriori fonti e bibliografia sulle tre *leges*, cfr. le ntt. 47 e 48.

[36] Sen. rhet. *Contr.* 7.7.7-8: *Dic quid dixerit tibi: an nihil cum patre voluit loqui? "Cavete proditionem." Hoc dixit: videte ne quis nocte insciis custodibus exeat, ne quis ignorante re publica ad hostem perveniat, ne quis ex hostium castris gravis auro revertatur. Nihil deest indicio. Si quid de proditione quaeritis, imperator vobis dicet; si quid de proditore, legati.*

controparte il compimento stesso del tradimento[37]. Diversamente, la sola proposizione dell'offerta, alla quale non segua l'accettazione e dunque il perfezionamento dell'accordo, sarebbe sufficiente a qualificare il soggetto proponente come *transfuga* o *perfuga*.

Sul *transfugium* si ritornerà in seguito[38]; un frammento tràdito dal sedicesimo libro dei commenti *ad Sabinum* di Paolo consente, però, di trarne una definizione.

> Paul. 16 *ad Sab.* D. 49.15.19.4: *Transfugae nullum postliminium est: nam qui malo consilio et proditoris animo patriam reliquit, hostium numero habendus est. sed hoc in libero transfuga iuris est, sive femina sive masculus sit.*

Il *transfuga* è colui al quale non si applica il regime del *postliminium*, poiché deve essere considerato alla stregua di un nemico chi abbia abbandonato la patria con cattive intenzioni (*malum consilium*) e con l'animo di traditore (*animus proditoris*)[39]. Questi due elementi soggettivi – il *malum consilium* e l'*animus proditoris* – contraddistinguono non solo la figura di Dasio, ma anche quelle del maestro di Falerii e del medico di Pirro[40].

Sulla base di un ragionamento *e contrario*, il passo dimostra che i due elementi soggettivi sopra menzionati non sono sufficienti a qualificare un

---

[37] Lo dimostra la stessa radice del sostantivo che è '*pro+do*', ossia 'dare in cambio di'. Sul punto cfr. la voce *'Proditio'*, in *OLD*, Oxford, 1982, p. 1472 e la voce *'Proditio'*, in *TLL*, 10.2, II, Berlin - New York, 1995-2009, coll. 1614 ss. Quanto dimostrato, ossia che la *proditio* non debba necessariamente essere compiuta con il nemico, conferma l'errore nella definizione che di *proditio* dà C.H. BRECHT, *'Perduellio'*, cit., p. 27: «Das Wort proditio bedeutet stets die verrätische Auslieferung der Person oder doch der Interessen eines andern, der dem Verräter heilig sein sollte, an einen diesem feindlichen Dritten». V. anche H. HEUMANN, E. SECKEL, *Handlexikon, zu den Quellen des römischen Recht*[10], Graz, 1958, p. 465.

[38] Cfr. il § 5.

[39] Il paragone tra *transfuga* e *hostis* è comune nelle fonti. Cfr. Paul. 16 *ad Sab.* D. 49.15.19.4; Paul. 16 *ad Sab.* D. 49.15.19.7; Marcian. 14 *inst.* D. 48.8.3.6; Ulp. 9 *de off. procons.* D. 48.19.8.2.

[40] V. Paul. 16 *ad Sab.* D. 49.15.19.8: *Transfuga autem non is solus accipiendus est, qui* [*aut*] *ad hostes* [*aut*] *in bello transfugit, sed et qui per indutiarum tempus* [*aut ad eos, cum quibus nulla amicitia est*], *fide suscepta transfugit*. Si accettano qui le interpolazioni segnalate da F. BONA, *'Postliminium in pace'*, in *SDHI*, 21, 1955, pp. 270 s. ora in *'Lectio sua'. Studi editi e inediti di diritto romano*, I, Padova, 2003, pp. 27 s. Dalla ricostruzione originale del passo si ricava che per Paolo è *transfuga* sia chi fugge presso i nemici, sia chi compie la medesima azione concluso l'armistizio, e dopo che le parti contraenti si sono impegnate. La prima parte del frammento rievoca quanto affermato da Ulp. 8 *disp.* D. 48.4.2 pr.: *qui exercitum deseruit vel privatus ad hostes perfugit*. Il riferimento all'*amicitia* in Paolo, anche se probabilmente inserito dai compilatori, può indicare che il *transfugium*, così come la *proditio*, era integrato anche quando il soggetto fuggiva presso un popolo straniero, non necessariamente ostile. Sull'*amicitia*, cfr. F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*[2], II, cit., pp. 29 ss.; M.R. CIMMA, *'Reges, socii et amici populi Romani'*, Milano, 1976, *passim.*, per ulteriori fonti e bibliografia.

soggetto come *proditor*: sono, semmai, sufficienti a ritenerlo un *transfuga*. Perché si possa parlare di *proditio*, pertanto, è necessario che tali elementi si traducano in una proposta concreta di tradimento, che venga accettata dalla controparte estranea alla *civitas* cui il futuro traditore appartiene. Quindi, l'impiego da parte di Livio del sostantivo *proditor* per descrivere i comportamenti del maestro di Falerii e del medico di Pirro non va inteso in senso tecnico-giuridico, bensì come indicazione dell'intenzione soggettiva che muove tali individui. Si tratterebbe, dunque, di un uso atecnico del termine *proditor*, volto a qualificare la volontà traditrice, ma non a identificare il *crimen* in senso stretto[41].

Infine, rimane da chiarire perché Dasio sia qualificato come un *perfuga*. Se il *transfuga* è colui che passa al nemico, possiamo concludere che il *perfuga* sia invece colui che si rifugi presso il nemico. È il caso di Dasio che, dopo aver aiutato i Cartaginesi, tenta di tornare nella fazione romana, divenuta per lui ostile. In entrambi i casi ricorrono i medesimi elementi soggettivi evidenziati da Paolo[42].

La comparazione con le fonti non giuridiche permette quindi di individuare con maggior chiarezza i profili genetici della *proditio* e di distinguerla dal *transfugium* e dal *perfugium*. Quanto ricavato dal raffronto può essere utile anche a precisare i tratti distintivi della *proditio* rispetto alla *perduellio*, intese come figure autonome del diritto criminale romano, prima della loro *reductio ad unum* nel novero degli atti lesivi della *maiestas Romae*. Sebbene sia corretto definire la *proditio* quale illecito idoneo a ledere la sicurezza militare della *res publica*, ciò, tuttavia, non basta a operare una netta separazione dalla *perduellio*,

---

[41] Tale uso ricorre frequentemente, come in Liv. 2.59.9, in cui la codardia di alcuni centurioni e soldati è qualificata come traditrice della disciplina militare. *Proditio* come tradimento politico è impiegato in Liv. 4.3.30, 4.48.16; Cic. *ad fam.* 5.12. L'utilizzo atecnico ricorre anche nelle fonti giuridiche. Ulp. 8 *de off. procons.* D. 48.18.1.26 afferma che il *latro* possa ottenere l'impunità tradendo i compagni; Men. 1 *de re milit.* D. 49.16.4.10 definisce *proditor libertatis* chi non risponde al *dilectus*; oppure CTh. 9.6.2 (a. 376), in cui è qualificata come *honesta proditio* la delazione del servo contro il padrone, se quest'ultimo voglia ledere la *maiestas Romae*. Anche all'infuori dell'uso tecnico del diritto criminale del sostantivo, si ritrova comunque il medesimo schema comportamentale, così come emerge anche dallo stesso termine. V. *supra* la nt. 37.

[42] Tuttavia, la definizione precisa di chi fosse *perfuga* non era univoca, come evidenzia lo stesso Festo, il quale testimonia una duplicità di opinioni sul significato del sostantivo. V. Fest. voce *Perfugam* (Lindsay 236): *Perfugam Gallus Aelius ait, qui liber, aut servus, [aut hostis] sua voluntate ad hostes transierit; qui idem dicitur transfuga. Quamquam sunt qui credant, perfugam esse non tam qui alios fugiat, quam qui ob spem commodorum ad quempiam perfugiat.* È da questo lemma che E. FORCELLINI, voce *'Perfuga'*, in *Lexicon Totius Latinitatis*, III, Padova, 1965, p. 649, ricava la sua annotazione: «*Haec Fest. differt a transfuga, si vim verbi spectes, quia perfuga est respectus ad eorum, ad quos confugit: transfuga eorum, a quibus discedit: tametsi in usu loquendi id non servatur*». Il *perfugium* è ricordato anche in riferimento al *crimen laesae maiestatis*, nello specifico in Ulp. 8 *disp.* D. 48.4.2. pr.: *vel privatus ad hostes perfugit*.

ossia il crimine contro gli dèi protettori della *civitas* e contro la compagine sociale, rimanendo quindi estraneo alla dimensione strettamente militare[43]. Diverso è, infatti, quello che noi chiameremmo, con le nostre categorie giuridiche, il bene giuridico tutelato.

Ma la differenza tra le due fattispecie non riguarda solo il bene giuridico tutelato. Lo dimostra proprio la ricostruzione della vicenda del tradimento dei Vitelli, tramandata da Livio[44]. Lo storico afferma che costoro non furono condannati né per *perduellio* né per *affectatio regni*. Perché si configuri *affectatio regni*, è imprescindibile il pericolo di sovvertimento dell'ordine costituito per ottenere la potestà regale; qui, però, i giovani agiscono unicamente come collaboratori di colui che aspira a questa potestà. È proprio simile loro funzione di essere collaboratori con un soggetto estraneo alla *civitas* a escludere la possibilità di qualificare la loro condotta come *perduellio*. I Vitelli sono *proditores* perché la loro proposta di tradire la *civitas* in cambio di un compenso è accettata da Tarquinio il Superbo: l'accordo che ne deriva è idoneo a porre in pericolo i Romani quale organizzazione militare[45].

Infine, oltre alla diversa pena prevista per i due *crimina*[46], un ulteriore elemento a sostegno della loro autonomia concettuale si ricava dalla legislazione in tema di *laesa maiestas*: la *proditio* non è infatti annoverata nelle leggi anteriori alla *lex Iulia de maiestate*. La *quaestio de maiestate*, istituita nel 103 a.C. dalla *lex Appuleia,* rogata dal tribuno Saturnino, configura il *crimen* di *maiestas minuta* come una generica offesa all'*amplitudo* e alla *dignitas civitatis*, perpetrata da un magistrato mentre gerisce la propria carica[47]. Parimenti è da escludere la *lex Cornelia de maiestate* dell'81 a.C., in quanto le varie fattispecie da essa contemplate e tramandate in Cicerone sono represse a prescindere – come anche nel caso della *lex Appuleia* – dall'accordo tra il *civis* e lo straniero, così

[43] Cfr. le ntt. 11 e 21.

[44] Cfr. la nt. 29.

[45] Non è un caso che, nella ricostruzione dell'evento, Livio inserisca il ritrovamento di un rapporto epistolare tra i giovani e il re etrusco, elemento che conferma nuovamente la nostra tesi sulla *proditio*. Sulla vicenda della congiura, v. da ultimo C. PELLOSO, *Bruto, il console che fece uccidere i figli*, in *Storia mitica del diritto romano*, a cura di A. McClintock, Bologna, 2020, pp. 131 ss.

[46] La pena per la *proditio* ha carattere laico e consiste nella fustigazione e decapitazione con la scure (*virgis caedere et securi percussio*), su cui cfr. B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*[2], cit., p. 20; diversamente, la sanzione per la *perduellio* ha carattere sacro e prevede la *suspensio* del colpevole a un albero sterile e la sua fustigazione fino alla morte, su cui cfr. sempre ID., *Diritto e processo penale*[2], cit., p. 14.

[47] Su tale *lex* cfr. G. ROTONDI, *'Leges publicae'*, cit., pp. 329 s., con fonti, e B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*[2], cit., pp. 127 s., con bibliografia.

come con il nemico, volto a ledere la sicurezza militare[48]. Cicerone, infatti, annovera l''*exire de provincia, educere exercitum, bellum sua sponte gerere, in regnum iniussu populi Romani aut senatus accedere*', che sono anzi ipotesi che si risolvono in una condotta violenta, assente nella *proditio*[49].

La mancanza della *proditio* tra le fattispecie previste da queste due leggi si spiega in quanto a quell'epoca il popolo militarmente organizzato non può essere ancora equiparato alla *maiestas Romae*, poiché a capo del popolo in assetto marziale vi è il popolo stesso. Dal confronto con le due precedenti *leges* in tema di *crimen laesae maiestatis* si può quindi concludere che l'identificazione della *proditio* quale fattispecie del *crimen laesae maiestatis* è successiva, ed è frutto di una trasformazione che coincide con il primo principato, quando il *princeps* è titolare di un *imperium proconsulare maius et infinitum* ed è allo stesso tempo rappresentante, anche se non in maniera dichiarata come nel periodo del dominato, della grandezza stessa di Roma.

La riduzione della *proditio* a una delle fattispecie del *crimen laesae maiestatis* comporta pertanto la scomparsa degli elementi genetici che la identificavano quale *crimen* autonomo. Tale trasformazione si realizza attraverso l'associazione tra la lesione all'integrità di Roma come organizzazione militare e la violazione della *maiestas* di Roma. Lo dimostrano infatti quelle fonti da cui la storiografia ricava le condotte idonee a integrare la *proditio*, accomunate dal costante riferimento alla dimensione militare.

> Scaev. 4 *reg.* D. 48.4.4 pr.: *cuiusque dolo malo iureiurando quis adactus est, quo adversus rem publicam faciat: cuiusve dolo malo exercitus populi Romani in insidias deductus hostibusve proditus erit: factumve dolo malo cuius dicitur, quo minus hostes in potestatem populi Romani veniant: cuiusve opera dolo malo hostes populi Romani commeatu armis telis equis pecunia aliave qua re adiuti erunt.*
>
> Hermog. 6 *iuris epit.* D. 48.4.10 pr.: *Maiestatis crimine accusari potest, cuius ope consilio dolo malo provincia vel civitas hostibus prodita est.*
>
> Ulp. 7 *de off. procons.* D. 48.4.1.1: *... quive hostibus populi Romani nuntium litterasve miserit signumve dederit feceritve dolo malo, quo hostes populi Romani consilio iuventur adversus rem publicam ....*

---

[48] Cic. *in Pis.* 50: *Hic si mentis esset suae, nisi poenas patriae disque immortalibus eas, quae gravissimae sunt, furore atque insania penderet, ausus esset—mitto exire de provincia, educere exercitum, bellum sua sponte gerere, in regnum iniussu populi Romani aut senatus accedere, quae cum plurimae leges veteres tum lex Cornelia maiestatis, Iulia de pecuniis repetundis planissime vetat; sed haec omitto.*

[49] Cfr. G. ROTONDI, *'Leges publicae'*, cit., p. 360, per le fonti, e B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*[2], cit., p. 143, per la bibliografia.

Marcian. 14 *inst.* D. 48.4.3 pr.: *Lex duodecim tabularum iubet eum, qui hostem concitaverit quive civem hosti tradiderit, capite puniri. lex autem Iulia maiestatis praecipit eum, qui maiestatem publicam laeserit, teneri: ....*

Paul. Sent. 5.29.1: *Lege Iulia maiestatis tenetur is, cuius ope consilio adversus imperatorem vel rem publicam arma mota sunt exercitusve eius in insidias deductus est, quive iniussu imperatoris bellum gesserit dilectumve habuerit, exercitum comparaverit sollicitaverit, deseruerit imperatorem. His antea in perpetuum aqua et igni interdicebatur: nunc vero humiliores bestiis obiciuntur vel vivi exuruntur, honestiores capite puniuntur. Quod crimen non solum facto, sed et verbis impiis ac maledictis maxime exacerbatur.*

Nel primo passo, tratto dal quarto libro delle *Regulae* redatte da Scevola, è riportato il caso in cui qualcuno abbia condotto l'esercito romano in un agguato oppure lo abbia 'consegnato' al nemico; Ermogeniano ritiene che possa essere accusato di lesa maestà il soggetto che abbia contribuito alla caduta di una provincia o di una città nelle mani del nemico; Ulpiano poi afferma essere condannato per lo stesso crimine chi abbia inviato un messaggero o delle lettere o chi abbia comunicato un segnale segreto ai nemici di Roma, così come colui che abbia agito in modo da avvantaggiare questi ultimi[50].

Dalla lettura di queste tre fonti si evince la totale scomparsa degli elementi che contraddistinguevano la *proditio* quale *crimen* autonomo e l'impossibilità di ricostruire il profilo dogmatico della fattispecie attraverso lo spoglio delle fonti giuridiche. Diversamente, il frammento di Marciano (della cui genuinità non si dubita) dimostra, nel primo paragrafo, l'originario contorno della *proditio*, mentre nei successivi il suo assorbimento nella *lex Iulia*[51]. Il giurista riporta, infatti, la notizia secondo cui nelle XII Tavole si sarebbe punito con la pena capitale, attuata con molta probabilità nelle forme del *virgis caedere* e del *securi percutere*, colui che si fosse macchiato di *proditio* nella duplice forma dell'*hostem*

[50] Si noti come il passo di Ulpiano, a differenza degli altri citati, sia estratto dal settimo libro *de officio proconsulis* che, nella ricostruzione di O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, Liepzig, 1889, coll. 973 ss., si apre con il titolo *'De disciplina publica'*, incentrato sull'ordinamento provinciale. Proprio la collocazione del passo nell'opera ulpianea potrebbe presagire che la condotta riportata nel corpo del testo, oltre a quelle menzionate nel passo, potessero essere giudicate nella cornice delle *cognitiones extra ordinem*.

[51] La trattazione del tema con il riferimento alla legislazione decemvirale può essere letta come un 'precedente' della legislazione sul *crimen laesae maiestatis*. Cfr. da ultimo A. LINTOTT, *Recensione* a C. Lovisi, *Contribution à l'étude de la peine de mort sous la république romaine (509-149 av. J.-C.), Paris, 1999*, in ZSS, 119, 2002, p. 527.

concitare e del *civem hosti tradere*[52]. Si tratta di condotte che ricalcano la tradizione degli eventi di Mezio Fufezio e della congiura dei Vitelli; ma sono altresì comportamenti che non necessariamente coinvolgono il nemico in senso proprio, come ritiene la storiografia. Se la trascrizione del versetto delle XII Tavole è fedele, infatti, il termine *hostis*, al tempo della legislazione decemvirale, designava anche lo straniero in senso lato.

Infine, il riassorbimento della *proditio* all'interno della *laesa maiestas* è evidente dal confronto tra il passo di Marciano con quello tratto dalle *Pauli Sententiae*. Se nelle XII Tavole la *proditio* è punita con il *virgis caedere* e la *securi percussio*, nel momento in cui il *crimen* è equiparato a una lesione della maestà, esso è sanzionato prima con l'*interdictio aqua et igni*, e poi, al tempo di redazione delle *Sententiae*, con pene differenziate in base allo *status* del colpevole (*honestior* o *humilior*). In un primo momento, quindi, la condanna della *proditio* avviene mediante *coercitio* del comandante militare, che non dava luogo a un *iudicium publicum* in senso stretto[53]. Solo con la *lex Iulia* il *crimen* è valutato in una *quaestio perpetua*, sebbene sotto la nuova veste di *laesa maiestas*, e infine rientra nell'ambito delle *cognitiones extra ordinem*[54].

Quanto detto conferma che la *proditio* è un *crimen* idoneo a ledere la sicurezza militare romana, ma rende evidente come sia improprio declinarlo, secondo le nostre categorie dogmatiche, come fattispecie del diritto penale militare, così come denominarlo come 'tradimento con il nemico'. Non solo, infatti, perché la collaborazione dolosa non presuppone necessariamente un nemico di Roma, ma soprattutto perché l'autore del tradimento può non essere un militare. La *proditio* è semplicemente l'accordo in cui dolosamente è previsto il tradimento in cambio di un premio, proposto da qualsiasi soggetto appartenente a una *civitas* e accettato da un soggetto estraneo alla *civitas* stessa. Nel momento in cui vi è il consenso sull'accordo, il soggetto proponente è *proditor* e la sua azione è idonea a danneggiare l'organizzazione militare della *civitas*.

Ciò non vuol dire, però, che la fattispecie non possa trovare applicazione nel campo militare in senso stretto, come il seguente frammento dimostra.

---

[52] Cfr. H. FUHRMANN, voce *'Proditio'*, cit., col. 1227; C. LOVISI, *Contribution à l'étude de la peine de mort sous la république romaine (509-149 av. J.-C.)*, Paris, 1999, pp. 152 s.; M. MIGLIETTA, *Le norme di diritto criminale*, cit., pp. 527 ss.

[53] Così B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*[2], cit., p. 21. È anche vero, però, che non è possibile negare che contro la *coercitio* del comandante si potesse opporre la *provocatio ad populum*, così da sottoporre la questione a un *publicum iudicium*, soprattutto a seguito dell'espansione del raggio territoriale in cui la *provocatio* poteva essere invocata.

[54] Basti vedere anche la definizione della *lex Iulia maiestatis* in I. 4.18.3: *lex Iulia maiestatis, quae in eos, qui contra imperatorem vel rem publicam aliquid moliti sunt, suum vigorem extendit.*

> Men. 3 *de re milit.* D. 49.16.6.4: *Exploratores, qui secreta nuntiaverunt hostibus, proditores sunt et capitis poenas luunt.*

Questa è l'unica fonte giuridica pervenutaci in cui chi compie la *proditio* è un *miles*, nello specifico un membro degli *exploratores*. Sono da considerare *proditores*, e così da punire con la pena capitale, gli esploratori che riferiscono notizie segrete ai nemici. La *ratio* sottesa all'indicazione dei soli *exploratores* quali possibili traditori si spiega se si tiene a mente lo specifico ruolo dell'unità militare e le informazioni sensibili di cui potrebbe essere delatore[55].

Attraverso il confronto tra le fonti non giuridiche si possono, in conclusione, recuperare gli elementi genetici della *proditio* e distinguere quest'ultima dal *transfugium* e dal *perfugium* e, in ultima analisi, dalla *perduellio*; si può infine sottolineare i mutamenti che hanno investito la *proditio* a seguito dell'emanazione della *lex Iulia*, i quali hanno determinato, da una parte, l'impossibilità di qualificare l'illecito quale fattispecie autonoma e, dall'altra, lo spostamento della sua persecuzione dalla *coercitio* militare a quella delle *quaestiones perpetuae*.

È infatti nell'interesse di Ottaviano privare i generali muniti di *imperium militiae* dell'arbitrio coercitivo, accentrando sulla sua carica la possibilità di stabilire quali siano le condotte, anche connesse all'ambito militare, idonee a compiere una lesa maestà.[56] Per questo motivo il *princeps* è anche promotore di una regolamentazione della disciplina militare, denominata *disciplina Augusti* (Svet. *Aug.* 24, 25, 49.)[57]: l'assunzione in capo al *princeps* del ruolo di legislatore della disciplina dell'esercito, a cui si collega la riduzione della *coercitio* dei comandanti, sarà il primo passo per la nascita della trattazione giuridica *de re*

---

[55] Si veda Veg. *mil.* 3.6, il quale consiglia di affidare la fase di esplorazione a uomini fidatissimi, visto che all'interno dell'esercito stesso vi potrebbero essere '*transfugae proditoresque*'.

[56] Si veda L. SOLIDORO MARUOTTI, *La disciplina del 'crimen maiestatis' tra tardo antico e medioevo*, in *Diritto e giustizia nel processo. Prospettive storiche costituzionali e comparatistiche*, a cura di C. Cascione, C. Masi Doria, Napoli, 2002, pp. 361 ss., la quale, anche se si focalizza sul Tardoantico, dimostra come la fattispecie della lesa maestà muti tra le varie epoche, poiché su di essa influisce la *voluntas* dell'imperatore in carica.

[57] Sulla possibilità di considerare la *disciplina Augusti* come un regolamento, si veda V. GIUFFRÈ, *Il diritto militare dei romani*, Bologna, 1983, p. 37, il quale dimostra come si trattasse di una legislazione casistica, come dimostrerebbe anche Men. 1 *de re milit.* D. 49.16.4.13 (su cui v. *infra* § 6), in cui si ricordano gli *edicta* di un ignoto *Germanicus*. Su quest'ultimo punto cfr. ID., *Testimonianze*, cit., p. 39, nt. 17 e ID., *Arrio Menandro*, cit., p. 56, per il quale si tratterebbe dell'imperatore Caracalla; *contra* V. ARANGIO-RUIZ, *Sul reato di diserzione*, cit., p. 4, che ritiene si tratti di Nerone Claudio Druso Germanico. Da ultimo v. J.H. JUNG, *Die Rechtsstellung*, cit., pp. 982 s.

militari[58]. Una volta riformulato il concetto di lesa maestà, ricomprendendovi la *proditio*, in quanto *crimen* che viola l'esercito di Roma di cui il *princeps* è capo assoluto, Augusto è così in grado di porre le basi per una disciplina che prefiguri *ex lege* gli illeciti in ambito militare: è questa un'esigenza dettata non solo dall'obiettivo di ridurre la *coercitio* dei propri sottoposti, ma anche dalla volontà di instillare la disciplina romana in quelle nuove leve che, soprattutto dopo la disfatta di Teutoburgo (9 d.C.), avrebbero costituito il nerbo dell'esercito di Roma[59].

In conclusione, la dimostrazione delle ragioni che hanno determinato la riduzione della *proditio* a fattispecie del *crimen laesae maiestatis* ha permesso di identificare il punto di partenza da cui si sviluppa la trattazione giuridica *de re militari* che verrà ora analizzata.

3. La nascita della trattazione *de re militari* al tempo del primo principato presuppone, sul piano giuridico, l'avvenuta trasformazione di una materia un tempo strutturata su casi specifici in una legislazione uniforme, nella quale – secondo una logica di tipo sillogistico – all'illecito commesso dal militare segue una pena determinata. Ne consegue che è ora demandata al potere imperiale, e in particolare alla sua cancelleria, la possibilità di innovare la *disciplina militaris*, mentre ai comandanti si richiede unicamente il rispetto della norma[60].

---

[58] Non è un caso che il *princeps* tolga all'iniziativa diretta degli organi repubblicani le questioni che riguardano gli interessi politico-militari della *res publica*, ossia la vera e propria amministrazione dell'*imperium Romanum*; a ciò si aggiunga l'assunzione, nel 27 a.C., dell'*imperium proconsulare* sulle province non pacificate, quindi il comando quasi esclusivo sull'esercito; ulteriore tappa è il 23 a.C., anno in cui al *princeps* è riconosciuto l'*imperium proconsulare maius et infinitum*, riducendo *de facto* i proconsoli a delegati dell'imperatore. Cfr. R. SYME, *La rivoluzione romana*, Torino, 1962, pp. 323 ss.; F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, IV.1, Napoli, 1974, pp. 150 ss., pp. 173 ss.; M. MAZZA, *Le forme costituzionali del principato*, in *Lineamenti di storia del diritto romano*[2], a cura di M. Talamanca, Milano, 1989, pp. 386 s; A. GUARINO, *Gli aspetti costituzionali del principato*, in *Pagine di diritto romano*, III, Napoli, 1994, pp. 504 s.; P. BUONGIORNO, M. VARVARO, *Percorsi di storia del diritto romano*, Napoli, 2024, pp. 245 ss.

[59] La scelta di prendere Teutoburgo come data non è casuale. Dobbiamo immaginarci, infatti, che dopo tale evento i volontari ad arruolarsi tra i cittadini fossero una rarità. Difatti, Svet. *Aug.* 25 ci testimonia che: *Libertino milite, praeterquam Romae incendiorum causa et si tumultus in graviore annona metueretur, bis usus est: semel ad praesidium coloniarum Illyricum contingentium, iterum ad tutelam ripae Rheni fluminis*. Cfr. anche Plin. *nat.* 7.45 e Cass. Dion. 56.23.3. Se, pertanto, risultò necessario avvalersi di liberti per difendere i confini del Reno oppure per presidiare l'Illirico, si presuppone che nessuno di quei liberti avesse – a differenza di qualsiasi *ingenuus* che si fosse precedentemente arruolato – una parvenza di cosa fosse la disciplina che Roma chiedeva ai propri legionari. Quella stessa *disciplina* che i figli avevano imparato dai loro padri, come la stessa radice del sostantivo (*discere*) farebbe prospettare. Sul punto, cfr. G. FORNI, *Il reclutamento delle legioni da Augusto a Diocleziano*, Milano - Roma, 1953, *passim*; Y. LE BOHEC, *Die römische Armee. Von August zu Konstantin dem Großen*, Stuttgart, 1993, pp. 102 ss.

[60] Una tale concezione è ricavabile anche da Macer. 1 *de re milit.* D. 49.16.12 pr., in cui il giurista riporta il principio secondo cui l'"*ufficium regentis exercitum*' debba consistere non nella

Come nel caso della *proditio*, l'analisi si baserà sul confronto tra fonti extragiuridiche e giuridiche, al fine di verificare la corrispondenza tra l'evento ricordato dagli storici antichi – utile a delineare i profili genetici della fattispecie – e la configurazione normativa presente nei passi del Digesto o in altre opere di carattere giuridico. Attraverso tale raffronto, saranno oggetto di indagine i *crimina* per cui il *miles* è punibile; questo tipo di indagine permetterà, inoltre, di individuare le fattispecie che non presentano un filo di continuità con la tradizione precedente e possono considerarsi di nuova creazione.

Preliminare è evidenziare come il carattere principale dei *crimina* militari emerga da questo frammento.

> Men. 3 *de re milit.* D. 49.16.6 pr.: *Omne delictum est militis, quod aliter, quam disciplina communis exigit, committitur: veluti segnitiae crimen vel contumaciae vel desidiae.*

Nella ricostruzione dell'opera di Menandro, il frammento apre il terzo libro, dedicato alla disciplina militare[61]. Nonostante questo passo non dia avvio all'intera trattazione sulla *res militaris*, Menandro illustra, nel corso della sua opera, che nella repressione dei comportamenti contrari alla *disciplina militum* sono qualificati come *crimina* anche quegli atteggiamenti che, pur contrari a una *disciplina communis*, non sarebbero rilevanti sul piano penale: si tratta, per esempio, dell'arroganza, della pigrizia e della codardia[62].

Pertanto, la lettura combinata del frammento ora citato con Men. 1 *de re milit.* D. 49.16.2 pr., nel quale si afferma che il *delictum* è militare solo quando è commesso da un *miles*[63], permette di ricavare che la particolarità del diritto criminale militare romano non dipende solo dalla qualifica del soggetto, ma

---

dichiarazione, o nella delineazione e nemmeno nell'integrazione della *disciplina*, bensì nella sua osservanza.

[61] O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Leipzig, 1889, col. 698, n. 10.

[62] Sul punto v. M.F. MEROTTO, *La bipartizione*, cit., p. 425 e nt. 15, a cui *adde* J.H. JUNG, *Die Rechtsstellung*, cit., pp. 970 s., nonché pp. 991 ss., in cui l'autore ricollega le svariate fattispecie criminose alle tre condotte rilevanti per la disciplina militare. L'eventuale interpolazione, che comprende '*veluti*' e continua sino alla fine del frammento, non svilisce il ragionamento, in quanto vi sarà modo di verificare, dal confronto tra le fonti, come questi comportamenti contrari alla '*disciplina communis*' siano la base per la repressione della grande maggioranza dei *crimina* militari. Per l'interpolazione v. *Index interpolationum*, *ad h. l.* Con riferimento, invece, al concetto di *disciplina*, pare che questo si avvicini all'idea di un insieme strutturato di norme e comportamenti da osservare che, per la sua deducibile natura prescrittiva, potrebbe essere collegata anche al *mos*. Tale interpretazione trova sostegno nella traduzione di *disciplina* col tedesco 'Zucht' in H. HEUMANN, E. SECKEL, *Handlexikon*[10], cit., p. 151, num. 3, *sub* a.

[63] Cfr. la nt. 22.

anche dalla punibilità di comportamenti che sarebbero irrilevanti qualora posti in essere da chi non sia un *miles*.

Inoltre, il raffronto tra le fonti giuridiche ed extragiuridiche è necessario anche per confermare come il diritto criminale militare romano sia inestricabilmente legato al concetto di *disciplina*, la quale affonda le sue radici nella storia arcaica di Roma, ma comincia ad affermarsi definitivamente nel periodo proto-repubblicano[64]; questa trova nella *coercitio* derivante dall'*imperium* – prima del re e poi del comandante militare – la propria fonte[65]. L'arbitraria repressione riconosciuta ai comandanti, infatti, individua svariate fattispecie determinate dall'arroganza, dalla pigrizia e dalla codardia, per cui il cittadino-soldato del periodo repubblicano deve essere punito; è da qui che i giuristi dell'epoca classica e postclassica paiono estrapolare le condotte e delineare i precetti cui il soldato professionale dell'età imperiale è sottoposto.

Per questo motivo, si ritiene doveroso concentrare l'indagine sui vari *crimina* militari per i quali la cancelleria imperiale compie una 'sistematizzazione'[66], per poi illustrare alcune fattispecie la cui creazione dipende dal mutare degli assetti dell'esercito romano, successivamente raccolte in un apposito titolo dei codici di Teodosio e di Giustiniano[67]. È inoltre opportuno premettere, già in questa sede, che, a differenza del periodo repubblicano o del primo principato, il riferimento negli *iura* alla *poena capitis* prevista per il *miles* va inteso come semplice pena di morte, tale da rendere il *miles* un *servus poenae*[68].

Infine, è opportuno anticipare che alcune fattispecie, se commesse da soggetti che ricoprono un ruolo apicale nei gradi di comando, sono qualificate come ipotesi di lesa maestà. Lo dimostra il testo di Marcian. 14 *inst.* D. 48.4.3, con riferimento al *gerere bellum* e all'organizzazione della leva militare *iniussu*

---

[64] Si veda R. FIORI, *Il 'crimen' dell'Orazio superstite*, in *Iura*, 48, 2020, pp. 60 s., il quale associa, non senza omettere qualche sospetto, il proliferare degli episodi di indisciplina militare alla nascita di un primo nucleo di regole di vita e di organizzazione militare, così da creare un vero e proprio *ius criminale militaris*.

[65] Sull'*imperium*, cfr. la bibliografia citata in C. PELLOSO, *Ricerche*, cit., pp. 26 ss. e, in particolare, le ntt. 47 e 48.

[66] Cfr. V. GIUFFRÈ, '*Militum disciplina*', cit., pp. 265 ss., che parla di 'canonizzazione'; J.H. JUNG, *Die Recthsstellung*, cit., pp. 975 ss., la definisce, invece, una '*Systematisierung*'.

[67] Cfr. CTh. 7.1 (*De re militari*) e C. 12.35 (*De re militari*). In ogni caso, entrambi libri si occupano di tematiche afferenti al diritto militare. Di *res militaris* si occupano anche le *Leges militares ex Ruffo*, su cui cfr., da ultimo, V. GIUFFRÉ, *Tracce di una tarda raccolta*, cit., pp. 25 ss.

[68] Sul punto v. E. LEVY, *Die römische Kapitalstrafe*, Heidelberg, 1931, ora in *Gesammelte Schriften*, II, a cura di W. Kunkel e M. Kaser, Köln - Graz, 1963, pp. 358 s. (da cui si cita), per il quale «*capite punire* und *capitis poena* ... bezeichnen ausschlieblich die Todesstrafe. Die hiermit betrachtete klassische Terminologie schafft klare Grenzen. *Capitalis* umfaßt den Verlust des Lebens, der Freiheit, des Bürgerrechts ...». Sul punto, v. anche U. BRASIELLO, *La repressione criminale in diritto romano*, Napoli, 1937, pp. 242 ss, pp. 262 s., e U. ZILLETTI, *In tema di 'servitus poenae'*, in *SDHI*, 34, 1968, p. 97.

principis, così come al doloso abbandono o alla dolosa cessione di un luogo fortificato[69]. In tutti questi casi, infatti, il comportamento integra un danno alla grandezza di Roma, come la stessa disposizione augustea prescrive, individuando nella formula '*qui maiestatem publicam laeserit*' la propria *ratio* punitiva. Per tutte e tre le azioni, anche se non espressamente indicato dalla fonte, è richiesto l'elemento soggettivo del dolo. Tuttavia, mentre per le condotte *iniussu principis* il dolo è imprescindibile, nel caso dell'abbandono di luoghi fortificati è configurabile anche una responsabilità colposa, derivante da negligenza, imperizia, imprudenza oppure da un'evidente sproporzionalità tra le forze in campo a favore del nemico[70]. In tale ipotesi, la pena dell'*aqua et igni interdictio* può essere sostituita con un'altra sanzione[71].

---

[69] Marcian. 14 *inst.* D. 48.4.3: *... lex autem Iulia maiestatis praecipit eum, qui maiestatem publicam laeserit, teneri: qualis est ille, qui in bellis cesserit aut arcem tenuerit aut castra concesserit. eadem lege tenetur et qui iniussu principis bellum gesserit dilectumve habuerit exercitum comparaverit ....* Sul testo, v. B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*[2], cit., p. 195, nt. 26, secondo cui «La menzione del *princeps* in Ulp. D. 48, 4, 1, 1 e in Marcian. D. 48, 4, 3 apparteneva, con ogni probabilità, al testo legislativo originario».

[70] Sulla *culpa*, intesa come 'imputabilità', cfr. Alf. 2 *dig.* D. 9.2.52.4; Marcian. 14 *inst.* 48.8.1.3; Gai 13 *ad ed. prov.* D. 47.7.9. Sulla *culpa*, concepita come *negligentia*, cfr. Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 9.2.8.1, D. 50.17.132; Ulp. 1 *opin.* D. 1.18.6.7. Sul punto, v. da ultimo M. BEGHINI, *L'eccesso colposo nell'esperienza giuridica romana*, in *Diritto penale romano. Fondamenti e prospettive*, I.2. *Le discipline generali*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2022, pp. 885 ss.

[71] Cfr. Front. *stratagem.* 4.1.31 (*militiae mutatio*); Front. *stratagem.* 4.1.27 (rimanere a piedi scalzi, vestiti della sola tunica e senza cintura, nel luogo dell'accampamento chiamato *principia*); Liv. 3.29.2-3 (privazione della quota di bottino); Val. Max. 2.7.15b e Front. *stratagem.* 4.1.17, 4.1.24 (*militiae mutatio* e *tentorium extra vallum*, ossia l'attendere al di fuori del campo); Front. *stratagem.* 4.1.19 (*tentorium extra vallum*); Liv. 23.25.7-8, 25.7.2-4, Val. Max 2.7.15c, Front. *stratagem.* 4.1.25, 4.1.44, Plut. *Marc.* 13.3 (obbligo di rimanere in un determinato luogo, nel caso di specie la Sicilia); Liv. 26.1.10 (*ne in oppidis hibernarent, neve hiberna propius ullam urbem decem milibus passuum aedificarent*); Liv. 27.13.11 (porre in prima linea quei soldati che si erano dati alla fuga, anche se avevano combattuto valorosamente); Plut. *Lucul.* 15.7 (scavare una fossa con la sola tunica e senza cintura); Tac. *ann.* 13.36, Front. *strategem.* 4.1.21, 4.1.28 («*perstare in principiis* e *tentorium extra vallum*»); Amm. Marc. 24.5.10, 25.1.9-10 (*militiae mutatio*, *ignominiosa missio*, obbligo di marciare disarmati tra bagagli e prigionieri). Sebbene sia possibile riscontrare, tanto in età repubblicana quanto durante il principato, una diversa sanzione correlata all'elemento soggettivo del reato, l'assenza di una fonte esplicita che descriva lo svolgimento di un processo o di una disposizione legislativa che disciplini l'omissione colposa induce a ritenere tale lettura solo plausibile. Ciò anche in considerazione dei limiti imposti alla interpretazione estensiva e, soprattutto, al ricorso all'analogia nel diritto criminale romano, su cui v. Mod. 12 *pand.* D. 48.4.7.3. In quest'ultimo frammento, relativo all'accusa di lesa maestà, si afferma che i reati si individuano '*ex scriptura legis*' e '*ad exemplum legis*'; sull'eventualità di una tale *modus operandi* cfr. principalmente S. SOLAZZI, *D. 48.4.7.3 e l'analogia nel diritto penale*, in *Scritti in memoria del prof. E. Massari*, Napoli, 1937, pp. 407 ss. ora in *Scritti di diritto romano*, III, Napoli, 1960, pp. 563 ss.; V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale nell'esperienza romana*, Napoli, 1998, pp. 69 ss.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *La disciplina del 'crimen maiestatis'*, cit., pp. 376 s., p. 386.

4. Principio cardine della disciplina marziale di Roma è l'obbedienza agli ordini impartiti dal comandante in battaglia: il *miles* che disobbedisce è punito con la pena capitale, anche qualora l'azione compiuta porti a un successo militare[72].

La severità della regola non è estranea alla mentalità giuridica dei Romani: l'*imperium*, inteso come potere militare, attribuisce al suo detentore un'assoluta prerogativa nella decisione della strategia, fino al punto da esercitare la propria *coercitio* – da esso derivata – anche nei confronti di coloro che, pur avendo disobbedito agli ordini, abbiano riportato rilevanti vittorie. È questo il destino dei figli, entrambi *tribuni militum*, del *dictator* A. Postumio Tuberto e del console Manlio Torquato[73]; così come di Q. Fabio, *magister equitum*, condannato da L. Papirio Cursore per aver combattuto contro i Sabini, malgrado il divieto, e successivamente graziato per intervento del senato e su richiesta del popolo[74]. Questa fattispecie è recepita anche nel Digesto.

> Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.15: *In bello qui rem a duce prohibitam fecit aut mandata non servavit, capite punitur, etiamsi res bene gesserit.*

Nel quarto libro *de poenis*, dedicato – secondo la ricostruzione di Lenel[75] – alle pene militari, il giurista precisa l'inflizione della pena capitale al *miles* che, *in bello*, compia un'azione vietata dal comandante o non osservi un ordine ricevuto; secondo le nostre categorie dogmatiche, il buon esito dell'operazione compiuta in violazione del divieto non costituisce causa di non punibilità. La burocrazia imperiale riprende la struttura della fattispecie, specificando però che la condotta deve verificarsi in un periodo determinato: quello delle ostilità in atto.

---

[72] Sulla possibilità di riconnettere la *ratio* al rapporto che intercorre tra *imperium* e *auspicia maxima*, cfr. F. SINI, *'Sua cuique civitati religio'. Religione e diritto pubblico in Roma antica*, Torino, 2001, pp. 6 ss.; V. TOKMAKOV, *Disciplina militare e la situazione giuridica dei 'milites' nella Roma della prima età repubblicana*, in *Diritto@Storia*, 4, 2005. Per quest'ultimo, la violazione di un ordine nel periodo repubblicano non si ripercuoteva solo a livello del diritto, ma si traduceva anche in un «attentato contro il sacro *imperium* del console e contro i divini *auspicia*».

[73] Sul figlio di Postumio Tuberto, v. Liv. 4.29.5, anche se sulla veridicità dell'evento lo storico esprime qualche perplessità; sul figlio di Manlio Torquato, v. Liv. 8.7.20-22. Sulla necessarietà della condanna, cfr. Val. Max 2.7.6; Plut. *Paral.* 26; Front. *Stratagem.* 4.1.41, il quale riferisce che lo stesso figlio di Manlio «*negavit tanti esse quemquam, ut propter illum disciplina corrumperetur*». V. anche V. TOKMAKOV, *Disciplina militare*, cit.

[74] Cfr. Liv. 8.29-35; Front. *Stratagem.* 4.1.39; Val. Max. 2.7.8. Sulla *intercessio* nei confronti del *dictator*, v. F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*[2], I, Napoli, 1972, pp. 448 s.; O. LICANDRO, *'In magistratu damnari'. Ricerche sulla responsabilità dei magistrati romani durante l'esercizio delle sue funzioni*, Torino, 1999, pp. 172 ss.

[75] Si veda O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., coll. 730 s.

Non solo il subordinato deve sempre obbedire al superiore, ma non deve nemmeno darsi alla fuga, volgendo le spalle al nemico[76]. Questo costituisce un ulteriore fondamento della disciplina militare romana, come dimostra il contenuto del *sacramentum militiae*: sebbene esso, dopo la sconfitta di Canne, assuma la forma di un '*legitimum iusiurandum*' e non più di un '*foedus voluntarium inter ipsos*', il suo contenuto non muta. Questo continua infatti a prevedere il divieto di abbandonare o rompere la formazione per paura o per fuggire, salvo i casi in cui ciò sia necessario per recuperare un'arma (*teli sumendi aut petendi causa*), ferire un nemico (*hostis feriendi causa*) o salvare un concittadino (*civis servandi causa*)[77]. Si comprende così la ricezione della regola da parte dei giuristi.

> Men. 3 *de re milit.* D. 49.16.6.3: *Qui in acie prior fugam fecit, spectantibus militibus propter exemplum capite puniendus est.*

Menandro specifica che chi, durante il combattimento, si dia alla fuga per primo deve essere punito *capite* dinanzi ai commilitoni, a scopo esemplare. Subisce un trattamento analogo il soldato che simuli un malore per timore del nemico[78]. Alla medesima *ratio* si collegano due passi di Modestino.

> Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.4: *Is, qui exploratione emanet hostibus insistentibus aut qui a fossato recedit, capite puniendus est.*

> Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.16: *Sed qui agmen excessit, ex causa vel fustibus caeditur vel mutare militiam solet.*

Nel primo frammento, è prevista la pena capitale per colui che, con il nemico nelle vicinanze, si spinga in maniera avventata a compiere operazioni di

---

[76] Vari sono gli esempi nelle fonti, ma cfr. principalmente Liv. 2.20.5; Liv. 2.59.10-11; Dion. Hal. 9.50; Front. *stratagem.* 4.1.34.

[77] V. Liv. 22.38.3-5. Sul contenuto del *sacramentum militiae*, cfr. anche Front. *stratagem.* 4.1.4; Gell. 16.4.2-4. Sul '*sacramentum militiae*', cfr. principalmente S. TONDO, *Il 'sacramentum militiae' nell'ambiente culturale romano-italico*, *SDHI*, 29, 1963, pp. 3 ss.; ID., *Sul 'sacramentum militiae'*, in *SDHI*, 34, 1968, pp. 376 ss.; J. VENDRAND-VOYER, *Normes civiques et métier militaire à Rome sous le Principat*, Clermont, 1983, pp. 36 ss., pp. 42 ss.; F. ZUCCOTTI, *Il giuramento nel mondo giuridico e religioso antico, elementi per uno studio comparatistico*, Milano, 2000, pp. 80 ss.; ID., *'Sacramentum civitatis'. Diritto costituzionale e 'ius sacrum' nell'arcaico ordinamento giuridico romano*, Milano, 2016, pp. 79 ss. Il *sacramentum* si compiva con la mano destra, su cui v. M. MILANI, *La mano destra in Roma antica*, in *Il corpo in Roma antica*, II, a cura di L. Garofalo, Pisa, 2017, pp. 28 ss.

[78] Men. 3 *de re milit.* D. 49.16.6.5. Si accetta qui la palingenesi di Krüger, secondo la quale la successione dei paragrafi in Men. 3 *de re milit.* D. 49.16.6 sia: 3; 5; 4; 6. Cfr. O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., col. 698, nt. 3.

esplorazione oppure si ritiri dal fossato, ossia dalla prima linea difensiva dell'accampamento romano[79]. Nella fonte successiva – da leggere in combinazione con il passo di Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.15[80] – è invece prevista, a seconda della circostanza (*ex causa*), per il soldato che abbandoni la colonna in marcia, la fustigazione oppure il trasferimento ad altro reparto (*militiae mutatio*): si tratta, con ogni probabilità, della violazione di un ordine superiore, come si ricava dalla lettura congiunta delle due fonti.

Di epoca repubblicana è l'ipotesi in cui un soldato venga meno al dovere di proteggere il proprio comandante[81]; del medesimo periodo è altresì la fattispecie della perdita delle armi o delle insegne, grave violazione di una pietra angolare della disciplina militare romana[82]. Questo principio è recepito anche nell'opera di Modestino.

> Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.13: *Miles, qui in bello arma amisit vel alienavit, capite punitur:* [*humane militiam mutat*].

Il giurista specifica che è punito con la pena capitale il *miles* che, nel corso delle ostilità, abbandoni (*amittere*[83]) oppure ceda (*alienare*[84]) le armi; solo per indulgenza può essere inflitta, in alternativa, la *militiae mutatio*[85].

---

[79] Per J.H. JUNG, *Die Rechtsstellung*, cit., pp. 684 s., questa fonte, insieme a D. 49.16.3.5 e 6, sarebbe un caso in cui il *miles* è punito come disertore.

[80] I due passi sono collegati dalla congiunzione avversativa '*sed*'. Cfr. O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., col. 731, n. 147.

[81] Cfr. Front. *stratagem.* 4.1.46 e Val. Max. 2.7.15d. L'ipotesi prevede la pena capitale, come dimostra Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.22: *Qui praepositum suum protegere noluerunt vel deseruerunt, occiso eo capite puniuntur.* La fattispecie presenta profili di somiglianza con Men. 3 *de re milit.* D. 49.16.6.9, in cui si punisce il *miles* che abbandona un prefetto di centuria circondato dai *latrones*, ipotesi delittuosa che non trova un corrispettivo nella prassi repubblicana. Cfr. V. GIUFFRÈ, *Arrio Menandro*, cit., p. 46, nt. 101.

[82] Cfr. Liv. 2.59.10; Liv. 5.6.14 (*virgis caedere* e *securi percussio*); Polyb. 6.13. Pene minori in Liv. 10.4.4 (*tentorium extra vallum*) e 27.13.9 (razione di *hordeum* e *militiae mutatio*).

[83] Sul disonore connesso all'*amittere*, v. anche Marcell. 39 *dig.* D. 49.15.2.2, su cui cfr. M. F. CURSI, *La struttura del 'postliminium' nella repubblica e nel principato*, Napoli, 1996, p. 256.

[84] Sul concetto di '*alienare*' come 'vendere' e 'cedere', cfr. C. PELLOSO, *'Do ut des' e 'do ut facias'. Archetipi labeoniani e tutele acontrattuali nella giurisprudenza romana tra primo e secondo secolo d.C.*, in *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, pp. 117 ss.; S.A. CRISTALDI, *«In mancipio esse». Genesi e assetti di una speciale dipendenza dei liberi in età imperiale*, Napoli, 2020, *passim*. La disposizione in esame deve essere collegata a Paul. *l. s. de poen. milit.* D. 49.16.14.1, in cui il giurista differenzia la pena (*castigatio verberibus* o pena per la *desertio*) riservata al soldato in base alla parte dell'equipaggiamento venduta; inoltre, se il fatto è commesso dalle reclute (*tirones*), si individua quella che, per le nostre categorie dogmatiche, è una responsabilità oggettiva, in quanto è punito chi ha l'obbligo di custodire le armi, poiché colpevole di aver affidato l'equipaggiamento a un soldato non ancora idoneo al servizio. Sul punto cfr. J.H. JUNG, *Die Rechtsstellung*, cit., pp. 994 s.; J. VENDRAND-VOYER, *Normes civiques*, cit., pp. 122 ss. Se l'irrogazione della pena di morte per il soldato che abbia perso le armi risale alle

Nella disciplina militare romana assume rilevanza anche l'obbligo di mantenere il posto di guardia, il cui inadempimento è perseguito con la pena capitale mediante fustigazione[86]. Tale sanzione è mantenuta anche da Augusto, che la applica tanto ai soldati quanto ai centurioni responsabili della violazione[87]. La fattispecie è stata inoltre recepita nella successiva elaborazione giurisprudenziale, in cui il trasgressore è qualificato '*plus quam emansor*', espressione che, secondo le nostre categorie dogmatiche, potrebbe essere interpretata come una forma aggravata di *emansio*[88]. Sono infatti previsti elementi di carattere speciale in relazione al soggetto passivo (per esempio, il governatore della provincia)[89] o al luogo presso cui è richiesta la *statio* del *miles* (il *palatium*)[90]; da ciò deriva un regime sanzionatorio differenziato, alternante tra la *militiae mutatio* e la *poena capitis*.

Il soldato può altresì venire meno all'adempimento di sorveglianza quando è incaricato della custodia di detenuti. Si tratta di una fattispecie che potrebbe risalire già al periodo repubblicano, ma che – in assenza di fonti esplicite – risulta attestata con certezza solo nel principato di Adriano.

---

origini della storia di Roma, certamente successiva è, invece, l'ipotesi della vendita dell'equipaggiamento, probabilmente elaborata a seguito dell'emanazione della *lex Sempronia militaris* del 123 a.C. Su tale *lex* cfr. G. ROTONDI, *'Leges publicae'*, cit., p. 306; V. GIUFFRÈ, *I 'milites' ed il 'commune ius privatorum'*, in *The Impact of the Roman Army (200 B.C. – A.D. 476): Economic, Social, Political, Religious, and Cultural Aspects. Proceedings of the Sixth Workshop of the International Network Impact of Empire (Roman Empire, 200 B.C. – A.D. 476). (Capri, Italy, March 29-April 2, 2005)*, edited by L. de Blois and E. Lo Cascio, Leiden - Boston, 2007, p. 132. È più probabile, però, che una maggiore persecuzione di questo illecito sia coincisa con la dinastia dei Severi.

[85] Per alcuni studiosi, quest'ultima precisazione sarebbe una interpolazione. Cfr. *Index interpolationum*, *ad h. l.* Sull'utilizzo dell'*humanitas* da parte dei giuristi per sostenere le proprie opinioni cfr., invece, L. GAROFALO, *L''humanitas' nel pensiero della giurisprudenza classica*, in *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Saggi*, Padova, 2005, pp. 1 ss. nonché A. BURDESE, *Recensione a* L. GAROFALO, *L''humanitas'*, cit., in *SDHI*, 72, 2006, pp. 532 ss.

[86] Cfr. Liv. 5.6.14; Polyb. 6.35-37. Tuttavia, Livio ricomprende in generale i comportamenti del *praesidium decedere* e del *castrum deserere*, azioni che rendono colui che li compie *emansor* o *desertor*.

[87] V. Svet. *Aug.* 24.2.

[88] Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.5: *Qui stationis munus relinquit, plus quam emansor est: itaque pro modo delicti aut castigatur aut gradu militiae deicitur. Emansor* è il soldato che, dopo essere ritenuto scomparso, ritorna all'accampamento oltre il periodo di congedo concessogli (Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.2). Sul punto, oltre al § 5, si veda V. ARANGIO-RUIZ, *Sul reato di diserzione*, cit., pp. 6 s.

[89] Cfr. Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.6: *Si praesidis vel cuiusvis praepositi ab excubatione quis desistat, peccatum desertionis subibit.* Il riferimento alla *desertio* impone che la previsione si coniughi con la disciplina della diserzione, su cui v. il § 5.

[90] V. Paul. *l. s. reg.* D. 49.16.10. pr.: *Qui excubias palatii deseruerit, capite punitur.*

> Call. 5 *de cogn.* D. 48.3.12. pr: *Milites si amiserint custodias, ipsi in periculum deducuntur. nam divus Hadrianus Statilio Secundo legato rescripsit, quotiens custodia militibus evaserit, exquiri oportere, utrum nimia neglegentia militum evaserit an casu, et utrum unus ex pluribus an una plures, et ita demum adficiendos supplicio milites, quibus custodiae evaserint, si culpa eorum nimia deprehendatur: alioquin pro modo culpae in eos statuendum. Salvio quoque legato Aquitaniae idem princeps rescripsit in eum, qui custodiam dimisit aut ita sciens habuit, ut possit custodia evadere, animadvertendum: si tamen per vinum aut desidiam custodis id evenerit, castigandum eum et in deteriorem militiam dari: si vero fortuito amiserit, nihil in eum statuendum.*

Nel quinto libro *de cognitionibus*, Callistrato riporta il caso di *milites* che vengono meno all'obbligo di *custodia* di un detenuto[91]. La sanzione da applicare per questa fattispecie si ricava da due *rescripta* emanati dall'imperatore Adriano.[92]

Nel primo, rivolto al legato Statilio Secondo, si illustra nel dettaglio il metodo d'indagine, a partire dall'opportunità di *exquirere*[93], ossia di indagare la presenza di determinate variabili che abbiano comportato il verificarsi dell'evento, introdotte dall'avverbio interrogativo '*utrum*': nello specifico, se l'evasione dalla carcerazione preventiva dipenda da una '*nimia negligentia militum*' oppure dal caso fortuito, così come se la fuga sia stata compiuta da un solo detenuto *ex pluribus* oppure se siano stati in molti a determinarla. Il *supplicium* dovrà essere inflitto ai soldati solo se l'accadimento dipende da una loro eccessiva negligenza; negli altri casi, la sanzione dovrà essere proporzionata (*pro modo*) alla gravità del comportamento[94].

---

[91] La *custodia*, traducibile quale atto del custodire, è una privazione della libertà di movimento del cittadino, in ottica di carcerazione preventiva. È quindi una sorveglianza cui la persona può essere soggetta per ordine di un magistrato o di un funzionario, in quanto situazione prodromica al processo cognitorio. Sul punto, cfr., in generale, A. LOVATO, *Il carcere nel diritto penale romano. Dai Severi a Giustiniano*, Bari, 1994, *passim*.; M.A. MESSANA, *Riflessioni storico-comparative in tema di carcerazione preventiva. (A proposito di D. 48,19,9,9 – Ulp. 9 De off. Proc.)* in *AUPA*, 61, 1991, pp. 63 ss., per ulteriori fonti e bibliografia.

[92] Sull'attività legislativa dell'imperatore Adriano relativamente alle tematiche militari, si rimanda ad A.A. SCHILLER, *Sententiae Hadriani de re militari*, in *Sein und Werden im Recht: Festgabe für Ulrich von Lubtow zum 70. Geburtstag am 21. August 1970*, hrsgg. von W.G. Becker und L. Schnorr von Carolsfeld, Berlino, 1970, pp. 295 ss.

[93] Significativo l'utilizzo del verbo *oportere*, qui impiegato con l'accezione traducibile con «essere conveniente». Su tale accezione, cfr. C. PELLOSO, *Il concetto di 'actio' alla luce della struttura primitiva del vincolo obbligatorio*, in *'Actio in rem' e 'actio in personam'. In ricordo di Mario Talamanca*, I, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, pp. 218 ss.; F. ZUCCOTTI, *Per una storia dell''oportere'*, in *RDR*, 20, 2020, pp. 437 ss.; R. SANTORO, *Per la storia dell''obligatio'*, I, Palermo, 2020, pp. 238 ss.

[94] Al passo di Callistrato deve collegarsi anche Paul. Sent. 5.31.1: *Si pecunia accepta miles custodiam dimiserit, capite puniendus est. Et certe quaeritur, cuius criminis reus dimissus esse videatur*, su cui v. I. RUGGIERO, *'De poenis militum'. Su alcuni regolamenti militari romani*, in *'Civitas, Arma, Iura'*,

Il secondo *rescriptum*, indirizzato al legato di Aquitania, Salvio, stabilisce che debba essere punito chiunque abbia permesso a un prigioniero di evadere, così come colui che abbia favorito l'evasione. Se l'evasione sia stata determinata dall'abuso di vino o dall'inattività del custode, questi dovrà essere sottoposto a *castigatio* nonché alla *militiae mutatio* al più infimo dei gradi dell'esercito; diversamente, quando la fuga dipenda dal caso fortuito, non dovrà essere disposta alcuna sanzione. Si riconosce così, nei termini delle nostre categorie moderne, una causa di non punibilità.

Tuttavia, da altre fonti siamo a conoscenza del fatto che se un *miles*, al quale sia stata consegnata un'arma, evade dal carcere forzandone l'uscita (*ex carcere dato gladio erupit*), la *poena capitis* si applica sia all'evaso sia al sorvegliante che abbia scelto di seguirlo, rendendosi così responsabile di *desertio*. [95]. Ma se il custode è punito con la *poena capitis* per essere stato considerato disertore, la stessa pena si irroga al *miles* '*qui carcere effracto fugit*' per il solo fatto dell'evasione, senza che la fattispecie integri anche gli estremi della *desertio*. Sul punto, Paolo ritiene che la *poena capitis* debba comunque essere inflitta, anche qualora l'evaso non abbia mai disertato[96].

Già in età repubblicana, tra gli illeciti sanzionati durante il servizio militare figurano il furto e l'appropriazione indebita; la commissione di uno solo di questi illeciti costituisce una violazione del *sacramentum militiae*, purché il valore

---

cit., pp. 262 ss.; nonché Mod. 4 *poen.* D. 48.3.14, su cui v. J.H. JUNG, *Die Rechtsstellung*, cit., 997 ss. Sulla *cognitio custodiarum* si rimanda a V. MAROTTA, *'Mandata principum'*, Torino, 1991, pp. 168 ss.; ID., *L''elogium' nel processo criminale (secoli III e IV d.C.)*, in *'Crimina' e 'delicta' nel tardo antico. Atti sel Seminario di Studi (Teramo, 19-20 gennaio 2001)*, a cura di F. Lucrezi e G. Mancini, Milano, 2003, pp. 69 ss.; F. BOTTA, *L'iniziativa processualcriminale delle 'personae publicae' nelle fonti di età giustinianea*, in *Legislazione, cultura giuridica, prassi dell'impero d'oriente in età giustinianea tra passato e futuro. Atti del convegno (Modena, 21-22 maggio 1998)*, a cura di S Puliatti e A. Sanguinetti, Milano, 2000, pp. 301 ss.

[95] Paul. 5 *sent.* D. 48.19.38.11= Paul. Sent. 5.31.5: *Miles, qui ex carcere dato gladio erupit, poena capitis punitur. eadem poena tenetur et qui cum eo, quem custodiebat, deseruit.* Si rimanda a I. RUGGIERO, *'De poenis militum'*, cit., p. 273, la quale sostiene che la *ratio* fosse quella di «prevenire, attraverso l'esemplarità della sanzione, la collusione fra carceriere e carcerati». Sulla *desertio* si rimanda al § 5.

[96] Macer. 2 *de re milit.* D. 49.16.13.5: *Eius fugam, qui, cum sub custodia vel in carcere esset discesserit, in numero desertorum non computandam Menander scripsit, quia custodiae refuga, non militiae desertor est. eum tamen, qui carcere effracto fugerit, etiamsi ante non deseruerit, capite puniendum Paulus scripsit.* Sul '*fugere effracto carcere*', v. anche Ulp. 8 *de off. procons.* D. 47.18.1 pr., nonché cfr. I. RUGGIERO, *'De poenis militum'*, cit., p. 271, nt. 41; A. LOVATO, *Il carcere nel diritto penale romano*, cit., p. 145 e nt. 151. *Adde* anche Paul. Sent. 5.31.5, per la condotta dell''*erumpere dato gladio ex carcere*', su cui v. I. RUGGIERO, *'De poenis militum'*, cit., pp. 272 e nt. 43, la quale ritiene che la fattispecie riportata in Paul. Sent. 5.31.5 sia più grave rispetto a quella prevista in D. 49.16.13.5, in quanto la prima implica «l'esercizio della violenza su persone oltre che su cose». Entrambi i passi sono stati oggetto di interpretazioni divergenti, specificatamente illustrate da EAD., *'De poenis militum'*, cit., pp. 272 s.

della refurtiva superi un sesterzio[97]. Tuttavia, se nel periodo repubblicano la pena inflitta è incerta[98], la legislazione imperiale impone il declassamento a un ordine militare inferiore per chi rubi un'arma oppure parte dell'equipaggiamento a un commilitone[99]. Il passaggio dal *iusiurandum* a una pena prestabilita per punire il furto è indice della decadenza delle armate romane, che raggiunge il suo apice quando si reputa necessario tutelare le proprietà dei sudditi[100].

Infine, azioni forse già perseguite in epoca repubblicana – sebbene manchi un riscontro diretto nelle fonti – sono l'ingresso nell'accampamento saltando la palizzata oppure scalando il bastione, entrambe punite con la *poena capitis*[101]; è prevista, invece, l'espulsione dall'esercito per chi abbia scavalcato il fossato[102]. Per una parte della storiografia, entrambe le disposizioni riflettono la concezione delle porte e delle mura come *sanctae* (Gai 2 *inst.* D. 1.8.1. pr.)[103]; appare tuttavia più convincente l'interpretazione secondo cui queste risponderebbero a esigenze di disciplina militare[104].

5. Il processo di creazione di una legislazione criminale da parte della burocrazia imperiale in materia di *res militaris*, fondato sulla prassi mutuata dall'esperienza repubblicana, non si è limitato agli illeciti commessi dai militari nello svolgimento di specifiche mansioni o durante le fasi del combattimento. Si

---

[97] V. Gell. 16.4.2, che riporta la formula del *sacramentum militiae* del cittadino ai consoli. Secondo il dettato del giuramento, il cittadino-soldato non avrebbe commesso, da solo o con altri, alcun furto di cose per un valore superiore a un sesterzio; avrebbe poi dovuto consegnare ai consoli le eventuali *res* di ugual valore che avesse trovato durante il saccheggio, fatto salvo quanto ammesso di trattenere legittimamente (una lancia, della frutta, solo per fare alcuni esempi). *Adde* Polyb. 6.33.1-2, il quale ritiene però che si trattasse di un ulteriore *iusiurandum* compiuto dopo la costruzione dell'accampamento e non immediatamente dopo il *dilectus*; inoltre, l'atto coinvolgeva tutti i membri dell'esercito, liberi e schiavi. Per la bibliografia sul punto, si rimanda alla nt. 77.

[98] Cfr. Polyb. 6.36.9 (*fustigatio*); Front. *Stratagem.* 4.1.16 (amputazione mano destra nei casi gravi, *missio sangunis* per quelli meno gravi). Per la *missio sanguinis* v. Gell. 10.8.

[99] V. Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.14: *Qui aliena arma subripuit, gradu militiae pellendus est.*

[100] Per un *discrimen* tra le due età, cfr. Front. *stratagem.* 4.3.13 con Hist. Aug. *Aurel.* 7.5. Più in generale, v. anche le prescrizioni tràdite in CTh. 7.9, rubricate in '*De salgamo hospitibus non praebendo*'.

[101] Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.17: *Nec non et si vallum quis transcendat aut per murum castra ingrediatur, capite punitur.* Sulla differenza tra *vallum* e *murum*, v. G. CASCARINO, *L'esercito romano. Armamento e organizzazione*, I, Rimini, 2007, p. 153.

[102] Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.18: *Si vero quis fossam transiluit, militia reicitur.* Sulla *fossa* dal punto di vista militare e sul suo concetto sacrale come momento focale della fondazione della città, cfr. A. MAGDELAIN, *Le pomerium archaïque et le mundus*, in *'Jus, imperium, auctoritas'*, cit., pp. 158 s.; G. CASCARINO, *L'esercito romano*, cit., pp. 151 s.

[103] Cfr. M. CARCANI, *Dei reati*, cit., p. 64; S. SOLAZZI, *Da Gai 2,8 a D. 49,16,3,17*, in *SDHI*, 32, 1957, pp. 299 s. Sull'origine etrusca della concezione delle mura come *res sanctae*, si rimanda a A. MAGDELAIN, *Le pomerium*, cit., pp. 160 s.

[104] V., principalmente, C. BUSACCA, *Studi sulla classificazione delle cose nelle Istituzioni di Gaio. Parte prima*, Villa San Giovanni, 1981, pp. 136 ss., con fonti e bibliografia.

assiste, infatti, a una cristalizzazione nella forma del sillogismo anche dei fenomeni di disobbedienza, di rivolta, di ammutinamento e di insubordinazione del *miles*.

Uno dei rischi maggiori, tanto in età repubblicana quanto in epoca successiva, è rappresentato dalla rivolta (*seditio*) contro la *res publica*, che può sfociare in ammutinamento e infine in insurrezione violenta. Un esempio è costituito dalla ribellione e dall'ammutinamento della *legio Campana*, che aveva occupato la città di Reggio Calabria: una volta sconfitti, i ribelli superstiti furono tradotti a Roma e, per decreto del Senato, condannati a morte, dopo essere stati privati degli onori della sepoltura nonché della manifestazione del lutto per la loro morte[105].

La tradizione giuridica successiva prevede la condanna per chi abbia istigato con successo i militari a compiere una *seditio*. Tuttavia, dal confronto tra due passi del Digesto (Ulp. 7 *de off. procons.* D. 48.4.1.1 e Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.19), si evince la non univocità della fattispecie, la quale si articola in due declinazioni, ciascuna in grado di configurare un diverso *crimen*. Infatti, se il soggetto incita i militari a compiere una rivolta (*seditio*) o una scorreria (*tumultus*) contro la *res publica*, l'istigatore è accusato di lesa maestà[106]; se invece l'istigazione, pur violenta (*seditio atrox*), non è *adversus rem publicam* ed è compiuta da un soggetto qualificato (il *miles*), il colpevole è punito *capite*[107]. La differenza si fonda sia sull'orientamento della rivolta sia sulla qualifica dell'autore del *crimen*[108].

---

[105] Cfr. Polyb. 1.7; Perioch. Liv. 15; Liv. 28.28.pr-1; Val. Max. 2.2.15f; Front. *stratagem.* 4.1.38. Sulla *cognitio* del Senato in materia penale si rimanda, anche per fini bibliografici, al contributo di T. MASIELLO, *Osservazioni sulla 'cognitio' senatoria in materia penale*, in *BIDR*, 98-99, 1995-1996, pp. 265 ss. e nt. 1. Sull'episodio, v. pure B. SANTALUCIA, *'Longius ab urbe mille passuum'*, cit., pp. 193 ss., anche se lo studioso si concentra sul tema della *provocatio* nei territori extraurbani, quale prassi poi trasformata dalla *lex Porcia* in una garanzia individuale. Per ulteriori esempi di *seditio*, cfr. Liv. 28.29.11; Front. *stratagem.* 4.5.2; Tac. *ann.* 1.29, 39, 44.

[106] Ulp. 7 *de off. procons.* D. 48.4.1.1: *... quive milites sollicitaverit concitaveritve, quo seditio tumultusve adversus rem publicam fiat*. V. anche L. SOLIDORO MARUOTTI, *La disciplina del 'crimen maiestatis'*, cit., pp. 388 ss., per ulteriori ipotesi di creazione di crimini, come la *seditio*, perseguiti a partire dal dispositivo ulpianeo.

[107] Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.19: *Qui seditionem atrocem militum concitavit, capite punitur*. Anche se dal testo non emerge che sia necessaria la qualifica di militare in capo al soggetto violatore, possiamo comunque presumere che questa fosse indispensabile, data soprattutto la struttura dell'opera di Modestino. Il quarto libro è infatti denominato *'De poenis militum'*, su cui v. O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., coll. 730 ss. Inoltre, a sostegno di questa interpretazione propende anche la collocazione del frammento nella compilazione giustinianea.

[108] Diversa è l'ipotesi disciplinata in Paul. 5 *sent.* D. 48.19.38.2 (simile a Paul. Sent. 5.22.1), nella quale gli istigatori di una *seditio* o di un *tumultus* che sfoci in una rivolta popolare possono essere puniti, a seconda della loro condizione sociale, con la *furca*, o la *damnatio ad bestias* o la *deportatio in insulam*. Sull'interpolazione di *crux* con *furca*, cfr. U. BRASIELLO, *La repressione penale*, cit., pp. 458 s.; F. BONIN, *'Tollit ille cruces?' Della presunta abolizione costantiniana*

Nel caso in cui la *seditio* si risolvesse in semplici clamori (*vociferationes*) o lamentele (*querelae*), le fonti extragiuridiche riportano come sanzione l'*ignominiosa missio* dell'istigatore e, talvolta, di tutti i soldati coinvolti nel tumulto, fino a disciogliere, in alcuni casi, l'intera legione[109]. Per l'interpretazione giurisprudenziale successiva, l'istigatore e gli eventuali istigati sono puniti con la degradazione (*militiae deiectio*), come riportato in Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.20[110].

Già prima della sistemazione della *res militaris*, è punita con la pena capitale l'aggressione (*manus intulere*) contro un proprio superiore (*praepositus*)[111]. La disciplina successiva mantiene la struttura della fattispecie, precisando che la condotta lesiva debba avvenire contro un *praepositus*; tuttavia, un atteggiamento arrogante del *miles*, idoneo a integrare il *crimen petulantiae*, è valutato con maggiore severità in base alla *dignitas* dell'offeso[112]. La pena capitale è inoltre prevista anche in caso di aggressione del *miles* contro una sentinella[113].

Diversamente dall'età precedente, è punito *capite* anche chi non abbia protetto il suo *praepositus* dalla violenza arrecata da un commilitone, come attestato dalla seguente fonte.

Men. 3 *de re milit.* D. 49.16.6.8: *Qui praepositum suum non protexit, cum posset, in pari causa factori habendus est*: [*si resistere non potuit, parcendum ei*].

---

della crocifissione, in *Koinonia*, 42, 2018, 225 ss.; T. BEGGIO, *Contributo allo studio della 'servitus poenae'*, Bari, 2020, p. 98, nt. 203, nei quali ulteriori fonti e bibliografia. Sui due passi, cfr. M.A. DE DOMINICIS, *Ipotesi di un brano occidentale delle 'Sententiae' risalente al IV-V secolo*, in *Scritti giuridici in onore di Mario Cavalieri*, a cura di E. Allorio, Padova, 1960, pp. 393 ss.; I. RUGGIERO, *Ricerche sulle 'Pauli Sententiae'*, Milano, 2017, pp. 272 ss. Quest'ultima sottolinea le differenze tra la fonte paolina tràdita nel Digesto e quella delle *Sententiae* nonché il confine incerto tra la sedizione e il *crimen maiestatis*.

[109] Cfr. Svet. *Iul.* 69-70; Front. *stratagem.* 4.1.43, il quale riporta il caso della dissoluzione di una legione perché rivoltosa. Si trattava comunque di un'*extrema ratio*, applicata quando ormai la ribellione era incontenibile, come dimostrerebbe proprio la conservazione della fattispecie in Mod. 4 *poen.* D. 49.16.3.21. Su *infamia* e *ignominia*, cfr., da ultimo, la bibliografia citata in C. WILLEMS, *Verlust der Ehrenstellung (infamia)*, in *Handbuch des Römischen Privatrechts*, I, hrsgg. von U. Babusiaux, C. Baldus, W. Ernst, F.S. Meissel, J. Platschek und T. Rüfner, Tübingen, 2023, p. 731.

[110] Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.20: *Si intra vociferationem aut levem querellam seditio mota est, tunc gradu militia deicitur.*

[111] Cfr. Liv. 4.50.51 (anche se forse i condannati evitarono la condanna suicidandosi) e Svet. *Ot.* 1.2-3.

[112] Men. 3 *de re milit.* D. 49.16.6.1: *Qui manus intulit praeposito, capite puniendus est. augetur autem petulantiae crimen dignitate praepositi.*

[113] Paul. Sent. 5.31.2: *Qui custodiam militi prosequenti magna manu excusserun capite puniuntur*. Cfr. V. GIUFFRÉ, *«Iura» e «Arma»*, cit., p. 177; I. RUGGIERO, *'De poenis militum'*, cit., p. 265. Quest'ultima ritiene che la regola sia stata estesa anche ai *pagani*, immaginando quale contesto di applicazione della disposizione quello della violenza usata contro il soldato che stesse scortando una recluta.

Se ogni soldato ha il dovere di obbedire agli ordini del comandante, ne consegue l'obbligo di difendere il proprio superiore dal *manus intulere* da parte di un commilitone. L'espressione '*cum posset*' permette di configurare l'omissione come penalmente rilevante, equiparando chi omette a chi ha agito. In ogni caso, Menandro individua, con la clausola '*resistere non potuit*', quella che secondo le nostre categorie giuridiche corrisponde a una scriminante[114].

Appartiene, invece, a una tradizione coerente con quella repubblicana il seguente frammento.

Macer 2 *de re milit.* D. 49.16.13.4: *Inreverens miles non tantum a tribuno vel centurione, sed etiam a principali coercendus est. nam eum, qui centurioni castigare se volenti restiterit, veteres notaverunt: si vitem tenuit, militiam mutat: si ex industria fregit vel manum centurioni intulit, capite punitur.*

Il giurista specifica che l'*inreverens miles* deve essere punito, in primo luogo, dal *principalis*[115], oltre che dal tribuno o dal centurione; ricorda poi il biasimo dei *veteres* nei confronti di colui che resisteva al centurione intenzionato a punirlo. In questo caso, si distinguono due ipotesi: se trattiene il sarmento di vite, egli subisce la *militiae mutatio*; se invece, di proposito (*ex industria*), lo spezza oppure percuote il centurione, deve essere punito *capite*[116].

Infine, nell'ambito del macro-tema dell'insubordinazione e della ribellione, emergono nuove ipotesi di condotta criminale, estranee alla tradizione repubblicana e del primo principato, introdotte dal mutato contesto storico. Ne sono esempio due passi di Menandro e di Paolo.

Men. 3 *de re milit.* D. 49.16.6.2: *Contumacia omnis adversus ducem* [*vel praesidem militis*] *capite punienda est.*

Paul. 5 *sent.* D. 49.16.16.1 (= Paul. Sent. 5.31.4): *Miles turbator pacis capite punitur.*

---

[114] Cfr. V. GIUFFRÈ, *Testimonianze*, cit., p. 54, nt. 39, per cui l'ultimo periodo è da espungere perché interpolato.

[115] Per la figura del *principalis*, v. E. SANDER, *Zur Rangordnung des römischen Heeres: die 'gradus ex caliga'*, in *Historia*, 3.1, 1954, pp. 88 ss., pp. 98 ss.

[116] Come è noto, il sarmento di vite è il simbolo distintivo dei centurioni e lo strumento con il quale essi potevano infliggere la *castigatio*, in quanto la legge *Porcia* proibiva di battere con le verghe un cittadino romano. Sul punto, cfr. Per. Liv. 57; Plin. *nat.* 14.3.19, Tac. *ann.* 1.23, nonché *supra* la nt. 15.

Sebbene Menandro affermi che la disobbedienza verso il *dux* o il *praeses* debba essere punita *capite* con la pena capitale, il frammento è qui riportato in quanto esprime una fattispecie di carattere generale, e non speciale, come quella contenuta in Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.15. La differenza rispetto all'età precedente è determinata non solo dalla pena più severa – laddove in passato si prevedevano sanzioni più lievi o puramente disciplinari[117] – ma anche dalla menzione del *praeses militis*, poi espunta dal testo[118]. Completamente riconducibile alla trasformazione dell'esercito in una milizia stabile, e quindi gradualmente integratasi nella struttura sociale a partire dall'epoca del principato, è la disposizione paolina, in cui si afferma che il *miles* fomentatore di disordini è punito *capite*.[119]

Anche in questo caso, la prassi mutuata dall'esperienza repubblicana influenza l'opera dei giuristi, i quali sono sensibili alla diversa composizione degli eserciti romani, come avviene anche per i prossimi illeciti oggetto di indagine.

6. Il rifiuto dell'arruolamento e la diserzione sono fattispecie le cui origini risalgono alla prassi dell'età proto-repubblicana e che in seguito ricevono una regolamentazione più precisa, soprattutto in seguito alla maggiore diffusione di tali illeciti nel Tardoantico[120].

I profili genetici del rifiuto di adempiere al *munus militiae* sono già individuabili nel periodo proto-repubblicano, sebbene l'illecito è denominato con il termine di *infrequentia*. Quando è ordinata la leva (*dilectus*), i cittadini iscritti nelle liste censorie devono prestare il *sacramentum militiae* al console (o al *tribunus militum consulari potestate*), con cui promettono di riunirsi nel luogo indicato dal magistrato e, allo stesso tempo, di non abbandonarlo senza suo

---

[117] Cfr., per esempio, Val. Max. 2.9.7; Front. *stratagem.* 4.1.22. V. anche M. CARCANI, *Dei reati*, cit., pp. 66 s.

[118] Così Giuffrè in M. CARCANI, *Dei reati* cit., XIII, ma v. anche H. HEUMANN, E. SECKEL, voce *'Praeses'*, in *Handlexikon*[10], cit., p. 452, num. 1, sub b. Da ultimo *adde* J.H. JUNG, *Die Rechtsstellung*, cit., p. 991, nt. 654.

[119] V. I. RUGGIERO, *'De poenis militum'*, cit., p. 269 ss., che ritiene si tratti di una politica che si coordina con Ulp. 7 *de off. procons.* D. 1.18.13 pr., in cui sono elencati i doveri del *praeses provinciae*, tra i quali rientra il mantenimento e l'assicurazione della tranquillità e dell'ordine nella *provincia*.

[120] Per la diserzione, cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Sul reato di diserzione*, cit., pp. 1 ss.; A. MASI, voce *'Diserzione (diritto romano)'*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, pp. 104 ss.; V. GIUFFRÈ, *Arrio Menandro*, cit., pp. 40 ss.; J.H. JUNG, *Die Rechtsstellung*, cit., pp. 977 ss.

ordine ('*iussu consulum conventuros, neque iniussu abituros*')[121]. La violazione del *sacramentum* comporta la condanna per *infrequentia*.

La fattispecie è illustrata da Menandro attraverso una comparazione storica tra il suo periodo e quello dei *veteres*[122].

Men. 1 *de re milit.* D. 49.16.4.10: *Gravius autem delictum est detrectare munus militiae quam adpetere: nam et qui ad dilectum olim non respondebant, ut proditores libertatis in servitutem redigebantur. sed mutato statu militiae recessum a capitis poena est, quia plerumque voluntario milite numeri supplentur.*

Nel primo libro del *de re militari*, nella sezione rubricata da Lenel '*si quis militiae se subtraxerit*'[123], Menandro afferma che sottrarsi al dovere del servizio militare costituisce un *gravius delictum* rispetto all'aspirare ad esso. Ricorda inoltre come, un tempo, coloro che non rispondevano al *dilectus* fossero ridotti in schiavitù[124]; la *capitis deminutio maxima* era giustificata dal fatto che l'*infrequens* era considerato un *proditor libertatis*[125]. L'uso del sostantivo *proditor* rappresenta

[121] Cfr. Liv. 3.20.2, 22.38.1-5; Polyb. 6.21. Il contenuto del *sacramentum* è riportato in Gell. 16.4.2-4, insieme alle cause che possono giustificare la mancata comparizione. Sul punto, cfr. le ntt. 77 e 97.

[122] Si veda V. GIUFFRÈ, *Arrio Menandro*, cit., pp. 39 s., che ritiene la fonte un esempio del tipico documento legislativo di età imperiale, poiché è esposto in un primo momento l'antico diritto e in seguito i motivi che hanno indotto l'imperatore a innovare la disciplina.

[123] V. O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., col. 697.

[124] Sulla genuinità del comparativo '*gravius*', v. E. ALBERTARIO, *'Delictum' e 'crimen' nel diritto romano-classico e nella legislazione giustinianea*, Milano, 1924, p. 44.; V. GIUFFRÈ, *Arrio Menandro*, cit., p. 38. *Contra* S. SOLAZZI, *Miscellanea. 'Appetere'*, in AG, 94, 1925, p. 61, ora in *Scritti*, III, cit., pp. 55 s. L'assenza di una interpolazione all'inizio del testo fa sì che sia corretta la ricostruzione di O. LENEL, *Palingenesia*, cit., I., coll. 696 s., per cui il titolo '*Si quis militiae se subtraxerit*' sia successivo a quello '*Si is, cui non licet, militiae se dederit*'. Per ulteriori fonti e bibliografia relativamente a quest'ultimo titolo, cfr. V. GIUFFRÈ, *Arrio Menandro*, cit., pp. 35 ss.; ID, *Testimonianze*, cit., pp. 24 ss.

[125] Si veda R. FIORI, '*Servire servitutem*', in *'Iuris vincula'. Studi in onore di Mario Talamanca*, III, Napoli, 2001, pp. 355 ss. Secondo lo studioso, l'espressione '*in servitutem redigere*' richiama una concezione del diritto pontificale per la quale il cittadino romano non potrebbe mai diventare schiavo a Roma, come accadrebbe invece per lo straniero (una concezione più o meno simile è riportata anche in Cic. *phil.* 10.20). Si reputa quindi necessario impiegare un costrutto terminologico per indicare una situazione che è simile, ma allo stesso tempo diversa dalla schiavitù del *ius gentium*. Simile, in quanto il soggetto non possiede più lo *status libertatis* e quello *civitatis*; diversa, poiché si tratta di una fattispecie applicabile al solo cittadino romano che, una volta liberato, ritornerà allo stato precedente, senza divenire un liberto. Nel caso di specie, non trattato da Fiori, potremmo ritenere che il soggetto che non risponda al *dilectus* sia equiparabile all'*addictus*, anche perché tale soggetto non avrebbe il diritto-dovere del cittadino di partecipare alla leva (v. Liv. 6.27.9 e 10); irrisolto, però, è di chi il soggetto diverrà *addictus*. È probabile che lo sia nei confronti del console poiché – attraverso un paragone con il processo civile – il *civis* non ha adempiuto all'onere militare e subisce tale conseguenza. È questo un profilo, compreso quello del mantenimento dei due *status*, il cui approfondimento non è possibile in questa sede.

un ulteriore esempio di impiego atecnico del termine, soprattutto perché la 'libertà tradita' è quella del singolo *infrequens* (o, al più, di tutti i *cives*) e non della *civitas* nel suo complesso[126]. Tuttavia, all'epoca di Menandro, poiché le *militiae* sono formate su base volontaria, alla *poena capitis* è stata sostituita la *militiae mutatio* del futuro soldato[127].

La posizione del soldato che si allontana dal proprio reparto o dal campo era invece diversa, poiché tale comportamento poteva qualificarlo, a seconda dei casi, come *emansor*, *desertor* oppure *transfuga*. Lasciando da parte, per il momento, il *transfugium*, Menandro riferisce la disciplina giuridica volta a reprimere sia l'*emansio* sia la *desertio*[128].

Men. 1 *de re milit.* D. 49.16.4.13: *Edicta Germanici Caesaris militem desertorem faciebant, qui diu afuisset, <sed postea constitutum est, si animum revertendi aliquando habuisset> ut is inter emansores haberetur. sed sive redeat quis et offerat se, sive deprehensus offeratur, poenam desertionis evitat: nec interest, cui se offerat vel a quo deprehendatur.*

Men. 1 *de re milit.* D. 49.16.4.14: *Levius itaque delictum emansionis habetur, ut erronis in servis, desertionis gravius, ut in fugitivis.*

---

[126] Così anche Cic. *Caec.* 34.99. Cfr. Val. Max. 6.3.4 e Per. Liv. 14 per esempi di *capitis deminutio* come sanzione. V. Liv. 2.55.4 e 7.4.2-3, in cui si irroga il *virgis caedere*, nonostante l'introduzione della *lex Valeria de provocatione*. Nella prima fonte, l'applicazione della pena si giustifica perché la *lex Valeria* del 509 a.C. è *imperfecta*, motivo per cui il *ius provocationis* da parte di un plebeo può incontrare, sul piano della effettività, degli ostruzionismi; nella seconda, invece, l'irrogazione della sanzione dipende dalla impossibilità di *provocare* contro gli atti del *dictator*. V., da ultimo, C. PELLOSO, *'Provocatio ad populum'*, cit., pp. 249 ss. Tuttavia, il '*neve verberaret*', ricordato in Cic. *rep.* 2.53 e connesso alla *lex Valeria* del 509 a.C., si riferisce alla fustigazione che accompagni l'esecuzione capitale; esclude dunque la misura coercitiva autonoma. Si veda B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*[2], cit., p. 32, nt.7. Si può ipotizzare, ma non dimostrare per assenza di fonti, che il *virgis caedere* fosse impiegato come alternativa alla *reductio in servitutem*. *Adde* G. PUGLIESE, *Appunti*, cit., pp. 23 ss., per cui la *lex Valeria Corvi* del 300 a.C. estende il divieto della *verberatio* solo nella forma di pena accessoria, principio poi formalmente recepito nell'ordinamento da una delle tre *leges Porciae*.

[127] La fattispecie della *subtractio* prosegue poi in Men. 1 *de re milit.* D. 49.16.4.11 e 12. In D. 49.16.4.11, si distingue la pena inflitta al padre per la sottrazione del figlio dal servizio militare, a seconda che l'illecito si verifichi in pace o in guerra. In D. 49.16.4.12, è prevista la fattispecie del padre che mutili il proprio figlio per renderlo inabile al servizio; la fattispecie è punita già da Traiano con la *deportatio* del mutilatore (in realtà, Svet. *Aug.* 24.3 ricorda un medesimo episodio al tempo di Augusto). Cfr. V. GIUFFRÈ, *Arrio Menandro*, cit., pp. 38 ss., con fonti e bibliografia.

[128] Sulle motivazioni alla base della respressione, cfr. V. GIUFFRÈ, *Arrio Menandro*, cit., pp. 40 ss. V. anche N. DONADIO, *Sulla comparazione tra 'desertor' e 'fugitivus', tra 'emansor' ed 'erro' in D. 49.16.4.14*, in *Scritti in ricordo di Barbara Bonfiglio*, Milano, 2004, p. 137, nt. 1, per ulteriore bibliografia sulla distinzione tra *desertio* ed *emansio*.

Men. 1 *de re milit.* D. 49.16.4.15: *Examinantur autem causae semper emansionis et* [*cur et*] *ubi fuerit et quid egerit: et datur venia valetudini, affectioni parentium et adfinium, et si servum fugientem persecutus est vel si qua huiusmodi causa sit. sed et ignoranti adhuc disciplinam tironi ignoscitur.*

Il primo frammento, forse interpolato[129], menziona una serie di editti di un ignoto Cesare decorato dal *nomen ex virtute Germanicus*[130]. Da queste *constitutiones* emerge che è considerato *desertor* il *miles* che sia rimasto lontano dall'accampamento per un periodo di tempo tale da essere annoverato tra gli *emansores*. Tuttavia, il soldato che rientra volontariamente oppure che viene arrestato evita la pena prevista per la *desertio*, indipendentemente dal soggetto presso cui si presenta oppure da chi lo abbia catturato. Il legislatore sembra così equipare disertori e assenti sulla base di una presunzione '*iuris et de iure*' calibrata sull'assenza dell'intenzione di tornare in servizio, determinata dal tempo trascorso, sia oltre il termine del permesso, sia in assenza di una giustificazione per l'allontanamento[131].

L'esclusione della punibilità emerge dal secondo passo, mediante il raffronto tra la condizione del *miles* e quella del *servus* fuggitivo o vagabondo: il parallelismo dimostra la minore gravità della *emansio* rispetto alla *desertio*[132]. Per questo motivo, si deduce che, per inquadrare correttamente la fattispecie, è necessaria una *cognitio* sull'*animus* con cui il soldato si è allontanato. Nel seguire il parallelismo con il *servus fugitivus*, è *desertor* chi abbandona l'esercito senza intenzione di farvi ritorno; diversamente, come il *servus erro*, è *emansor* chi manifesta la volontà di reintegrarsi nell'esercito[133].

Il giurista sottolinea pertanto l'importanza dell'elemento soggettivo, che deve sempre essere indagato. Solo nel caso di *emansio* si possono considerare ulteriori elementi oggettivi, come le cause del ritardo, le azioni compiute nel periodo di assenza nonché quelle che oggi definiremmo cause attenuanti e

---

[129] Cfr. *Index interpolationum*, *ad h. l.* L'aggiunta è di Mommsen, sulla quale cfr. A. MASI, voce *'Diserzione'*, cit., p. 105; V. ARANGIO-RUIZ, *Sul reato di diserzione*, cit., p. 6. L'accoglimento dell'integrazione comporta che nella distinzione tra *emansor* e *desertor* si tenga conto dell'*animus revertendi vel fugiendi* del *miles*.

[130] Sull'identità di questo individuo, cfr. la nt. 57.

[131] Cfr. V. GIUFFRÈ, *Testimonianze*, cit., p. 39, nt. 17, secondo cui Menandro parla di una applicazione più severa in tempi a lui precedenti, giustificabile in alcuni momenti di crisi. Sulla possibilità di accordare permessi ai soldati, si veda Macer. 1 *de re milit.* D. 49.16.12.1.

[132] Su questo paragone, cfr. V. GIUFFRÈ, *Testimonianze*, cit., p. 41, nt. 18; N. DONADIO, *Sulla comparazione*, cit, pp. 137 ss.

[133] Ciò si ricava dal frammento di Ulp. 1 *ad ed. aed. curul.* D. 21.1.17.14, su cui v. N. DONADIO, *Sulla comparazione*, cit., pp. 157 ss.

scriminanti[134]. Il frammento si chiude con l'invito alla clemenza verso i *tirones*, poiché non abituati alla disciplina militare[135].

I tre passi commentati, rubricati nel titolo '*De emansoribus*', permettono quindi di fissare le modalità attraverso le quali distinguere tra il *miles emansor* e quello *desertor*. È la *desertio*, secondo la ricostruzione di Lenel, l'oggetto del secondo libro *de re militari* di Menandro, all'interno del titolo '*De desertoribus et transfugis*'[136]. La trattazione, infatti, si apre con l'illustrazione dei criteri da adottare per valutare la *desertio*, includendo tutti gli elementi utili alla determinazione della pena, poiché non tutti i disertori sono egualmente punibili[137]. L'insieme di questi elementi permette di graduare la repressione[138].

In riferimento al tempo, si distingue tra la diserzione in tempo di pace e quella in tempo di guerra: nel primo caso, gli *equites* sono espulsi dal loro ordine, mentre i fanti subiscono la *militae mutatio*; nel secondo, si punisce *capite*[139]. La situazione del reo può inoltre aggravarsi se abbia commesso altri *crimina*: un reato minore di diritto comune (come il furto) è infatti trattato come un'ulteriore diserzione ai fini sanzionatori, secondo una logica che ha spinto gli

---

[134] Per la non tassatività dell'elenco riportato in Menandro, cfr. Mod. 4 de *poen.* D. 49.16.3.7; Paul. *l. s. de poen. milit.* D. 49.16.14 pr. Dall'elenco G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, V, 1931, p. 12, espunge '*cur et*', in quanto non è espressione tautologica del termine '*causae*'. Sulla valutazione in generale di circostanze aggravanti e attenuanti nella prassi processuale romana, e nello specifico con riferimento ai passi di Men. 2 *de re milit.* D. 49.16.5 pr.-4 (su cui v. *infra*), si rimanda al lavoro di M. MILANI, *Le circostanze nel diritto penale romano*, in *Diritto penale romano*, I.2, cit., pp. 1187 ss. e in particolare alle pp. 1212 s., per un'analisi più approfondita e per ulteriore bibliografia sui frammenti contenuti in D. 49.16.5 pr.-4.

[135] Cfr. anche con Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.9; Paul. *l. s. de poen. milit.* D. 49.16.14.1.

[136] Per entrambi, v. O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., col. 698.

[137] V. Men. 2 *de re milit.* D. 49.16.5 pr.: *Non omnes desertores similiter puniendi sunt, sed habetur et ordinis stipendiorum ratio, gradus militiae vel loci, muneris deserti et anteactae vitae: sed et numerus, si solus vel cum altero vel cum pluribus deseruit, aliudve quid crimen desertioni adiunxerit: item temporis, quo in desertione fuerit: et eorum, quae postea gesta fuerint. sed et si fuerit ultro reversus, non cum necessitudine, non erit eiusdem sortis.* Per le eventuali interpolazioni su questo passo, nonché sui successivi D. 49.16.5.1 e 2, che non possono essere qui approfondite, cfr. *Index interpolationum, ad h. l.*

[138] Cfr. V. GIUFFRÈ, *Arrio Menandro*, cit., pp. 40 ss.; ID., *Testimonianze*, cit., pp. 43 ss.

[139] V. Men. 2 *de re milit.* D. 49.16.5.1: *Qui in pace deseruit, eques gradu pellendus est, pedes militiam mutat. in bello idem admissum capite puniendum est.* Mentre la pena capitale è applicata per la diserzione in tempo di guerra già in epoca preclassica (cfr., infatti, Liv. 40.41.11; Ep. Liv. LV; Tac. *ann.* 13.35), quella in tempo di pace comincia ad applicarsi nel solo periodo storico in cui Roma comincia a intraprendere campagne belliche sempre più prolungate e in località distanti dall'Italia. Sul punto, v. M. CARCANI, *Dei reati*, cit., pp. 75 s. Di *desertio*, però, si accenna anche in riferimento alle condotte idonee a integrare il *crimen laesae maiestatis*, come testimoniato da Ulp. 8 *disp.* D. 48.4.2 pr.: *qui exercitum deseruit vel privatus ad hostes perfugit*; Marcian. 14 *inst.* D. 48.4.3 pr.: *quive imperium exercitumve populi Romani deseruerit*. Tuttavia, nel caso in cui la diserzione sia compiuta al nemico, su cui v. *infra* in questo paragrafo, sarebbe tecnicamente più corretto qualificare tali ipotesi come *transfugium* e non quale *desertio*.

studiosi a parlare di attrazione o confluenza di più reati in un'unica fattispecie[140]. Sebbene il diritto criminale romano neghi generalmente questo meccanismo, in tal caso l'eccezione è forse giustificata dall'interesse a non sottrarre i *milites* alla giurisdizione militare[141].

Infine, quanto al luogo, Menandro indica la *poena capitis* per il disertore trovato in città. Diversamente, se è rintracciato in un'altra località, gli è garantita la possibilità di reintegrazione nell'esercito, purchè si tratti della prima diserzione. In caso contrario – seguendo una logica analoga all'odierna categoria della recidiva – la pena sarà capitale[142]. Infine, si afferma che è prevista dall'imperatore la *deportatio in insulam* per il disertore che si costituisce spontaneamente[143].

Se la posizione di Menadro sulla repressione assume contorni 'garantisti', differente è l'approccio di Modestino che, di lì a poco rispetto all'opera di Menandro, dà queste due definizioni.

Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.2: *Emansor est, qui diu vagatus ad castra regreditur.*

Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.3: *Desertor est, qui per prolixum tempus vagatus reducitur.*

---

[140] V. Men. 2 *de re milit.* D. 49.16.5.2: *Qui desertioni aliud crimen adiungit, gravius puniendus est: et si furtum factum sit, veluti alia desertio habebitur: ut si plagium factum vel adgressura abigeatus vel quid simile accesserit.* Cfr., V. ARANGIO-RUIZ, *Sul reato di diserzione*, cit., p. 9, nt. 69; V. GIUFFRÈ, *Arrio Menandro*, cit., p. 42 e nt. 79; J.H. JUNG, *Die Rechtsstellung*, cit., pp. 986 s. Sul *furtum* in ambito militare, v. R. DÜLL, *Zum Lagerfund im römischen Recht*, in *Synteleia Arangio Ruiz*, I, Napoli, 1964, pp. 134 ss.

[141] Così V. ARANGIO-RUIZ, *Sul reato di diserzione*, cit., p. 9 e J.H. JUNG, *Die Rechtsstellung*, cit., pp. 986 s. *Contra* A. MASI, voce *'Diserzione'*, cit., p. 106, per il quale all'ipotesi di Arangio-Ruiz osta Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3 pr., in cui Modestino ricorda il principio affermato in un rescritto di Severo e di Caracalla, secondo cui, nel caso di un più grave reato del disertore, egli doveva essere punito nel luogo in cui aveva commesso il *crimen*. Cfr. anche Pap. 16 *resp.* D. 48.2.22; C. 3.15.1 (a. 196). Più corretta sembra la tesi di Arangio-Ruiz, perché i passi indicati da Masi riguardano il rapporto tra *locus commissi delicti* e foro competente a irrogare la pena per *crimina* molto gravi, quali l'omicidio o la razzia; diversamente, Menandro porta l'esempio di illeciti dai profili lesivi più miti.

[142] Men. 2 *de re milit.* D. 49.16.5.3: *Desertor si in urbe inveniatur, capite puniri solet: alibi adprehensus ex prima desertione restitui potest, iterum deserendo capite puniendus est.* Sull'applicabilità del concetto di recidiva al diritto criminale romano si rimanda, quantomeno per riferimenti bibliografici, a M. BEGGIATO, *Alle origini della recidiva nell'esperienza giuridica romana*, in *Diritto penale romano*, I.2, cit., pp. 1235 ss.

[143] Men. 2 *de re milit.* D. 49.16.5.4: *Qui in desertione fuit, si se optulerit, ex indulgentia imperatoris nostri in insulam deportatus est.* V. anche Men. 2 *de re milit.* D. 49.16.5 pr.; Macer 2 *de re milit.* D. 49.16.13.6. In quest'ultimo frammento è riportata anche l'ipotesi del disertore consegnato dal proprio padre, nel qual caso era irrogata la *militiae mutatio* al figlio e non la *poena capitis*. Sull'identità dell'*imperator noster*, cfr. V. GIUFFÈ, *Testmonianze*, cit., pp. 36 s., nt.16.

Per il giurista, la differenza tra emansore e disertore riguarda non solo il diverso spazio temporale in cui il *miles* si è allontanato ('*diu vagatus*' o '*per prolixum tempus vagatus*'), ma anche il modo in cui il soldato ritorna. Se l'*emansor* si costituisce, il *desertor* è invece riaccompagnato contro la sua volontà ed è, pertanto, arrestato[144]. Per Modestino, dunque, l'elemento oggettivo del *tempus* prevale su quello soggettivo della volontà, la quale è anzi inglobata nella totale oggettività dell'*actus*; l'elemento soggettivo della condotta è semmai considerato solo per il periodo successivo all'allontanamento e in relazione alla durata della fuga[145].

Tuttavia, la complessità del crimine impedisce di trattare in maniera approfondita la riflessione dei giuristi sugli aspetti sostanziali o procedurali della figura giuridica[146]. L'obiettivo era evidenziare uno sviluppo del concetto, che si estende fino al Tardoantico, periodo in cui la fattispecie è oggetto di un apposito titolo nel codice Teodosiano, denominato de '*De desertoribus et de occultatoribus eorum*' (CTh. 7.18)[147].

È evidente quindi come la volontà imperiale sia indirizzata a punire anche coloro che offrono un rifugio ai disertori, prima irrogando agli *occultatores* una pena calibrata sullo *status*, per poi stabilire la pena capitale e la requisizione del fondo al proprietario[148]; sono altresì requisiti i beni dei funzionari che abusano della propria posizione per favorire il disertore, pena sostituita con quella capitale se il funzionario ricopre un '*officium primore*'[149]; viene poi premiato con la libertà lo schiavo delatore, oppure è graziato chi riconsegni alle autorità il disertore a cui aveva dato ricetto[150]. La legislazione del IV secolo d.C. non è però

---

[144] Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Sul reato di diserzione*, cit., p. 6, sul recupero della distinzione tra costituzione e arresto in CTh. 7.18.4.3 (a. 379), costituzione poi tràdita in C. 12.45.1.3.

[145] V. N. DONADIO, *Sulla comparazione*, cit., p. 139, pp. 174 ss. Sull'importanza del *tempus* per distinguere le diverse fattispecie, v. anche Saturn. *l. s. de poen. pagan.* D. 48.19.16.5.

[146] Secondo le nostre categorie dogmatiche, Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.9 riporta l'ipotesi di concorso di persone, insieme a quella di non punibilità per i *tirones* che disertano la prima volta (così da applicare la sanzione stabilita in base alle variabili riportate in Men. 2 *de re milit.* D. 49.16.5 pr.). Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3 pr.; Men. 1 *de re milit.* D. 49.16.4.9, indicano gli aspetti processuali; Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.8; Paul. *l. s. reg.* D. 49.16.10.1; Pap. 19 *resp.* D. 49.16.15, si occupano invece del problema della corresponsione degli *stipendia* e degli *emerita* sia per il soggetto assolto, sia per quello condannato, ma reintegrato nell'esercito; v. anche C. 12.35.5 pr.-1, in relazione al duplice problema della corresponsione degli *stipendia* e degli *emerita* nonché del rapporto tra il tempo trascorso in diserzione e il termine finale del servizio, tanto per il soggetto assolto, quanto per quello condannato, ma comunque reintegrato.

[147] V. anche Amm. Marc. 15.10.11; 16.12.2; 18.10.1; 19.5.5; 25.6.6, 7.1 per gli innumerevoli casi di diserzione (ma anche di *transfugium* e *perfugium*) che si verificano nel IV secolo.

[148] Cfr. CTh. 7.18.1 pr. (a. 365); CTh. 7.18.2 pr. (a. 379).

[149] CTh. 7.18.4.4 (a. 380).

[150] CTh. 7.18.4.1 (a. 380).

sufficiente per contrastare il fenomeno, fino al punto che, nel V secolo d.C., gli imperatori emanano due costituzioni attraverso cui è stabilita l'uccisione come ribelli dei disertori che oppongano resistenza una volta scoperti, così com'è concessa ai *provinciales* la facoltà di *opprimere* impunemente i disertori poiché paragonati ai *latrones*[151].

L'ultima fattispecie che può essere integrata dal *miles fugiens* è quella del *transfugium*, ossia la diserzione al nemico. È questo un *crimen* che può essere commesso da qualsiasi individuo, senza che rilevi la qualifica di *miles* in capo all'offensore, come il caso di Dasio Altinio dimostra[152]. Tuttavia, il soldato che si sia macchiato di questo crimine non parrebbe punibile con alcune pene previste dall'ordinamento, come affermato da Modestino.

Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.10: *Is, qui ad hostem confugit et rediit, torquebitur ad bestiasque vel* [*in furcam*] <*in crucem*> *damnabitur, quamvis milites nihil eorum patiantur.*

Nel suo quarto libro sulle pene, il giurista specifica che il transfuga, in questo caso colui che fugge presso il nemico e poi ritorna, deve essere condannato, previa tortura, alla *damnatio ad bestias* o alla *furca*. Proprio la particolare posizione giuridica del tranfuga, colpevole di un reato previsto da una *lex publica* (quella *de maiestate*) e perseguito nelle forme delle *cognitiones extra ordinem*, impone che egli sia colpito nella capacità giuridica, ossia che diventi un *servus poenae* e quindi soggetto alla tortura[153]; la gravità del reato esclude per il processo delle *cognitiones extra ordinem* l'applicazione di *summa supplicia* che privino il condannato della sola libertà[154]. Il giurista aggiunge poi che i soldati non sono soggetti alla tortura e ai *summa supplicia* della croce (in realtà della

[151] Cfr. C. 12.45.2 pr. (a. 403); C. 3.27.2 pr. (a. 403 = CTh. 7.18.14 pr.).

[152] Varie sono le fonti che trattano di questo *crimen*. V. Call. 2 *ed. monit.* D. 4.6.14; Ulp. 38 *ad Sab.* D. 26.1.15; Cels. 2 *dig.* D. 41.1.51 pr.; Marcian. 14 *inst.* D. 48.8.3.6; Ulp. 9 *de off. procons.* D. 48.19.8.2; Paul. 5 *sent.* D. 48.19.38.1 = Paul. Sent. 5.21a.2; Tryph. 4 *disp.* D. 49.15.12.17; Paul. 16 *ad Sab.* D. 49.15.19.4; Paul. 16 *ad Sab.* D. 49.15.19.5; Paul. 16 *ad Sab.* D. 49.15.19.6; Paul. 16 *ad Sab.* D. 49.15.19.7; Paul. 16 *ad Sab.* D. 49.15.19.8. Sul *transfugium*, cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Sul reato di diserzione*, cit., pp.1 ss.; A. MASI, voce *'Diserzione'*, cit., pp. 104 ss.; V. GIUFFRÈ, *Arrio Menandro*, cit., pp. 43 s.; J.H. JUNG, *Die Rechtsstellung*, cit., pp. 987 ss.; M.F. CURSI, *La struttura*, cit., pp. 231 ss.

[153] Farebbero infatti riferimento al *transfugium*, anche se descritto con il verbo '*deserere*', Ulp. 8 *disp.* D. 48.4.2 pr. e Marcian. 14 *inst.* D. 48.4.3 pr., i cui testi sono riportati, in parte, alla nt. 139. Sul punto, cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Sul reato di diserzione*, cit., pp. 4 ss.; A. MASI, voce *'Diserzione'*, cit., pp. 104 s.; V. GIUFFRÈ, *Arrio Menandro*, cit., pp. 43 s.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *La disciplina del 'crimen maiestatis'*, cit., p. 413. Sull'interpolazione di *crux* con *furca*, cfr. la bibliografia citata alla nt. 108.

[154] Sul punto, cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Sul reato di diserzione*, cit., pp. 4 s., pp. 10 s.

forca) e dell'arena. Questa fonte permetterebbe allora di estendere l'elenco delle pene militari che per Modestino non possono essere inflitte a un militare, tra cui figura la stessa *torquatio*[155].

Tuttavia, un frammento di Tarrunteno Paterno dimostrerebbe il contrario.

Tarrunt. 2 *de re milit.* D. 49.16.7 pr.: *Proditores transfugae plerumque capite puniuntur et exauctorati torquentur: nam pro hoste, non pro milite habentur.*

Il soldato transfuga o *proditor* non è più considerato un *miles*, ma un *hostis*, quindi un nemico di Roma[156]. Secondo la dottrina maggioritaria, egli deve essere prima *exauctoratus*, ossia privato della qualifica di *miles*, in modo da poter essere sottoposto alla tortura e alla *poena capitis*[157]. Eventualmente, al condannato potranno essere inflitti i *summa supplicia* elencati nel passo di Modestino: all'impossibilità di applicare tali pene non si oppone più la qualifica di *miles*[158], ma rimangono escluse la *damnatio ad metalla* e l'*opus metalli*. Una possibile *ratio* dell'inapplicabilità potrebbe ricollegarsi alle modalità con cui il *crimen* era represso quando commesso da militari nel periodo preclassico e classico[159]. Data la ferocia delle pene, inflitte nell'ambito dell'arbitraria *coercitio* dei comandanti, si potrebbe ipotizzare che ai soldati fossero inflitti esclusivamente i *summa*

---

[155] Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.1: *Poenae militum huiuscemodi sunt: castigatio, pecuniaria multa, munerum indictio, militiae mutatio, gradus deiectio, ignominiosa missio. nam in metallum aut in opus metalli non dabuntur nec torquentur.* Sulla impossibilità di infliggere l'*opus metalli* e la *damnatio ad metalla*, cfr. E. COSTA, *Crimini e pene*, cit., pp. 183 ss.; E. SANDER, *Das römische Militärstrafrecht*, cit., pp. 289 ss.; E. LEVY, *Die römische Kapitalstrafe*, cit., pp. 375 s.; U. ZILLETTI, *In tema*, cit., p. 97; V. GIUFFRÈ, *La letteratura*, cit., p. 99; I. RUGGIERO, *'De poenis militum'*, cit., p. 261, nt. 7, p. 262, nt. 13.

[156] Per ulteriori fonti che indicano uno stigma nei confronti di *proditores* e *transfugae*, v. la nt. 39.

[157] Sull'applicabilità della tortura ai *milites*, cfr. O. DILIBERTO, *Ricerche sull''auctoramentum' e sulla condizione degli 'auctoritati'*, Milano, 1981, pp. 90 s.; P. CERAMI, *'Tormenta pro poena adhibita'*, in *Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano, Atti del deuxème colloque de philosophie pènale (Cagliari, 20-22 aprile 1989)*, a cura di O. Diliberto, in *Studi economico-giuridici*, 54, 1991-1992, pp. 38 s.

[158] La conclusione può essere ricavata, *e contrario*, anche da Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.11: *Et is, qui volens transfugere adprehensus est, capite punitur.* Punibile è, in ogni caso, quello che per le nostre categorie giuriche è un tentativo; tuttavia, l'irrogazione di una pena minore a chi è sorpreso nell'atto di fugggire è motivata dalla qualifica di *miles* in capo all'offensore. Sul punto, cfr. U. BRASIELLO, *La repressione penale*, cit., p. 262; G. LONGO, *Il tentativo nel diritto penale romano*, in *Annali della facoltà di giurisprudenza*, Genova, 1977, pp. 58 s; O. DILIBERTO, *Ricerche sull' 'auctoramentum'*, cit., pp. 92 s. Sulla possibilità di condannare i *transfugae* anche al rogo, cfr. Ulp. 9 *de off. procons.* D. 48.19.8.2; Paul. 5 *sent.* D. 48.19.38.1 = Paul. Sent. 5.21a.2.

[159] Cfr. Val. Max 2.7.11 e Front. *stratagem.* 4.1.42 (amputazione delle mani, per Frontino solo la destra); Liv. 30.43 e Val. Max. 2.7.12 (crocefissione e *securi percussio*); Liv. *Per.* 51 (condannati sbranati dalle belve); Val. Max. 2.7.13 (condannati calpestati dagli elefanti); Vulc. *vit. Av. Cass.*, 4.5 (amputazione delle mani o rottura delle gambe).

supplicia più cruenti, in funzione di una 'spettacolarizzazione' a fini deterrenti: la deterrenza, infatti, è il *Leitmotiv* che emerge dalle fonti non giuridiche per motivare la crudeltà della sanzione e che nell'età successiva parrebbe quindi mantenuto dalla volontà imperiale. Lo dimostrerebbe non solo l'elencazione di Modestino, ma soprattutto il dato secondo cui la *poena capitis*, intesa come mera pena di morte, rende il *miles* un *servus poenae*[160].

Così come per la *desertio*, anche per il *transfugium* la burocrazia imperiale sviluppa una sofisticata disciplina, i cui aspetti procedurali e sostanziali non potranno essere completamenti indagati[161]. Era necessario evidenziare quale diritto riguardava il *miles fugiens* e come a questo si applicasse sia una repressione speciale, propria della *res militaris*, sia una generale, derivante dalla *lex publica*, per sanzionare la sua condotta, sia dal punto di vista dei profili sostanziali sia di quelli processuali della fattispecie.

7. Quanto fino a qui esaminato è il frutto della riflessione dei giuristi dell'epoca severiana, i quali parrebbero recuperare i profili genetici della disciplina militare repubblicana al fine di creare una materia dai contorni definiti in entrambi gli elementi essenziali e processuali dei rispettivi crimini. L'obiettivo è ridurre l'arbitraria *coercitio* dei magistrati (o ufficiali imperiali) muniti di *imperium*, in quanto quest'ultimo è prerogativa del *princeps* ('*imperium proconsulare maius et infinitum*'); parimenti, si annoverano alcune fattispecie come espressione di lesa maestà (*proditio* e *transfugium*).

Nel periodo classico, ma soprattutto nel Tardoantico, l'aspetto penalistico della *res militaris* è arricchito dalla cancelleria imperiale con nuove ipotesi di *crimina*, non riscontrabili nella prassi repubblicana. Si tratta di illeciti strettamente connessi a due fattori: il primo è rappresentato dalla composizione di armate in cui non è più preponderante l'elemento romano-italico, soprattutto

---

[160] Cfr. la nt. 68. Errata sarebbe quindi la prospettiva di V. ARANGIO-RUIZ, *Sul reato di diserzione*, cit., pp. 4 s., pp. 10 s., secondo cui, nonostante la gravità del reato, per il transfuga non possono trovare applicazione le forme attenuate di pena capitale che, pur privandolo della libertà o della cittadinanza, lo lascino in vita; inoltre, la sentenza del comandante dell'esercito munito di *imperium militiae* non potrebbe incidere su tali *status*.

[161] Se si applicano le nostre categorie dogmatiche al ragionamento dei giuristi romani, abbiamo per il *transfugium*: la responsabilità oggettiva (Men. 2 *de re milit.* D. 49.16.5.5; sul passo, cfr. J. IMBERT, '*Postliminium*', Paris, 1945, pp. 68 s.; V. GIUFFRÈ, *Arrio Menandro*, cit., p. 43, nt. 82; ID., *Testimonianze*, cit., p. 46, nt. 28; M.F. CURSI, *La struttura*, cit., p. 233 nt. 11); le cause di giustificazione (Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.12, Men. 2 *de re milit.* D. 49.16.5.5, Men. 2 *de re milit.* D. 49.6.5.7); le cause di non punibilità (Men. 2 *de re milit.* D. 49.16.5.6; Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.12; Men. 2 *de re milit.* D. 49.16.5.8).

dopo l'estensione della cittadinanza con la *constitutio Antoniniana* del 212 d.C.[162], a cui si associa la perdita della mentalità culturale che caratterizzava le legioni repubblicane; il secondo è la trasformazione da un esercito 'mobile', impegnato in campagne di espansione militare, a un esercito stazionario, strutturato per la difesa dei confini dell'impero[163].

Del primo fattore, legato a un 'imbarbarimento' dell'esercito, si enumerano quali fattispecie le lesioni arrecate da un soldato a un proprio commilitone, insieme alla mutilazione volontaria di arti al fine di rendersi inabili al servizio militare. Non si tratta di ipotesi ignote al periodo classico, ma nel Tardoantico esse sembrano divenire significativamente più frequenti[164]; ciò potrebbe collegarsi alla graduale scomparsa di quei valori che l'esercito di età repubblicana incarnava e che, con le varie riforme subite dall'organizzazione militare romana, non sono più condivise tra i soldati [165]. Ecco allora che si

---

[162] Per un inquadramento generale nonché per ulteriori riferimenti bibliografici, cfr., tra i più, C. SASSE, *Die Constitutio Antoniniana*, Wiesbaden, 1968; H.J. WOLFF, *Die 'Constitutio Antoniniana und Papyrus Gissensis 40 I*, I – II, Köln, 1976; F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, IV.2, Napoli, 1975, pp. 777 ss.; M. BRETONE, *Storia del diritto romano*[2], Roma - Bari, 1987, pp. 459 ss. (ove utili riferimenti bibliografici); M. TALAMANCA, *La 'constitutio Antoniniana'*, in *Lineamenti*[2], cit., pp. 520 ss.; V. MAROTTA, *La cittadinanza romana in età imperiale (secoli I-III d.C.). Una sintesi*, Torino, 2009, pp. 101 ss.; D. MATTIANGELI, *«La «constitutio Antoniniana» e la sua problematica: una nuova analisi "evoluzionista" di tale provvedimento»*, in *Studia Prawnoustrojowe*, 12, 2010, pp. 133 ss.; O. LICANDRO, *La constitutio Antoniniana del 212 d.C. e il paradigma urbano. Una "diversa" lettura di P. Gissen 40.1*, in *Annwario della Scuola archeologica di Atene e delle missioni italiane in oriene*, 98, 2020, pp. 467 ss.; P. BUONGIORNO, M. VARVARO, *Percorsi*, cit., pp. 329 ss.

[163] Cfr. S. MAZZARINO, *Aspetti sociali del quarto secolo. Ricerche di storia tardo-romana*, Roma, 1951, pp. 271 ss.; V. GIUFFRÈ, *'Militum disciplina'*, cit., pp. 265 ss.; Y. LE BOHEC, *L'armée romaine sous le Bas-Empire*, Paris, 2006, *passim*; I. RUGGIERO, *'De poenis militum'*, cit., pp. 160, nt. 5, per ulteriore bibliografia.

[164] Cfr. Svet. *Aug.* 24.1 e Val. Max. 6.3.3c. Tuttavia, Amm. Marc. 15.12.3 ricorda come la pratica fosse molto diffusa in Italia. Sulla *truncatio digitorum* v. soprattutto G. PICCALUGA, *'Truncatio digitorum'*, in *'Sodalitas'. Scritti in onore di Antonio Guarino*, IV, Napoli, 1984, pp. 1815 ss., ove ulteriori fonti e bibliografia.

[165] Si veda, in tal senso, V. TOKMAKOV, *Disciplina militare*, cit., secondo cui il 'percorso formativo' di ogni giovane cittadino romano nell'età repubblicana era incentrato sui valori della *pietas*, della *fides* e della *virtus*. Proprio quest'ultima era associata al servizio militare, quel momento fondamentale in cui il ragazzo diviene un cittadino, in quanto inquadrato in un «unico collettivo militare e politico», connotato da unitarietà di pensiero e di interessi. Tale unità di valori comincia a incrinarsi quando nell'esercito cominciano ad arruolarsi individui che non provengono dalla medesima koinè culturale romano-italica. Ciò è affermato anche da S. PHANG, *Roman Military Service. Ideologies of Discipline in the Late Republic and Early Principate*, Cambridge, 2008, p. 32, per la quale: «many features of *disciplina militaris* appears to be cultural arbitraries». Ciò emerge anche dalla trattazione sino a qui condotta, nella quale si è svolta una comparazione tra la disciplina repubblicana, così come è descritta dalle fonti extragiuridiche, con quella dell'età successiva. Si veda, inoltre, anche la testimonianza di Plin. *nat.* 7.45., in cui l'autore ricorda, tra le varie disgrazie che attribuisce ad Augusto, il '*servitiorum delectus, iuventutis penuria*', entrambi sintomi di una crisi nel reclutamento che riflette, probabilmente, anche un indebolimento del legame tra servizio militare e valori tradizionali del cittadino romano.

punisce con l'espulsione dall'esercito chi ferisce un proprio compagno con una pietra, mentre se il danno è compiuto con il gladio, il *miles* è punito *capite*[166].

Per quanto riguarda invece le ipotesi di troncamento di arti per evitare il *munus militiae*, si assiste a uno sviluppo: dalle ipotesi di mutilazione arrecate al figlio dal padre[167], si regolamentano ora i casi di autolesionismo. Costantino per primo prevede la destinazione del mutilato a qualsiasi altro servizio cui egli sia adatto, purché a vantaggio dell'apparato pubblico[168]. La costituzione di Costantino è mantenuta dalla cancelleria di Valentiano e di Valente, i quali applicano la fattispecie anche alle reclute (*tirones*) che compiano l'atto con l'obiettivo di '*castra fugire*'[169]; gli stessi imperatori, pochi anni dopo, inaspriscono il regime sanzionatorio con la previsione della vivicombustione del *tiro* (come previsto dal titolo in cui sono inserite entrambe le costituzioni), ma nulla esclude che la medesima pena fosse inflitta anche a chi fosse già arruolato, né che si tratti di legislazioni 'd'urgenza', considerata la diversità dei destinatari delle due costituzioni[170].

All'automutilazione si riconnette anche il diffondersi di una pratica sconosciuta tra i soldati nel periodo repubblicano e del principato, ma che a partire dal regno di Adriano pare divenire preponderante: il suicidio e il tentativo di suicidio del soldato[171]. La fattispecie è regolamentata da un rescritto

---

[166] Men. 3 *de re milit.* D. 49.16.6.6: *Si quis commilitonem vulneravit, si quidem lapide, militia reicitur, si gladio, capital admittit.*

[167] Cfr. la nt. 127.

[168] CTh. 7.22.1 (a. 319): Imp. Const. A. ad Octavianum. *Veteranorum liberos aptos militiae, quorum quidam ut desides recusant militarium munerum functionem, quidam adeo ignavi sunt, ut cum dispendio corporis militiae velint necessitatem evadere, iubemus, si ad militiam inutiles resectis digitis iudicentur, curialibus sine aliqua ambiguitate muneribus atque obsequiis adgregari.* Sulla costituzione, cfr. D. LIEBS, *Privilegien und Ständezwang in den Gesetzen Konstantins*, in *RIDA*, 24, 1954, pp. 297 ss., sopratutto p. 348, in cui l'autore afferma che: «die Soldaten und Veteranen unterwarf Konstantin ebenfalls früh dem Erbzwang.»; V. GIUFFRÈ, *«Iura» e «Arma»*, cit., pp. 3 ss.; R. DELMAIRE, *Étude sur les souscriptions de quelques lois du Code Théodosien: les lois reçues à Regium*, in *Institutions, société et vie politique dans l'Empire romain au IVe siècle ap. J.-C. Actes de la table ronde autour de l'œuvre d'André Chastagnol (Paris, 20-21 janvier 1989)*, Rome, 1992, pp. 315 ss.

[169] CTh. 7.13.4 (a. 367): Impp. Valentin. et Valens AA. ad magnum vic. urbis Romae. *Eos, qui amputatione digitorum castra fugiunt, secundum divi Constantini decretum tua sinceritas non sinat manus deformatione defendi, si quidem possint in quacumque rei publicae parte prodesse qui se sponte truncaverunt.*

[170] CTh. 7.13.5 (a. 368? 370? 373?): Impp. Valentin. et Valens AA. ad Viventium pp. Galliarum. *Si quis ad fugienda sacramenta militiae fuerit inventus truncatione digitorum damnum corporis expedisse, et ipse flammis ultricibus concremetur et dominus eius, qui non prohibet, gravi condemnatione feriatur.* Nulla esclude che l'irrogazione di un *summum supplicium* come la vivicombustione non possa riconnettersi all'idea di una spettacolarizzazione della morte con funzione di deterrente della reiterazione dell'atto, vista anche la costante minaccia dell'invasione dei popoli confinanti, ricordata da Amm. Marc. 26.4.5.

[171] Sul suicidio, anche del militare, v. E. VOLTERRA, *Sulla confisca dei beni dei suicidi*, in *RSDI*, 6, 1933, pp. 393 ss.; G. LONGO, *Il tentativo*, cit., pp. 58 s.; Y. GRISÉ, *Le suicide dans la Rome antique*, Paris, 1982, pp. 270 ss.; A. WACKE, *Il suicidio nel diritto romano e nella storia del diritto*, in

della cancelleria delll'imperatore e prevede che sia fatta una indagine sulla legittimità o meno dei motivi (elencati in modo tassativo) che potrebbero indurre il *miles* a compiere il gesto. Se il motivo è giustificabile, il soldato è *missus cum ignominia*; diversamente, il fatto è perseguito con la pena capitale e la confisca dei beni[172]. Qualora, invece, il gesto derivi da un precedente stato di ebbrietà o di eccessiva spensieratezza (*lascivia*), la sanzione prevista è la *militiae mutatio*[173].

Legata invece al secondo fattore, ossia all'affermarsi di un esercito stazionato in *castra stativa* posizionati nelle vicinanze di centri abitati, è la regolamentazione dei rapporti tra abitanti e *milites*[174]. L'eventuale tensione, che poteva crearsi a seguito di questa 'convivenza forzata', avrebbe spinto la cancelleria imperiale a emanare una serie di costituzioni, poi conservate nel titolo nono del settimo libro del codice teodosiano, derubricato '*De salgamo hospitibus non praebendo*'. Gli imperatori Costanzo e Costante, prima, Valentiniano I, Valente, Arcadio e Teodosio I, poi, emanano costituzioni di carattere generale con cui proibiscono ai militari di qualsiasi grado di esigere dai sudditi ogni genere di vettovagliamento e, complessivamente, a non vessare i provinciali, in quanto l'approvvigionamento militare è di pertinenza dell'amministrazione imperiale[175].

Studi in onore di Cesare Sanfilippo, III, Milano, 1983, pp. 679 ss.; TH. MAYER MALY, *'Conscientia'. Die Begegnung von Gewissen und Jurisprudenz*, in *'Sodalitas'. Scritti in onore di Antonio Guarino*, VII, Napoli, 1984, pp. 3619 ss.; M.R. DE PASCALE, *Sul suicidio del 'miles'*, in *Labeo*, 31, 1985, pp. 57 ss; A.D. MANFREDINI, *Il suicidio. Studi di diritto romano*, Torino, 2008, pp. 51 ss. V. GIUFFRÈ, *«Iura» e «Arma»*, cit., p. 182, nt. 265.

[172] Men. 3 *de re milit.* D. 49.16.6.7: *Qui se vulneravit vel alias mortem sibi conscivit, imperator Hadrianus rescripsit, ut modus eius rei statutus sit, ut, si impatientia doloris aut taedio vitae aut morbo aut furore aut pudore mori maluit, non animadvertatur in eum, sed ignominia mittatur, si nihil tale praetendat, capite puniatur. per vinum aut lasciviam lapsis capitalis poena remittenda est et militiae mutatio irroganda.* Ma si v. anche Paul Sent. 5.31.6, uguale a Paul. 5 *sent.* D. 48.19.38.12, su cui cfr., per quanto riguarda il profilo del tentativo, G. LONGO, *Il tentativo*, cit., pp. 58 s. Sul passo di Menandro e sulle probabili ragioni alla base della previsione legislativa, cfr. V. GIUFFRÈ, *Arrio Menandro*, cit., p. 45; ID., *«Iura» e «Arma»*, cit., p. 182, nt. 265; M.R. DE PASCALE, *Sul suicidio*, cit., pp. 59 ss; V. GIUFFRÈ, *Testimonianze*, cit., pp. 52 ss., nt. 35; J.H. JUNG, *Die Rechtsstellung*, cit., pp. 993 s.; I. RUGGIERO, *'De poenis militum'*, cit., pp. 274 ss. Il suicidio del *miles* è disciplinato anche in Ulp. 10 *ad Sab.* D. 28.3.6.6 e Pap. 14 *quaest.* D. 29.1.34 pr. per quanto attiene alla validità del testamento. Sul punto, v. J. VENDRAND-VOYER, *Normes civiques*, cit., 1983, pp. 218 ss.; T. BEGGIO, *Contributo allo studio*, pp. 138 ss., pp. 240 ss.

[173] Sulla possibilità che la parte finale di D. 49.16.6.7 chiudesse in origine D. 49.16.6.6, cfr. O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., col. 669, nt.1.; V. GIUFFRÈ, *Arrio Menandro*, cit., p. 45, nt. 98. *Contra* E. LEVY, *Die römische Kapitalstrafe*, cit., pp. 362 s.

[174] V. E. SANDER, *Das Recht des römischen Soldaten*, in *Rheinisches Museum für Philologie*, 101.2, 1958, pp. 209 ss.

[175] Cfr. CTh. 7.9.1 (a. 340); CTh. 7.9.2 (a. 340/361 = C.12.41.1); C. 12.37.3 (a. 364); CTh. 7.9.3 (a. 393).

In generale, entrambi questi elementi segnano il declino delle armate di Roma nel Tardoantico. Oltre alla problematica della cessione, anche a titolo oneroso, delle armi (su cui v. il § 4), l'organizzazione militare assume i contorni di un apparato in cui i soldati, ma soprattutto gli ufficiali, cercano di arricchirsi in maniera illecita, in quanto è venuta meno la possibilità di arricchirsi con i bottini di guerra[176]. Ecco che allora si persegue il graduato che impieghi i soldati per proprio tornaconto[177]; parimenti, si punisce, con la perdita del grado e con la multa del quadruplo di quanto percepito, il *dux* o il *tribunus* che abbia privato, appropriandosene, i soldati dell'intera paga oppure abbia accettato donativi per accordare licenze o congedi[178].

8. L'analisi compiuta consente di trarre svariate conclusioni che possono fornire la base per ulteriori studi sugli aspetti sostanziali dei *crimina* militari e del *crimen proditionis*. È certo, in primo luogo – ancorché ciò non sia strettamente connesso alla materia penale militare – che si possano definire determinate fattispecie, un tempo intese come 'reati qualificati', quali la *proditio* e il *transfugium*, come *crimina* la cui condotta può essere integrata da qualsiasi soggetto, senza che in quest'ultimo ricorra lo *status* di *miles*.

Inoltre, proprio un'approfondita comparazione tra le fonti giuridiche ed extragiuridiche ha permesso di ricostruire i profili genetici del *crimen proditionis*: quest'ultimo è l'accordo in cui dolosamente è previsto il tradimento in cambio di un premio, proposto da qualsiasi soggetto appartenente a una *civitas* e accettato da un soggetto estraneo alla *civitas*. Insomma, in seguito a quella che da Syme è definita la 'rivoluzione romana', la fattispecie della *proditio* diviene una delle sfaccettature della *laesio maiestatis*: il *crimen* si configura quindi come una *species* del *crimen laesae maiestatis*.

---

[176] Basta vedere Tac. *ann.* 1.17 per capire quale fosse la situazione economica dei militari già nel I sec. d.C.

[177] Macer 1 *de re milit.* D. 49.16.12.1: *Paternus quoque scripsit debere eum, qui se meminerit armato praeesse, parcissime commeatum dare, equum militarem extra provinciam duci non permittere, ad opus privatum piscatum venatum militem non mittere. nam in disciplina Augusti ita cavetur: "etsi scio fabrilibus operibus exerceri milites non esse alienum, vereor tamen, si quicquam permisero, quod in usum meum aut tuum fiat, ne modus in ea re non adhibeatur, qui mihi sit tolerandus".* La sanzione è inasprita nei secoli successivi, come dimostra il raffronto tra CTh. 7.1.15 (a. 396) e Nov. Iust. 116 (a. 542).

[178] C. 1.27.2.9a (a. 534): Imp. Iust. *Nam si usurpaverint memorati duces vel officia eorum seu tribuni commeatalem de militibus relinquere aut aliquod lucrum de eorum emolumentis subripere, hoc non solum in quadruplum iubemus publico dependere, sed etiam dignitate eos privari.*; C. 1.27.2.9b (a. 534): Imp. Iust. *Magis enim debent duces et tribuni supra deputata sibi emolumenta secundum labores suos de nostra largitate remunerationem sperare et non de commeatis militum aut de eorum stipendiis lucrum sibi adquirere, quoniam ideo ordinati sunt milites, ut per ipsos provinciae vindicentur: praecipue cum sufficienter et ipsis ducibus et officiis eorum emolumenta praestitimus et semper providimus unumquemque secundum labores suos ad meliores gradus et maiores dignitates perducere.*

Proprio in quel periodo, infatti, l'accentramento dell'*imperium militiae* in capo a una singola persona impone una 'riforma' in tema di *res militaris*: i comandanti militari (magistrati o legati imperiali) sono ora i rappresentanti del *princeps* e devono essere quindi privati di quella arbitraria *coercitio* che nell'età repubblicana permetteva loro di definire quali fossero i *crimina* militari e di decidere come sanzionarli. A ciò si collega la creazione di una disciplina della *res militaris* uniforme, quindi una *Systematisierung* delle varie fattispecie attinenti alla sfera militare che integrino una *laesa maiestatis* oppure un illecito da sanzionare nel solo ambito marziale. Tale intervento risponde anche al progressivo 'imbarbarimento' dell'esercito, in cui alle legioni composte da Romani – per tradizione educati al rispetto della *disciplina* – si sostituiscono milizie composte da stranieri o da cittadini privi di quel 'lascito' culturale che caratterizza qualsiasi *civis* dell'età della repubblica. È questa una trasformazione che non permette più che la disciplina militare sia '*tradita per manus*'[179]: in sostanza il periodo storico è tale per cui diventa imprescindibile una sistematizzazione dell'intera *res militaris*, attuata dalla cancelleria imperiale, il cui lascito è il titolo XVI tràdito nel XLIX libro del Digesto.

Il processo di *reductio ad unum* compiuto dai giuristi di questa magmatica materia è una mirabolante creazione: questi, infatti, intessono tra di loro i principi mutuati dall'esperienza repubblicana e li costituiscono come trama di quell'arazzo che è la disciplina militare postclassica. Dal patrimonio dell'età repubblicana, la cancelleria imperiale ricava e rielabora *crimina* che trovano nell'esempio delle precedenti epoche storiche la loro *ratio iuris*, ma che devono tuttavia adeguarsi alla nuova realtà storica, come nel caso della disposizione di Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.13 o di Men. 1 *de re milit.* D. 49.16.4.10. Nel IV-V secolo d.C., si assiste a un punto di rottura, dettato dal proliferare di nuove condizioni storiche e giuridiche. Il riflesso di questo distacco è il massiccio intervento imperiale che, con apposite *leges*, cerca di rallentare la deriva che ormai aveva preso l'organizzazione militare romana: quest'ultima non solo soffre il problema delle defezioni ma, da esercito difensore dei confini di Roma, si riduce talvolta a forza predatrice nei confronti dei medesimi sudditi che era chiamata a difendere.

Foggia, luglio 2025

[179] Cfr. Liv. 9.17.10.

ABSTRACT

Il contributo analizza la *proditio* e i *crimina* militari, ricostruendone i profili attraverso fonti giurisprudenziali, storiografiche e retoriche. La ricerca riconsidera la classificazione della *proditio*, distinguendola da *transfugium* e *perfugium*, e mostra l'assorbimento di questi ultimi nella *lex Iulia de maiestate*. Infine, lo studio evidenzia il passaggio da una regolamentazione discrezionale a *Systematisierung* dei *crimina* militari.

This article examines *proditio* and the military offenses in Roman law through juridical, historiographical, and rhetorical sources. The research revisits the traditional classification of *proditio*, distinguishes it from *transfugium* and *perfugium*, and highlights their incorporation into the *lex Iulia de maiestate*. Finally, this study emphasizes the shift from discretionary, case-based regulation to a *Systematisierung* of military *crimina*.

KEYWORDS

Proditio – *Crimina* militari – *Res militaris* – *Transfugium* – *Perfugium*
Proditio – Military *crimina* – *res militaris* – *Transfugium* – *Perfugium*

MARIA SARAH PAPILLO*

Il Codex Eurici e l'esperienza giuridica romana. Tra continuità e innovazione[**]

SOMMARIO: 1. Il *Codex Euricianus*. - 2. Il confronto con il *Breviarium*. - 2.1. Il comodato. - 2.2. La vendita. - 2.3. La successione. - 3. Tra conservazione ed evoluzione.

1. Nel 470 viene emanato, per volontà del re Eurico, il *Codex Euricianus*, probabilmente nella città di Tolosa.

La lettura del testo appare particolarmente complessa, poiché esso ci è pervenuto in forma incompleta grazie a un unico codice palinsesto (Paris. Lat. 12161) scoperto nella metà del diciassettesimo secolo. Il manoscritto si sostanzia in meno di una sessantina di frammenti, in alcune parti anche lacunosi, divisi in quattro rubriche, disponibili grazie all'edizione a cura Karl Zeumer, *Leges Visigothorum (Monumenta Germaniae Historica) Leges Nationum Germanicarum*, I, redatta nel 1902[1].

Una successiva ricostruzione del *Codex* è stata proposta da Alvaro d'Ors nel 1960, *El Código de Eurico. Edición, palingenesia, indices*, in *Estudios Visigothos* II[2].

L'edizione dello Zeumer rivela la sua grande importanza non solo perché pubblica, per la prima volta, il testo, pur incompleto, di tale legislazione, ma anche per le numerose indicazioni che l'autore fornisce nelle note. In queste, infatti, sono contenuti non solo i richiami ad altre compilazioni romano-barbariche ma anche puntuali rinvii a norme di diritto romano che risultano esserne il substrato legislativo-concettuale oltre che la matrice originale del *Codex Euricianus*.

---

* *Dottoressa di ricerca. Università degli Studi di Napoli Federico II*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review.*

[1] K. ZEUMER, *Leges Visigothorum (Monumenta Germaniae Historica) Leges Nationum Germanicarum*, I, Hannover-Lipsia, 1902.

[2] Alla quale fa seguito una seconda edizione, curata da Xavier d'Ors: A. D'ORS, *El Código de Eurico. Edición, Palingenesia, Indices*, in *Estudios Visigoticos II*, a cura di X. D'ORS, Madrid, 2014[2].

La successiva edizione del *Codex,* realizzata da Alvaro d'Ors, presenta invece i caratteri di un'opera composita: contiene infatti una ricostruzione ipotetica operata dall'autore dei titoli mancanti realizzata attraverso una lettura critica del *Liber Visigothorum* e della *Lex Burgundionum*, quali testi legislativi che, in parte, riportano quanto originariamente contenuto nel *Codex*, loro antecedente legislativo.

Lo studioso espone, dopo un inquadramento storico-giuridico della legge, un'ampia palingenesi dei frammenti nella quale, in modo lucido e approfondito, richiama le diverse norme di diritto romano che, secondo la sua autorevole opinione, si porrebbero come precedenti storici rispetto alla redazione voluta da Eurico, la quale quindi rappresenterebbe anche un momento di ulteriore evoluzione di alcuni principi già durante la legislazione tardo-imperiale trasformati.

Alvaro d'Ors affronta la discussione dell'effettiva natura formale di quello che comunemente, e da lui stesso, viene chiamato *Codex Euricianus* ma che tuttavia è formalmente un editto.

Per Eurico, continua l'autore, il momento in cui si disgrega l'impero romano d'Occidente si tradurrebbe non nella lacuna creatasi nel potere centrale, bensì nella scomparsa del prefetto di Arles, la cui figura egli andrebbe a sostituire[3]. Il re, quindi, opererebbe come prefetto della Gallia e intenderebbe, con il suo editto, sostituire il precedente.

Da questa ricostruzione deriverebbero determinate caratteristiche che lo studioso attribuisce al *Codex*.

In primo luogo, la valenza territoriale di tale legislazione[4], ancora poi il fatto che essa non abbia i caratteri della completezza e esaustività tipici delle opere codificatorie.

---

[3] A. D'ORS, *El Código*, cit., p. 5.

[4] L'affermazione della valenza territoriale del *Codex Euricianus* va inserita in un dibattito assai più ampio che coinvolge la produzione legislativa e più in generale gli ordinamenti giuridici nati nei regni romano-barbarici relativamente al quale si sono affermati orientamenti assai distanti tra loro. Argomento più dibattuto e sul quale possiamo individuare opposte scuole di pensiero è quello avente come oggetto proprio l'ambito di applicazione: il punto nodale è se per le leggi romano-barbariche sia da ritenere valido il principio di personalità o della territorialità. Il diritto romano sopravvive nei regni romano-barbarici e sono proprio le legislazioni del regno dei Visigoti, sia nel periodo dell'insediamento in Gallia sia in quello successivo, a permettere la continuazione della tradizione giuridica romana in Occidente. Si pone l'interrogativo su come le due culture, quella romana e quella gota, siano entrate in rapporto e come si sia passati dal

diritto di stirpe ad un diritto su base territoriale, su quale sistema si sia fondata la loro convivenza e durata. L'orientamento più risalente nel tempo adottato dagli storici condivide la tesi tradizionale della personalità del diritto (F. C. VON. SAVIGNY, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, vol. I, Heidelberg, 1834[2], p. 115 ss.; L. STOUFF, *Étude sur le principe de la personnalité des lois depuis les invasions barbares jusqu'au XII siècle*, Parigi, 1894; A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero Romano alla codificazione*, vol. I, Torino, 1896[2]; H. BRUNNER, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. I, Berlino, 1906[2], p. 383-399; E. M. MEIJERS, *L'histoire des principes fondamentaux de droit international privé à partir du Moyen Age*, Parigi, 1935; B. PARADISI, *Storia del diritto internazionale nel medio evo*, Milano, 1940, p. 439-519; G. ASTUTI, *Personalità del diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XII, 1965, p. 1088-1092; S. L. GUTERMAN, *The Principle of the Personality of Law in the Early Middle Ages: A Chapter in the Evolution of Western Legal Institutions and Ideas*, in *Univ. Miami Law Review*, 21, 1966, p. 261-348; M. LUPOI, *Alle origini del mondo giuiridico europeo. Saggio storico-comparativo*, Roma, 1994, p. 494-514 ed E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, vol. I, Roma, 1995). Un doppio ordinamento quindi, parallelo: per i Romani i re dei regni romano-barbarici prevedono specifiche *leges* e *iura*; per i sudditi barbari gli stessi sovrani realizzano diverse disposizioni legislative le quali, se da una parte accolgono fortemente l'influenza del diritto romano, non rompono la linea di continuità rispetto all'ordinamento consuetudinario precipuo di queste popolazioni (K. F. EICHHORN, *Deutsche Staat-und Resgetschichte*, vol. I, Gottinga, 1843; A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilprozess des gemeinem Rechts in geschichlicher Enwicklung*, vol. IV, Bonn, 1868 e H. BRUNNER, *Deustche,* cit.).

Loschiavo (L. LOSCHIAVO, *A proposito di ius speciale e personalità del diritto: ius militare e leges barbarorum*, in *Ravenna Capitale. L'esercito romano e l'alba dell'Europa*, Santarcangelo di Romagna, 2020, p. 187 ss.) relativamente alla teoria della personalità del diritto osserva come al suo interno, al fine di rintracciare la matrice di questo principio, sono sorti due approcci. Secondo la tesi "germanista" l'applicazione personale del diritto deriva dalla forma *mentis* dei Germani, poiché i loro gruppi sociali più antichi sorgevano "dallo stare insieme delle persone" e non in virtù di un determinato territorio occupato (anche perché si tratta di società sorte come nomadi). Secondo, invece, la teoria "romanista" l'attenzione deve esser rivolta al fatto che i Romani hanno, nella maggior parte dei casi, consentito alle popolazioni da loro conquistate, di mantenere il loro diritto. Poiché nessuna delle due tesi è scevra di problematiche su queste ha finito per prevalere quella in virtù della quale il principio della personalità del diritto è il derivato delle invasioni e del periodo di grande confusione durante il quale sorgono i cosiddetti regni romano-barbarici (L. LOSCHIAVO, *A proposito,* cit., p. 188; A. ESMEIN, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, Parigi, 1906, p. 54, nt. 3 e S. L. GUTERMAN, *The Principle The Principle of the Personality of Law in the Early Middle Ages: A Chapter in the Evolution of Western Legal Institutions and Ideas*, in *Univ. Miami Law Review,* 21, 1966, p. 261, nt.2.). Il principio della personalità ha iniziato ad esser messo in discussione seguendo la strada tracciata da Ernest Levy (E. LEVY, *West Roman Vulgar Law. The Law of Property*, Philadelphia, 1951) sul cosiddetto diritto romano volgare. Tale concetto, legato indissolubilmente anche alle leggi romano-barbariche e al come esse possano essere studiate anche come prezioso strumento grazie al quale ricostruire l'evoluzione del diritto romano negli anni che le precedono e, soprattutto, quale strumento che ha traghettato l'esperienza giuridica romana nel tempo e nella cultura, è assai ampio, non privo di problematiche e foriero di numerose riflessioni. Appare preziosa la ricostruzione condotta da S. ROMEO, *L' appartenenza e l'alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi,* Milano, 2010, p. 370 ss. L'espressione 'diritto volgare' è stata introdotta nel 1880 da Heinrich Brunner (H. BRUNNER, *Zur Rechtsgeschichte Der Romischen Und Germanischen Urkunde,* vol. I, Berlino, 1880). Il germanista estende il rapporto intercorrente tra il latino volgare e quello letterario al diritto individuando in tal modo il diritto volgare come quello applicato nella prassi dai provinciali, un diritto rispondente ai bisogni pratici, forma degenerativa del diritto romano puro. Mitteis (L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, Lipsia, 1891) quale romanista riprende il concetto concentrando i suoi studi sulla distinzione tra diritto ufficiale e diritto locale ma è sicuramente Levy colui che si dedica maggiormente allo studio del diritto volgare (E. LEVY, *West Roman,* cit.). Secondo il suo approccio il diritto volgare si

Il *Codex Euricianus*, per volontà del monarca, ha efficacia su tutto il territorio e la sua forza legislativa coinvolge tutti i sudditi[5], questo[6] è voluto da Eurico, monarca che d'Ors inserisce nel percorso già tracciato dai precedenti prìncipi romani che promulgano leggi, sottolineando il fatto che il re è il primo legislatore romano successivo all'ufficiale caduta dell'impero Occidentale.

Anche la mancanza di formalità e di retorica dell'opera non dovrebbe, a mio avviso, far pensare diversamente: il *Codex* si presenterebbe, infatti quale risultato del momento storico nel quale un sistema intero è ormai giunto al termine e di certo Eurico non ha a sua disposizione una cancelleria imperiale paragonabile a quelle precedentemente esistenti.

Egli opererebbe in un clima ancora di grande confusione e leggerebbe la scomparsa dell'impero romano non come evento dalla portata universale, ma ben più ristretta: nella pratica essa si tradurrebbe nel poter sostituire il prefetto del pretorio di Arles e, quindi, come nuovo prefetto emanare il suo editto.

Questo spiegherebbe sia come il *Codex* possa intendersi quale legge avente valore generale sia la scarsità dei temi in essa trattati. Eurico avrebbe deciso di redigere nuove norme dirette solo alle fattispecie considerate da lui più delicate o importanti. Quanto non espressamente regolamentato avrebbe come riferimento normativo il diritto romano, la cui generale applicazione sarebbe considerata necessaria e quasi naturale.

All'interno del *Codex* è possibile individuare tracce delle consuetudini germaniche ma ciò non ne fa una legge germanica poiché esso s'inserisce

---

concretizza nelle norme sorte dalla pratica che si manifesta nei tribunali e sorgerebbe solo dopo Costantino.

La sua visione di un diritto romano volgare contrapposto ad un diritto romano classico viene ripresa anche da Kaser (M. KASER, *Das römische Privatrecht. II - Die nachklassischen Entwicklungen*, Monaco, 1959, e successivamente è stata oggetto di revisione da parte della dottrina che ha approcciato al volgarismo come fenomeno generale (A. GUARINO, *'Vulgarismus' e diritto privato postclassico*, in *Labeo,* 6, 1960, p. 97 ss.).

[5] Negli anni '40 Alfonso Garcia Gallo (A. GARCIA GALLO, *Nacionalidad y territoralidad del Derecho en la época visigoda*, in *Anuario de historia del derecho español,* 13, 1936-41, p. 91-124) e nel decennio successivo l'allievo Alvaro d'ors (A. D'ORS, *La territorilitad del derecho de los Visigodos*, in *I Goti in Occidente. problemi. Settimane di studio del Centro italiano di studi sull'alto medioevo III*, Spoleto, 1956, p. 363-408 e dello stesso autore *El Código de Eurico* cit. affermano il principio della territorialità relativamente al regno visigoto (rispetto quindi al *Codex Euricianus* e al *Breviarium,* poiché relativamente alla *Lex Visigothorum* e alla sua efficacia territoriale non erano mai sorti dubbi). Questi, infatti, sostengono che sin dalle origini le leggi dettate nei territori romano-barbarici e, in particolar modo, nel regno dei Visigoti, siano da considerarsi vincolanti e valide per tutti i sudditi, senza che sia mai stato applicato il principio di personalità del diritto.

[6] A. D'ORS, *El código,* cit., p. 3 ss.

perfettamente nella cultura giuridica dei Romani nella Gallia meridionale della seconda metà del V secolo, lo stesso ambiente nel quale, secondo alcune tesi, sorgono le *Interpretationes* che verranno accolte nel *Breviarium*[7].
Il legame tra *Codex Euricianus* e diritto romano, inoltre, secondo il d'Ors, sarebbe dovuto all'influenza culturale che Roma, anche sotto questo aspetto, avrebbe sempre avuto sui Visigoti e al fatto che lo stesso ministro del re (colui che presiede la stesura di tale provvedimento) León de Narbona, abbia una formazione culturale e giuridica romana (cosa che si ripeterà anche per le successive leggi romano-barbariche).

2. Prendendo in esame i richiami alle fonti romane indicati nelle note dell'edizione del *Codex Euricianus* a cura di Karl Zeumer è possibile tracciare un percorso di continuità con la successiva produzione legislativa romano-barbarica e, in quest'ottica, appare interessante porre l'attenzione, nello specifico, ai riferimenti alla *Lex Romana Visigothorum*.

Il confronto tra *Codex Euricianus* e *Breviarium*, pur se concettualmente incongruo poiché il secondo è successivo al primo, offre tuttavia spunti interessanti.

---

[7] Sulla paternità delle *Interpretationes* la prima ipotesi avanzata è quella secondo la quale esse siano state redatte dagli stessi compilatori del *Breviarium*, proprio in occasione della codificazione, tesi, già sostenuta da Gotofredo e, poi, dal Savigny (F. C. VON SAVIGNY, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalters*, Heidelberg, 1854, la cui traduzione italiana è stata curata da E. BOLLATI, *Storia del diritto romano nel medioevo*, Torino 1854, nello specifico la tesi si ritrova nel primo volume della traduzione, p. 35 ss.). Come asserito da Cannata (C. A. CANNATA, *I rinvii al 'ius' nella 'interpretatio' al Codice Teodosiano*, in *SDHI*, 28, 1962, p. 292-315 = C. A. CANNATA, *Scritti scelti di diritto romano*, vol. I, L. VACCA [a cura di], Torino, 2011, p. 79-98) quest'orientamento iniziale è stato superato e oggi la dottrina appare compatta nel sostenere che le *Interpretationes* siano il frutto di una compilazione operata su commentari previsigotici, diversi per origine e data, redatti verosimilmente nel V secolo in Gallia o in Italia (C. A. CANNATA, *I rinvii,* cit., p. 80: «Gli argomenti principali sui quali questa tesi si basa, a parte alcune considerazioni di carattere filologico, sono due, e furono messi in luce dal Fitting, poi sviluppati, specie il secondo, dal Wieacker. Anzitutto, ci sono pervenute alcune *interpretationes* al di fuori del Breviario: ciò vale ad escludere che l'*interpretatio* debba ritenersi fenomeno esclusivamente della compilazione alariciana. In secondo luogo, si riscontrano, tra *interpretatio* e *interpretatio* [fra quelle alle costituzioni dello stesso titolo], tali differenze, che non si potrebbero spiegare senza ammettere che i compilatori abbiano attinto a fonti distinte. Si tratta invero di differenze profonde, che risalgono ad un difforme criterio interpretativo»). Ovviamente non si può escludere che alcune delle *interpretationes* siano da attribuire proprio ai compilatori, che avrebbero modificato in diversi modi quelle già redatte, al fine di adattarle e renderle coerenti con l'intera compilazione.

A fronte di una fonte a noi pervenuta in modo esiguo e lacunoso la cui esclusiva lettura, oltre che tecnicamente assai difficile non ci restituirebbe in modo completo una visione esaustiva, il lavoro così condotto consente di comprendere quanto il *Codex* s'inserisca in modo quasi organico nell'*iter* temporale della produzione legislativa romana, nonostante il contesto appaia ben distante.
Può quindi essere utile analizzare singoli frammenti del *Codex* e i relativi passi del *Breviarium* richiamati dallo Zeumer.

2.1. Il primo passo del *Codex Euricianus* da me esaminato è contenuto nel titolo *De commendatis vel commodatis*, il frammento 283[8].

Zeumer individua rispetto a tale frammento un richiamo: *Breviarium* 2.31.1 (= CTh. 2.31.1)[9].

Rispetto alla disciplina dettata dalla *Lex Romana Visigothorum* quella contenuta nel *Codex Euricianus* appare certo simile, anche se particolarmente semplificata.

Infatti, nella costituzione e nella sua *interpretatio* si fa riferimento a diversi soggetti subordinati "*servo, colono, conductori, procuratori*" laddove il *Codex* parla solo di servi.
Inoltre, nella costituzione del Teodosiano troviamo riferimenti espressi ad azioni civili "*Dominos ita constringi manifestum est actione praetoria, quae appellatur*" delle quali non troviamo menzione nell'*interpretatio* così come nel passo euriciano.

---

[8] C.E. 283: [1] *Quod nesciente domino servis fuerit commendatum, si id perierit, dominus servi nullum damnum incurrat. Suae enim inpotet culpae qui servo ali<eno res suas commendaverit domino nesciente*. [2] *Similis et de commodatis forma servetur*. >

[9] *Impp. Honorius Et Theodosius Aa. Ioanni Pf. P. Post Alia: Dominos ita constringi manifestum est actione praetoria, quae appellatur Quod iussu, si certam numerari praeceperint servo actorive pecuniam. Igitur in perpetuum edictali lege sancimus, ut, qui servo, colono, conductori, procuratori actorive possessionis pecuniam commodat, sciat, dominos possessionum cultoresve terrarum obligari non posse. Neque familiares epistolas, quibus homines plerumque commendantur absentium, in id trahere convenit, ut pecuniam quoque, quam non rogatus fuerat, impendisse se pro praediis mentiatur: quum, nisi specialiter, ut pecuniam commodet, a domino fuerit postulatus, idem dominus teneri non possit; creditaque quantitate mulctari volumus creditores, si huiusmodi personis non iubente domino, nec fideiussoribus specialiter acceptis fuerit commodata pecunia. Dat. V. Id. Iul. Ravenna, Honorio Xiii, Et Theodosio X. Aa. Coss.*

Interpretatio. Nullus dominum ad reddendum debitum, sicut hucusque fiebat, adstringat, nisi servo suo vel actori pecuniam rogante domino praestitisse convicerit. Et ideo si quis servo, colono, conductori, procuratori vel actori pecuniam non rogante domino dederit, sciat, dominos terrarum propter hoc debitum nullatenus posse teneri; sed qui non rogante domino pecuniam talibus personis crediderint aut fideiussores non acceperint, ea, quae commodata sunt, se noverint perdituros, nec a domino posse reposci.

Il passo 283 del *Codex Euricianus* si presenta come estremamente sintetico anche confrontato all'*interpretatio* della costituzione il cui testo è già più snello rispetto a quest'ultima.
Per una corretta lettura del passo può essere utile la riflessione di Sandro-Angelo Fusco proprio relativamente alla costituzione richiamata in nota e alla relativa rubrica del *Codex Euricianus*[10].

Lo studioso affronta in modo critico il prevalente pensiero in virtù del quale il mutamento, la scomparsa o la semplificazione di alcuni istituti e delle relative discipline sarebbero da attribuire alla "decadenza post-classica"[11], sostenendo l'ipotesi che tali mutamenti affonderebbero le loro radici in periodi precedenti (dal III secolo in poi) continuando poi con il trascorrere del tempo in virtù del mutare della realtà economica e sociale.

L'attenzione di Fusco viene posta anche sulla costituzione di Onorio del 422, CTh. 2.31.1 appunto, nella quale è presente "un comportamento negoziale" quale il *commodare pecunia* piuttosto che una "fattispecie negoziale" come il *commodatum pecuniae*[12].

L'elaborazione di un concetto di comodato avente ad oggetto un bene consumabile, ben distante dall'originario istituto in virtù del quale l'oggetto dato al comodatario deve essere inconsumabile, corporale e doveva, dopo esser stato usato, esser reso al comodante[13], è presente già in un periodo anteriore. A

---

[10] S.-A. FUSCO, *L'evolversi della categoria del "credere" nell'Occidente visigoto: dal Codice Euriciano ad Isidoro di Siviglia*, in *Ravenna Capitale. Uno sguardo ad Occidente. Romani e Goti – Isidoro di Siviglia*, Santarcangelo di Romagna, 2012, p. 81-99.

[11] S.-A. FUSCO, *L'evolversi*, cit., p. 89.

[12] S.-A. FUSCO. *L'evolversi*, cit. p.89.

[13] Introdotto dallo *ius honorarium* il *commodatum* rientra tra le *obligationes re contractae* in senso improprio (Gai. 2 D. 44.1.2-6: [2] *Re contrahitur obligatio mutui datione. mutui autem datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensurave constant, veluti vino oleo frumento pecunia numerata, quas res in hoc damus, ut fiant accipientis, postea alias recepturi eiusdem generis et qualitatis.* [3] *Is quoque, cui rem aliquam commodamus, re nobis obligatur, sed is de ea ipsa re quam acceperit restituenda tenetur.* [4] *Et ille quidem qui mutuum accepit, si quolibet casu quod accepit amiserit, nihilo minus obligatus permanet: is vero qui utendum accepit, si maiore casu, cui humana infirmitas resistere non potest, veluti incendio ruina naufragio, rem quam accepit amiserit, securus est. alias tamen exactissimam diligentiam custodiendae rei praestare compellitur, nec sufficit ei eandem diligentiam adhibere, quam suis rebus adhibet, si alius diligentior custodire poterit. sed et in maioribus casibus, si culpa eius interveniat, tenetur, veluti si quasi amicos ad cenam invitaturus argentum, quod in eam rem utendum acceperit, peregre proficiscens secum portare voluerit et id aut naufragio aut praedonum hostiumve incursu amiserit.* [5] *Is quoque, apud quem rem aliquam deponimus, re nobis tenetur: qui et ipse de ea re quam acceperit restituenda tenetur. sed is etiamsi neglegenter rem custoditam amiserit, securus est: quia enim non sua gratia accipit, sed eius a quo accipit, in eo solo tenetur, si quid dolo perierit: neglegentiae vero nomine ideo non tenetur, quia qui neglegenti amico rem custodiendam committit, de se queri debet. magnam tamen neglegentiam placuit in doli crimine cadere.* [6] *Creditor quoque, qui pignus accepit, re tenetur: qui et ipse*

dimostrazione di ciò lo studioso richiama fonti precedenti[14] nelle quali è già possibile individuare il concetto di un comodato di denaro che si sarebbe, a suo avviso, già configurato negli ultimi anni della Repubblica[15].

L'autore continua sostenendo che il comodato così inteso sarebbe stato accolto nella costituzione del Teodosiano (CTh. 2.31.1) e recepito nel Breviario poiché in tal modo si sarebbe garantita tutela ai piccoli proprietari terrieri nei confronti di coloro che vantavano un credito contratto con soggetti subordinati ai primi[16]. L'istituto quindi, la cui trasformazione sarebbe di gran lunga antecedente, è stato ripreso in virtù di una nuova esigenza di protezione di una classe sociale (quindi alla luce di un nuovo contesto sociale ed economico).

Si assiste ad un percorso giuridico che vede un sempre più chiaro mutamento del diritto romano non da intendersi in chiave negativa, bensì come necessario adeguamento di un sistema giuridico non solo per sopravvivere teoricamente (quale esclusivo oggetto di studi e speculazioni) ma anche e soprattutto come diritto vigente e facilmente applicabile in scenari nuovi[17].

---

de ea ipsa re quam accepit restituenda tenetur.), nelle quali la *traditio rei* non comporta il trasferimento della proprietà del bene. Il comodante consegna al comodatario una *res* affinché questi, a titolo gratuito, la usi per il proprio comodo. Il bene (mobile o immobile) deve essere corporale e inconsumabile. Il comodatario ha l'obbligo di restituire alla controparte integra la *res* oggetto del *commodatum* della quale egli è esclusivamente detentore. Relativamente alla sua disciplina: I. 3.14.2: *Item is cui res aliqua utenda datur, id est commodatur, re obligatur et tenetur commodati actione. sed is ab eo qui mutuum accepit longe distat: namque non ita res datur ut eius fiat, et ob id de ea re ipsa restituenda tenetur. et is quidem qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu quod accepit amiserit, veluti incendio, ruina, naufragio aut latronum hostiumve incursu, nihilo minus obligatus permanet. at is qui utendum accepit sane quidem exactam diligentiam custodiendae rei praestare iubetur, nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse quantam suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterit eam rem custodire: sed propter maiorem vim maioresve casus non tenetur, si modo non huius culpa is casus intervenerit: alioquin si id quod tibi commodatum est peregre ferre tecum malueris, et vel incursu hostium praedonumve vel naufragio amiseris, dubium non est quin de restituenda ea re tenearis. commodata autem res tunc proprie intellegitur, si nulla mercede accepta vel constituta res tibi utenda data est. alioquin mercede interveniente locatus tibi usus rei videtur: gratuitum enim debet esse commodatum*; Pomp. 5 *ad sab*. D. 13.6.8: *Rei commodatae et possessionem et proprietatem; retinemus*; Ulp. 28 *ad ed*. D.13.6.5.10: *Interdum plane dolum solum in re commodata qui rogavit praestabit, ut puta si quis ita convenit: vel si sua dumtaxat causa commodavit, sponsae forte suae vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur, vel si quis ludos edens praetor scaenicis commodavit, vel ipsi praetori quis ultro commodavit.*

[14] Gai. 1 D. 13.6.4: *Saepe etiam ad hoc commodantur pecuniae, ut dicis gratia numerationis loco intercedant.*; Ulp.7 *disp.* D. 12.1.18.1: *Si ego quasi deponens tibi dedero, tu quasi mutuam accipias, nec depositum nec mutuum est: idem est et si tu quasi mutuam pecuniam dederis, ego quasi commodatam ostendendi gratia accepi: sed in utroque casu consumptis nummis condictioni sine doli exceptione locus erit.*

[15] S.-A. FUSCO, *L'evolversi*, cit., p. 91.

[16] S.-A. FUSCO, *L'evolversi*, cit., p. 91.

[17] Il richiamo alle consuetudini dei popoli germanici contenuti nel *Codex Euricianus* è elemento caratterizzante l'intero testo legislativo. La presenza in esso non solo di elementi del diritto romano ma anche di diritto germanico è riconosciuta anche dal d'Ors, il quale elegge proprio il Codice Euriciano a monumento di diritto romano volgare.

In quest'ottica il passo 283 del C.E. e più in generale l'esistenza della rubrica che lo contiene dimostrerebbe che, nelle singole disposizioni in essa contenute, l'espressione *commodare pecuniam* possa intendersi come un comodato di denaro, lo stesso disciplinato, appunto da CTh. 2.31.

Il *Codex Euricianus*, riconducendo ad unità la figura del comodato e del mutuo, mostra non solo la volontà dei compilatori di operare una semplificazione di precedenti istituti[18] ma presenta il punto d'arrivo, cronologicamente e giuridicamente, di un lungo percorso[19].

2.2. Tre passi del *Codex Euricianus,* contenuti nel titolo *De Venditionibus*, sono interessanti da leggere e confrontare con quanto appare nell'edizione di Zeumer: i frammenti 286, 289 e il 298.

Relativamente al passo 286[20] Zeumer nella relativa nota richiama *Breviarium* 3.1.9 (= CTh. 3.1.9)[21].

Nel passo del C.E., che apre la rubrica sul tema della vendita, sono indicati i requisiti per la validità di questa: è richiesto un atto scritto, in mancanza del quale è sufficiente la dazione del prezzo davanti a testimoni.

Viene prevista l'invalidità dell'atto (nello specifico la sua nullità) nel caso in cui si sia addivenuti alla decisione di vendere a causa di minaccia (di morte o cattura).

Risulta a mio avviso interessante notare come nel Codice Euriciano, relativamente alla vendita si assista a un importante cambiamento rispetto allo schema originario *dell'emptio-venditio*.

La compravendita nella forma dell'*emptio-venditio* rientra nella categoria delle *obligationes consensu contractae*[22] le quali sorgono esclusivamente grazie alla

---

[18] S.-A. FUSCO, *L'evolversi*, cit., p. 96.

[19] S.-A. FUSCO, *L'evolversi*, cit., p. 95.

[20] C.E. 286: [1] *Venditio per scripturam facta plenam habeat firmitatem.* [2] *Si etiam scriptura facta non fuerit, datum praetium testibus conprobatur, et emptio habeat firmitatem.* [3] *Venditio si fuerit violenter extorta, id est per metum mortis aut per custodiam, nulla valeat ratione.*

[21] *Impp. Honorius et Theodosius ea. ad populum. Venditiones, donationes, transactiones, quae per potentiam extortae sunt, praecipimus infirmari. Dat. xiii k. mart.Constantinopoli Honorio x etTtheodos vi aa. conss.*

Interpretatio. Sciant omnes, quaecumque a potentioribus personis oppressi aut donaverint aut vendiderint, posse revocari.

[22] Gai. 3.89: *Et prius uideamus de his, quae ex contractu nascuntur. harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut uerbis aut litteris aut consensu.*

manifestazione del consenso[23]: non sono infatti richieste né parole specifiche da pronunciare né la redazione di un determinato atto scritto; la libertà di forma è quindi caratteristica precipua.

La definizione dell'*emptio-venditio* è rinvenibile nelle *Institutiones* di Gaio[24]: essa, come noto, è un contratto consensuale bilaterale in virtù del quale il *venditor* assume l'obbligo di trasferire all'*emptor* la definitiva e pacifica disponibilità di una *res* mentre l'*emptor* si obbliga a trasferire una somma di denaro alla controparte.

Tale obbligazione rappresenta un'ipotesi che rimarrà isolata nel tempo: la funzione sociale realizzata dalla vendita ha conosciuto e conoscerà una diversa disciplina.

In età arcaica, infatti, lo *ius* civile, prevedeva la *mancipatio*, la *in iure cessio* e la *traditio* quali atti che potevano essere posti in essere al fine di trasferire una *res* (*mancipi* con il primo istituto, *nec mancipi* con gli altri due) dietro la corresponsione di un prezzo. Si aveva un concomitante scambio tra *res* e prezzo, quindi si realizzava in tal modo una vendita a contanti alla quale venivano riconosciuti effetti reali.

La necessità di uno schema diverso per la compravendita nasce con il trascorrere del tempo: l'economia di Roma conosce il commercio via mare con

---

[23] Gai. 3.136: *Emptio et uenditio contrahitur, cum de pretio conuenerit, quamuis nondum pretium numeratum sit ac ne arra quidem data fuerit. nam quod arrae nomine datur, argumentum est emptionis et uenditionis contractae.*

[24] Gai. 3.139-141: [139] *Emptio et uenditio contrahitur, cum de pretio conuenerit, quamuis nondum pretium numeratum sit ac ne arra quidem data fuerit; nam quod arrae nomine datur, argumentum est emptionis et uenditionis contractae.* [140] *Pretium autem certum esse debet. nam alioquin si ita inter nos conuenerit, ut, quanti Titius rem aestimauerit, tanti sit empta, Labeo negauit ullam uim hoc negotium habere; cuius opinionem Cassius probat. Ofilius et eam emptionem et uenditionem; cuius opinionem Proculus secutus est.* [141] *Item pretium in numerata pecunia consistere debet. nam in ceteris rebus an pretium esse possit, ueluti homo aut toga aut fundus alterius rei <pretium esse possit>, ualde quaeritur. nostri praeceptores putant etiam in alia re posse consistere pretium; unde illud est, quod uulgo putant per permutationem rerum emptionem et uenditionem contrahi, eamque speciem emptionis uenditionisque uetustissimam esse; argumentoque utuntur Graeco poeta Homero, qui aliqua parte sic ait:*

ἔνθεν ἄρ οἰνίζοντο κάρη κομόωντες Ἀχαιοί,
ἄλλοι μὲν χαλκῷ, ἄλλοι δ᾽ αἴθωνι σιδήρῳ,
ἄλλοι δὲ ῥινοῖς, ἄλλοι δ᾽ αὐτῇσι βόεσσιν,
ἄλλοι δ᾽ ἀνδραπόδεσσι

et reliqua. diuersae scholae auctores dissentiunt aliudque esse existimant permutationem rerum, aliud emptionem et uenditionem; alioquin non posse rem expediri permutatis rebus, quae uideatur res uenisse et quae pretii nomine data esse, sed rursus utramque rem uideri et uenisse et utramque pretii nomine datam esse absurdum uideri. sed ait Caelius Sabinus, si rem tibi uenalem habenti, ueluti fundum, [acceperim et] pretii nomine hominem forte dederim, fundum quidem uideri uenisse, hominem autem pretii nomine datum esse, ut fundus acciperetur.

le altre popolazioni del Mediterraneo e in seno a questi nuovi rapporti commerciali diviene necessario utilizzare un diverso tipo d'istituto dal quale sorge l'obbligo di effettuare successivamente la consegna della cosa così come la dazione del prezzo, probabilmente scevro di qualsiasi formalismo e ritualità.

Dalla lettura di alcune fonti[25] parrebbe che all'inizio del II secolo a.C. questo schema di compravendita consensuale, diffusosi nel secolo precedente all'interno della *iurisdictio* peregrina, sia stato recepito e utilizzato anche tra i *cives* grazie allo *ius honorarium* (il pretore iniziò a prevedere una tutela giurisdizionale per tale atto); sorge così l'*emptio-venditio*, utilizzabile tra i cittadini privati (negozio *iuris gentium* a differenza della *mancipatio* e degli altri atti ad essa coevi) e configurata come un contratto per la conclusione del quale è sufficiente il semplice consenso delle parti e con effetti obbligatori.

Nell'età tardo-antica (probabilmente intorno alla fine del III e l'inizio del IV secolo) si assiste ad un mutamento ancora ulteriore che principierebbe con la cospicua legislazione di Costantino in tema di vendita[26], probabilmente ispirata anche al diritto greco-ellenico. L'*emptio-venditio* diviene obbligazione avente effetti reali: la proprietà si trasferisce in virtù dell'accordo delle parti, del pagamento del prezzo e nel caso di bene immobile è richiesta la redazione di un atto scritto.

La disciplina della compravendita sarà anche oggetto della compilazione di Giustiniano ma è proprio in essa che parrebbe sorgere un certo disordine che alimenta ancora numerose discussioni tra gli studiosi.

Originariamente, quindi, elemento caratterizzante dell'*emptio-venditio* è da individuare proprio nell'effetto obbligatorio e suo elemento costitutivo è il consenso delle parti per la manifestazione del quale non è previsto nessun obbligo di forma. Nel passo 286 del *Codex Euricianus*, invece, si ritiene necessaria, per la validità dell'atto, la forma scritta o la dazione del prezzo effettuata innanzi a testimoni. Anche in questo caso il Codice di Eurico si

---

[25] Cel. 8 *dig.* D. 19.1.38: *Si per emptorem steterit, quo minus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitatem posse servari sextus aelius, drusus dixerunt, quorum et mihi iustissima videtur esse sententia.*

[26] Paradigmatica del mutamento radicale della disciplina in tema di vendita appare essere una costituzione dell'imperatore, riportata nei *Fragmenta Vaticana* e parzialmente recepita nel Codice Teodosiano (CTh. 3.1.2.1) datata in quest'ultimo nel 377. Fragm. Vat. 35.4: *Id etiam volumus omnibus intimari nostrae clementiae placuisse neminem debere ad venditionem rei cuiuslibet adfectare et accedere, nisi eo tempore, quo inter venditorem et emptorem contractus sollemniter explicatur, certa et vera proprietas vicinis praesentibus demonstretur: usque eo legis istius cautione currente, ut etiamsi subsellia vel ut vulgo aiunt scamna vendantur, ostendendae proprietatis probatio compleatur.*

presenta come testo nel quale confluisce, per alcuni istituti giuridici, il lungo processo attraverso il quale, con il trascorrere degli anni e con il mutare delle esigenze economiche e sociali, essi erano andati a mutare nelle loro forme e nella loro disciplina[27].

Nella costituzione contenuta nel *Breviarium* (Brev. 3.1.9 [= CTh. 3.1.9] oltre che di vendita si parla anche di donazione e transazione (che non sono invece menzionate nel C.E.).

In modo più specifico la costituzione richiama la vendita, la transazione e la donazione quali istituti per i quali la nullità è prevista in caso di volontà viziata: "*Venditiones, donationes, transactiones*".

Nell'*interpretatio* alla stessa non si trova più il richiamo alla transazione, ma solo alla vendita e alla donazione; mentre nel passo del C.E. troviamo menzionata solo la vendita.

Sia nella costituzione del *Codex Theodosianus* accolta nel *Breviarium*, CTh. 3.1.9 (= Brev. 3.1.9) che nel frammento 286 del *Codex Euricianus* una volontà non formatasi in modo genuino comporta la nullità dell'atto.

Eurico quindi accoglie il principio romano di nullità per volontà viziata, ma nel passo esaminatosi fa riferimento solo alla vendita e ciò probabilmente rispecchia una realtà sociale ed economica molto più semplice di quella che viene disciplinata dalla costituzione e dall'interpretazione.

Gli estensori del *Codex*, al pari dei suoi destinatari, non hanno una spiccata sensibilità culturale e giuridica, a differenza di quanto invece si evince non solo dal contenuto del *Breviarium*, ma anche dal modo in cui esso viene strutturato e dalla descrizione degli stessi lavori compilatori posti in essere per la sua realizzazione[28].

---

[27] Sul tema assai ampio dell'evoluzione dell'*emptio-venditio* la letteratura appare immensa, mi limito per questo motivo a richiamare alcuni contributi significativi: E. LEVY, *West roman vulgar law 1.The law of Property*, Philadelphia, 1951, p. 128 ss.; C. DUPONT, *La vente dans les constitution de Constantin*, in *RIDA*, 2, 1955, p. 237- 262; P. VOCI, *Tradizione, donazione, vendita da Costantino a Giustiniano*, in *IURA*, 38, 1987, p. 110 ss.; M. SARGENTI, *La compravendita nel tardo diritto. Indirizzi normativi e realtà sociale,* in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, vol. II, Milano, 1982, p. 341-364; A. PALMA, *Donazione e vendita advocata vicinitate*, in *Index*, 20, 1992, p. 477 ss.; U. AGNATi, *Costantino abolisce la privata testatio*, in *Teoria e Storia del diritto privato*, vol. V, 2012, p. 1-40 e F. FASOLINO, *Forme di pubblicità degli atti di alienazione nel tardo antico: dall'intervento dei vicini all'insinuatio apud acta, in Ravenna Capitale. Disciplina degli atti negoziali inter vivos nelle fonti di IV - VII secolo, in Occidente*, Santarcangelo di Romagna, 2019, p. 131-143.

[28] R. LAMBERTINI, *La codificazione di Alarico II*, Torino, 1991[2], p. 6 ss.; M. CARINI, *Le leggi romano-barbariche tra retorica e politica. Rivista Di Cultura Classica e Medioevale* 47, n.1, 2005, p. 97–

La disposizione è caratterizzata infatti da grande semplicità riferendosi solo alla vendita e non richiamando fattispecie diverse, disciplinate altrove.

Notiamo anche come nel *Breviarium* sia prevista esclusivamente la nullità per volontà viziata, nel C.E. questa stessa precisazione (che viene però circoscritta alla minaccia di morte o di cattura) segue la disposizione circa la validità della vendita, il momento in cui essa si perfeziona.
Inoltre, non solo si perde il riferimento alla *res* oggetto e alle diverse forme quindi di vendita ma si citano esclusivamente il requisito dell'esistenza di un atto scritto o la dazione del prezzo avvenuta davanti ad altri che possano testimoniarlo, affinché la vendita si perfezioni e sia valida.

Così disciplinata, nei suoi caratteri generali, la fattispecie diviene istituto quasi elementare e sensibile, dunque, alle contaminazioni del diritto romano tardo-antico e del nuovo quanto diverso contesto visigoto.

Relativamente al passo 286 risulta utile, (al fine anche di poter individuare differenze o similitudini nelle modalità attraverso le quali la legislazione visigota ha utilizzato l'ordinamento giuridico romano non solo quale archivio principale al quale attingere ma anche come punto di partenza per necessarie modifiche), anche la lettura dell'edizione critica di Alvaro d'Ors[29].

Lo studioso individua, infatti, diversi testi legislativi con i quali il contenuto del *Codex* e la sua stessa *ratio* può essere confrontata: in primo luogo non il *Breviarium* ma direttamente e solamente il CTh. 3.1.9 e la relativa *interpretatio* quale modello legislativo romano contenente il principio della vendita nulla a causa di volontà viziata[30].

Per quanto concerne la previsione del perfezionarsi della vendita in presenza di testimoni anche in assenza di atto scritto essa, sempre secondo il

---

124; G. BASSANELLI SOMMARIVA, *Due parole d'introduzione. Breviarium Alaricianum, il suo contenuto e l'interpretatio a Brev. 1.4.1 = C.Th.1.4.3.*, in *Ravenna Capitale. Lex Romana Visigothorum. Contenuti, struttura, tradizione*, Santarcangelo di Romagna, 2023, p. VII-XXII.

[29] A. D'ORS, *El Código,* cit., p. 212 ss.

[30] Viene anche citata la Novella di Valentiniano 32, recepita anch'essa nel *Breviarium*, nella quale si dispone congiuntamente sia relativamente al momento in cui si perfeziona il contratto e sia della nullità di questo per volontà estorta con violenza; questa legge del 451 è relativa agli acquisti dell'amministrazione ma la disposizione si estende anche alle comuni vendite.

d'Ors, si ritroverebbe nelle *Pauli Sententiae* 2.17.13(14)[31], riportate nel *Breviarium*, Paul. Sent. V. 2.18.10[32].

Il secondo passo del *Codex* contenuto nello stesso titolo è il 289[33].

Nella nota di Zeumer vengono richiamate le *Pauli Sententiae* visigotiche[34] 2.17.1[35].

Nel frammento 289 del *Codex Euricianus* si dispone circa la vendita di cosa altrui. In questa ipotesi è previsto, per il venditore della cosa della quale non è proprietario, il pagamento del doppio del prezzo al vero titolare della proprietà (il quale, espressamente, non deve essere leso nel suo diritto: "*nullum*

---

[31] Paul. Sent. 2.17.13(14) (= Paul. Sent. V. 2.18.10): *In eo contractu, qui ex bona fide descendit, instrumentorum oblatio sine causa desideratur, si quo modo veritas de fide contractus possit ostendi.*

Interpretatio. In contractibus emti et venditi, qui bona fide ineuntur, venditionis instrumenta superflue requiruntur, si quocumque modo res vendita, dato et accepto pretio, qualibet probatione possit agnosci.

[32] A. D'ORS, *El Código*, cit., p. 213.

[33] C.E.: [1] *Quoties de vindita re contentio commovetur, si alienam fuisse constiterit, nullum domino praeiudicium conparetur.* [2] *Et domino qui vendere aliena praesumserit duplum cogatur exsolvere, nihilominus emptori quod accepit praetium redditurus;* [3] *et quidquid ad <con>parate rei profectum studio suae utilitatis emptor adiecerit, a locorum iudicibus estimetur, et ei qui laborasse cognoscitur a venditore iuris alieni satisfactio iusta reddatur.*

[34] Con il termine *Pauli Sentenziae Visigothorum* si indicano quelle parti dell'opera *Pauli Sententiae* accolte nella *Lex Romana Visigothorum.*

Nel *Breviarium*, come noto, confluiscono: il *Codex Theodosianus* in misura ridotta (delle 3400 costituzioni in essa ne ritroviamo 398); alcune delle Novelle post-teodosiane (undici titoli di Teodosio II, dodici di Valentiniano III, cinque di Marciano, due di Maioriano e uno di Libio Severo), l'*Epitome Gai* (un compendio, in due libri delle *Insititutiones* di Gaio) alcune *Pauli Sententiae* (cinque libri di brevi scritti attribuiti al giurista Paolo), alcune costituzioni tratte dai Codici Gregoriano ed Ermogeniano e un solo frammento dei *Libri responsorum* di Papiniano. Tutti i testi, fatta eccezione per l'*Epitome Gai*, sono accompagnati dall'*Interpretatio Visigoticha*. Risulta opportuno ricordare che sull'opera giurisprudenziale *Pauli Sententiae* vi sono numerosi interrogativi sulla risoluzione dei quali ancora si discute. Non è certa la sua paternità: le sentenze possono essere attribuite al giurista Giulio Paolo o rappresentano una raccolta di sentenze paoline redatta da allievi della sua scuola o ancora non sono attribuibili al giurista bensì sono il frutto di un'anonima raccolta tardoantica probabilmente di età dioclezianea. Ancora, quindi, si discute sia relativamente alla paternità dell'opera sia sulla provenienza del suo contenuto. Si vedano sul tema: H. SCHELLENBERG, *Die. Interpretationen zu den Paulussentenzen*, Gottinga, 1965; J. M. COMA FORT, *Codex Theodosianus: historia de un texto*, Malaga, 2014; I. RUGGIERO, *Ricerche sulle Pauli Sententiae*, Milano, 2017 sul quale O. LICANDRO, *Pauli Sententiae. Storia controversa di un testo illustre. Tra autenticità, apocrifia e appunti di scuola,* in *SDHI*, 84, 2018, p. 355-366; L. ATZERI, *Le Pauli Sententiae e le loro intetpretationes nel contesto della Lex Romana Visigothorum*, in *Ravenna Capitale. Lex Romana Visigothorum. Contenuti, struttura, tradizione*, Santarcangelo di Romagna, 2023, p. 39 ss.

[35] *Sententia. Venditor, si eius rei, quam vendiderit, dominus non sit, pretio accepto, auctoritatis manebit obnoxius, aliter enim non potest obligari.*

Interpretatio. Si quis rem alienam vendiderit et pretium acceperit, ad redhibitionem duplae pecuniae manebit obnoxius.

domino praeiudicium"), e alla restituzione del prezzo e delle eventuali spese sopportate dall'acquirente.

Il passo richiama con evidenza una delle obbligazioni che sorgevano in capo al *venditor* dall'*emptio-venditio*, quella per evizione[36], allo scopo di tutelare l'acquirente nel caso di vendita di cosa altrui. Vista l'originaria natura obbligatoria dell'istituto l'*emptor* non acquisiva la proprietà sul bene oggetto della vendita e nel caso in cui l'effettivo proprietario fosse una persona diversa dal venditore questi non aveva nessun titolo per opporsi ad un'eventuale *rei vindicatio.*

La responsabilità per evizione sorgeva in capo al venditore in modo autonomo dal contratto di compravendita, legata in modo naturale all'obbligo di trasferire il possesso del bene, solo dal Principato in poi, in virtù dell'applicazione sempre più ampia del principio di buona fede.

La disciplina anteriore[37] non prevedeva l'automatismo della tutela nei confronti di un compratore che, in buona fede, avesse acquistato un bene da chi non ne fosse effettivamente *dominus*: non poteva quindi farsi ricorso a seguito di *emptio-venditio* all'*actio auctoritas* e l'acquirente poteva essere tutelato (in caso di *emptio-venditio* di *res nec mancipi* o nell'ipotesi in cui la proprietà della *res mancipi* oggetto dell'obbligazione non fosse stata a lui conferita per mezzo di *mancipatio* o *in iure cessio*) solo se fossero intervenute determinate *stipulationes*[38].

---

[36] Ulp. 28 *ad Sab.* D. 21.2: *Sive tota res evincatur sive pars, habet regressum emptor in venditorem. sed cum pars evincatur, si quidem pro indiviso evincatur, regressum habet pro quantitate evictae partis: quod si certus locus sit evictus, non pro indiviso portio fundi, pro bonitate loci erit regressus. quid enim, si quod fuit in agro pretiosissimum, hoc evictum est, aut quod fuit in agro vilissimum? aestimabitur loci qualitas, et sic erit regressus.*

[37] Relativamente al lungo e complesso percorso di evoluzione dell'*emptio-venditio* al quale si è già fatto riferimento, e in modo specifico alle tutele introdotte nel tempo a favore del compratore, risulta interessante anche ricordare l'introduzione dell'*actio redhibitoria*. Questa viene prevista dagli edili curuli per tutelare l'acquirente di schiavi e/o animali da soma da eventuali vizi occulti della *res* introducendo in tal modo un obbligo in capo al venditore. Su tale tutela, sulla sua evoluzione ed estensione da menzionare F. MERCOGLIANO: *Sui fondamenti dell'azione redibitoria nel diritto romano (e altrove)*, in *AFG*, 12, 2023, p. 103-132, nel quale vi sono anche interessanti richiami al diritto di epoche e luoghi diversi dall'esperienza giuridica romana.

[38] Ulp. *49 ad Sab.* D. 45.1.38 pr.: *Stipulatio ista: " habere licere spondes?" hoc continet, ut liceat habere, nec per quemquam omnino fieri, quo minus nobis habere liceat. quae res facit, ut videatur reus promisisse per omnes futurum, ut tibi habere liceat: videtur igitur alienum factum promisisse, nemo autem alienum factum promittendo obligatur, et ita utimur. sed se obligat, ne ipse faciat, quo minus habere liceat: obligatur etiam, ne heres suus faciat vel quis ceterorum successorum efficiat, ne habere liceat.*

Le obbligazioni di garanzia previste a tale scopo erano: la *stipulatio habere licere* in virtù della quale il venditore doveva garantire la disponibilità piena della res e doveva risarcire il danno subito dalla controparte nell'ipotesi di mancato godimento del bene; la *stipuatio duplae* (essa aveva la struttura della *stipulatio poenae*) con la quale il venditore assumeva l'impegno di pagare all'acquirente il doppio del prezzo laddove vi fosse stata evizione.

Nel frammento del *Codex* ritroviamo entrambe le *stipulationes,* ma articolate in modo diverso: la parte sanzionata appare essere sempre quella del venditore ma questi al compratore deve restituire quanto pagato a titolo di prezzo e spese mentre deve dare all'effettivo proprietario del bene venduto una somma pari al doppio del prezzo.

Se la restituzione degli oneri sopportati dall'acquirente si profila, appunto come per le *stipulationes,* quale onere civilistico al quale il venditore è tenuto al fine di tutela e garanzia della controparte, il pagamento di una somma pari al doppio del prezzo richiama la *stipulatio duplae* solo nella determinazione della somma. Infatti questa previsione non ha il fine di tutelare la controparte coinvolta dalla vendita (non ha quindi il carattere di garanzia) ma introduce una sanzione pecuniaria da pagare all'effettivo proprietario poiché con la vendita di cosa altrui questi è stato turbato nell'esercizio del suo diritto di proprietà.

Troviamo quindi prevista nella stessa norma una garanzia e una sanzione e quest'ultima presenta un carattere che potrebbe esser definito "quasi penale" anche in virtù della motivazione alla base della sua applicazione (l'aver turbato l'esercizio legittimo di un diritto).

Il richiamo alle Paul. Sent. V. presente nella nota dell'edizione critica riguarda l'*interpretatio* e non tanto la *sententia* poiché essa sola statuisce, in caso di vendita di cosa altrui, la restituzione del doppio al proprietario (*duplum cogatur exsolvere* nel C.E.; *redhibitionem duplae pecuniae* nelle Paul. Sent. V.) senza però altro stabilire per l'acquirente in buona fede.

Questo stesso aspetto, relativo al passo 289, viene sottolineato proprio da Alvaro d'Ors[39] secondo il quale si andrebbe ad equiparare il venditore di cosa altrui quasi ad un ladro e come tale sarebbe a lui irrogata la pena del pagamento del doppio del valore della cosa.

[39] A. D'ORS, *El Código,* cit., p. 223-224.

Il venditore di beni altrui viene punito con il *duplum* del valore della cosa, che dovrà essere consegnata al proprietario della stessa e con la restituzione del *praetium* al compratore oltre al risarcimento delle spese sostenute da quest'ultimo, secondo la stima giudiziaria

Sembrerebbe quindi che gli estensori del *Codex Euricianus* escano da un ambito prettamente civilistico e profilino una sanzione dal carattere penale e lo studioso spagnolo ritiene più corretto escludere che in tale previsione (così come in quelle contenute nei passi facenti parte dello stesso titolo) si abbia una qualche influenza germanica; la sanzione del doppio prevista per la vendita delle *res alienae* rimanda più chiaramente al reato di *furtum*.

In tale ottica si potrebbe richiamare l'ipotesi del cumulo delle due azioni entrambe esperibili nel caso di *furtum*. La disciplina da individuare quale punto di partenza dell'evoluzione le cui tracce sono ben chiare nel *Codex Euricianus* è la previsione in virtù della quale il derubato può agire contro l'autore del furto in modo cumulativo sia con l'*actio furti* (azione penale) che civilmente con un'azione reipersecutoria (la *condictio ex causa furtiva* esperibile contro colui che ha effettuato il furto e la *rei vindicatio* contro colui che è in possesso del bene rubato, sia se questi coincide con il ladro sia se è un soggetto diverso. Colui che intende agire deve scegliere quale delle due azioni civili esperire laddove rimane sempre il cumulo con *l'actio furti*).

Verosimilmente con il trascorrere del tempo si è arrivati, nel diritto volgare quindi nella prassi giudiziale, a una confusione di queste due azioni che hanno perso la loro individualità e la loro originaria diversa configurazione (civile l'una e penale l'altra) all'interno di quello stesso percorso che avrebbe condotto alla scomparsa della tipicità dell'azione[40]. Da ciò deriverebbe la previsione di una sanzione i cui caratteri appaiono sfumati e difficilmente inquadrabili presentando caratteristiche sia del diritto civile che del diritto penale.

Questo passo del *Codex*, ciò avviene anche per titoli e passi successivi, si pone quindi come ulteriore tappa di un percorso già intrapreso dalle costituzioni imperiali romane più recenti e in generale dal loro coevo indirizzo

[40] A. D'ORS, *El Código*, cit., p. 230-231.

giurisprudenziale: era presente una caratteristica virata dalla responsabilità contrattuale verso la responsabilità penale e correlate sanzioni.

Ulteriore passo contenuto in questo stesso titolo e nella cui nota viene richiamato il *Breviarium* è il 298[41]. In nota è richiamato *Breviarium* 4.5.1 (= CTh. 4.5.1)[42].

Nel frammento 298 del C.E. sono previste ipotesi di vendita e donazione vietate (altri divieti sono contenuti negli altri passi della stessa rubrica), relative alla cosa oggetto di una controversia. Tale previsione è espressione di un principio di diritto romano.

Rispetto al passo del *Breviarium* richiamato dalla nota si può notare come quello del *Codex Euricianus* si limiti a sancire un principio, utilizzando anche un'espressione che non si ritrova altrove: "*rem in contemptiones*" traducibile con un generico "quanto contestato".

Non si fa riferimento al giudizio con termini tecnici come invece accade nel *Breviarium* "*Lite pendente illud, quod in controversiam devocatur*" o a momenti successivi a questo "*nisi prius lis, de qua agitur, fuerit iudicio definita.*".

Quindi ritroviamo espresso lo stesso principio ma introdotto con un lessico semplice e a tratti atecnico e, come detto, anche per il passo precedente, scompare il richiamo alle azioni civili.

In tal modo il frammento 348, letto assieme a quello precedentemente analizzato, ci restituisce in modo ancor più chiaro e esaustivo una parte del contesto sociale, storico, economico e giuridico dell'impero romano negli ultimi anni della sua esistenza e quanto di esso è stato ereditato dai Visigoti.

2.3. Gli ultimi due passi del C.E. le cui note di Zeumer richiamano il *Breviarium* sono entrambe comprese nel titolo *De successionibus*.

---

[41] C.E. 298: [1] *Rem in contemptione positam non liceat donare nec vindere.*

[42] *Imp. Constantinus A. Ad Provinciales. Post Alia: Lite pendente illud, quod in controversiam devocatur, in coniunctam personam vel extraneam donationibus vel emptionibus vel quibuslibet aliis contractibus minime transferri oportet, tanquam nihil factum sit lite nihilominus peragenda.* §1 *Quod si tutelae causa vertitur, post examen iudicis in supplementum pronuntiationis dentur arbitri, qui non iam arbitri, sed exsecutores putandi sunt etc. Dat. Kal. Aug. Basso Et Ablavio Coss.*

Interpretatio. Res, quae proposita actione repetitur, transferri a possidente ad alterum nullis contractibus potest; neque inde aliqua fieri scriptura permittitur, nisi prius lis, de qua agitur, fuerit iudicio definita.

Il primo è il 327[43] e in nota viene richiamato Brev. 5.1.4 (= CTh. 5.1.4)[44].

Molti dei passi che sono sotto tale rubrica appaiono incompleti (come proprio il sopracitato) e un'esaustiva comprensione ne risulta compromessa.

Tutti i frammenti del *Codex Euricianus* sono dedicati esclusivamente alla regolamentazione della successione laddove non vi sia testamento e questa loro caratteristica li rende ancor più importanti nella nostra riflessione. Le modalità attraverso le quali una comunità disciplina la successione *mortis causa* in assenza di disposizioni testamentarie ci restituiscono l'idea che quella società ha rispetto ai legami e ai rapporti personali; il valore conferito alla famiglia d'appartenenza, alla filiazione, al matrimonio e ancor più in generale agli individui rispetto la loro posizione sociale, giuridica e il loro sesso.

---

[43] C.E. 327: [1] *In priori lege fuerat constitutum ut si patruus aut patrui filii cum matre <...> vindicarentur.* [2] *Nos modo meliori ordinatione censuimus ut patre defuncto, si filius decesserit, omnem facultatem eius sibi mater dibeat vindicare, quae tamen sit post obitum vidua.* [3] *Si vero qui moritur filios, nepotes et pronepotes relinquerit, ipsi omnes habeant facultates, ea condicione servata ut nepotes ex eo filio qui patre superstite mortuus fuerit integram de avi bonis quam fuerat pater eorum, si vixisset, habiturus percipia<n>t portionem;* [4] *nam nepotes ex ea filia quae ante patre(m) mortua est de ea portione quam mater fuerat habitura tertia(m) portionem perdant. <... Desunt 6 versus. / In primis 10 versibus singulae tantum litterae legi possunt. >*

[44] *Imppp. Valentinianus, Theodosius Et Arcadius Aaa. Constantiano Pf. P. Galliarum. Si defunctus cuiuscumque sexus aut numeri reliquerit filios et ex filia defuncta cuiuscumque sexus aut numeri nepotes, eius partis, quam defuncti filia, superstes patri, inter fratres cuiuscumque sexus aut numeri nepotes, eius partis, quam defuncti filia, superstes patri, inter fratres suos fuisset habitura, duas partes consequantur nepotes ex eadem filia, tertia pars fratribus sororibusve eius, quae defuncta est, id est filiis filiabusque eius, de cuius bonis agitur, avunculis scilicet sive materteris eorum, quorum commodo legem sancimus, accrescat.* §1 *Quod si hic defunctus, de cuius bonis loquimur, habebit ex filia nepotes, et praeterea filios non habebit, sed qui praeferri nepotibus possint, habebit agnatos, in quandam falcidiam et in dodrantem nepotes iure succedant.* §2 *Haec eadem, quae de avi materni bonis constituimus, de aviae maternae sive etiam paternae simili aequitate sancimus; nisi forte avia elogia inurenda impiis nepotibus iusta semotis ratione monstraverit.* §3 *Non solum autem, si intestatus avus aviave defecerit, haec nepotibus, quae sancimus, iura servamus, sed et si avus vel avia, quibus huiusmodi nepotes erant, testati obierint et praeterierint nepotes aut exheredaverint eosdem, et de iniusto avorum testamento, et si quae filiae poterant vel de re vel de lite competere actiones nepotibus deferimus, secundum iustum nostrae legis modum, quae de parentum inofficiosis testamentis competunt filiis. Dat. V. Kal. Mart. Mediolano, Timasio Et Promoto Coss.*

Interpretatio. Si aliquis moriatur intestatus et filios vel filias superstites vel nepotes ex filia mortua derelinquat, filii in sua portione succedunt; nepotes ex filia de portione matris suae tertiam perdunt, quae superstitibus avunculis eius et materteris proficit. Si vero quis moriatur intestatus et relinquat ex filia nepotes et filios non dimittat, sed fratrem et sororem superstites derelinquat, tres partes hereditatis avi materni sibi nepotes vel neptes ex filia vindicabunt, quartam frater vel soror avi defuncti iuxta legis huius ordinem consequentur. Si vero mulier, id est paterna vel materna avia intestata moriatur et relinquat filios et ex mortuo filio vel filia nepotes, aequaliter de patris vel matris portione nepotes vel neptes tertiam perdunt, quam patruis et amitis ex aviae paternae bonis, avunculis et materteris ex aviae maternae bonis, sicut et de avi materni conquirunt. Nam si patruus et amita vel avunculus et matertera fortasse defuerint, ad fratres vel sorores avianum tres unciae et ad nepotes novem perveniant: nam in avi paterni hereditate nepotes vel neptes ex filio mortuo de patris sui portione nihil perdunt. Si vero avus vel avia nepotes ac neptes ex filia in testamento suo praeterierint aut non probatis causis exheredaverint, actio illis de inofficioso contra testamentum avi vel aviae, quae matri eorum competere potuit, legis beneficio tribuetur.

Il regime delle successioni e le disposizioni che lo compongono rivestono anche un ruolo fondamentale per condurre un'approfondita indagine storica e, attraverso la loro evoluzione, la ricostruzione dei mutamenti sociali può apparire più chiara e completa.

Questa considerazione ha valore anche relativamente alla possibilità di analisi dei mutamenti sociali, morali e giuridici della società romana nel tempo, al fine di poter individuare i percorsi intrapresi dal sistema giuridico e il loro punto di arrivo; ciò ci consente anche un confronto e una valutazione di quanto di quel complesso sistema è stato assorbito o meno dal popolo dei Visigoti.

I principi originali sottesi all'individuazione dei meccanismi della successione *ab intestato* possono ritrovarsi già nelle XII Tavole e non è un caso che proprio la materia della successione sia stata inclusa già dalle fonti meno recenti, a riprova ulteriore di quanto essa sia indissolubilmente legata ad un sentimento umano ancor prima che ad una necessità di regolamentazione giuridica.

Le regole più antiche hanno come fondamento il legame agnatizio[45], la figura del *pater familias* e la sua potestà. Nel momento in cui alcune situazioni derivanti proprio da tali principi iniziano, nel sentire comune, ad essere avvertite come inique, si assiste all'intervento dello *ius honorarium*. Sorgerà un concetto diverso di parentela quale il vincolo cognatizio per il quale è riconosciuto valore ai legami di sangue e alla famiglia naturale così come maggiore considerazione sarà data anche al rapporto tra i coniugi.

Attraverso questa rinnovata sensibilità e l'introduzione, probabilmente nella seconda metà del II secolo a. C., dell'istituto pretorio[46] della *bonorum possessio*, muta anche la posizione femminile alla quale viene riconosciuta peso maggiore. È il caso della *bonorum possessio sine tabulis* prevista per i cognati laddove vi fosse assenza dei *liberi* e dei *legitimi*: una successione basata su un vincolo di sangue che non opera distinzione tra la linea maschile e la linea

[45] Gai. 3.9-10: [9] *Si nullus sit suorum heredum, tunc hereditas pertinet ex eadem lege XII tabularum ad adgnatos.* [10] *Vocantur autem adgnati, qui legitima cognatione iuncti sunt. legitima autem cognatio est ea, quae per uirilis sexus personas coniungitur. itaque eodem patre nati fratres agnati sibi sunt, qui etiam consanguinei uocantur, nec requiritur, an etiam matrem eandem habuerint. item patruus fratris filio et inuicem is illi agnatus est. eodem numero sunt fratres patrueles inter se, id est qui ex duobus fratribus progenerati sunt, quos plerique etiam consobrinos uocant; qua ratione scilicet etiam ad plures gradus agnationis peruenire poterimus.*

[46] Gai. 3.25: *Sed hae iuris iniquitates edicto praetoris emendatae sunt.*

femminile, così come il caso della *bonorum possessio unde vir et uxor,* la quale operava in assenza di cognati a favore del coniuge superstite purché il matrimonio fosse legittimo al momento della morte del *de cuius*.
Innovazioni intese anche all'introduzione di un concetto di vincolo familiare diverso da quello arcaico intervennero successivamente anche nella regolamentazione della successione tra madre e figli.

Risultano avere grande importanza due senatoconsulti[47]: il senatoconsulto Tertulliano, del 133 circa, che andrà a regolare la successione della madre ai figli e il senatoconsulto Orfiziano, del 178, relativo alla successione dei figli alla madre.

Con il primo provvedimento senatorio[48] la madre diviene anch'essa erede del figlio *sui iuris* a lei premorto[49], laddove dotata di *ius liberorum*[50].
Con il senatoconsulto Orfiziano, i figli erano considerati eredi della madre con preferenza su chiunque.

La posizione di favore nei confronti della donna in materia successoria è attestata anche con successivi provvedimenti. L'imperatore Costantino nel 321 dispose a favore della madre priva di *ius liberorum* la quale poteva ereditare un terzo dei beni del figlio[51] fino alla legislazione giustinianea nella quale la successione della madre non è più legata allo ius *liberorum*.

---

[47] F. PULITANÒ, *Modelli successori ed equilibri familiari nel III d.C. tra giurisprudenza e costituzioni imperiali*,in *Tesserae iuris*, vol. IV. n.1, 2023, p. 193-223.

[48] Tit. Ulp. 28.6: *Intestati filii hereditas ad matrem ex lege duodecim tabularum non pertinet; sed si ius liberorum habeat, ingenua trium, libertina quattuor legitima heres fit ex senatus consulto Tertulliano, si tamen ei filio neque suus heres sit quive inter suos heredes ad bonorum possessionema praetore vocatur, neque pater, ad quem legehereditas bonorumve possessio cum re pertinet, neque frater consanguineus: quod si soror consanguinea sit, ad utrasque pertinere iubetur hereditas.*

[49] La madre veniva però esclusa dalla possibilità di succedere in determinati casi: se il figlio defunto avesse un *heres suus*, se un soggetto rientrante nel novero dei *sui heredes* fosse chiamato alla *bonorum possessio* ancora se vi fossero o un padre, al quale spetta l'eredità per legge o per bonorum *possessio* o un fratello consanguineo.

[50] Lo *ius liberorum* deriva dalla *Lex Iulia et Papia Poppea*, nello specifico da due distinte leggi dettate da Augusto all'interno della sua politica matrimoniale e demografica, La *Lex Iulia de maritandis ordinibus* del 18 a.C. e la *Lex Papia Poppea* del 9 d.C. (indicate entrambe con l'espressione *Lex Iulia et Papia*). In virtù di tali disposizioni alla donna era riconosciuto lo *ius liberorum*, cioè, diveniva giuridicamente indipendente e quindi non sottoposta alla *tutela mulieris* nel caso in cui avesse avuto tre figli, quattro se liberta. Gai. 1.194: *Tutela autem liberantur ingenuae quidem trium liberorum iure, libertinae vero quattuor, si in patroni liberorumve eius legitima tutela sint; nam et ceterae, quae alterius generis tutores habent, velut Atilianos aut fiduciarios, trium liberorum iure tutela liberantur.* E. BISIO, *Il «ius liberorum»: tra procreazione e concessione imperiale. Una prima ricognizione delle fonti.*, in *Rivista del diritto romano*, vol. XX, 2020, p. 137 ss.

[51] CTh. 5.1.1 (= Brev.5.1.1): *Imp. Constantinus A. Ad Bassum Pf. P. Matri ius liberorum non habenti, interveniente licet patruo ceterisque, inter quos agnationis incorrupta iura per ordinem porriguntur,*

Possiamo rilevare come la legislazione tardo imperiale, soprattutto dopo Costantino, intervenne più volte nella disciplina successoria anche introducendo regole spesso tra loro eterogenee e poco organizzate. In generale, comunque, tutta la posizione successoria delle donne viene migliorata.

Nella parte finale e integra del passo 327 del *Codex Euricinaus* vengono disciplinate due diverse situazioni di *successio ab intestato*.

Nel primo caso si dispone circa la madre erede del figlio già rimasto orfano di padre; nel secondo dei nipoti che succedono ai nonni del loro genitore defunto.

Si prevede, per questa prima ipotesi, che l'intera eredità venga lasciata alla madre e che nulla venga assegnato agli zii paterni o ai loro discendenti, come invece era previsto dal diritto romano.

Questa nuova disposizione rappresenta un'evoluzione di un percorso che, come visto, già era stato intrapreso relativamente alla posizione giuridica della donna, anche nella disciplina successoria, e si supera anche quanto previsto

---

et quicumque deinceps agnati erunt, a quibus consanguinitatis iure mater poterat excludi, placet omnium filii bonorum, quotiescumque* ab intestato venitur, deferri tertiam portionem etiam patruo eiusque filio et dumtaxat* nepoti, agnatione minime durante (si forte per emancipationem cuiusquam fuerit consanguinitas diminuta), beneficio pari deferri tertiam portionem, licet habeat mater ius liberorum. nec immerito, si quando supra dicto subnixa mater fuerit privilegio, agnatione dirempta* ultra nepotis gradum nostrum beneficium minime placuit extendi, ne, multis personis vocatis, plus ablatum matri, minus additum videretur. sive igitur unus exstiterit pluresve patrui, eorumque filius aut etiam filii et nepotes neptesve, non amplius quam sola tertia universorum bonorum simul omnibus vel singulis pro suis quibusque gradibus deferenda est. et eodem genere, si plures erunt, a quibus mater possit excludi, non plus quam tertia bonorum matri adversus omnes competere debebit. supra dictae ergo originis existentibus personis agnatis in infinitum, matri adversus omnes censuimus subveniendum, licet non omnibus adversus matrem, sed certis superius comprehensis personis hoc auxilium tribuatur; ita ut, nec petita bonorum possessione (quoniam huius legis, non praetoris est beneficium), illico, ut sibi delatae portionis dies exstiterit, aditione simplici, arrepto rerum quolibet corpore vel animi destinatione patefacta, plenum dominium delatae sibi portionis consequantur, facultate eis perpetua, dum advixerint, tribuenda in adeunda concessa sibi parte successionis. nec enim ad eos, qui eorundem successores erunt, nisi ipsis prius, quos indulgentiae nostrae ratio complectitur, quaesita fuerit hereditas, transire quicquam iubemus, sed penes eos manere, apud quos ante istam legem residere potuisset. Dat. Xiv. Kal. Iun. Sirmii, Crispo Ii. Et Constantino Ii. Caess. Coss.*

Interpretatio. Si mater ius liberorum non habeat, hoc est, si ingenua tres partus vivos et libertina quattuor non ediderit et unicum filium intestatum fortasse perdiderit, et filius moriens patruum unum vel plures aut certe patrui vel patruorum filios vel nepotes plures cum matre reliquerit, qui tamen emancipati non fuerint, mater in tertia portione in filii intestati hereditate succedat, et duas partes patruus, vel si plures patrui fuerint, aut filii vel nepotes sibimet vindicabunt. quod si mater liberorum ius habeat, et patruus vel patrui cum matre superfuerint, etiamsi emancipati sunt, duas partes de bonis filii intestati morientis mater consequatur, quae ius liberorum habet, et tertiam patruus vel patrui: qui si defuerint, filii patruorum, quanti fuerint, aequales sibi per capita faciant portiones. quod si filii patruorum defuerint, simili etiam nepotes patruorum divisione succedant. sed in hac successione sola constitutio praesens sufficit, ut inter matrem, patruos eorumque filios et nepotes bonorum possessio praesumatur; quae si fortasse adita non fuerit hereditas, et hi, qui adire debuerant, moriuntur, heredes eorum a successione non aditae hereditatis excludit: quia evidenter haec lex constituit, ut non adita hereditas non transeat ad heredes. hic de iure addendum est.*

dal legislatore romano[52]: la disciplina della successione *ab intestato*, quale risulterebbe dalle disposizioni contenute nel *Codex Euricianus*, sembrerebbe dettata per una società nella quale la posizione femminile conosce una dimensione nuova, di maggiore emancipazione e riconoscimento.

La seconda ipotesi contemplata dal frammento 327 è assai diversa: essa introduce una differenza tra i nipoti paterni e quelli materni. I nipoti, orfani di padre e di nonno, ereditano dai loro bisnonni quanto sarebbe spettato al padre; invece, i nipoti orfani di madre e di nonno perdono la terza parte dell'eredità dei bisnonni.

Quindi la linea femminile, nel grado dei nipoti, perde parte dell'eredità a favore delle linee maschili o dei discendenti di primo grado del defunto.

Ciò trova pieno riscontro nel passo del Breviario richiamato in nota da Zeumer (Brev. 5.1.4 [= CTh. 5.1.4]).

Il confronto lessicale può essere fatto solo per l'ultima parte del passo del C.E. che, come detto, oltre ad esserci arrivato integro, è anche quello che ricalca chiaramente la disposizione legislativa contenuta nel Breviario.

Come evidenziato anche per i passi precedenti, il linguaggio utilizzato dal *Codex*, così come anche le situazioni previste e quindi disciplinate, sono molto più semplici rispetto alla disposizione romana.

Nella costituzione e nella sua *interpretatio*, ad esempio, si parla anche di una possibilità processuale: "*Si vero avus vel avia nepotes ac neptes ex filia in testamento suo praeterierint aut non probatis causis exheredaverint, actio illis de inofficioso contra testamentum avi vel aviae, quae matri eorum competere potuit, legis beneficio tribuetur*" della quale non troviamo nessuna menzione nel C. E.

L'ultimo passo del *Codex* la cui nota richiama il *Breviarium* è il 334[53], in nota è richiamato Brev. 5.1.9 (= CTh. 5.1.9)[54].

---

[52] Lo stesso d'Ors osserva come, relativamente alla prima fattispecie, il *Codex Euricianus* contenga un superamento di quanto previsto dal sistema giuridico romano per ipotesi uguali o simili e, in generale, sottolinea il fatto che la donna, nel diritto ereditario, veda un maggior riconoscimento nell'intero titolo del C.E rispetto al diritto romano.

[53] C.E. 334: [1] *Maritus et uxor tunc sibi hereditario iure succedant quando nullus usque ad septimum gradum de propinquis aut quibuscumque parentibus invenitur.*

[54] *Iidem Aa. Hierio Pf. P. Pridem latae constitutionis pars quaedam abroganda est, ne ullis parentibus aut propinquis, quos naturae legisque pariter praerogativa defendit, in capiendis ab intestato hereditatibus praeferantur coniuges vel etiam comparentur; quum, si sanctitas inter eos sit digna foedere coniugali, non ita laboriosa vel sumptuosa* est testandi occasio, ut desiderio suo quisquam subvenire differat, quod interdum ita sensu leviore concipitur, ut antiqui nec, quod extraneis ac saepe ignotis in donationibus successionibusque tribuatur, coniugibus concesserint, reprimendum inter hos potius, ut in loco*

Vediamo che il *Codex Euricianus* contempla l'*ordo unde vir et uxor* così come introdotto dal diritto onorario romano nel caso di *successio ab intestato*. d'Ors[55] sottolinea come in tale disposizione si perderebbe il riferimento contenuto nelle fonti romane al *fiscus*.

Probabilmente ciò può essere determinato dal fatto che il regno di Eurico non conosceva un'amministrazione centrale e una relativa burocrazia paragonabile a quella romana e, anche quanto di esse erano state assorbite dalle precedenti strutture imperiali rimaneva ancora estraneo o comunque poco conosciuto dallo stesso re e da gran parte dei suoi sudditi.

Inoltre il termine *fiscus*, non avendo probabilmente un'esatta corrispondenza nell'organizzazione visigota avrebbe creato confusione perché ancora legato alle modalità burocratiche di Roma.

Assistiamo ad una società politica e civile di nuova genesi, in formazione, che nascendo sulle rovine di Roma da essa stessa trae gli strumenti necessari alla sua crescita e sopravvivenza ma che contemporaneamente da essa stessa si distanzia configurandosi così anche con caratteri propri.

L'orientamento favorevole alla posizione giuridica della donna, osservato in questi due frammenti relativi alla disciplina della successione non regolamentata da testamento, appare perfettamente inserito in quel lungo percorso già da tempo intrapreso dall'intero sistema giuridico romano anche al di fuori della tematica delle successioni.

La condizione delle donne e la loro considerazione nella legge e dalla legge muta radicalmente, infatti, assistiamo al superamento di moltissimi limiti che ruotavano attorno alla figura femminile.

Se assumiamo quale punto di partenza quanto previsto, nei tempi più remoti, in tema di tutela *mulierum*[56] da un lato non ci stupiscono le affermazioni

---

ancipiti, quam incitandum favorem mutuum arbitrati. verum lex alia, quam pridem tulimus, ut matrimoniis auxilium impartiret, deficientis hoc totum credidit arbitrio permittendum. nunc vero parentibus exstantibus vel propinquis ab intestato venire coniuges prohibemus. itaque nulla mentio prioris legis sit, si qua hoc medio brevique tempore contigisse alicui dicatur coniugis ab intestato hereditas; et lege proposita divulgetur, omnem huiusmodi spem successionis, quae ab intestato deferatur, coniugibus deponendam, nisi si ille casus emerserit, ut nemo de propinquis successionem mortui vindicare possit ex lege, quum fisco nostro qualiacumque iura matrimonii praeponamus etc. Dat. X. Kal. Mart. Constantinopoli, Tauro Et Felice Coss.

Interpretatio. Haec lex id constituit, ut omnes propinqui uxorem ab intestati mariti successione prohibeant et maritum similiter a successione intestatae uxoris excludant. sed si propinqui omnino defuerint, tunc sibi invicem, excluso fisco, maritus vel uxor succedant.

[55] A, D'ORS, *El Código*, cit., p. 266-267.

relative alla loro *ignorantia iuris*, *imbecillitas mentis* e l'*infirmitas sexus*[57] ma di contro non si può non osservare come il legislatore romano ma soprattutto la vita quotidiana e la sempre mutevole prassi continueranno nel tempo a restituirci una figura femminile sempre subordinata rispetto a quella maschile ma che gode anche di una maggiore autonomia[58].

Mi preme in questa sede soprattutto sottolineare come, ancora una volta, il *Codex Euricianus*, anche se osservato nei suoi frammenti più lacunosi e come tali problematici, riesca a restituirci l'evoluzione del diritto romano e a porsi all'interno di essa in modo coerente non limitandosi ad accogliere principi ma in alcuni casi proseguendo l'*iter* di evoluzione di quest'ultimo e continuando ad avanzare.

3. Dalla lettura di questi sei passi del *Codex Euricianus* e dal loro confronto con il *Breviarium* un dato sembra apparire in modo chiaro: le disposizioni emanate per volere di Eurico si presentano come estremamente semplificate rispetto alle costituzioni ma anche rispetto alle rispettive interpretazioni.

A differenza del *Breviarium* il *Codex* è frutto di una rielaborazione dell'esperienza giuridica romana (parziale vista l'esiguità dei temi affrontati) della quale, nella maggior parte delle volte, si ritroverebbe solo il principio generale.

Le *interpretationes* appaiono, in questo confronto, come disposizioni intermedie: di certo esse semplificano quanto statuito nelle costituzioni ma sono più complesse dei passi del *Codex*.

---

[56] Gai. 1.144-145: [144] *Permissum est itaque parentibus liberis, quos in potestate sua habent, testamento tutores dare: Masculini quidem sexus inpuberibus, feminini vero inpuberibus puberibusque, vel cum nuptae sint. Veteres enim voluerunt feminas, etiamsi perfectae aetatis sint, propter animi levitatem in tutela esse.* [145] *Itaque si quis filio filiaeque testamento tutorem dederit, et ambo ad pubertatem pervenerint, filius quidem desinit habere tutorem, filia vero nihilo minus in tutela permanet: Tantum enim ex lege Iulia et Papia Poppaea iure liberorum a tutela liberantur feminae. Loquimur autem exceptis virginibus Vestalibus, quas etiam veteres in honorem sacerdotii liberas esse voluerunt: Itaque etiam lege XII tabularum cautum est.* Sul tema, quanto mai vasto, segnalo necessariamente P. ZANNINI, *Studi sulla tutela mulierum. I: Profili funzionali. - II: Profili strutturali e vicende storiche dell'istituto*, Milano, 1976.

[57] Cic. *pro Mur*. 12.27. *Mulieres omnis propter infirmitatem consili maiores in tutorum potestatem esse voluerunt*; Ulp. 29 *ad ed*. D. 16.1.2.2: *Verba itaque senatus consulti excutiamus prius providentia amplissimi ordinis laudata, quia opem tulit mulieribus propter sexus inbecillitatem multis huiuscemodi casibus suppositis atque obiectis.* Sul tema ampio della condizione giuridica femminile si veda anche: F. MERCOGLIANO, *La condizione giuridica della donna romana: ancora una riflessione*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 4, 2011, p. 1-42.

[58] Su tali aspetti si veda: L. PEPPE, *Civis Romana. Forme giuridiche e modelli sociali dell'appartenenza e dell'identità femminili in Roma antica*, Lecce, 2016.

La società per la quale viene redatto il *Codex Euricianus* ci appare in tal modo meno complessa e strutturata rispetto a quella successiva per la quale venne poi redatto il *Breviarium*.

Ponendosi come intermedia, cronologicamente, tra l'impero Romano d'Occidente e il regno di Alarico e presentandosi come la prima legge romano-barbarica (quindi anche come il primo momento nel quale un re barbaro redige una legge in forma scritta e in lingua latina in un territorio che considera comunque ancora "romano") essa presenta inevitabilmente un carattere rudimentale ed è destinata ad una società ancora fortemente spaccata tra "nuovi cittadini" e Romani residenti in quel territorio che, come tale, non gode ancora di quella stabilità e correlata complessità giuridica, politica ed economica di quelle successive ad essa.

Nonostante ciò, essa s'inserisce anche in percorsi già intrapresi dalle codificazioni imperiali, andando a cogliere lo spirito dietro il mutamento legislativo, accogliendolo e continuando su quella strada già tracciata.

Il dato più interessante che risulta dal confronto (come già detto incongruo) tra *Codex* e *Breviarium* è il fatto che tutti i principi romani accolti in quest'ultimo siano presenti in norme contenute nel Breviario. Ciò dimostra che questo contiene i principi e le disposizioni realmente applicate nella prassi e, contemporaneamente, che i compilatori alariciani hanno fatto riferimento alla prassi anziché ai testi delle norme romane, che forse non conoscevano o che comunque non erano in grado di maneggiare.

Appare opportuno sottolineare il ruolo decisivo che queste legislazioni hanno avuto nel far divenire un diritto definito romano, perché creato da cittadini romani e a essi destinato, un diritto che travalica tale limite.

L'intera esperienza giuridica romana mostra, proprio in questi secoli, la sua capacità di sopravvivere. Nonostante la caduta formale dell'Impero Romano d'Occidente e la nascita dei regni romano-barbarici ad opera di quelle popolazioni tanto distanti culturalmente dai Romani, essa non viene cancellata ma, anzi, diviene strumento necessario per realizzare anche un nuovo assetto; una parte di Roma riesce a sopravvivere a sé stessa proprio grazie al diritto.

Napoli, dicembre 2024.

NOTE

Abstract

Il testo presenta i primi esiti di un percorso di ricerca intrapreso sul *Codex Euricianus*. Grazie all'edizione critica redatta da K. Zeumer è possibile operare un confronto tra alcuni frammenti del *Codex* e i passi del *Breviarium* richiamati nelle note elaborate dallo studioso. Tale giustapposizione, anche se incongrua sotto un profilo temporale (poiché il secondo testo è successivo al primo) si rivela utile nel ricostruire le modalità attraverso le quali il sistema giuridico romano confluisce nella legislazione visigota, che ne appare così custode e veicolo di trasmissione nel tempo e nello spazio.

The text presents the initial findings of a research project undertaken on the *Codex Euricianus*. Thanks to the critical edition prepared by K. Zeumer, it is possible to compare certain fragments of the *Codex* with the passages of the *Breviarium* referenced in the notes compiled by the academic. This juxtaposition, though temporally incongruous (as the latter text postdates the former), proves useful in reconstructing the ways in which the Roman legal system was integrated into Visigothic legislation, thereby revealing the latter as a custodian and conduit for its transmission across time and space.

Keywords

Codex Euricianus – *Breviarium Alarici* – Visigothic Kingdom

Codex Euricianus –*Breviarium Alarici* - Regno visigoto

FELICE MERCOGLIANO*

Cose incorporee, testamento e contratti consensuali. Brevi note sul diritto per i cittadini e i 'noncittadini' romani **

SOMMARIO: 1. Premessa sulla presunta attuale (in)comunicabilità tra II e IV libro del cod. civ. 2. Intorno alla struttura istituzionale gaiana. Generalità introduttive. 3. Eredità ed obbligazioni, secondo Gai 2.14, 'cose incorporee'. 4. Sul testamento. 5. Contratti consensuali romani. Cenni. 6. Per concludere.

1. Roberto Calvo, nel suo recente bel volume su testamento e contratto[1], avverte in maniera particolarmente incisiva a proposito delle categorie e dei segmenti macro-concettuali, alquanto separati nell'ambito del tradizionale impianto strutturale del codice civile (il che poi mi condurrà a qualche considerazione concernente il diverso assetto sistematico del diritto romano), che: «una tradizione risalente tende a considerare il secondo Libro del codice civile come un territorio a sé – una sorta di cittadella inespugnabile –, che non può né deve aprire le proprie porte alla disciplina in tema di obbligazioni e contratti. Si tratta di un'idea preconcetta, la quale subisce non solo l'influsso delle posizioni refrattarie alla teoria del negozio giuridico (posizioni che si fanno forti dell'assenza nel codice del 1942 di una parte generale simile a quella regolata ai §§ 104 e ss. del codice civile tedesco), ma altresì il condizionamento esercitato dal retaggio dell'autonomia e autosufficienza dello statuto sulle successioni a causa di morte. A ben guardare, ci troviamo al cospetto di opinioni retrive, le quali finiscono con il separare le successioni dal quarto Libro del nostro codice civile tramite artificiose barriere tanto inutili quanto pericolose, stante la loro capacità d'ingenerare argomentazioni e ragionamenti intrisi di

* *Professore ordinario di Istituzioni e storia del diritto romano nell'Università degli Studi di Camerino e affidatario di Fondamenti del diritto europeo presso l'Università degli Studi "Gabriele d'Annunzio" di Chieti-Pescara.*

***Traccia rielaborata di una relazione al Convegno camerte su "Testamento e Contratto", 19 febbraio 2025.*

[1] R. CALVO, *Testamento e contratto. Contributo allo studio degli acquisti post mortem*, Napoli, Esi, 2024, p. 9-10.

spirito formalistico e influenzati dagli stereotipi tipici del metodo sussuntivo. Questo studio, che si muove su direttrici opposte rispetto ai tratteggiati indirizzi di retroguardia, vuole tra l'altro dimostrare la ricchezza e la fecondità pratico-applicativa dell'elaborazione di canoni ermeneutici sensibili alle interazioni e ai collegamenti logico-sistematici fra testamento (secondo Libro) e contratto (quarto Libro) [...]. Il testamento diventa quindi una sorta di tronco che consente al contratto di ramificare da esso. E quel processo di ramificazione comprova viepiù la ricchezza dei risultati applicativi fluenti dal dialogo fra istituti giuridici diversi. Siffatta diversità mai può tradursi in aprioristica inconciliabilità».

Calvo parte essenzialmente da tale premessa per un'indagine monografica sulla volontà manifestata in materia di successione testamentaria (che, peraltro, ha il merito di illuminare di luce propria l'importante diversità tra le disposizioni *mortis causa* e quelle *post mortem*), ricollegata funzionalmente all'ambito dei contratti. Il risultato ottenuto è una moderna e innovativa figura: il contratto a causa di morte[2], che riflette con un taglio originale sia la sua metodologia, sia la sua linea interpretativa (ben) seguite e convincentemente dimostrate.

Da parte mia, in questa sede posso soltanto rapsodicamente accennare a qualche radice romana e di tradizione romanistica della dicotomia testamento/contratto, che pure Calvo riesce a rendere concettualmente, per così dire, più 'consustanziale' di quanto nella dottrina moderna si sia indotti a pensare. Vorrei, quindi, riscoprire la grande idea della circolarità tra istituti giuridici del diritto privato romano. Infatti, un'elaborazione continua nella tradizione romanistica otto-novecentesca ha rafforzato una lettura non separatista tra settori civilistici, da pensare pertanto in contatto attraverso concetti-guida, come la volontà negoziale appunto, a fondo esplorati specie nella stagione pandettistica in Germania.

2. Quanto Calvo giustamente pone in risalto nella premessa menzionata, cioè la presunta incomunicabilità concettuale di matrice codicistica fra testamento e contratto, se ho ben compreso, sarebbe conseguenza oggi quasi di un'artificiosa e moderna separatezza dei libri II e IV del codice civile italiano del 1942. Va detto subito, tuttavia, che essa sarebbe stata smentita dalla fluidità tra la successione ereditaria e le obbligazioni, che emerge al momento stesso di rileggere le partizioni e le categorie di massima del diritto sostanziale privato

[2] Si v. spec. R. CALVO, *Testamento e contratto*, cit., cap. V.

romano[3]. Riecheggiate queste, infatti, nel codice civile italiano del 1942, che ha tenuto presente l'ordine gaiano e giustinianeo, esponendo «in appositi libri la disciplina delle persone (libro I) e delle successioni (libro II), della proprietà (libro III) e delle obbligazioni (libro IV) e della tutela dei diritto (libro VI) ... sola variazione è l'inserzione come V libro della materia del lavoro, giustificata dalla soppressione del Codice di Commercio»[4].

In linea di massima, Gaio a sua volta nelle Istituzioni distingue all'interno dei quattro diversi commentari[5] le '*personae*' (trattate nel commentario I), le '*res*' (nei commentari II e III) e le '*actiones*' (nel commentario IV)[6]. Per la precisione le *res*, in posizione espositiva di mezzo tra le persone e le azioni, sono così classificate: Gai 2.1 ss. riguarda le *res* in senso proprio; Gai 2.97 ss. tratta le successioni, tra vivi e per causa di morte; Gai 3.88 ss. concerne le obbligazioni di tutti i tipi.

Si tratta di un'operazione classificatoria funzionale alla sistematica istituzionale gaiana[7], coerente con l'efficacia didattica perseguita[8] da un'opera destinata poi ad una diffusione che ha cambiato la storia della recezione dell'Antico nell'età medievale e moderna, con la sua tipica scrittura da giurista insegnante che sfocia in una trattazione isagogica caratterizzata da propri profili tipici all'interno della letteratura latina[9].

---

[3] Cfr. in materia miratamente A. DELL'ORO, *Partizione gaiana del diritto e sua validità odierna*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, III, Napoli, 1997, p. 405-412 (ora in ID., *La cattedra e la toga. Scritti romanistici*, Milano, 2015, p. 427-436).

[4] Così, per l'esattezza, A. DELL'ORO, *Partizione*, cit., p. 407 (ora in ID., *La cattedra*, cit., p. 430-431).

[5] Su genesi e ripartizione in commentari, di recente e con competenza, G. FALCONE, *Studi sui commentarii 'istituzionali' di Gaio*. I. *Formazione e natura del testo*, Roma-Bristol, 2022, spec. p. 123-142 per un approfondimento efficace dei profili sistematici della ripartizione delle *res*, in riferimento anche alla bipartizione tra *corporales* ed *incorporales*. Di riferimento generale obbligato in materia resta H.L.W. NELSON, *Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai Institutiones*unter Mitwirkung von M. DAVID, Leiden, 1981.

[6] Si v. il celeberrimo stacco introduttivo in Gai 1.8 (= D. 1.5.1= I. 2.2.2): *Omne ius quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones*.

[7] Si v. in argomento, per tutti, W. WOŁODKIEWICZ, *La sistematica istituzionale gaiana. Modello per i giustinianei e per l'esposizione del diritto moderno*, in *Panorami*, 9.2, 1997, p. 35-57; cfr. altresì il saggio embrionale in ID., *Les origines romaines de la systematique du droit civil contemporain*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk, 1978.

[8] In tal senso, J.F. STAGL, *Il sistema didattico di Gaio e il sistema dei Digesta*, in *Gaius noster. Nei segni del Veronese. Relazioni del Convegno Internazionale di Diritto Romano. Copanello, 8-11 giugno 2012*, Milano, 2019, p. 160-161, con bibl.

[9] Cfr., nell'ambito di un'analisi capillare dell'opera del giurista insegnante Gaio, come profilo altamente significante della letteratura giurisprudenziale romana, recentemente D. MANTOVANI, *La letteratura invisibile. I giuristi scrittori di Roma antica*, Roma-Bari, 2024, p. 164-212.

In dettaglio, il primo commentario gaiano è, tranne i primi sette paragrafi sulle fonti del diritto romano (gli *iura populi Romani*), incentrato in primo luogo sul diritto delle persone. In modo simile, anche nel codice civile italiano vigente si inizia con il libro primo intitolato «Delle persone e della famiglia», per la centralità e l'importanza assolutamente primaria degli uomini (e non delle cose) nella complessiva disciplina giuridica[10]. Nella struttura attuale del codice civile segue immediatamente il libro secondo intitolato «Delle successioni», poi il terzo tratta «Della proprietà» e il quarto: «Delle obbligazioni», come nessuno ignora. Argomenti questi tre che erano tutti ricompresi da Gaio nella categoria delle *res*, come dicevo, con un'inversione tra diritti reali e di successione: ma queste ultime, le successioni, forse per la stretta attinenza di esse alle vicende delle persone e della famiglia, hanno ottenuto modernamente nel codice civile italiano una posizione anticipata nel libro secondo, dietro soltanto al diritto delle persone e di famiglia[11].

Le classificazioni istituzionali gaiane di massima hanno retto e si sono propagate nelle strutture dei diritti odierni delineate dalle codificazioni civili mondiali di tradizione romanistica, in particolare pe quanto concerne la bipartizione del diritto privato sostanziale tra *personae* e *res*[12]. Come fenomeno prodotto dalla storia del diritto, pure di esse non va esaltate però l'infallibilità e, quindi, ben venga un riesame critico puntuale qual è quello oggi quello privatistico di Calvo, che quasi richiama una riflessione analoga ad ampio raggio sulla problematica delle classificazioni di diritto privato, meritoriamente intrapreso di recente da Sandro Corbino a partire, all'inverso, dalle strutture romane[13].

---

[10] In una frase che compendia come tutto il diritto sia stato stabilito in funzione (e a misura) dell'uomo, diceva emblematicamente il giurista epiclassico Ermogeniano, per spiegare il perché del trattare prima delle persone e poi del resto, in D. 1.5.2: *Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit, primo de personarum statu ac post de ceteris*..., su cui, ora F. FASOLINO, *Il diritto in funzione dell'uomo: riflessioni minime sullo studio della storia del diritto*, in *Scripta extravagantia. Studi in ricordo di Ferdinando Zuccotti*, Milano, 2024, p. 317-322, che è sintomatico abbia voluto egli stesso emblematicamente con tale frase intitolare le onoranze che ha curato per il suo maestro, Antonio Palma: *Ius hominum causa constitutum. Studi in onore di Antonio Palma*, I-II, Torino, 2023.

[11] Sugli archetipi romanistici e i fondamenti romani del diritto delle persone e di famiglia, tra i tanti cfr. di recente, R. CARDILLI, *Fondamento romano dei diritti odierni*, Torino, 2021, p. 195-261.

[12] Cfr. ultimamente i contributi contenuti nel volume *Personae e res. Sistema romano e diritti odierni.* Atti del II Seminario Internazionale. Osservatorio su Persona e Famiglia – CSGLA. Roma, 26-27 ottobre 2022, a cura di R. Cardilli, R. Marini, S. Porcelli, Milano, 2025.

[13] A. CORBINO, *Discipline e classificazioni. Riflessioni sui limiti di corrispondenza delle classificazioni romane e contemporanee degli eventi lesivi di rilevanza privata*, in *Scritti con Raimondo Santoro*, I, Palermo, 2024, p. 227-255.

Insomma, a farsi carico delle distinzioni tra categorie e delle classificazioni di istituti giuridici era il giurista, non era pensabile un codice che assolvesse a tale scopo, prima della fase dell'illuminismo giuridico di stampo settecentesco, al quale si devono meriti e limiti della scelta codicistica oggi di ogni Paese che non ricada nel 'Common Law'. Ma, va detto subito, non è mutata la figura del docente di diritto, che ha la responsabilità di cercare di spiegare, come facciamo noi, come in verità funziona il mondo del diritto, al di là e, talvolta, perfino sopra le codificazioni.

Il riflesso della partizione gaiana del diritto civile sostanziale tra persone e cose ha, insomma, in varia misura connotato sostanzialmente la struttura in cui saranno ordinati i codici civili di tradizione romanistica nel mondo, sino al recente caso cinese[14].

3. Nelle '*res*', Gaio fa rientrare le '*res incorporales*'. Queste rispecchiano, in una cornice classificatoria uniforme e sotto l'aspetto sostanziale coerente, i diritti in sé non materiali: per l'esattezza, l'eredità e le obbligazioni, insieme unite descrittivamente con l'usufrutto quali 'cose incorporee che non si possono toccare'. Quindi, vanno per Gaio differenziate, invece, dalle 'cose corporee che si possono toccare come un fondo, un uomo, etc.'[15] Nelle Istituzioni le *res incorporales*, pertanto, vengono descritte come quelle che esistono soltanto sul piano del diritto[16] e che si distinguono, quanto a categorie romane, rispetto alle

[14] Come più recente caso esemplare di codice di sintesi tra la millenaria cultura cinese e la tradizione romanistica in un singolare sistema complesso di economia socialista di mercato infatti, cfr., entrato in vigore nel 2021, il *Codice civile della Repubblica Popolare Cinese*. Traduzione di Meiling Huang. Edizione italiana a cura di O. Diliberto, D. Dursi, A. Masi. Introduzione di Diyu Xu, Pisa, 2021. Si v., per tutti, sul diritto romano in Cina fino al nuovo Codice civile, S. SCHIPANI, *Ius civile ad certum modum redigere. La certezza del diritto e la codificazione del diritto in Cina. Scritti scelti*, Napoli, 2023.

[15] Gai 2.13: *Corporales hae sunt quae tangi possunt, velut fundus homo vestis aurum argentum et denique aliae res innumerabiles*.

[16] Gai 2.14 (= D. 1.8.1.1, L. 412 = I. 2.2.2 e cfr. pure il riass. in Ep. Gai 2.1.2-3, e altresì Paul. sent. 3.6.11 e Tit. Ulp. 19.11): *Incorporales sunt quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae <in> iure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae. Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et quod ex aliqua obligatione nobis debetur, id plerumque corporales est, veluti fundus homo pecunia; nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est*. L'integrazione ad *ea quae <in> iure consistunt* viene sostenuta con efficaci e persuasive motivazioni ultimamente da G. FALCONE, *Postille di sistematica gaiana delle obligationes*, in *RHDFE*, 2024, 1, p. 1-7 (ora in L. GAROFALO (cur.), *L'obbligazione: struttura e fonti. Convegno internazionale in ricordo di Carlo Augusto Cannata. Padova, 16-18 giugno 2022*, Napoli, 2024, p. 85-92); ma, p. es., *contra* cfr., per tutti, G. NICOSIA, *Nuovi profili istituzionali di diritto privato romano*[6], Catania, 2013, p. 112-113; altra letteratura sulla questione ancora dibattuta, recentemente in M. VARVARO, *La mancipatio costitutiva di servitù rustiche e la loro configurazione originaria*, in *BIDR*, 118, 2024, p. 46 nt. 4.

res corporales. La classificazione anima ovviamente vari e profondi problemi dottrinari, come quello relativo alla visuale dal punto di vista del soggetto o dell'oggetto dell'essenza incorporea[17]. Seguo in argomento la proposta interpretativa di un vero specialista pure in materia di sistematica gaiana, qual è Giuseppe Falcone, il quale, a quanto mi sembra, sostiene affidabilmente che in Gai 2.14 si scorga l'ampia percezione soggettiva relativa alla concettualizzazione delle *res incorporales* presentate in riferimento alla situazione soggettiva del creditore titolare di azione[18]. In altri termini, mi pare che lo studioso palermitano spieghi la ragione della diversità nella concezione gaiana tra *res corporales* e *res incorporales* dal punto di vista che le individua: quali elementi del patrimonio o no, anzi più precisamente come ne escano o escano e se risultino entro o fuori di esso. Spiegazione che, oltre a superare il semplicistico profilo tattile evocato dall'espressione *quae tangi possunt*, motiva anche l'inserimento da parte di Gaio degli *iura praediorum*, nel senso delle servitù prediali, in posizione di chiusura nella lista delle *res incorporales*[19].

La partizione tra *res corporales* e *res incorporales* riaffiora anche altrove nella letteratura giurisprudenziale romana[20], ma già deve essere stata generata concettualmente dalla speculazione filosofica probabilmente greca, come mostra Cicerone che nei *Topica* distingue e contrappone le cose materiali (*res quae sunt*) rispetto a quelle immateriali (che *intelleguntur*)[21], vale a dire fra oggetti che siano

[17] Che in questa sede non posso in dettaglio discutere: per una panoramica cfr., e ivi ulteriore letteratura, tra i tanti, G. FALCONE, *Osservazioni su Gai 2.14 e le res incorporales*, in *AUPA*, 55, 2012, p. 125-170; A. GUZMÁN-BRITO, *Gaio e la distinzione delle cose in corporali ed incorporali* in *Gaius noster. Nei segni del Veronese*, cit., p. 269-292; recentemente con altra lett., M. BEGHINI, I. ZAMBOTTO, *'Res corporales' e 'res incorporales'*, in *TSDP*, 16, 2023, p. 1-45.

[18] Si v. su tale interpretativa G. FALCONE., *Postille di sistematica gaiana*, cit., spec. p. 3-7; ancor più chiaramente: «Gaio implicitamente intendeva quando assumeva le *obligationes* quali *res incorporales*, elementi patrimoniali assunti dal punto di vista del creditore» (*ibid.* 3-4) e, quindi, la suddetta presentazione in tal senso delle *res incorporales* sarebbe stata effettuata da Gaio in vista della sua successiva puntualizzazione delle modalità negoziali necessarie al trasferimento di esse, al pari del modulo descrittivo usato per *res mancipi / nec mancipi*. In definitiva, nella sistematica gaiana plausibilmente, le *res* vengono considerate «non staticamente, bensì nella prospettiva della loro circolazione o trasmissione» (*ibid.* p. 3 nt. 8).

[19] Su quest'ultima osservazione si v. G. FALCONE, *Osservazioni su Gai 2.14*, cit., p. 165-169.

[20] Oltre Gai 2.12-14 e Gai. 2 *inst*. D. 1.18.1.1, infatti, si v. altri (non moltissimi, in verità) brani: Gai 2.19, 2.28, Gai. 7 *ad ed. prov*. D. 41.1.43.1; Tit. Ulp. 19.11; Paul. 15 *ad Sab*. D. 8.1.14 pr.; Paul. 54 *ad ed*. D. 41.2.3 pr.

[21] Cic. *top*. 5.26-27: ... *Definitionum autem duo genera prima: unum earum rerum quae sunt, alterum earum quae intelleguntur*. 27. *esse ea dico quae cerni tangi possunt, ut fundum aedes, parietem stillicidium, mancipium pecudem, supellectilem penus et cetera; quo ex genere quadam interdum vobis definienda sunt. Non esse rursus ea dico quae tangi demonstrarive non possunt, cerni tamen animo atque intellegi possunt, ut si usus capionem, si tutelam, si gentem, si agnationem definias, quarum rerum nullum subest quasi corpus, est tamen quaedam conformatio insignita et impressa intellegentia, quam notionem voco* ... Sul brano ciceroniano, che significativamente esemplifica le *res quae tangi possunt* includendovi, accanto a *fundi* ed *aedes*, pure *iura parietum* e *stillicidium*, cfr. F. TUCCILLO, *Studi su*

materialmente esistenti e dunque fisicamente percepibili, ed entità, invece, astratte e quindi configurabili soltanto intellettivamente, come risultato pertanto di un'astrazione concettuale. Da un confronto sul piano definitorio, sembra risultare che, secondo la spiegazione sobria e al solito sul piano isagogico efficace di Gaio[22], le *res corporales* siano quelle presenti nel mondo materiale che quindi «si possono toccare» (*quae tangi possunt*), come un fondo, uno schiavo, le vesti, l'oro, l'argento ed altre «cose innumerevoli», le *res incorporales* non abbiano una tale esistenza, dato «che non si possono toccare» (*quae tangi non possunt*), quali ad esempio il diritto dell'erede, dell'usufruttuario e del creditore, in definitiva mere figure giuridiche. Mentre, nei termini propri ciceroniani[23] la distinzione è, invece, fra cose materiali e concetti, in altre parole tra entità corporee del mondo fenomenologico e quelle immateriali. La distinzione d'impronta filosofica peraltro resta pure in altre fonti letterarie[24].

Per chiudere appena sul punto, con un valore strategico nella sua esposizione sistematica, nella cornice delle '*res*' Gaio inquadrava, dunque, puntualmente le cose incorporee. Quasi come se ciò fosse l'esempio di una categoria che consentisse un fraseggio tra due istituti, attualmente al contrario connotati adesso da una separatezza nozionistica evidente, come ha riscontrato in premessa con notevole acume critico Roberto Calvo, da un lato, nell'ambito delle successioni: il testamento; dall'altro, nell'orbita delle obbligazioni: il contratto.

4. Il testamento, in primo luogo, nell'esperienza giuridica romana spicca quale figura giuridica che realizza la successione per causa di morte, così come, quasi simmetricamente, tra le obbligazioni che davano luogo a una successione tra vivi tipicamente predominano quelle contratte consensualmente. Il testamento stesso non viene definito da Gaio nelle sue Istituzioni, fenomeno non raro se si pensa che neppure la definizione dell'obbligazione stessa si ritrovi letteralmente in esse, dato che Gaio principalmente intende esporre la costituzione e la funzionalità di un istituto e non indulge verso questioni definitorie[25]. Ma i *Tituli ex corpore Ulpiani*, forse l'unica altra opera della letteratura giuridica romana in gran parte pervenutaci non per il tramite della

---

costituzione ed estinzione delle servitù nel diritto romano. Usus, scientia, patientia, Napoli, 2009, p. 82-91,

[22] Gai 2.12-14.

[23] Cic. *top*. 5.26-27.

[24] P. es., Sen. *epist*. 6.58.11; Quint. *inst. orat*. 5.10.116; Boeth. *comm. in Cic. top.* (ed. J.-P. Migne *PL*. 64 [1860] 1092).

[25] Così, p. es., G. FALCONE., *Postille di sistematica gaiana*, cit., p. 1.

compilazione giustinianea, spiegano espressamente come il testamento sia l'attestazione legale della propria volontà redatta in forma solenne, affinché possa avere validità dopo la morte[26]. Un'altra definizione efficace resta in Modestino[27].

Testamento e contratto non potevano entrare in rotta di collisione nell'esperienza giuridica romana, né cadere in una sorta di inconciliabilità di sistema, perché soprattutto ne erano diversi i destinatari: i soli cittadini per il testamento e invece tutti, compresi i 'noncittadini', per il contratto. Ne era differente, inoltre, la funzione storica, che li aveva formati. Forse vale la pena a questo punto ricordare che il testamento romano sin dai suoi primordi costituì una manifestazione di volontà tesa a incidere sugli equilibri familiari della comunità, sin dalla sua forma antica del testamento librale (*per aes et libram*) caratterizzato dal ruolo essenziale del *familiae emptor*[28]. Atto da comunicare pertanto, nella sua forma arcaica, ai comizi curiati, ma che in tutta la sia evoluzione storica mantenne i caratteri fondamentali di atto personale, formale, unilaterale, a causa di morte, revocabile[29], poi giunti fino a noi[30].

Atto di importanza cruciale nella vita cittadina romana per ogni *paterfamilias* e dalle origini antichissime, il *testamentum*[31], a prescindere dalle

---

[26] Tit. Ulp. 20.1: *Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio, in id sollemniter factum, ut post mortem nostram valeat*, su cui mi permetto di rinviare a F. MERCOGLIANO, *«Tituli ex corpore Ulpiani». Storia di un testo*, Napoli, 1997, p. 69 e nt. 20, con mie considerazioni sulla parte concernente i testamenti nei *Tituli* con proprie caratteristiche e non dipendenti dalle Istituzioni gaiane. Cfr. di recente F. LAMBERTI, *Testamenta e propinquitas nella declamatio minor 308 (Duo testamenta)*, in *QLSD*, 14, 2024, p. 81 nt. 31, con bibl., sulla paternità di Servio Sulpicio della definizione di *testamentum*, da quanto attestato in Gell. 7.12.1-2 sul legame in esso a lui risalente tra *mens* e *contestatio*.

[27] Mod. 2 *pand.* D. 28.1.1: *Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit*. Cfr. altresì ultimamente la moderna trad. it. in F. TUCCILLO, *Codice Civile con riferimenti alle Institutiones di Gaio e al Corpus Iuris Civilis e traduzione a fronte*, Torino, 2024, p. 140.

[28] Quale riferimento obbligato, com'è ben noto, v. la trattazione in materia contenuta nella poderosa monografia di F. TERRANOVA, *Ricerche sul testamentum per aes et libram. I. Il ruolo del familiae emptor (con particolare riguardo al formulario del testamento librale)*, Torino, 2011.

[29] La caratteristica della revocabilità testamentaria dal diritto romano è giunta fino all'odierno diritto cinese, come ha messo in rilievo, da ultima, F. ALBERTI, *Diritto successorio romano e diritto cinese. Cenni comparativi sulla revocabilità testamentaria*, in *Archivio giuridico*, 157.1. 2025, p. 225-248.

[30] V., per tutti, la chiara sintesi in materia di delazione testamentaria della G. COPPOLA BISAZZA, *Institutiones. Manuale di diritto privato romano*[2], Milano, 2024, p. 320-338, la quale convincentemente in linea di principio ravvisa nel testamento romano un atto tipicamente di *ius civile* (quindi accessibile soltanto ai *cives romani*).

[31] Sulla cui configurazione strutturale in Gai 2.102.109 come *mancipatio familiae* in atto *per aes et libram* cfr. l'esegesi esemplare e di rara efficacia della F. TERRANOVA, *Ricerche sul testamentum*, cit., spec. p. 27-39 e *passim*. L'abolizione sostanziale dell'obbligo di *mancipatio familiae* e delle formalità prescritte per *l'heredis isnstitutio* si avrà appena sotto Costantino, su cui v. ultimamente C. MASI DORIA, *Latino e greco nei testamenti romani: ricordando un percorso condiviso con*

profonde trasformazioni subite nel corso dei secoli, fondò la distinzione basilare tra la successione a causa di morte (*mortis causa*) a titolo universale (dell'*hereditas*) rispetto agli acquisti a titolo particolare di singole *res* (i *legata*). Distingue inoltre, come ben si sa, in maniera basilare secondo la formante terminologia romana, la successione testamentaria (*ex testamento*) da quella legittima (*ab intestato*).

5. Una storia diversa e nient'affatto in sincronia con quella del testamento, a loro volta, ebbero le obbligazioni consensuali da contratto (*obligationes consensu contractae*). Vengono affiancate nelle Istituzioni di Gaio[32] ai contratti reali, verbali e letterali, come obbligazioni nelle quali gli effetti obbligatori si producono in seguito esclusivamente alla manifestazione del consenso, elemento non solo necessario, dunque, come in tutti gli altri contratti, ma anche sufficiente comunque fosse liberamente espresso[33].

Esse furono figure contrattuali probabilmente nate appena verso il III secolo a.C., pertanto libere nelle forme e accessibili agli stranieri, quando Roma era diventata ormai una potenza commerciale mediterranea. Com'è noto, le *obligationes consensu contractae* diedero vita ai contratti consensuali che percorsero la società romana dell'epoca più florida: compravendita (*emptio venditio*); locazione (*locatio conductio*); società (*societas*) e mandato (*mandatum*)[34]. Ciò in concomitanza con genesi e affermazione del processo formulare, scaturito dalla giurisdizione del pretore nei casi in cui almeno una delle parti fosse straniera, ma poi esteso pure ai cittadini. Ma la questione della risalenza storica e della

---

Stefania, in *Tra diritto classico, tardoantico, giustinianeo e bizantino. In ricordo di Agatina Stefania Scarcella*, Napoli, 2024, p. 78 con bibl. agg. ivi, in nt, 71.

[32] Gai 3.89: *aut re ... contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu*.

[33] In argomento cfr. recentemente B. CORTESE, *I quattuor genera gaiani. Funzioni e limiti delle classificazioni delle fonti di obbligazioni: rileggendo Carlo Augusto Cannata*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 17, 2024, p. 1-50; nonché si v. R. CARDILLI, *L'affidamento nel sistema romano: la complessa costruzione di un principio vivente*, in *Certezza del diritto e fondamenti del diritto europeo*, Torino, 2025, p. 140-143, sulla genesi delle *obligationes consensu contractae*, attestate da Gai 3.135-162, oggetto di elaborazione giurisprudenziale a partire in realtà da Quinto Mucio Scevola, verosimilmente nel contesto dell'espansione nell'ambito dello *ius gentium* della *fides bona* «come principio fondante i rapporti tra romani e non romani» (p. 140), sulla scia della 'vecchia' *sponsio* rientrante nell'esclusivo *ius civile*, a fronte ora, nell'accogliente disciplina pretoria dei contratti consensuali, della necessità «di esplicitare qualcosa che nell'*oportere ex sponsione* tra due *patres Romani* era di per sé incluso», per validare quindi «gli accordi tra uomini di religioni, città, culture, lingue diverse» che risulti fondato «sul principio di lealtà e correttezza» (p. 143).

[34] V., in argomento di contratti consensuali, per tutti, in sintesi, P. LAMBRINI, *Le obbligazioni*, in *Il diritto nell'esperienza di Roma antica. Per una introduzione alla scienza giuridica*, Torino, 2012, p. 419-434.

derivazione quanto a (sotto)sistemi normativi rimane dibattuta nella dottrina romanistica[35].

Il settore dei traffici giuridici, sempre che non si concludessero obbligazioni tramite una classica *sponsio*, era dal canto suo aperto agli stranieri a Roma, non come quello delle successioni per causa di morte[36]. Resta all'inverso documentata l'incapacità testamentaria assoluta (anche in materia di legati, dunque) attiva e passiva degli stranieri[37].

In via generale, si può osservare che gli stranieri venuti a Roma pure nell'epoca del loro afflusso più intenso non fossero totalmente inclusi, né favoriti dal diritto romano. Verso i 'noncittadini' venne agevolata l'utilizzazione di *obligationes consensu contractae*, cosicché gli effetti giuridici che ne scaturivano non restassero ingabbiati nella conformità al guscio individualistico dell'esclusivo *ius civile*: ciò si spiega con l'apertura agli stranieri a Roma nel campo dei commerci, almeno dall'età dell'espansione[38]. Ma l'assetto delle

---

[35] Una chiara sintesi dello *status quaestionis* sulle quattro *causae*, che costituiscono le *obligationes consensu contractae*, e le possibili origini direttamente civili, almeno di *mandatum* e *societas*, in A. CORBINO, *Diritto privato romano. Contesti, fondamenti,* discipline[5], Milano, 2023, p. 619-636, con bibl, per approfondimenti; cfr. altresì per la confutazione dell'opinione tradizionale secondo cui i Romani avrebbero conosciuto i contratti consensuali, e in particolare la compravendita obbligatoria, appena dalla metà del III sec. a.C., per effetto dell'apertura ai commerci internazionali e del dilagare dello *ius gentium*, ID., *La risalenza dell'emptio-venditio consensuale e i suoi rapporti con la mancipatio*, in *Iura*, 64, 2016, p. 9-100, nonché la giusta considerazione – nell'ambito di un'analisi di rara efficacia, ivi, p. 61-85 – che la città 'aperta' già della più antica esperienza romana (come provano il primo trattato tra Roma e Cartagine e il *foedus Cassianum*), non abbia «mai negato protezione giuridica ai commerci con stranieri nel proprio territorio. Il solo fatto della loro intervenuta conclusione ne comportava la protezione giudiziale nei tribunali romani ...» (così, a p. 66); in tema di *mandatum* si v. S. RANDAZZO, *Mandare. Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano, 2005, p. 95-108, che pure critica in maniera persuasiva la tralaticia opinione dottrinaria maggioritaria circa l'origine del *mandatum* nello *ius gentium*, dunque – come tutti gli altri contratti consensuali – appena a partire dal III sec. a.C. e solo nei rapporti tra *cives* e *peregrini*; ribaltando (spec. p. 115-149) l'idea del primato indiscusso del *ius romanum* e analizzando in maniera più originale i nuovi vincoli alla luce della dialettica tra il *civis* e l'alterità normativa, per affermare l'«idea sostanzialmente restrittiva intorno al valore effettivo ed alla potenzialità normativa del *ius gentium*» (p. 139).

[36] Sul punto v. già F. MERCOGLIANO, *Hostes novi cives. Diritti degli stranieri immigrati in Roma antica*[2], Napoli, 2020, p. 23-31.

[37] Cfr. Gai 1.25: *Hi vero qui dediticiorum numero sunt, nullo modo ex testamento capere possunt, non magis quam quilibet*

peregrinus, nec ipsi testamento facere possunt secundum id quod magis placuit; Gai 2.218: *... tunc autem vitio personae legatum non valere,cum ei legatum sit, cui nullo modo legari possit, velut peregrino, cum quo testamenti factio non sit ...*

[38] Sulla problematica in generale dell'espansione e della cittadinanza romana, ultimamente, cfr. M. FIORENTINI, *L'impero universale tra romanizzazione e contaminazioni culturali*, in *Diritto romano e postmodernità. Conversazioni nel XL del primo convegno di Copanello*. Maierato (Vibo Valentia), 20-22 ottobre 2022. Atti del convegno, a cura di I. Piro e P. Marra, Soveria Mannelli, 2024, spec. p. 163-179.

successioni non fu reso loro altrettanto accessibile, dal momento che esso non implicava di per sé un piano relazionale, bensì poteva sottintendere una possibile appropriazione di beni dei *cives* che invece avrebbero dovuto essere trasmessi in linea (patri)familiare. In altri termini, non si volle incorrere in un indebolimento della comunità cittadina, mediante lo svuotamento dei criteri tradizionali di successione nell'appartenenza delle proprietà familiari. Lo *ius civile* non fu modificato, in fondo, neppure per figure giuridiche che restarono costantemente di *ius civile* e, pur se oggetto di adattamenti pretori, non consentirono vantaggi estremi ai non romani, come nel caso dell'usucapione[39]. Per quest'ultima si fingeva decorso il tempo occorrente, poi anche per gli stranieri, come strumento in origine, a quanto pare, di tutela giurisdizionale a favore dei cittadini romani[40]. In altre parole, è stata individuata così qual è la «tutela apprestata a Roma all'appartenenza di una *res* allo straniero. Ciò riguarda tanto le *res* che lo straniero avesse acquistato, nel proprio paese di origine, secondo il suo diritto, e che avesse portato con sé a Roma, quanto le *res* che, nel caso di un contratto di compravendita, egli potesse aver ricevuto a Roma attraverso un modo di acquisto *iuris gentium*, o se dotato di *commercium*, attraverso la *mancipatio*...»[41].

Per gli scambi la disciplina giuridica non restò monoliticamente ancorata allo *ius civile*, perché una potenza mediterranea qual era Roma non sarebbe stata in grado di proseguire la sua espansione se avesse frazionato in troppi irrigidimenti giuridici attività ed energie di stranieri ed immigrati. Era labile sin dalle origini di Roma il confine di tipo giuridico tra relazioni ostili e prestazioni reciproche di scambio, con i 'noncittadini'[42] e non costituiva un ostacolo di applicazione della tutela giudiziaria romana alcuna barriera geografica, se si pensa al caso singolare emblematico documentato di recente per gli immigrati romani a Cartagine da fonti epigrafiche confortate da quelle di tradizione manoscritta[43]. Infatti, rispetto al fenomeno più solitamente considerato, a parti invertite i Romani immigrati a Cartagine, ricostituita in comunità cittadina, dopo essere stata com'è ben noto letteralmente rasa al suolo nel 146 a.C. in

[39] Cfr. sul punto ora M. VINCI, *Adversus hostem aeterna fictio: stranieri e actio Publiciana*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, nuova serie, 13, 2024, p. 369-378.

[40] Su questa linea interpretativa, ultimamente, si v. la disamina della E. CALORE, *La fictio usucapionis e l'ex iure Quiritium esse nella formula dell'actio Publiciana: un 'adattamento' per i cives di un rimedio pensato per gli stranieri?*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 45, 2024, p. 133-152.

[41] Come specifica nella sua *Premessa*, E. CALORE, *La fictio usucapionis*, cit., p. 133.

[42] Come precisa nel suo recente persuasivo studio F. TERRANOVA, *Osservazioni su hostes e hostire nella voce 'Status die' del lessico festino*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 17, 2024, p. 52.

[43] V. *La pertica des Carthaginois de la constitution au démembrement (Ier siècle av. J.-C. - IIIe siècle ap. J.-C.)*, éd. S. Aounallah, Sassari, 2024; già in *Chroniques d'Archeologie Maghrébine*, 1, 2022, p. 228-662.

seguito alla terza guerra punica, ottengono diritti simili a quelli riconosciuti agli stranieri nell'Urbe. Quindi, si può notare che lo spazio giuridico romano accolga, stavolta al suo interno trasposto in terra magrebina, i Romani e non gli stranieri immigrati. Si tratta di una sorta di significativo ribaltamento del diritto romano, che esprime un rapporto slegato dal perimetro di confini territoriali dello *ius romanum* e dai suoi strati per realizzare a favore di chi immigra una protezione giuridica non improntata da concezioni esclusivista romacentriche nonché una comunità mista, doppia, composta da cittadini e 'noncittadini', immigrati romani coloni integrati dallo *ius Latii* o *Italicum* e indigeni autoctoni, non predestinati dalla residenza a una cittadinanza come diritto localizzato rigidamente[44].

6. La tutela giudiziaria romana differenziò, dunque, il testamento dai contratti consensuali. Tuttavia, non sorsero separatezze sistematiche e classificatorie che ostacolassero nel diritto romano, come ho detto, un fraseggio tra istituti, che trovavano la loro autonomia concettuale nell'applicazione a soggettività giuridiche diverse, diremmo oggi, e con forme processuali differenti. Autonomie concettuali e spunti di sempre nuove e più adeguate risposte interpretative, comunque fino ai codici hanno permesso alla scienza giuridica di non imbattersi in ostacoli che appunto sarebbero stati creati poi sulla scorta del diritto positivo codicistico.

Ai giuristi continuerà ad essere affidato la scienza del diritto, anche in quella che appare semplice esecuzione, e che invece richiede sempre un'elaborazione concettuale composta pure di collegamenti e fluidità tra regole e istituti, che mai potranno esclusivamente essere rintracciabili nei soli codici[45]. Certo, l'aspirazione ad ottenere codici chiari e che spalancassero la cd. certezza del diritto al cittadino borghese, prima sotto il torchio dei cavilli dei legulei e del *latinorum* di manzoniana memoria, aspirazione che fu una bandiera ideale del miglior illuminismo progressista, non aveva previsto l'effetto del frazionismo adesso imperante tra i settori del diritto civile, né il blocco del dialogo tra istituti giuridici, qual è il caso che Calvo così bene ha posto in evidenza a proposito di testamento e contratto.

Entrambi, testamento e contratto come dicevo, a pensarci veramente bene, in maniera profonda caratterizzati dal predominante elemento essenziale

[44] Cfr. A.IBBA, in *L'Année épigraphique*, 2022, p. 703-707 e 708.

[45] Esemplare in tal senso, per tutti, cfr. C.A. CANNATA, *Dai giuristi ai codici, dai codici ai giuristi (Le regole sulla responsabilità contrattuale da Pothier al codice civile italiano del 1942)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, p. 993-1013.

del negozio giuridico costituito dalla volontà. Da quest'ultima traggono la linfa comune, che nessun codice potrà ingabbiare in una sterile incomunicabilità tra di essi. Le esasperazioni interpretative sono quelle che erano evitate in Roma antica e invece attualmente vi sono, giunti in tempi, in cui non si riesce a tollerare né i nostri vizi, né i nostri rimedi (né incertezza del diritto né formalismo codicistico, dunque), per dirla con Tito Livio: *donec ad haec tempora, quibus nec vitia nostra nec remedia pati possumus, perventum est*[46].

Camerino, ottobre 2025

[46] Liv. *praef*. 9.

Abstract

In occasione della discussione in un seminario a Camerino nel febbraio 2025 del volume di R. Calvo, *Testamento e contratto. Contributo allo studio degli acquisti post mortem*, Napoli, Esi, 2024, il contributo ripercorre succintamente struttura elementare, discipline e connessioni della successione per causa di morte, con particolare riferimento al testamento e alle obbligazioni contratte consensualmente nella sistematica istituzionale gaiana.

This paper moves form the discussion held during a seminar in Camerino in February 2025 on the volume by R. Calvo, *Testamento e contratto. Contributo allo studio degli acquisti post mortem*, Naples, Esi, 2024. It outlines briefly elementary structure, disciplines and connections of inheritance, with special reference to testamentary succession and to the obligations contracted consensually in the institutional system of Gaius.

Keywords

Gai Institutiones – Res incorporales – Testamentum – Obligationes consensu contractae

NICOLA BRUTTI*

Interferenze tra testamento e contratto: spunti dal common law**

SOMMARIO: 1. Tra testamento e contratto: emersione dei *will substitutes*. - 2. Tipologie di *will substitutes* e loro tratti distintivi. - 3. Spunti sistematici dall'esperienza statunitense. - 4. Rilievi conclusivi.

1. Nuova linfa agli studi di diritto comparato sembra poter derivare dall'approfondimento dell'interconnessione tra testamento e contratto, materia cui hanno contribuito in modo innovativo recenti indagini assai accurate sul versante civilistico[1].

Nel nostro codice, sulla scorta del *Code Napoléon*[2], la materia poggia sulle architravi del testamento, nei limiti della quota disponibile, e della successione legittima (art. 457), nonché sul corollario del divieto di patti successori (art. 458 c.c.)[3]. Insomma, la possibilità di disporre del proprio patrimonio per dopo la

* Professore associato presso l'Università di Padova.

** Il presente saggio è una rielaborazione della relazione dal medesimo titolo tenuta al Convegno "Testamento e Contratto", Camerino 19 febbraio 2025.

[1] Cfr., in particolare, R. CALVO, *Testamento e contratto. Contributo allo studio degli acquisti* post mortem, Napoli, 2024, *passim* ed anche, seppur con diversa impostazione, gli studi seminali di A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983, *passim*; Id., *Istituti alternativi al testamento*, in *Tratt. dir. civ. C.N.N.* diretto da P. Perlingieri, VIII, 1, Napoli, 2003, p. 10 ss. Più in generale, si veda anche G. PERLINGIERI e G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, 187 ss.

[2] Si tratta dell'archetipo degli ordinamenti che realizzano una delazione ereditaria diretta, in virtù di una vicenda essenzialmente privata, che ricorre all'intervento giudiziale solamente in casi patologici, laddove, in altri contesti, segnatamente il *common law*, il modello è quello della mediazione burocratico-giudiziale nel trasferimento *mortis causa*. Cfr. Y.H. LELEU, *La trasmission de la succession en droit comparé*, Antwerpen-Bruxelles, 1996, pp. 507 ss.; A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato* (diretto da R. SACCO), Torino, 2002; impostazione metodologica confermata da J. TARABAL BOSCH, *Will Substitutes in the U.S. and in Spain*, in *Iowa Law Rev.*, 2018, 103, 2293, p. 2294. Sulla differenziazione tra modello francese e Germania, che offre una soluzione favorevole ai patti sulle successioni, A. FUSARO, *Uno sguardo comparatistico sui patti successori e sulla distribuzione negoziata della ricchezza d'impresa*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, 3, pp. 354 ss.; nonché S. ACETO DI CAPRIGLIA, *I divieti di patti successori nel sistema di* civil law, Napoli, 2019, 36, p. 11 ss.

[3] "Ove il privato abbia validamente disposto per testamento, la legge si rimette alla sua indicazione, mentre provvede essa stessa quando in tutto o in parte manchi la successione testamentaria; le disposizioni testamentarie, alla loro volta, «non possono pregiudicare i diritti

morte è consegnata, di regola, al testamento, escludendo, o limitando fortemente, alternative pattizie. Così, la materia contrattuale è apparsa tradizionalmente distante da quella successoria, senza alcuna concessione a interferenze e contaminazioni di sorta.

Tuttavia, tale impostazione è da tempo oggetto di riflessioni critiche e vi è una crescente curiosità verso soluzioni alternative, improntate ad una maggior rilevanza dell'istituto contrattuale, sollecitata anche da una prospettiva sempre più europea e globale di pianificazione successoria[4]. Il proposito di queste pagine è di trarre qualche spunto analitico utile dal panorama di *common* law.

Occorre subito chiarire come non si possa trattare quest'ultimo come un monolite. Basti pensare a quanto esso propenda tanto per la *freedom of testation* negli U.S.A., quanto per la *forced heirship* in Scozia, molto più vicina, quest'ultima, alla realtà di *civil law* nel riconoscere espressamente la categoria dei

---

che la legge riserva ai legittimari» (art. 457, 3° comma).". Così, circa la tipicità degli atti *mortis causa*, P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Roma-Bari, 1992, p. 90. Sul divieto dei patti successori non sono mancate critiche dottrinali e ipotesi di riforma, C. CACCAVALE, *Il divieto dei patti successori*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Successioni e donazioni*, I, Padova, 1994, p. 25 ss.; V. ROPPO, *Per una riforma del divieto dei patti successori*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 7; R. CALVO, I patti successori, in Id. e G. PERLINGIERI, *Diritto delle successioni e delle donazioni*, I, Napoli, 2013, p. 19 ss.; V. BARBA, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, Napoli, 2015, p. 32 ss.; G. IUDICA, *Fondazioni, fedecommesserie, trusts e trasmissione della ricchezza familiare*, in AA.VV., *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padova, 1995, 97 ss. (tenuto conto che il divieto dei patti successori non viene più ritenuto dalla giurisprudenza così insormontabile, e non assurge più a principio di ordine pubblico economico, si sottolinea l'opportunità di abrogarlo, accompagnandovi coerentemente una riforma per consentire la tassazione degli strumenti utilizzati in alternativa al testamento) ed, ivi, anche A. PALAZZO, *Attribuzioni patrimoniali fra vivi e assetti successori per la trasmissione della ricchezza familiare*, 17 ss.; S. DELLE MONACHE, *La libertà di disporre* mortis causa, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 475 ss. Cfr., in ottica di *critical legal studies*, M.R. MARELLA, *Critical Family Law*, 2, *American University Journal of Gender Social Policy and Law* 19, (2011), 721-754 che, evidenziando una costante erosione del divieto da parte della giurisprudenza attraverso una valorizzazione della formula degli atti *post mortem* (morte come elemento meramente temporale dell'attribuzione e non causale-attributivo, attinente, quest'ultimo, al lemma *mortis causa*), ne rileva un ruolo ormai residuale, come crittotipo in grado di essere riesumato occasionalmente a tutela di istanze patriarcali.

[4]Vedi, ad esempio, F. VOLPE, *Trasformazioni sociali, «valori» concorrenti e uniformazione del diritto successorio* (pp. 15-55); G. PERLINGIERI, *In tema di rapporti familiari poligamici* (57-91); E. BERGAMINI, *Agreements between Spouses and Partners, and Agreements as to Successions* (pp. 93-115); L. RUGGERI, *I Regolamenti europei sui regimi patrimoniali e il loro impatto sui profili personali e patrimoniali delle coppie* cross-border (pp. 117-136) in S. LANDINI (ed.), *EU Regulations 650/2012, 1103 and 1104/2016: cross-border families, international successions, mediation issues and new financial assets*, Napoli, 2020.

legittimari con relative tutele *ad hoc*[5]. Se le differenze sono notevoli già all'interno della famiglia di *common law*, divengono, come vedremo, più profonde rispetto al nostro codice civile.

Oltre all'approccio più casistico, e meno sistematico, fondato sul diritto dei precedenti, si possono subito evidenziare alcuni tratti distintivi che condizionano necessariamente l'analisi sul piano metodologico. Guardando al sistema giuridico più rappresentativo, quello statunitense, possiamo subito sottolineare - in opposizione alla centralità del codice civile- la molteplicità e l'intrecciarsi di diverse fonti: legislazioni statuali, norme federali, *case law*, *Restatements* ed *Uniform Codes*. Quando pensiamo agli *Uniform Codes* statunitensi, ma lo stesso discorso vale per i *Restatements*, non si tratta di fonti codicistiche o legislative come noi le intendiamo, ma di autorevoli raccolte, commentate ed ordinate per materia, di principi derivanti dal *case law*[6]. Seppur prive di forza vincolante, sono spesso ricalcate in tutto o in parte dalla legislazione statuale.

Nel modello statunitense, vale ricordare che non esiste la categoria dei legittimari, almeno nella nostra accezione, né trova spazio alcuno la figura dei patti successori, con relativo divieto. Sono, invece, i cosiddetti *will substitutes* ad aver acquisito un ruolo centrale[7]. Si tratta di strumenti giuridici attivati durante la vita del disponente che permettono trasferimenti patrimoniali alla propria morte, senza dover passare per il *will*, figura assimilabile al nostro testamento, ed essere assoggettati al *probate*. A differenza dei sistemi di *civil law*, dove la gestione

---

[5] Sulla figura dei "*legal rights*", D. CARR, *Will-Substitutes in Scotland*, in A. BRAUN, A. RÖTHEL (*eds.*), *Passing Wealth on Death: Will-Substitutes in Comparative Perspective*, Oxford, 2016, p. 103, nt. 178.

[6] Cfr. *amplius*, A.L. GOODHART, *Restatement of the Law of Torts, Volume IV: A Comparison between American and English Law*, in *Pennsylv. L. Rev.*, 91, 1943, n. 6, 487 ss.; A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, 4ª ed. Torino, 2018, p. 146.

[7] Cfr. A. BRAUN, A. RÖTHEL, *Introduction*, in Id. (eds.), *Passing Wealth on Death: Will-Substitutes in Comparative Perspective*, cit. p. 2, ricordano come l'espressione risalga ad uno scritto di ATKINSON (*Handbook of the Laws of Wills, vol. 1, St Paul MN, West Publishing Co, Ch. 4*) del 1930, dove si descrivono le alternative all'esecuzione del testamento (*will*) o per ovviare alla gestione giudiziaria del patrimonio ereditario, ma abbia guadagnato popolarità con il contributo di J.H. LANGBEIN del 1984 (*The Nonprobate Revolution and the Future of the Law of Succession*, 97, *Harv. L. Rev.*, 1108), che guarda agli strumenti atti ad evitare la procedura di *probate*: "non-probate transfer", interrogandosi in maniera più sistematica sulle ragioni della loro proliferazione. Altra denominazione utilizzata, in ottica comparatistica, è quella di *succession substitutes*, come emerge dagli studi di J. A. TALPIS, *Succession Substitutes*, Nijhoff, 2011, *passim*, e più di recente, Id., *Managing and preventing cross-border disputes arising with the increasingly popular use of succession substitutes*, in *Trusts & Trustees*, 2023, 3, pp. 234-247, dove si indagano le questioni connesse all'assenza di convenzioni internazionali dirette ad uniformare il trattamento giuridico dei *will substitutes* e al possibile conflitto tra leggi applicabili nel diritto internazionale privato.

dell'iter successorio è demandata alla figura del notaio, negli USA tale passaggio è affidato all'autorità giurisdizionale ed al *probate process,* meccanismo processuale attraverso cui il *will* viene validato e i beni del *de cuius* distribuiti. Tale sistema, sebbene volto a garantire certezza e tutela ai soggetti coinvolti, è stato spesso criticato per la sua lentezza e i costi elevati[8]. La tradizione anglosassone prevede infatti che il *will* debba essere sottoposto a una verifica giudiziaria, con l'intervento di un *executor* o di un *administrator*, che ha il compito di gestire il patrimonio ereditario e distribuire i beni ai beneficiari. Questo processo può risultare particolarmente oneroso in termini di tempo e spese legali, specialmente quando la successione venga contestata. Già nel XIX secolo, Charles Dickens descriveva in *Bleak House* gli effetti devastanti di un sistema eccessivamente burocratizzato, nel quale i costi processuali finivano per erodere interamente il valore dell'eredità[9].

Negli USA, la normativa può variare da Stato a Stato, data la competenza pressoché esclusiva, demandata per tale materia. Nonostante le riforme intervenute per snellire il procedimento, a partire dall'*Uniform Probate Code* (UPC) del 1969, e successive modifiche[10], la tendenza, specie presso le classi più abbienti, è stata inequivocabilmente quella di cercare soluzioni utili ad aggirare il *probate* stesso. Di conseguenza, l'evoluzione più significativa è stata la crescente diffusione dei *will substitutes*.

Muoviamo su un terreno il cui humus è caratterizzato da alcuni fattori economici e sociali come: a) l'aumento dell'aspettativa di vita e dunque il ricorso a contratti finalizzati a forme di risparmio assicurativo o pensionistico privato, i quali godono di benefici fiscali. Ciò fa da *pendant* al progressivo ridimensionamento delle pensioni pubbliche per via delle riforme e dei tagli alla spesa previdenziale, associati al calo demografico; b) la crescente domanda di istituti che affrontino la necessità di vincolare alcuni beni al soddisfacimento,

[8] Si tratta di un sistema successorio sostanzialmente indiretto e mediato, pertanto contrapposto al modello francese ed ai derivati di quest'ultimo, tra cui quello italiano. Cfr. A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato, cit., p.* 25.

[9] La prima edizione risale al 1852, per l'edizione *Bradbury and Evans*. Cfr., per notazioni di *Law and Literature*, M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica. Immaginazione letteraria e vita civile*, trad. it. G. Bettini, Milano, 2012, pp. 57 ss.

[10] Vedi, in particolare, Unif. Probate Code, § 1-102(b)(3) (*Uniform Law Commission* 2010) e l'introduzione (§ 3) di varie opzioni dirette a graduare diversi tipi di intervento giudiziale a seconda delle caratteristiche di ciascun patrimonio ereditario. Cfr. E. F. SCOLES, *Succession Without Administration: Past and Future*, 48 *Modern L. Rev.* 371, n.63 (1983), p. 387.

nel caso di premorienza, di specifiche esigenze di terzi superstiti (es. *caregivers*, figli avuti da precedenti matrimoni); c) un più efficiente passaggio intergenerazionale di asset idiosincratici come l'impresa su base familiare; d) un avvicinamento tra i diversi sistemi giuridici facilitato dalla progressiva diffusione dell'istituto del *trust*[11] anche nei paesi di *civil law*.

2. La crescente standardizzazione di soluzioni contrattuali a favore di terzi beneficiari da nominare (polizze assicurative vita, previdenza privata, depositi bancari), considerata l'ascesa delle attività di intermediazione finanziaria, ha attratto un pubblico sempre più vasto[12]. Ciò ha spostato una quantità crescente di risorse fuori dal processo di *probate*, garantendo anche benefici fiscali, come confermato dal *boom* del sistema pensionistico privato negli Stati Uniti. Perciò si è parlato, con espressione calzante, di una *nonprobate revolution*, cioè di un'ostilità al *probate* socialmente diffusa, attuata per mezzo di strumenti alternativi al testamento[13]. Queste soluzioni permettono di sottrarre i beni al *probate*, garantendo comunque al disponente il pieno controllo sui propri asset fino alla morte. Tra i principali tipi di *will substitutes* possiamo menzionare: *insurance policy benefits, mortgages, promissory notes, securities, deposit agreements, deeds or gift, pension and retirement plans, foundations,* e *inter vivos trusts*[14].

In via esemplificativa, osserviamo:

---

[11] Cfr. D. S. GORDON, *Forfeiting Trust*, 57 *Wm. & Mary L. Rev.* 455 (2015), p. 474, ed ivi ulteriore bibliografia, che evidenzia come, negli USA, il *trust inter vivos* abbia ormai superato il *will* come principale veicolo di trasmissione di ricchezza alla morte. Sulla crescente attenzione verso tali strumenti nel panorama italiano, V. PUTORTÍ, *I contratti* post mortem, in *Rass. dir. civ.*, 2012, 3, pp. 799 ss.

[12] In tema, tra le prime analisi: S. KIMBALL, *The Functions of Designations of Beneficiaries in Modern Life Insurance: U.S.A.*, in J. HELLNER e G. NORD (*eds.*), *Life Insurance Law in International Perspective*, Stockholm, 1969, pp. 74-76.

[13] Secondo J. H. LANGBEIN, *The Nonprobate Revolution and the Future of the Law of Succession*, 97 *Harv. L. Rev.* 1108 (1984), il ruolo del *will*, come mezzo esclusivo di trasferimento della ricchezza alla morte, è stato fortemente ridimensionato proprio dall'emergere dei *will substitutes*. Più di recente, M. J. DE WAAL, *Comparative Succession Law*, in M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2019, p. 1066, evidenzia l'importanza di tali soluzioni alternative al testamento, quali "instruments passing wealth outside the traditional structure and rules pertaining to the law of succession".

[14] Cfr., oltre al più risalente lavoro già citato, J. LANGBEIN, *Major Reforms of the Property Restatement and the Uniform Probate Code: Reformation, Harmless Error, and Nonprobate Transfers*, 38 *American College of Trust and Estate Counsel L.J.* (2012), pp. 1 ss.; nonché S. E. STERK, M. B. LESLIE, *Accidental Inheritance: Retirement Accounts and the Hidden Law of Succession*, 89 *New York University L. Rev* (2014), pp. 165 ss.

- *Revocable inter vivos trust*: se il *settlor* trasferisce asset a un *trustee* in vita, esso è considerato come atto *inter vivos* non testamentario. Con ciò il *settlor* si riserva il diritto di usare e sfruttare il patrimonio in questione, così come il diritto di nominare e cambiare i beneficiari che lo riceveranno alla sua morte. Spesso lo stesso *settlor* agisce come suo stesso *trustee*, come in un contratto con se stesso, fenomeno conosciuto come *trust* autodichiarato (*self declared trust*). La notevole diffusione di tali strumenti ha fatto coniare l'espressione "*revocable trust alternatives*" per indicare gli altri *will substitutes*, come delle seconde scelte rispetto al più ampiamente diffuso *revocable trust*.

- Con la *Life insurance beneficiary designation* (cioè contratti di assicurazione sulla vita con beneficiario designato) assistiamo ad una polizza assicurativa dove il trasferimento *post mortem* si può effettuare con apposita previsione a favore di specifico beneficiario da parte del disponente. Simile meccanismo, di designazione di terzo-beneficiario, opera nei fondi pensione privati (*pension and retirement account beneficiary designation*) che convogliano una massa notevole di patrimoni di una larga parte della società.

- Nel *payable-on-death account*, o *POD account* osserviamo l'accensione di conti bancari con clausola di trasferimento delle somme residue a un beneficiario alla morte del titolare[15]. Inoltre, nel cosiddetto *transfer on death deed*, cioè TOD, l'*Uniform Probate Code*, come emendato nel 1989, riconosce anche la possibilità di effettuare il passaggio a titolo gratuito con efficacia *post mortem* relativamente agli strumenti finanziari e, in alcuni Stati, la formula viene estesa anche alle automobili ed ai diritti sugli immobili (*real estate*): cosiddetto *transfer on death deeds of land*.

Sotto un profilo tassonomico, tutti questi strumenti sono considerati *nonprobate transfers*, vale a dire trasferimenti che rimangono fuori dal *probate*. Ma, in quanto *will substitutes*, da un lato il disponente può sempre revocarli, dall'altro non soggiacciono ai requisiti del *will*. Affinché tali strumenti non fossero equiparati a testamenti e non dovessero sottostare ai requisiti formali più stringenti di questi ultimi, la giurisprudenza aveva elaborato il *present (transfer)*

[15] Tale figura origina dal cosiddetto *Totten trust* (dal caso pionieristico *In re Totten*, 71 N. E. 748, 1904). Si trattava di un deposito in banca e a beneficio di terzo da designare. Il depositante mantiene tipicamente il controllo esclusivo sul conto, seppur come patrimonio protetto con un *trust*; alla sua morte, il relativo patrimonio passa direttamente al beneficiario.

interest test[16]. Secondo questo criterio, affinché un *will substitute* sia considerato valido e non ricada sotto la disciplina testamentaria, il beneficiario deve acquisirvi un interesse giuridico qualificato prima della morte del disponente (*nonpossessory future interest or contract right)*[17], seppur la piena disponibilità e il godimento siano rinviati alla morte di quest'ultimo. In mancanza di tali requisiti, le corti hanno qualificato l'atto come *testamentary disposition*, dichiarandolo nullo se non conforme alle regole del *probate*. Questa impostazione è stata successivamente criticata dalla più autorevole dottrina, che aveva sottolineato come si trattasse di un *escamotage* meramente formalistico, o, come direbbe il *civil lawyer*, una *fictio iuris*[18]. In una certa misura, ciò riecheggia il lavoro della più recente dottrina, insieme ad una parte della giurisprudenza, quando distinguono due possibili qualificazioni dell'evento morte, *rectius* causa dell'attribuzione patrimoniale e mero elemento accidentale, in modo da poter superare le rigidità del divieto di patti successori[19]. Tale argomentazione, che si accompagna alla distinzione tra acquisti *mortis causa* e *post mortem*, non sembra trovare riscontro nell'esperienza statunitense, se non su un piano latamente

[16] La vicenda è ripercorsa da J. H. LANGBEIN, *The Nonprobate Revolution and the Future of the Law of Succession*, cit., 1128, mentre la pietra miliare nel *case law* è: *Farkas v Williams*, 125 NE 2d 600 (*Illinois Supreme Court* 1955).

[17] Vedi il principio come recepito nel *Restatement Third of Property, § 7.1 Comment b,* ed affermato dalla giurisprudenza nel caso emblematico *Farkas v Williams*, 125 NE 2d 600 (*Illinois Supreme Court* 1955) e, con specifico riferimento al *revocable trust*, la legislazione dell'Ohio, Rev Code § 5804.02 (E) (originalmente numerato come § 1335.01 C), che ha superato il precedente giurisprudenziale di segno diverso che annullava lo strumento sostitutivo del testamento, come lesivo della disciplina successoria, *Mathias v Fantine*, 1990 WL 21446 (Ohio App 5 Dist.). Su tutto ciò, ampiamente, T. P. GALLANIS, *Will Substitutes: A U.S. Perspective*, in A. BRAUN, A. RÖTHEL (*eds.*), *Passing Wealth on Death: Will-Substitutes in Comparative Perspective,* cit., p. 20, nota 34.

[18] Ne descrive efficacemente l'operare in termini di *legal fiction,* J. H. LANGBEIN, *The Nonprobate Revolution and the Future of the Law of Succession*, cit., 1109, ed efficacemente sul punto anche T. P. GALLANIS, *Will Substitutes: A U.S. Perspective*, cit., pp. 19-20.

[19] Il dibattito è ricostruito dettagliatamente da R. CALVO, *Testamento e contratto*, cit., p. 21, dove si richiama anche il pensiero di R. NICOLÒ, *Attribuzioni patrimoniali* post mortem *e* mortis causa, in *Vita not.*, 1971, ora in Id., *Raccolta di scritti*, II, Milano, 1993, p. 198, secondo cui le attribuzioni *post mortem* trovano nella morte non l'elemento causale dell'acquisto, ma «solo un riferimento che riguarda i motivi dell'atto, le modalità e il momento in cui certi effetti vengono ad operare». Cfr. anche G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, rist. Napoli 2010, p. 40 ss.e, in chiave critica, M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976, p. 68. Nella più recente giurisprudenza, si veda Cass. II sez. civ., n. 34858 del 13 dicembre 2023, a proposito della donazione con condizione *si premoriar* (in *N.G.C.Comm.*, 2024, 4, 792 ss., nota di G.B. FERRI Jr., *Donazione con condizione "si premoriar": "ratio" del divieto dei patti successori e natura degli atti "mortis causa"*).

funzionale[20]. Una soluzione più lineare del *present interest test*- osservava Langbein- sarebbe stata semplicemente quella di consentire di effettuare un trasferimento al momento della morte garantendo libera scelta tra *will* con annesso *probate* (cioè la via istituzionale), da un lato, e *will substitutes* (cioè la via contrattuale-privatistica), dall'altro. Accogliendo tale visione, anche il § 6-101 dell'UPC, inserito con le modifiche del 2008, permette di trattare gli strumenti alternativi come sostanzialmente equivalenti al *will*, rimettendo la scelta al disponente[21].

3. Osserviamo, inoltre, come caratteristica essenziale di ogni *will substitute* sia quella di essere concepito per favorire il trasferimento di un tipo di asset predeterminato. Tale strumento sostitutivo, in quanto consiste in un atto di disposizione specifico ed attuale, è inadatto a trasferire ricchezze confluite nel patrimonio del disponente dopo che lo strumento stesso sia stato istituito. Di conseguenza, il *will* vero e proprio continuerebbe a svolgere un'autonoma funzione nel trasmettere gli asset "residualmente acquisiti" e, perciò, si potrebbe ritenere che i *will substitute* costituiscano sostituti incompleti del testamento, o siano ad esso, al più, complementari[22]. Ciò spiega anche perché uno dei più diffusi metodi di pianificazione successoria sia quello di combinare un *trust inter vivos* revocabile con un cosiddetto *pour-over -will*, cioè un testamento che serve per aggiungere *post mortem* al *trust* tutti quegli asset che non vi siano confluiti durante la vita del disponente[23]. Così la diffusione dei *will substitutes* in

[20] In tal senso, potremmo parlare di atti *mortis causa* per il *will* e il *trust* testamentario (*probate transfers*), mentre, per i *will substitutes*, si tratterebbe di atti *inter vivos* con effetto *post mortem*. Ma- giova rimarcare- i *will substitutes* sarebbero di per sé ritenuti validi strumenti di pianificazione patrimoniale (*governing instruments*), senza che tali qualifiche vi spieghino alcuna rilevanza. Cfr. R.H. SITKOFF, *Trusts and Estates: Implementing Freedom of Disposition*, 58 *Saint Louis Univ. L. J.*, 2014, p. 652, secondo cui "Trusts may be testamentary, created by will and arising in probate. Or they may be inter vivos, created during the settlor's life by declaration of trust or by deed of trust, often as a will substitute to avoid probate".

[21] Dove troviamo la seguente disposizione: "A provision for a nonprobate transfer on death in an insurance policy, contract of employment, bond, mortgage, promissory note, certificated or uncertificated security, account agreement, custodial agreement, deposit agreement, compensation plan, pension plan, individual retirement plan, employee benefit plan, trust, conveyance, deed of gift, marital property agreement, or other written instrument of a similar nature is nontestamentary". Cfr. T.P. GALLANIS, op. cit., p. 20.

[22] In tal senso, A. SEMPRINI, *I rapporti fiduciari con funzione successoria. Contributo allo studio dei negozi con efficacia* post mortem, Torino, 2022, 23, nota 75.

[23] Cfr. il *Restatement (third) of Property: Wills and Donative Transfers* § 3.8(a), *Am. Law Inst.* 1999, che recita: "A 'pour-over' devise is a provision in a will that (1) adds property to an inter

Nordamerica ha mantenuto vivo, accanto a sé, un ruolo di chiusura per il *will*: quello di veicolo per i trasferimenti di asset residuali.

Il diritto statunitense prevede anche forme di contitolarità in cui il *co-owner* superstite acquisisce automaticamente la quota del defunto (*ius accrescendi*). In particolare, si pensi al *deed creating joint tenancies* per quanto riguarda gli immobili. Questi strumenti vengono anche denominati *will substitute* imperfetti[24]. Ciò perché, nonostante permettano di disporre di *asset* per dopo la morte, bypassando il sistema ordinario delle successioni, sono basati su un atto *inter vivos* irrevocabile.

Sul piano della distanza rispetto al nostro sistema, per quanto attiene al divieto dei patti successori, è importante segnalare un istituto assai significativo. Si tratta dei *contracts to make or not to revoke a will* (testualmente 'contratti per redigere e rendere irrevocabile un testamento') che consistono nel vincolare pattiziamente la libertà testamentaria[25]. La loro prova è soggetta a requisiti formali e l'eventuale violazione dà luogo solamente e responsabilità risarcitoria a differenza dei più incisivi rimedi in *equity*, propri del *trust*. Il *contract to make a will* può essere, inoltre, preordinato alla successiva redazione di *joint and mutual wills* (cioè testamenti congiunti e reciproci), da noi, invece, oggetto di divieto ex art. 589 c.c., proprio in quanto esecutivi di un patto successorio istitutivo ex art. 458 c.c.[26]. Di solito, simili formule sono utilizzate per beneficiare il coniuge

---

vivos trust or (2) funds a trust that was not funded during the testator's lifetime but whose terms are in a trust instrument that was executed during the testator's lifetime.". Vedi anche lo *Uniform Probate Code*, § 2-511(a) dove si statuisce: "A will may validly devise property to the trustee of a trust established or to be established (i) during the testator's lifetime by the testator (. . .) if the trust is identified in the testator's will and its terms are set forth in a written instrument, other than a will, executed before, concurrently with, or after the execution of the testator's will or in another individual's will if that other individual has predeceased the testator, regardless of the existence, size, or character of the corpus of the trust.". Cfr. J. TARABAL BOSCH, *Will Substitutes in the U.S. and in Spain*, cit., pp. 2300-2301.

[24] Cfr. J.H. LANGBEIN, *The Nonprobate Revolution*, op. cit., pp. 1109-1115.

[25] La questione, da sempre sottesa al variegato *case law*, è quindi se si possa escludere pattiziamente la naturale ambulatorietà del testamento; questione cui il *common law* sembra aver dato, seppur con una serie di ritrosie, risposta positiva. Cfr. C. CLARK, *Testamentary contracts and irrevocable wills*, 27 *Yale L. J.* 542, p. 545; K. M. O'DONNELL, *Trusts and Estates Law: Contracts to Make Joint or Mutual Wills*, 55 *Marq. L. Rev.* 103 (1972), p. 114. Per un affresco storico-comparatistico della travagliata *doctrine*, R. CROUCHER, *Mutual Wills: Contemporary Reflections on an Old Doctrine*, in *M.U.L.R.*, 2005, 29, pp. 390 ss.

[26] Cfr. Cass., 2 settembre 2020, n. 18197, su cui, *ex multis*, M. ZICCARDI, *Testamenti simultanei e divieto di patti successori istitutivi*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, 3, p. 1160 ss. Di recente si mette in evidenza come, ormai, il divieto dei patti successori istitutivi sia utilizzato dalla giurisprudenza limitatamente ad ipotesi in cui il contenuto del contratto si presenti analogo a

superstite e, nei secondi o terzi matrimoni, per salvaguardare i figli, rispettivamente di primo o di secondo letto, dell'altro coniuge. Se il coniuge superstite disattende questi impegni, revocando o modificando il *will*, i soggetti pretermessi potrebbero ricorrere a rimedi, come il *constructive trust*, diretti a recuperare direttamente i beni a loro destinati. Tuttavia, per la complessità di simili casi, un *inter vivos trust* sembra uno strumento più sicuro a raggiungere lo stesso obiettivo[27].

Nel prendere atto della diffusione e del successo di tali strumenti alternativi, un passaggio fondamentale è stato costituito dalla revisione dell'*UPC* e del *Restatement third on property*. Come è stato affermato in quest'ultimo (par. 7.2, comment a)), i *will substitutes* hanno proliferato e sono divenuti strumenti alternativi nel passaggio intergenerazionale dei patrimoni. Quindi, nonostante la sottrazione alle formalità del *probate process* sia confermata, vi è una recente tendenza ad armonizzare la disciplina dei *will substitutes* ad alcune norme inderogabili del diritto successorio.

In particolare, utilizzando la formula onnicomprensiva dei *governing instruments*, si sono estese ai *will substitutes* norme di default tipiche del diritto delle successioni[28]. Si pensi al problema del *vulnus* recato dal ricorso ai *will substitutes* rispetto ad interessi altrimenti tutelabili all'interno del *probate*, come quelli dell'*elective share* del coniuge (la forma più rilevante di *forced heirship*, ovvero successione necessaria), dei creditori del *de cuius* e della imposizione fiscale federale[29]. Un caso che ha fatto discutere è quello della designazione del coniuge (in polizze vita e piani pensionistici privati) fatta antecedentemente al divorzio, che rimanga immutata, nonostante il sopravvenuto divorzio, fino alla morte del disponente. Può accadere, infatti, che la legislazione statuale disponga

---

quello del testamento, "ossia ipotesi in cui si disponga per un tempo successivo alla propria morte mediante un atto revocabile", richiamando l'attenzione sulla discussa equiparazione del *trust* con effetti *post mortem* ad una donazione indiretta. Cfr. F.P. PATTI, *Pianificazione ereditaria e divieto dei patti successori*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, 4, 916 (nota a Cass. civ. II, sez. ord. 9 gennaio 2024, n. 722).

[27]Cfr. C. L. DESSIN, *The Troubled Relationship of Will Contracts and Spousal Protection: Time for an Amicable Separation,* 45 Cath. U.L. Rev. 435 (1996). In generale, v. inoltre, M. LUPOI, *I testamenti concordati nel diritto inglese e del* Commonwealth, in Trusts *e attività fiduciarie*, 2004, 1, pp. 5-16.

[28] Si tratta dell'importante previsione dell'UPC § 2-706, su cui puntualmente T.P. GALLANIS, op. cit., p. 26 ed *ivi* ulteriori riferimenti.

[29] Cfr. E.H. GAGLIARDI, *Remembering the Creditor at Death: Aligning Probate and Nonprobate Transfers,* 41 (2007) *Real Property Probate and State Journ.* 819.

in favore del coniuge superstite, rimuovendo la designazione che si riferisca al coniuge divorziato, ciò in quanto presume che vi sia stata una dimenticanza del disponente. Per certi aspetti si tratta di un fenomeno omogeneo, ma bisogna considerare che le competenze legislative statuali, normalmente esclusive in materia successoria, sono, proprio per la natura ibrida dell'oggetto (a metà tra contratto e successioni), suscettibili di subire interferenze dalle fonti federali. Vi è, ad esempio, un *case law* abbastanza consolidato negli Stati Uniti, secondo cui i *federal insurance programs* prevalgono sulla legislazione statuale[30]. In particolare, la Corte Suprema riconosce che se, da un lato, la legge della Virginia prevede la rimozione automatica della designazione del coniuge divorziato in favore dal coniuge superstite, quale beneficiario della polizza vita, d'altra parte la libertà di scelta dell'assicurato è protetta a livello federale e dunque la volontà formale di beneficiare il coniuge divorziato prevale sulla capacità dello Stato di imporre il cambio di designazione[31]. In particolare, secondo la *Supreme Court*[32] occorre ritenere prevalente la legislazione federale sulla previdenza dei lavoratori dipendenti (*Employee Retirement Income Security Act* del 1974) che mantiene ferma tale designazione, rispetto alla disciplina statale che opta solitamente per una sua revoca implicita ed automatica (salvo esplicita volontà contraria). Tale contrasto rappresenta un rilevante ostacolo al processo di armonizzazione[33]. Altro aspetto che ha destato preoccupazione in ambito statunitense è la designazione, nei *will substitutes* per persona da nominare, in caso di morti simultanee o quasi simultanee del disponente e del beneficiario, ed anche di premorienza del beneficiario con conseguente incertezza sulla effettiva volontà del disponente. Il processo di armonizzazione ha comportato che, se il beneficiario è un parente

[30] Cfr. D. REESE, *The story behind Hillmann v. Maretta: The daughter talks about the widow and the ex-wife*, in Washington Post, 25 aprile 2013. A proposito del *Federal Employees' Group Life Insurance Act* (1954), *Hillman v. Maretta*, 569 U.S. 483 (2013).

[31] Ibidem. Il leading case in tema di definizione del contratto di assicurazione sulla vita è *Prudential Insurance Company v Commissioners of Inland Revenue* [1904] 2 KB 658 at 663-664: occorre che, in cambio di una *money consideration*, cioè il pagamento del premio, un soggetto (l'assicuratore) si obblighi a pagare una certa somma ad un altro (l'assicurato o un terzo designato quale beneficiario), in dipendenza di uno o più specificati eventi.

[32] Caso *Egelhoff v Egelhoff*, 532 US 141 (2001).

[33] T.A. GALLIANIS, *ERISA and the Law of Succession*, in *Ohio State Law Journ.*, (2004) 65, 185.

stretto del contraente, la somma può andare automaticamente ai suoi discendenti[34].

Per quanto riguarda il rapporto con i creditori del disponente, si può notare che una delle funzioni principali del *probate* è sempre stata la protezione dei creditori: i debiti del testatore vanno imputati al suo patrimonio, prima che il residuo sia trasferito ai successori. In linea generale, i *will substitutes* costituiscono un agevole strumento per poter sfuggire a tale principio, cioè all'aggressione dei creditori. Per esempio, un *trust* revocabile non era soggetto alle azioni dei creditori del disponente a meno che il disponente non fosse anche il beneficiario. Il modello statunitense si è, poi, evoluto in modo tale da stabilire che il potere di revocare un *trust* lo renda equivalente al potere di un proprietario e, quindi, comporta l'assoggettamento del relativo patrimonio alle azioni dei creditori del disponente[35]. Per esempio, nel *Restatement third on Trust* par. 25 Comment e) e anche nell'*Uniform Trust Code* (par. 505) si provvede in tal senso. Comunque, in molti casi i diritti dei creditori rispetto ai patrimoni trasferiti con *will substitutes* rimangono ancora sguarniti di tutela, come, in alcune giurisdizioni, lo è la quota di legittima del coniuge superstite. Solo pochi Stati hanno introdotto previsioni equivalenti a quella dell'UPC § 6-102 (b), che prevede che il destinatario di un *nonprobate transfer* è soggetto alla responsabilità alla stregua di qualsiasi bene del deceduto per azioni consentite contro lo stesso patrimonio del deceduto sottoposto a *probate*, nella misura in cui tale patrimonio sia insufficiente a soddisfare queste richieste[36]. Nonostante la posizione del coniuge superstite sia tutelata in molti Stati, è esiziale verificare se questa tutela possa estendersi oltre il patrimonio soggetto al *probate* fino a raggiungere i *will substitutes*, perché in molti casi il patrimonio consistente viene convogliato in questi ultimi, piú che nel *will*.
Al giorno d'oggi molti Stati hanno integrato la disciplina della *elective share* per applicarla ad una serie di *will substitutes*. Già nel caso pionieristico *Newman v. Dore*, la Corte d'appello di New York (1937) aveva deciso che il coniuge

[34] T.A. GALLIANIS, *Will Substitutes: A U.S. Perspective*, cit., pp. 20-21.

[35] Diffusamente, su questi aspetti, G. TERRANOVA, *La contrattualizzazione della successione nella disciplina statunitense e i confini della sua ammissibilità nell'ordinamento italiano*, in *DSF*, 2021, 3, pp. 1219 ss. e 1233 dove propone, per il sistema italiano, di risolvere, attraverso l'introduzione di sistemi di pubblicità dei *will substitutes*, il problema della carente tutela dei creditori e dei legittimari eventualmente lesi da questi ultimi dispositivi.

[36] T.A. GALLIANIS, *Will Substitutes: A U.S. Perspective*, cit., p. 21.

superstite poteva contestare i trasferimenti patrimoniali ad un *trust*, previa dimostrazione che quest'ultimo costituiva un mezzo finalizzato esclusivamente ad eludere (*illusory transfer test*) la *elective share* del coniuge, quando ancora le pratiche di divorzio non fossero state completate[37].

4. Se volessimo, in ottica di sistema, verificare la compatibilità e il ruolo dei *will substitutes* nel nostro contesto di *civil law*, potremmo delinearne i tratti come: strumenti volontari e liberamente revocabili che consentono trasferimenti gratuiti *post mortem* senza assumere la forma di un testamento. Applicando questi parametri al diritto italiano, alcune fattispecie si avvicinano pienamente alla nozione di *will substitutes*, in particolare quelle caratterizzate da revocabilità e operatività *post mortem*, come le polizze vita con beneficiario designato, i piani pensionistici e i depositi bancari a favore di terzi. In Common law, l'assicurazione sulla vita è tradizionalmente ritenuta uno strumento di pianificazione patrimoniale per garantire il trasferimento di denaro a beneficiari designati in modo diretto, semplice e fuori dall'asse ereditario. Si tratta di uno strumento sostitutivo del testamento (*will substitute*) in quanto con esso l'assicurato predispone in vita un trasferimento per l'evento morte in favore di un beneficiario da lui designato, senza dover ricorrere al testamento. Il capitale verrà versato direttamente dall'assicuratore al terzo beneficiario, in forza del contratto di assicurazione vita. Ciò si spiega essenzialmente con l'esigenza di far transitare a terzi una parte delle sostanze del *de cuius*, libere dai vincoli del *probate* (*nonprobate transfers*) e dalle pretese dei creditori sul patrimonio ereditario[38]. In

[37] *Ibidem.*

[38] Cfr., per una trasposizione del problema, e delle sue soluzioni, nel contesto italiano, Cass. Sez. Un. del 30 aprile 2021, n. 11421 in *Foro it.*, 2022, I, c. 425, che afferma «la natura *inter vivos* del credito attribuito per contratto agli "eredi" designati quali beneficiari dei vantaggi dell'assicurazione esclude l'operatività riguardo ad esso delle regole sulla comunione ereditaria, valevoli per i crediti del *de cuius*, come anche l'automatica ripartizione dell'indennizzo tra i coeredi in ragione delle rispettive quote di spettanza dei beni caduti in successione. La qualifica di "eredi" rivestita al momento della morte dello stipulante sopperisce, invero, con valenza meramente soggettiva, alla generica determinazione del beneficiario, in base al disposto dell'articolo 1920 c.c., comma 2, che funziona soltanto al fine di indicare all'assicuratore chi siano i creditori della prestazione, ma non implica presuntivamente, in caso di pluralità di designati, l'applicazione tra i concreditori delle regole di ripartizione dei crediti ereditari. Al contrario, il silenzio serbato dal contraente sulla suddivisione del capitale assicurato tra gli eredi potrebbe spiegarsi come indizio della sua volontà di utilizzare l'assicurazione sulla vita per il caso morte con finalità indennitaria, o come alternativa al testamento comunque sottratta al divieto ex articolo 458 c.c., in maniera da beneficiare tutti indistintamente senza soggiacere alle

questi casi, il beneficiario non acquisisce un diritto effettivo durante la vita del disponente, ma una mera aspettativa, essendo la designazione sempre revocabile fino alla morte. Solo con il decesso del contraente il beneficiario diventa titolare del diritto di ottenere la prestazione direttamente dall'assicuratore o dall'istituto bancario, senza che il valore trasferito rientri nell'asse ereditario.

Per inciso, vale segnalare la profonda differenza con gli Stati Uniti che approntano, per tali fattispecie, *antilapse statutes*: in assenza di specifiche indicazioni, il beneficiario è considerato alla stregua di un erede vero e proprio, in linea con la tendenza ad una piena armonizzazione giuridica delle successioni e dei *will substitutes*[39].

Giova sottolineare come siano esclusi dall'analogia con i *will substitutes* altri strumenti, che non ne presentano le già menzionate caratteristiche strutturali. Si pensi ai trasferimenti legalmente previsti e non volontari, tra cui il diritto di subentro in un contratto di locazione, i benefici previdenziali e assistenziali spettanti ai superstiti e i diritti successori che operano automaticamente, come il diritto di abitazione nella casa familiare ex art. 540 c.c. o le ipotesi di accrescimento di cui agli artt. 674, 678 c.c. Non rientrano nella categoria nemmeno i negozi *inter vivos*, come le donazioni effettuate in anticipazione della successione, che pur potendo concorrere a integrare la quota di legittima

---

proporzioni della successione ereditaria". E, ancora: "A differenza di quanto gli studiosi sostenevano nella vigenza del Codice Civile del 1865, ed in parallelo con l'evoluzione delle più generali riflessioni sullo schema del negozio *mortis causa*, nel quale l'elemento morte incide non già sul piano effettuale, quanto su quello causale dell'attribuzione, può dirsi ormai del tutto preponderante l'esegesi che ravvisa nell'atto di designazione del beneficiario dei vantaggi di un'assicurazione sulla vita, quale che sia la forma prescelta fra quelle consentite dell'articolo 1920 c.c., comma 2, un negozio *inter vivos* con effetti post mortem: la morte dell'assicurato segna, cioè, il riferimento cronologico di differimento dell'esecuzione della prestazione assicurativa e di consolidamento del diritto già acquistato dal beneficiario in forza della designazione, restando la somma assicurata comunque estranea al patrimonio del de cuius che cade in successione (come può desumersi altresì dell'articolo 1920 c.c., comma 2, ultimo periodo)». Inoltre, la «premorienza di uno degli eredi del contraente, già designato tra i beneficiari dei vantaggi dell'assicurazione, comporta, quindi, non un effetto di accrescimento in favore dei restanti beneficiari, ma, stando l'assenza di una precisa disposizione sul punto e in forza dell'assimilabilità dell'assicurazione a favore di terzo per il caso di morte alla categoria del contratto a favore di terzi, un subentro per "rappresentazione" in forza dell'art. 1412, comma 2, c.c. (senza che la comune denominazione delle fattispecie obliteri le evidenti differenze di ambito soggettivo ed oggettivo correnti tra detta norma e l'istituto previsto dall'art. 467 c.c.). Beninteso, il contraente potrebbe avere altrimenti espresso in sede di designazione una diversa volontà per il caso di premorienza di uno dei beneficiari, come potrebbe, a seguito della stessa, revocare il beneficio con le forme e nei limiti di cui all'art. 1921 c.c.».

[39] Cfr. UPC § 2-706 e v. GALLANIS, op. cit., p. 26, anche in nota

restano, tecnicamente e in tutto e per tutto, atti di disposizione in vita. Altri strumenti, non revocabili e operanti *inter vivos*, esulano dalla nozione di *will substitute*, come la donazione della proprietà con riserva di usufrutto, i patti successori, le clausole c.d. "tontinarie" con effetti analoghi alla *joint tenancy* del *common law*[40], ovvero patti di accrescimento, diffusi anche in ambito societario per limitare o condizionare il trasferimento agli eredi ed istituire diritti di prelazione a favore dei soci superstiti[41]. Quanto al patto di famiglia, giova qualche considerazione sulla sua valenza sistematica, assumendo che la figura disciplinata dall'art. 768-bis c.c. sia un contratto *inter vivos* irrevocabile, salvo accordo tra tutte le parti coinvolte. Stipulato tra il disponente e i beneficiari quando il disponente è ancora in vita, non si tratta di un atto *mortis causa* consustanziale al testamento, né realizza un acquisto *post mortem*. Nonostante ciò, sembra rilevare funzionalmente sul piano successorio, dal momento che serve a stabilizzare il passaggio generazionale dell'impresa e a prevenire contestazioni future. Tanto è vero che incide sulle quote di legittima: i soggetti non assegnatari dell'azienda ricevono un compenso per bilanciare il trasferimento. Anche qui un'incursione nel *common law* può aiutare a chiarire qualche aspetto in chiave sistematica.

Se paragoniamo il patto di famiglia ai *will substitutes* del *common law* che più spesso sono utilizzati con le medesime finalità, la mente va ai *revocable living trusts*. Ci avvediamo, tuttavia, di una differenza fondamentale che mostra le più ampie ed efficienti potenzialità della soluzione di *common law*[42]. Il *revocable trust* è modificabile unilateralmente fino alla morte del disponente. Il patto di famiglia, una volta stipulato, diventa vincolante e irrevocabile, salvo accordo tra le parti. Il

---

[40] Cfr., per uno sguardo pratico all'esperienza internazional-privatistica, A. MARCOZ e N. READY, *I rapporti patrimoniali tra coniugi e nelle unioni registrate nel diritto internazionale privato: i nuovi regolamenti UE 1103/2016 e 1104/2016 e il sistema di* Common Law, in *Federnotizie*, 8 febbraio 2019, «il modello più diffuso di "*joint tenancy*", cioè di comproprietà con diritto di accrescimento nel caso di decesso di uno dei coniugi a favore del superstite. In questo modo la parte del coniuge deceduto rimane esclusa dalla massa ereditaria. A tal fine le coppie britanniche che hanno comprato una casa secondaria in Francia hanno sovente utilizzato la cosiddetta clausola tontinaria ("*la tontine*") che produce gli stessi risultati.».

[41] Cfr., con maggior restrizione dell'autonomia privata nelle società per azioni, artt. 2469, 2355-bis, 2471 c.c. In giurisprudenza, v. Cass., 12 febbraio 2010, n. 3345, in Società, 2010, 7, pag. 797. In dottrina, *ex multis*, M. TAMPIERI, *Contratto a favore di terzi e patti successori: alcuni orientamenti a confronto*, in *Vita not.*, 2011, p. 1796 ss.

[42] Una prospettiva di analisi della disciplina successoria statunitense, attenta al profilo economico, è offerta da D.B. KELLY, *Toward Economic Analysis of the Uniform Probate Code*, 45 *U. Mich. J. L. Reform* 855 (2012).

revocable living trust, con queste caratteristiche, parrebbe non trasponibile nel nostro ordinamento, a meno che non sia reso irrevocabile, in modo da realizzare una separazione patrimoniale effettiva in vita, e, comunque, strutturato in modo da rispettare i diritti dei legittimari.

Un ulteriore profilo di interferenza tra successione e contratto emerge dal destino della proposta contrattuale in caso di morte del proponente. Nel diritto statunitense, la regola generale prevede che l'offerta si estingua automaticamente con la morte dell'offerente, salvo il caso in cui l'offerta sia irrevocabile. Tuttavia, a partire da alcuni importanti precedenti, diverse giurisdizioni hanno adottato un approccio più flessibile, riconoscendo la validità della proposta fino a quando l'accettante non sia venuto a conoscenza del decesso[43]. In Italia, il regime giuridico degli effetti della proposta *post mortem* è apparso tradizionalmente restrittivo in tal senso (art. 1330 c.c.). Tuttavia, la dottrina più recente ha ipotizzato ulteriori forme di integrazione tra proposta contrattuale e testamento. Valorizzando, in ottica sistematica, il negozio costitutivo della fondazione[44], si è teorizzata la possibilità di ricondurre al testamento la produzione di effetti negoziali *post mortem*, propri della proposta contrattuale. Analoghe finalità risultano perseguite nel *common law* attraverso l'utilizzo di strumenti *ad hoc*, come il trust testamentario (il quale è però soggetto al *probate*), confermando come l'interferenza tra strumenti successori e vicenda contrattuale possa, anche su questo versante, apparire degna di interesse e di rinnovato approfondimento.

5. In conclusione, proprio perché in *common law* si è tradizionalmente seguito un modello pubblicistico-processuale di successione, con un ruolo centrale delle Corti, il sistema ha elaborato- sia consentita la metafora- "un anticorpo privatistico più efficiente", che ben presto ha trovato anche un riconoscimento nel diritto positivo; ciò che Langbein ha chiamato, emblematicamente, la *nonprobate revolution*[45].

Invece da noi il percorso è stato diverso. Il meccanismo successorio testamentario è apparso tradizionalmente, ed appare ancor oggi,

[43]Precedente ineludibile è costituito dal caso *Davis v. Davis*, 9 So. 736, 737 (Ala. 1891), su cui approfonditamente, V.D. RICKS, *The Death of Offers*, 79, *Indiana Law Journ.* (2004), p. 679 ss.

[44] Cfr. R. CALVO, *Testamento e contratto*, cit., p. 39 ss.

[45] Cfr. *supra* nota 13.

tendenzialmente meno permeabile ad alternative negoziali. Ciò non solo per l'assenza storica di istituti come il *trust*, assenza che di per sé spiega troppo o troppo poco, ma in quanto è presidiato da una disciplina, risalente al *Code Napoléon*, fondamentalmente inderogabile e limitativa dell'autonomia privata (successione necessaria, divieto di patti successori, limitazione della sostituzione fedecommissaria etc.).

Si aggiunga che l'accertamento della volontà testamentaria, e dei sottesi rapporti e situazioni soggettive, proprio perché affidato, almeno in prima battuta, all'ambito privatistico-notarile, può svolgersi in modo più agevole e senza eccessivi costi, rispetto al *probate*. Questo spiegherebbe perché il diritto italiano non abbia dovuto confrontarsi con la cosiddetta *nonprobate revolution* e come mai una dottrina generale sui *will-substitute* sia ancora poco sviluppata.

Ecco quindi che un'intuizione come quella di far germinare contratti dal testamento, senza dubbio pregnante nel nostro diritto civile, potrebbe apparire meno comprensibile nella dimensione di *Common law*[46]. La corrispondente esigenza, come abbiamo visto, viene soddisfatta prevalentemente con un *will-substitute*, cioè "scansando" il testamento, grazie ad un *trust* in vita, o *living trust*, con effetti *post mortem*. Quest'ultimo è stato anche definito "il principale strumento di trasmissione intergenerazionale della ricchezza alternativo al testamento"[47]. Come autorevolmente osservato, "No European legal system has a planning tool for multigenerational wealth transfer that can rival a well designed Anglo-American estate plan, which combines the managerial strengths of the trust with the flexibility that our property law permits through future interests and powers of appointment." ("nessun europeo dispone di uno strumento di pianificazione della trasmissione multi generazione della ricchezza che possa competere con il sistema angloamericano di pianificazione ereditaria adeguatamente organizzato, che combina la forza organizzativa del trust con la flessibilità del diritto di proprietà e si realizza attraverso la disposizione degli interessi futuri e il potere di designazione")[48].

---

[46] Esplicative, in tal senso, le riflessioni di J.H. LANGBEIN, *The Contractarian Basis of the Law of Trusts*, 105 *Yale L. J.* 105 (1995), 625, p. 668: «when we ask how the Europeans function without the trust, we find that they achieve mostly by means of contract what the Anglo-American systems do through trust».

[47] Così, A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato, cit.*, p. 205.

[48] Cfr. J. H. LANGBEIN, *The Contractarian Basis of the Law of Trusts*, cit., p. 671 (trad. A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato, cit.*, p. 205). L'osservazione che il *trust* possa

Uno sguardo comparatistico alle figure descritte aiuta a riflettere sulla notevole diversità di prospettive. Per esempio, schemi che pianificano contrattualmente trasmissioni intergenerazionali di ricchezza rappresentano soluzioni ordinarie oltreoceano, mentre da noi rischiano di forzare un impianto codicistico ancora, in parte, ostile a queste soluzioni. Tuttavia, vi sono fattori socioeconomici, al pari degli Stati Uniti, che spingono il nostro sistema verso un crescente ricorso a meccanismi simili al concetto di *will substitutes*. In particolare, penso ai prodotti bancassicurativi con terzo beneficiario designato, visto anche il loro importante ruolo complementare rispetto al sistema previdenziale pubblico.

Roma, marzo 2025

---

atteggiarsi a surrogato funzionale delle disposizioni testamentarie si trova anche in A. GAMBARO, *Trust*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, pp. 449 ss., 459.

Abstract

In Italia è in corso negli ultimi decenni una rivisitazione critica dei principi in materia di successioni *mortis causa*, con particolare riferimento ai limiti imposti all'autonomia privata. Di recente, si è fatta strada l'ipotesi di riconoscere un ruolo attivo all'istituto del contratto, in combinazione con il testamento, ipotesi che può trarre spunti anche dall'esperienza di *common law*, in special modo statunitense. Alcune utili indicazioni, in ottica sistematica, possono derivare dall'analisi di strumenti alternativi al testamento e contratti capaci di modellarne i contenuti. Nonostante, alla luce di questa comparazione, permangano profonde differenze, emerge una significativa convergenza di soluzioni in certi ambiti.

In Italy, in recent decades, a critical review of the principles on succession *mortis causa* has been underway, with particular reference to the limits imposed on private autonomy. Recently, the hypothesis of recognizing an active role to the institution of the contract, in combination with the will, has been theorized. Such hypothesis can also draw useful insights from the experience of common law, especially in the United States. Some indications, in a systematic key, can derive from the analysis of alternative instruments to the will and contracts aimed at shaping their contents. Although profound differences remain in the light of a comparative law perspective, a significant convergence of solutions emerges in some respects.

Keywords

Testamento, contratto, will substitutes, contracts to make a will, contracts not to revoke a will, Trust.

Will, contract, will substitutes, trust, contracts to make a will, contracts not to revoke a will.

GIOVANNI VARANESE*

*Considerazioni sui profili giuridici dell'influencer marketing***

SOMMARIO: 1. L'*influencer marketing* come nuova sfida per il diritto privato. – 1.1. Profili regolatori. – 1.2. Casi paradigmatici? – 2. Lo sfondo europeo. – 2.1. Evoluzione del quadro europeo. – 2.2. La Direttiva Omnibus e il suo recepimento. – 2.3. La disciplina audiovisiva e il *Digital Services Act*. – 3. Il Pandorogate. – 4. *Sonderverbindung* e *Vertrauenshaftung*. – 4.1. Il § 311 BGB e la *Sonderverbindung*. – 4.2. Limiti applicativi. – 5. La ricerca di una soluzione per il diritto italiano: il contatto sociale come paradigma. – 5.1. Diversità del quadro ordinamentale. – 5.2. Una possibile base giuridica. – 5.3. Il contenuto degli obblighi di protezione – 6. Una risposta legislativa: la disciplina francese. – 6.1. Principali disposizioni. – 6.2. Profili di criticità e prospettive.

1. La digitalizzazione delle relazioni sociali ha introdotto nuove forme di interazione che pongono il giurista di fronte a sfide interpretative inedite. Tra queste, l'*influencer marketing*[1] si distingue per peculiarità che difficilmente rientrano negli schemi tradizionali della responsabilità civile[2]. Il fenomeno si situa tra innovazione tecnologica e comunicazione commerciale, richiedendo una riflessione approfondita sulle categorie classiche del diritto pubblicitario[3]. Si tratta di un'evoluzione significativa nella comunicazione contemporanea, poiché

---

* Professore ordinario di *Diritto privato comparato* presso l'Università del Molise.

** Il presente contributo si basa sulla relazione tenuta in occasione dell'XI *Congreso Internacional de Derecho Privado, Consumo y Responsabilidad* (Granada, febbraio 2025).

Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review.

[1] Sul fenomeno dell'*influencer marketing* in prospettiva giuridica, cfr. A.P. SEMINARA, *L'informazione pubblicitaria nella regolamentazione giuridica dei mercati*, Napoli, 2023, p. 182 ss.; per un affaccio nella letteratura tedesca, C. GOMILLE, *Informationshaftung von Influencern*, in *JZ*, 2024, p. 386 ss.

[2] Sulla difficoltà di inquadramento del fenomeno nelle categorie tradizionali, v. S. ALVANINI, *L'Influencer Marketing alla luce del caso Ferragni Balocco*, in *Dir. ind.*, 2024, p. 298 ss.

[3] M. PUCCI, *Influencer marketing: gli aspetti giuridici e la normativa applicabile*, in *Le Corti Umbre*, 2023, p. 691 ss., dove l'autrice sottolinea come lo sviluppo delle nuove tecnologie e il massiccio incremento dei social network abbiano portato a una rivoluzione dei tradizionali modelli di pubblicità; A.P. SEMINARA, *Dietro i selfie della «société du spectacle»*, in *Foro it.*, 2024, III, p. 47 ss., che evidenzia la necessità di una rilettura sistematica delle categorie tradizionali.

ridefinisce le dinamiche del mercato digitale e solleva complessi interrogativi giuridici[4].

L'*influencer marketing* si caratterizza per una natura poliedrica, che attraversa più dimensioni dell'ordinamento giuridico: dalla tutela del consumatore alla disciplina della concorrenza, dalla protezione della trasparenza informativa alla responsabilità degli intermediari digitali[5]. La sua peculiarità risiede nel carattere ibrido del rapporto che si instaura tra *influencer* e pubblico: non si tratta di una mera attività promozionale, ma di una forma di comunicazione basata su un particolare vincolo fiduciario[6]. In questa relazione è ravvisabile un'asimmetria informativa strutturale, in cui l'*influencer* assume il ruolo di mediatore qualificato tra il mercato e una platea di destinatari che attribuiscono alla sua figura un significativo grado di autorevolezza e credibilità[7].

1.1. L'*influencer marketing* è una frontiera emergente della comunicazione pubblicitaria, con rilevanti implicazioni giuridiche su trasparenza, tutela del consumatore e responsabilità civile. La regolamentazione giuridica varia nei diversi ordinamenti, con approcci che spaziano da soluzioni esplicite, come in Francia, a interventi basati sulla normativa generale della pubblicità e della concorrenza sleale, come in Italia e Germania.

Nel diritto italiano, la responsabilità degli *influencer* è esaminata in base al codice del consumo (d. lgs. 206/2005) e alle norme sulla concorrenza sleale. Così il Tribunale di Torino, nel decreto del 19 dicembre 2023, (caso Pandorogate), ha

---

[4] Per un'analisi del fenomeno nella sua dimensione socio-economica, si veda A.P. SEMINARA, *Dietro i selfie della «société du spectacle»*, p. 47 ss.

[5] J. CIANI e M. TAVELLA, *La riconoscibilità della natura pubblicitaria della comunicazione alla prova del digitale*, in *Inform. dir.*, 2017, p. 485 ss.; AA. VV., *La pubblicità ingannevole*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Diritto della pubblicità*, Milano, 2020, p. 92 ss.; G. ALFANO, *Social network e pubblicità occulta. Riflessioni in tema di influencer marketing a margine dei primi interventi dell'Agcm*, in *Riv. dir. impr.*, 2020, p. 130 ss.

[6] La natura ibrida dell'*influencer marketing* viene rilevata da S. ALVANINI, *L'Influencer Marketing alla luce del caso Ferragni Balocco*, cit., p. 298 s., dove si sottolinea la commistione tra elementi personali e commerciali nella comunicazione degli *influencer*.

[7] Sul punto, significativa è l'elaborazione della dottrina tedesca in tema di *Informationshaftung*, come evidenziato da C. GOMILLE, *Informationshaftung von Influencern*, cit., p. 386, che avvia la sua analisi prendendo le mosse dal fatto che gli *influencer*, nati con l'espansione dei social media negli ultimi 15-20 anni, sono individui che hanno aggregato un pubblico ampio e fidelizzato tramite blog, piattaforme video e social network. A differenza di altre figure pubbliche, come atleti o musicisti, gli *influencer* godono di un livello di credibilità unico presso i loro *follower*. Questa credibilità permette loro di instaurare un legame quasi personale con il pubblico, venendo percepiti come amici o confidenti.

accertato la pratica commerciale ingannevole posta in essere da un'*influencer* che promuoveva la vendita di un prodotto inducendo il pubblico a credere che parte del ricavato fosse destinata a beneficenza, mentre la donazione era stata effettuata indipendentemente dalle vendite. Lo stesso decreto ha evidenziato una lacuna nella tutela risarcitoria del consumatore e la necessità di regole più stringenti[8]. Il caso aveva già occupato l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato secondo cui tale pratica commerciale è risultata scorretta ai sensi degli artt. 20, comma 2, 21 e 22 cod. consumo[9]. L'AGCM da tempo contrasta gli abusi nel mondo degli *influencer*, imponendo sanzioni e promuovendo regole per un mercato digitale più trasparente[10].

---

[8] Trib. Torino, sez. spec. impresa, decr. 23 aprile 2024, *Foro it.*, 2024, I, c. 2826 ss., con note di A.P. SEMINARA, *Ancora sul caso «pandoro pink» e sulla tutela collettiva* (c. 2834 ss.) e S. PAGLIANTINI e R. PARDOLESI, *Il Pandorogate alla luce del* private enforcement *dell'art. 27 comma 15 bis, cod. consumo: alla ricerca del rimedio compensativo azionabile contro la pubblicità ingannevole* (c. 2839).

[9] AGCM, provv.14 dicembre 2023, n. 31002, in *Foro it.*, 2024, III, c. 44 ss., con nota di A.P. SEMINARA, *Dietro i* selfie *della* société du spectacle*: il caso Ferragni e l'influencer marketing nel prisma della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette*.

[10] Così in ossequio al principio di fornire al consumatore informazioni complete e trasparenti, AGCM, provv. 22 maggio 2019, n. 27787, nel caso «Aeffe - Alitalia», in cui noti *influencer* avevano promosso un marchio senza trasparenza, ha stabilito che tutti i contenuti sponsorizzati devono essere chiaramente segnalati con diciture esplicite come "#ad", "#sponsored", "in collaborazione con", per vietare la pubblicità occulta, indipendentemente dalla modalità comunicativa. AGCM, provv. 25 febbraio 2020, n. 28167 (caso Insanitypage - Barilla), ha sancito la responsabilità condivisa tra *influencer* e *brand*, stabilendo che entrambi sono tenuti a garantire una corretta informazione ai consumatori, imponendo alle aziende l'obbligo di vigilare sulla trasparenza delle campagne promozionali e di controllare l'operato degli *influencer*, inclusi i micro-*influencer*, per i quali è previsto l'obbligo di segnalare come pubblicità anche i contenuti realizzati a seguito della ricezione gratuita di prodotti, senza alcuna esenzione legata al numero di *follower*. AGCM, provv. 22 settembre 2020, n. 28360, (caso Carlita Shop - integratori antivirali) ha vietato affermazioni ingannevoli e fuorvianti, stabilendo che gli *influencer* non possono attribuire ai prodotti qualità inesistenti o non dimostrate, soprattutto in settori sensibili come salute, sicurezza e alimentazione, imponendo che ogni dichiarazione sia supportata da informazioni verificate e dati scientifici, come evidenziato nel caso di sanzione per la promozione di prodotti anti-COVID privi di fondamento scientifico. AGCM, provv. 30 settembre 2021, n. 29837 (caso BAT – pubblicità occulta Glo sui social network), ha evidenziato che, se un *influencer* incoraggia i *follower* a creare contenuti su un marchio, anche questi post rientrano nella sua responsabilità e in quella dell'azienda, poiché il coinvolgimento attivo del pubblico non esime dall'obbligo di trasparenza, con il rischio che si configuri una forma di pubblicità occulta. Una decisione può riguardare anche indirettamente gli *influencer*, come ad es. AGCM, provv. 29 ottobre 2024, n. 29837 (caso BCube Agency – vendita di apprezzamenti), che ha affermato che la vendita di interazioni non autentiche sui social media è una pratica commerciale scorretta, vietata dal codice del consumo e dalla normativa europea sulla protezione dei consumatori, con una chiara responsabilità in capo ai fornitori di tali servizi.

1.2. La Francia ha introdotto una legislazione rigorosa sull'*influencer marketing*. Alcune disposizioni sono una risposta legislativa immediata a scandali mediatici recenti, intervenendo sulla promozione di procedure estetiche e terapeutiche, prodotti contenenti nicotina, attività finanziarie e l'uso di animali nei contenuti degli *influencer*, configurandosi così come una «legge-spettacolo», più orientata a fornire soluzioni reattive a fenomeni mediatici che a definire un quadro normativo organico e sistematico[11].

In Germania, la responsabilità degli *influencer* è spesso inquadrata nell'ambito della legge contro la concorrenza sleale (UWG: *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*) e della *Vertrauenshaftung* (responsabilità per affidamento).

La sentenza del *Bundesgerichtshof* (BGH) del 9 settembre 2021 ha avuto un impatto rilevante sull'opinione pubblica e sul settore del *marketing* digitale, stabilendo criteri chiari per la trasparenza nella promozione di prodotti e servizi da parte degli *influencer* sui social media[12]. La questione riguarda il diritto della concorrenza e della pubblicità, in particolare l'applicazione della UWG agli *influencer* che pubblicano contenuti promozionali su piattaforme social. Il problema centrale riguarda la distinzione tra contenuto editoriale e pubblicità sui social media, tema sempre più rilevante nel diritto della comunicazione digitale. La controversia ha origine da un'azione intentata da un'associazione per la tutela della concorrenza contro una *influencer* attiva su Instagram, che pubblicava regolarmente contenuti relativi a *fitness*, sport ed esercizi fisici e, nel farlo, menzionava gratuitamente prodotti e aziende utilizzando i cosiddetti «Tap Tags» (etichette interattive che permettono di collegarsi al profilo del produttore o al sito dell'azienda).La questione centrale era se gli *influencer* fossero obbligati a segnalare come pubblicità ogni post contenente riferimenti a prodotti o aziende,

[11] T. KOZLOVSKY e R. PLIQUE, *La loi relative aux influenceurs: spectacle(s) et réseaux sociaux*, in *Revue juridique de la Sorbonne*, 2023, p. 249 ss., evidenziano come il caso «Dylan Thiry» del novembre 2022, relativo alla promozione di un presunto trattamento alternativo contro il cancro, il caso «Biafine» sull'uso improprio di una crema medica per ustioni come cosmetico idratante e il caso delle «Puff», riguardante la promozione di sigarette elettroniche usa e getta con aromi attrattivi per i giovani, abbiano costituito la *ratio materialis* della legge del 2023, influenzandone direttamente le disposizioni, in un contesto in cui la DGCCRF (*Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes*) aveva già sanzionato diversi *influencer* per pratiche commerciali ingannevoli prima dell'entrata in vigore della normativa, delineando un substrato di *enforcement* preesistente che, secondo gli autori, ha alimentato un «spectacle numérique», ovvero una spettacolarizzazione del fenomeno dell'*influencer marketing*, culminata in una risposta legislativa mirata.

[12] BGH, 09 settembre 2021, I ZR 90/20, in *NJW*, 2021, p. 3450 ss.

anche in assenza di corrispettivo, se la mancata indicazione chiara del carattere commerciale di questi post costituisse pubblicità occulta e violasse il testo dell'allora vigente § 5a, comma 6, UWG, che stabiliva che chiunque ponga in essere una «azione commerciale»[13] senza renderne chiaro il carattere pubblicitario commette un atto di concorrenza sleale. In tal senso, la norma impone la trasparenza nelle comunicazioni commerciali in modo analogo a quanto fanno in Italia il codice del consumo e le linee guida dell'AGCM sul *digital marketing*.

Il § 5a UWG regola le pratiche commerciali sleali, imponendo agli operatori economici di rendere esplicito lo scopo commerciale delle proprie comunicazioni quando questo non emerga chiaramente dal contesto. In particolare, il comma 6 stabiliva che «chiunque ponga in essere un'azione commerciale deve indicarne il carattere promozionale in modo immediatamente riconoscibile». Tale obbligo si applica a tutte le forme di comunicazione commerciale, inclusi i contenuti veicolati attraverso i social media. La *ratio* della norma risiede nella tutela del consumatore, garantendogli la capacità di distinguere tra contenuti editoriali indipendenti e messaggi pubblicitari. L'inosservanza di tale obbligo integra il reato di pubblicità occulta (*Schleichwerbung*), sanzionabile ai sensi del § 3a UWG per violazione degli standard di correttezza commerciale. Il § 5, comma 6, UWG completava il sistema di trasparenza previsto dalla legge sulla concorrenza sleale, integrandosi con il comma 1, che vieta le pratiche commerciali aggressive, il comma 3, che impone l'identificazione della pubblicità indiretta e il § comma 4, che è incentrato sull'importanza della trasparenza nelle comunicazioni commerciali, assicurando che i consumatori siano sempre consapevoli del fine promozionale di un messaggio, evitando così decisioni influenzate da informazioni incomplete o fuorvianti. Il principio applicato è di garantire che l'omissione di informazioni essenziali non induca in errore il consumatore, tutelandone così l'autodeterminazione. Questo principio assume particolare rilievo nell'era dei social media, dove il confine tra raccomandazione personale e contenuto

[13] Il § 2, comma 1, n. 1, UWG, dà la definizione di «azione commerciale» e vi include ogni comportamento volto a promuovere la vendita di beni o servizi. Sebbene il comma 6 del § 5a UWG sia stato abrogato nel 2015, i suoi principi fondamentali riguardanti la trasparenza del fine commerciale sono stati in gran parte integrati nell'attuale § 5a, comma 4, UWG. Pertanto, la necessità di rendere evidente il carattere commerciale di una comunicazione rimane un requisito essenziale per evitare pratiche sleali secondo la normativa vigente.

sponsorizzato è spesso sfumato e la trasparenza diventa essenziale per un mercato leale e consapevole.

Prima della sentenza «Tap Tags», la giurisprudenza ha trattato la pubblicità occulta nei media tradizionali e ha definito principi applicabili anche agli *influencer*. Un precedente significativo nell'epoca pre-*web marketing* è il caso «Rechtsanwalts-Ranglisten», dove il BGH aveva stabilito che un contenuto informativo non si trasforma automaticamente in pubblicità sleale solo perché ha effetti indiretti sul mercato. L'elemento decisivo è la trasparenza della fonte e la percezione del pubblico: se è chiaro che si tratta di un'opinione soggettiva e non di un fatto oggettivo, allora non viene in rilievo la pubblicità ingannevole[14].

Tuttavia, l'applicazione di questi principi al mondo degli *influencer* ha richiesto un adattamento, considerata la natura ibrida dei contenuti social, spesso a cavallo tra divulgazione personale e sponsorizzazione. Il BGH ha stabilito che gli *influencer* che promuovono beni o servizi nel proprio profilo social svolgono attività commerciale. Se ricevono un compenso per la promozione, è chiaramente una pubblicità e deve essere etichettata come tale. Ma anche quando non ricevono alcun compenso, un *post* può comunque costituire pubblicità se il contenuto appare «eccessivamente promozionale» (*werblicher Überschuss*). In altre parole, il contenuto non è neutrale o puramente informativo, ma è eccessivamente orientato alla promozione di un prodotto o marchio, in modo da superare la soglia di ciò che potrebbe essere considerato un'opinione spontanea o una menzione casuale. L'evidente finalità promozionale è fondamentale per distinguere un'opinione personale legittima da una pubblicità occulta.

Il solo fatto di taggare un marchio non è sufficiente a considerare un post come pubblicitario. Tuttavia, se il post contiene link diretti ai siti dei produttori, questo è un forte indizio di finalità promozionale. Pertanto, il BGH ha confermato che un post con «Tap Tags» e link può richiedere un'etichettatura

[14] BGH, 9 febbraio 2006, I ZR 124/03, in *NJW*, 2006, p. 2764 ss. La fattispecie riguardava la pubblicazione di ranking di avvocati da parte di un editore. Il BGH ha deciso che la pubblicazione di classifiche sugli studi legali, basate su valutazioni soggettive e interviste di mercato, non costituisce pubblicità comparativa sleale né ingannevole ai sensi della legge sulla concorrenza sleale (UWG). La Corte ha stabilito che non vi era intento pubblicitario da parte dell'editore, il quale agiva nell'ambito della libertà di stampa (Art. 5 GG), che il pubblico di riferimento (professionisti del settore) era in grado di comprendere il carattere soggettivo delle classifiche e che non si applicano agli editori indipendenti le restrizioni sulla pubblicità degli avvocati. Di conseguenza, la pubblicazione delle classifiche era lecita e non poteva essere vietata.

pubblicitaria. La mancanza dell'indicazione pubblicitaria può costituire una violazione delle norme sulla concorrenza sleale. Il principio dettato da BGH 9 settembre 2021 appare chiaro: la sentenza impone trasparenza nei post degli *influencer*, anche senza pagamento diretto, se il contenuto è chiaramente promozionale. È di tutta evidenza che il fulcro della sentenza sia la trasparenza nei contenuti commerciali per proteggere i consumatori, mentre non viene in rilievo la responsabilità per danni causati da informazioni inesatte. Tali considerazioni non sembrano messe in discussione dalla legge di riforma del diritto della concorrenza sleale del 10 dicembre 2015[15]. Le disposizioni precedentemente contenute nel sesto comma sono state integrate nel § 5a, comma 4, UWG, che si concentra di più sulla trasparenza per il consumatore, evitando che egli venga ingannato riguardo alla natura di un'informazione, imponendo un obbligo di trasparenza commerciale nelle comunicazioni di marketing e pubblicità. La norma stabilisce che «un'azione commerciale è considerata ingannevole se il suo scopo commerciale non è reso evidente, a meno che ciò non risulti già dalle circostanze, ed è idonea a indurre il consumatore a una decisione commerciale che altrimenti non avrebbe preso»[16].

2. Sullo sfondo c'è l'approccio dell'Unione Europea. L'ordinamento europeo ha effettivamente rafforzato i principi di trasparenza nella comunicazione commerciale. L'evoluzione normativa sulla pubblicità occulta ha subito un'accelerazione significativa nell'ultimo decennio, spinta dalla necessità di adeguare gli strumenti giuridici alle dinamiche del mercato digitale. Il quadro attuale, modellato da direttive e regolamenti come la Direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali (UCPD), la Direttiva sui servizi di media audiovisivi (AVMSD) e il Digital Services Act (DSA) del 2022, riflette una strategia multilivello che combina trasparenza informativa, limitazioni alle pratiche manipolative e rafforzamento dei meccanismi di *enforcement*. L'integrazione tra diritto della concorrenza, protezione dei dati e regolamentazione dei servizi digitali ha dato forma a un modello ibrido, capace di incidere su fenomeni come

[15] *Zweites Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb*, in *Bundesgesetzblatt*, 2015, Teil I, Nr. 49, p. 2158.

[16] Sulla norma si veda H. KÖHLER e J. FEDDERSEN, *§5a*, in Köhler/Bornkamm/Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 43ª ed., München, 2025, p. 1223 ss.

l'*influencer marketing* e i *dark pattern*, ovvero schemi progettati per manipolare il comportamento degli utenti *online*.

La Direttiva 84/450/CEE rappresentò il primo tentativo di armonizzazione europea in materia di pubblicità ingannevole, con un focus iniziale prevalentemente orientato alla tutela della concorrenza più che direttamente alla protezione dei consumatori. Questo orientamento emerge dalla sua impostazione generale, che mirava a garantire condizioni di mercato trasparenti e leali tra operatori economici, più che a prevenire effetti distorsivi sul comportamento del consumatore. L'articolo 2 della direttiva definiva la pubblicità ingannevole come quella «idonea a trarre in errore le persone a cui è rivolta»; tale formulazione rifletteva un approccio focalizzato principalmente sulla veridicità oggettiva delle affermazioni pubblicitarie, piuttosto che sull'analisi dell'impatto psicologico e comportamentale sui destinatari della comunicazione commerciale. Questo modello regolatorio, pur rappresentando un progresso nella costruzione di una disciplina comune in materia di pubblicità, presentava limiti applicativi con l'evoluzione delle strategie di marketing. In particolare, la direttiva risultava poco efficace nel disciplinare fenomeni come la pubblicità indiretta e occulta, che negli anni successivi divennero strumenti sempre più sofisticati di persuasione commerciale. La crescente complessità del linguaggio pubblicitario e l'utilizzo di nuove tecniche promozionali, come il *product placement* e l'*influencer marketing*, evidenziarono la necessità di un'evoluzione normativa che considerasse non solo la veridicità del messaggio pubblicitario, ma anche il contesto di percezione da parte del pubblico e il rischio di manipolazione del consumatore. Proprio per rispondere a queste carenze, la direttiva 84/450/CEE fu modificata nel tempo, in particolare con la Direttiva 97/55/CE, che introdusse una regolamentazione specifica della pubblicità comparativa, e successivamente con la sua abrogazione e sostituzione ad opera della Direttiva 2006/114/CE, la quale consolidò un approccio più moderno e incentrato sul principio di lealtà commerciale non solo tra imprese, ma anche nei confronti dei consumatori[17].

Nell'armonizzazione europea una pietra miliare è rappresentata dalla Direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali (UCPD), che ha definitivamente sancito un passaggio da una protezione indiretta del consumatore,

[17] Cfr. G. DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012, p. 1081 s.

attraverso la tutela della concorrenza, a una protezione diretta del consumatore stesso contro la pubblicità ingannevole e le pratiche aggressive[18]. La UCPD costituisce ancora il perno della disciplina UE in materia, classificando come pratica aggressiva ogni forma di comunicazione commerciale che occulta la natura promozionale del messaggio. L'art. 7 sancisce l'obbligo di identificazione immediata del carattere commerciale, principio ribadito nell'allegato I punto 11 riguardante specificamente gli *advertorial*. La Commissione Europea nel 2021 attraverso linee guida interpretative ha prestato particolare attenzione alle dinamiche del «marketing di influenza». La qualificazione giuridica dell'*influencer marketing* si inserisce nel più ampio quadro della tutela del consumatore nell'ordinamento europeo, con significative implicazioni sul piano della responsabilità professionale e degli obblighi di trasparenza nelle comunicazioni commerciali. La figura dell'*influencer* viene delineata dalla Commissione come soggetto che, in qualità di persona fisica o entità virtuale, esercita un'influenza qualificata sulle percezioni dei consumatori attraverso le piattaforme digitali. Tale definizione assume particolare rilevanza nell'ambito della disciplina delle pratiche commerciali, dove l'*influencer* può assumere la qualifica di «professionista» ai sensi della direttiva, ovvero di soggetto che agisce per conto di quest'ultimo. Di particolare interesse risulta l'elaborazione del principio della «contropartita» nelle comunicazioni commerciali degli *influencer*. La Commissione adotta un'interpretazione estensiva del concetto, ricomprendendo non solo le retribuzioni dirette, ma anche forme di compenso alternative quali prodotti gratuiti, sconti, accordi di partenariato o inviti a eventi. Tale approccio riflette la necessità di garantire la trasparenza delle comunicazioni commerciali in un contesto digitale sempre più complesso. La disciplina prevede un articolato sistema di responsabilità che coinvolge sia l'*influencer* sia il professionista committente, con particolare attenzione al ruolo del controllo editoriale come

[18] Per ulteriori riferimenti, E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, Milano, 2007; C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, III, Milano, 2007, p. 438 ss.; G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, Torino, 2008; ID., *Pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 1079 ss.; C. GRANELLI, *Pratiche commerciali scorrette: Le tutele*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano, 2021, p. 825 ss.

elemento qualificante[19]. La trasparenza è fondamentale per consentire al consumatore di riconoscere la natura promozionale del contenuto e reagire di conseguenza e tale impostazione si allinea con l'orientamento della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in materia di pratiche commerciali sleali, come evidenziato nella causa Peek & Cloppenburg[20].

2.1. Peraltro non va dimenticato che la Direttiva (UE) 2019/2161 aveva modificato alcune direttive precedenti dedicate alla materia del consumo, tra cui proprio la Direttiva 2005/29/CE. In particolare, l'art. 3, comma 1, n. 5, della suddetta direttiva ha introdotto un nuovo articolo, l'11-*bis*, nella direttiva 2005/29/CE, che disciplina i «rimedi» a favore dei consumatori lesi da pratiche commerciali scorrette. Significativamente la dottrina, partendo dal fatto che ha introdotto la possibilità di rimedi individuali per il consumatore, segnando un cambiamento rispetto all'approccio originario della direttiva 2005/29/CE, che si concentrava prevalentemente sulla repressione pubblicistica delle pratiche scorrette, ha suggerito che, per quanto concerne la qualificazione della responsabilità, è plausibile che, in alcuni casi, essa possa essere considerata di natura contrattuale anziché extracontrattuale, basandosi sul concetto di «contatto sociale» tra il professionista e il consumatore. Tale impostazione si fonda sull'idea che il consumatore riponga affidamento nello *status* professionale del soggetto che diffonde il messaggio ingannevole, dando luogo a un vincolo giuridico che potrebbe giustificare una responsabilità contrattuale. La violazione dell'obbligo di buona fede, che caratterizza la disciplina delle pratiche commerciali scorrette, rafforza l'idea che esisterebbe un *vinculum iuris* tra il professionista e il consumatore. Infatti, la repressione delle pratiche scorrette si fonda proprio sulla violazione della buona fede e della diligenza professionale, elementi che potrebbero avvicinare la responsabilità derivante da tali pratiche a quella contrattuale[21].

---

[19] *Comunicazione della Commissione - Orientamenti sull'interpretazione e sull'applicazione della direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno*, in *GUUE C 526*, 29.12.2021, p. 97 ss.

[20] Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza del 2 marzo 2023, causa C-371/20, Peek & Cloppenburg, ECLI:EU:C:2023:154.

[21] Cfr. L. GUFFANTI PESENTI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi nuovi. La difficile trasposizione dell'art. 3, co. 1, N. 5), dir. 2019/2161/UE*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, pp. 635 ss., spec. 676, laddove viene evidenziato l'affidamento che «il consumatore ripone nello *status* professionale

2.2. Anche la c.d. «Direttiva Omnibus» (Dir. 2019/2161/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019) ha apportato significative modifiche a diverse direttive europee, tra cui anche la Dir. 2005/29/CE, con l'obiettivo di migliorare e modernizzare la protezione dei consumatori. L'Italia ha recepito in ritardo la Direttiva Omnibus con il d.lgs. 7 marzo 2023, n. 26[22], che, pur avendo introdotto importanti novità nel codice del consumo, presenta ancora significative lacune e criticità. In particolare nel tema che ci occupa, il nuovo testo del comma 15-*bis* dell'art. 27 c. cons.[23] non ha chiarito la natura della responsabilità per pratiche commerciali scorrette, rischiando di compromettere l'effettività della tutela del consumatore[24].

---

dell'autore del messaggio [...] concetto in grado di evocare la dimensione relazionale presupposta al sorgere di obblighi di comportamento, la cui violazione determina responsabilità di natura contrattuale in quanto annidata all'interno di un rapporto. L'affidamento, invero, come insegna la dottrina, è un mero fatto. E come tale non basta ancora a produrre obbligazione, essendo necessario che esso sia giudicato idoneo a tal uopo "in conformità dell'ordinamento giuridico". Nella elaborazione dottrinale che ha riguardato questo ambito della responsabilità civile, la richiamata conformità è stata ritenuta sussistere in tutte quelle ipotesi in cui, variamente, l'affidamento di un soggetto nei confronti di un altro è reso giuridicamente rilevante dalla buona fede». Si riferisce l'autorevole opinione di C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 129 s., che lo ritiene possibile in casi tra cui «le informazioni erronee fornite da un professionista al di fuori dell'adempimento di un'obbligazione avente tale oggetto; una fattispecie particolare della precedente, costituita dalle informazioni ricavabili da un prospetto riferito alla situazione finanziaria di una società e a un'operazione di investimento che la riguarda; la ricognizione-informazione ingannevole formulata da un professionista su incarico di un cliente e comunicata a un terzo che su di essa fonda un affidamento che risulta deluso» poiché qui «ricorre un contatto sociale che, dando adito a un affidamento viene reso rilevante dalla buona fede; onde quando tali obblighi risultino violati, se ne deve inferire il sorgere di una responsabilità negli stessi termini che nella c.d. *culpa in contrahendo*». Tali posizioni si pongono nel solco tracciato da L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 360 (ora in ID., *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese e A. Nicolussi, Milano, 2011, p. 272), secondo il quale «quando una norma giuridica assoggetta lo svolgimento di una relazione sociale all'imperativo della buona fede, ciò è un indice sicuro che questa relazione sociale si è trasformata, sul piano giuridico, in un rapporto obbligatorio, il cui contenuto si tratta appunto di specificare a stregua di una valutazione di buona fede. Invero, il principio della buona fede (in senso oggettivo) si è storicamente sviluppato e si è conservato come una direttiva peculiare dei rapporti obbligatori, e del resto non è concepibile se non nell'ambito di questi rapporti».

[22] Pubblicato nella G.U. 18-3-2023 n. 66.

[23] «15-*bis*. I consumatori lesi da pratiche commerciali sleali possono altresì adire il giudice ordinario al fine di ottenere rimedi proporzionati ed effettivi, compresi il risarcimento del danno subito e, ove applicabile, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto, tenuto conto, se del caso, della gravità e della natura della pratica commerciale sleale, del danno subito e di altre circostanze pertinenti. Sono fatti salvi ulteriori rimedi a disposizione dei consumatori».

[24] Cfr. A. PURPURA, Private enforcement *delle pratiche commerciali scorrette: il nuovo comma 15-bis dell'art. 27 c. cons.*, in *Eur. dir. priv.*, 2023, p. 815 ss., in part. p. 839, laddove l'a. propende per una responsabilità contrattuale, basata sulla lesione dell'affidamento del consumatore nello *status* del professionista: «si è dunque inclini a riconoscere che la responsabilità civile del professionista

2.3. La Direttiva sui servizi di media audiovisivi (AVMSD) rappresenta il quadro normativo europeo volto a garantire una regolamentazione armonizzata dei media audiovisivi, estendendo le sue disposizioni anche alle piattaforme di condivisione video e ai contenuti generati dagli utenti[25]. L'obiettivo principale è assicurare trasparenza nella pubblicità, protezione dei minori e tutela del pluralismo, imponendo obblighi di riconoscibilità per le comunicazioni commerciali e responsabilità per le piattaforme digitali. Per l'*influencer marketing*, la Direttiva impone regole di trasparenza volte a evitare pubblicità occulte, stabilendo che qualsiasi contenuto realizzato a fini promozionali debba essere esplicitamente dichiarato. In Italia, il Testo Unico sui Servizi di Media Audiovisivi (TUSMA, d.lgs. 208/2021) recepisce tali principi e introduce obblighi specifici per gli *influencer*. L'art. 4 ribadisce il principio generale di tutela del pubblico, imponendo obblighi di trasparenza nelle comunicazioni commerciali, mentre l'art. 41 disciplina il *product placement* e la pubblicità nei servizi di media audiovisivi, vietando ogni forma di pubblicità occulta[26]. L'art. 42 impone che le comunicazioni commerciali siano chiaramente riconoscibili, evitando tecniche di persuasione subliminale. Inoltre, l'art. 43 stabilisce restrizioni specifiche per la pubblicità destinata ai minori, richiedendo particolare cautela per evitare contenuti ingannevoli o dannosi. L'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM) con la Delibera 7/24/CONS, ha ulteriormente chiarito che gli *influencer* che superano determinate soglie di popolarità (almeno un milione di

---

autore di una pratica commerciale scorretta, anche dopo il riferimento, nel comma 15-*bis* dell'art. 27 cod. cons., al rimedio risarcitorio e in assenza di un'esplicita propensione legislativa, possa qualificarsi contrattuale anche in caso di mancata identità tra l'autore della pratica scorretta e il professionista contraente».

[25] Dir. 2010/13/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 10 marzo 2010, modificata dalla Dir. (UE) 2018/1808 del 14 novembre 2018.

[26] L'*influencer marketing* rientra in questo quadro regolatorio poiché i contenuti promozionali diffusi da soggetti con elevata visibilità pubblica devono essere chiaramente identificabili come tali. In tale contesto A. MENDOLA, *Considerazioni sul divieto di pubblicità occulta nell'*influencer marketing, in *MediaLaws – Rivista di diritto dei media*, 2022, p. 145 ss., rileva che la mancata segnalazione della natura commerciale di un contenuto pubblicato da un *influencer* costituisce una violazione del divieto di pubblicità occulta e può configurarsi come pratica commerciale ingannevole ai sensi del codice del consumo, in particolare (p. 154), «la sponsorizzazione, da parte degli *influencer*, di un determinato marchio, attraverso una condivisione solo in apparenza disinteressata, e, quindi, in assenza di avvertenza circa la natura commerciale dei contenuti postati, configura violazione degli artt. 22 e 23 d.lgs. n. 206/2005, in punto di omissioni e pratiche commerciali ingannevoli, e 7 del Codice di Autodisciplina della Comunicazione commerciale».

follower e un engagement significativo) sono equiparati ai fornitori di servizi media, divenendo soggetti agli obblighi previsti dal TUSMA. In tal senso, sono tenuti a indicare chiaramente la natura pubblicitaria dei contenuti con diciture esplicite come «sponsorizzato da» o «pubblicità», in conformità alle disposizioni dell'art. 41 TUSMA. Le piattaforme digitali, a loro volta, devono garantire strumenti per identificare e segnalare contenuti sponsorizzati, adempiendo agli obblighi previsti dall'art. 49 sulla responsabilità dei fornitori di piattaforme di condivisione video[27]. L'approccio italiano si caratterizza quindi per l'introduzione di una regolamentazione mirata che impone agli *influencer* più influenti obblighi di trasparenza e responsabilità editoriale analoghi a quelli dei media tradizionali.

Il *Digital Services Act* (DSA) del 2022 rappresenta un'innovativa evoluzione normativa nell'ambito della regolamentazione delle piattaforme digitali, introducendo una disciplina organica in materia di *dark pattern* e trasparenza pubblicitaria che si caratterizza per un significativo rafforzamento delle tutele del consumatore nel mercato digitale europeo[28]. Il Reg. (UE) 2022/2065 ha introdotto un quadro normativo specifico per le *Very Large Online Platforms* (VLOPs), ovvero le piattaforme online con un numero particolarmente elevato di utenti attivi nell'Unione Europea, generalmente superiore ai 45 milioni al mese, e per altri fornitori di servizi digitali. Tra le principali misure previste, l'art. 39 impone l'obbligo di rendere accessibili al pubblico archivi pubblicitari contenenti informazioni dettagliate su *targeting*, *budget* e *performance* delle campagne, garantendo maggiore trasparenza sulle strategie di comunicazione commerciale. L'art. 25 vieta inoltre l'uso dei *dark pattern*, – ovvero quelle pratiche di design delle interfacce digitali finalizzate a manipolare il comportamento degli utenti inducendoli a compiere scelte non pienamente consapevoli – stabilendo che i fornitori di piattaforme online non debbano progettare, organizzare o gestire le loro interfacce in modo da ingannare o manipolare i destinatari del servizio, né in modo da alterare o compromettere significativamente la capacità degli utenti di prendere decisioni libere e informate[29]. Infine, l'art. 30 introduce obblighi di *due*

[27] AGCOM, Delibera n. 7/24/CONS del 10 gennaio 2024, «Linee-guida volte a garantire il rispetto delle disposizioni del Testo unico da parte degli *influencer* e istituzione di un apposito Tavolo tecnico». Sul rispetto delle disposizioni del TUSMA v. F. POLETTINI, *Influencer: alla ricerca di una definizione unitaria con le nuove linee guida dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *Dir. ind.*, 2024, p. 293 ss.

[28] L. CASINI, *Il futuro dello Stato (digitale)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2024, p. 465.

[29] S. DEL GATTO, *Il* Digital Services Act: *un'introduzione*, in *Gior. dir. amm.*, 2023, p. 728.

diligence sui contenuti sponsorizzati, richiedendo la verifica dell'identità degli inserzionisti e la tracciabilità dei pagamenti, al fine di contrastare la diffusione di pubblicità occulta e garantire un maggiore controllo sulle operazioni di marketing digitale per consentire ai consumatori di concludere contratti a distanza con operatori commerciali[30].

Proprio l'art. 25 Reg. (UE) 2022/2065 ha configurato un articolato sistema di prevenzione delle pratiche manipolative nell'interfaccia utente, qualificando come illecite quelle configurazioni dell'architettura digitale volte ad alterare i processi decisionali del consumatore mediante artifici grafici o procedurali. Tale disciplina trova il proprio fondamento nel principio di trasparenza delle comunicazioni commerciali, già presente nell'*acquis communautaire*, ma ora declinato con specifico riferimento alle peculiarità del contesto digitale. L'apparato sanzionatorio previsto dal Regolamento si caratterizza per una particolare incisività, contemplando sanzioni pecuniarie che possono raggiungere il 6% del fatturato globale dell'operatore. La gradazione degli obblighi di *compliance* in funzione delle dimensioni della piattaforma, con particolare riferimento alla disciplina delle *Very Large Online Platforms*, riflette il principio di proporzionalità nell'imposizione degli oneri regolatori. Di particolare rilevanza sistematica risulta la disciplina in materia di trasparenza pubblicitaria digitale delineata dall'art. 26 Reg. (UE) 2022/2065, che introduce un articolato sistema di obblighi informativi caratterizzato da standard particolarmente elevati. L'immediata riconoscibilità della natura commerciale delle comunicazioni, unitamente alla *disclosure* dei parametri di *targeting* e all'accessibilità delle informazioni relative all'inserzionista, configura un modello di trasparenza rafforzata che si inserisce organicamente nel quadro della tutela del consumatore europeo[31].

Tale innovativo *framework* normativo, destinato a incidere significativamente sulle dinamiche del mercato digitale, dovrà trovare concreta attuazione attraverso l'implementazione da parte degli operatori e l'attività di *enforcement* delle autorità competenti, in un processo che richiederà un costante dialogo tra prassi

[30] G. FINOCCHIARO, *Responsabilità delle piattaforme e tutela dei consumatori*, in *Gior. dir. amm.*, 2023, p. 735.

[31] P. VILLASCHI, *The regulation of political targeting in the italian and european union legal framework*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2024, p. 156.

applicativa ed elaborazione dogmatica. È chiaro che la presenza di molteplici normative di rango primario e nuovi codici di condotta può portare, se non ben integrate, a situazioni di incertezza ermeneutica che suscitano perplessità tra i diversi protagonisti del mercato, come pubblicitari digitali, aziende di sponsorizzazione e consumatori acquirenti di beni e servizi[32].

3. In Italia, un caso emblematico delle criticità legate a questo fenomeno è rappresentato dalla vicenda che ha visto coinvolti una nota *influencer* e un'azienda dolciaria nella commercializzazione di un prodotto natalizio[33]. La fattispecie può essere così sintetizzata: l'azienda dolciaria, in collaborazione con l'*influencer*, aveva promosso un'edizione speciale del proprio pandoro natalizio, commercializzato a un prezzo significativamente maggiore rispetto al prodotto standard (9,37 euro contro 3,68 euro). La campagna pubblicitaria, veicolata principalmente attraverso i social network, lasciava intendere ai consumatori che parte del ricavato delle vendite sarebbe stato devoluto ad un ospedale di Torino per sostenere la ricerca sulle patologie pediatriche. In realtà, come emerso successivamente, l'azienda aveva già effettuato una donazione in misura fissa prima dell'avvio della campagna, senza alcun collegamento con l'andamento delle vendite.

Il caso evidenzia alcune criticità strutturali dell'*influencer marketing* sotto il profilo civilistico. In primo luogo, l'asimmetria informativa tra professionista e consumatore è particolarmente accentuata nel contesto digitale. Un ulteriore aspetto riguarda la commistione tra contenuti personali e messaggi promozionali, che rende difficile per il consumatore distinguere la natura commerciale della comunicazione. A ciò si aggiunge lo sfruttamento della particolare relazione fiduciaria che si instaura tra *influencer* e *followers*. Non da ultima, l'inadeguatezza dei tradizionali rimedi civilistici, come emerge dalla pronuncia del Tribunale di Torino che, pur accertando la scorrettezza della pratica commerciale, ha dovuto respingere la domanda risarcitoria in quanto proposta nell'ambito di un'azione inibitoria collettiva.

L'attenzione suscitata da questo episodio non risiede tanto nella sua risonanza mediatica, quanto nella capacità di evidenziare due aspetti centrali: da

[32] F. POLETTINI, *Influencer*, cit., p. 297.
[33] AGCM, provv.14 dicembre 2023, n. 31002, cit.

un lato, i limiti del sistema rimediale attuale nell'offrire soluzioni efficaci[34]; dall'altro, il ruolo cruciale dell'affidamento nella valutazione della scorrettezza della pratica commerciale[35]. Quest'ultimo aspetto merita particolare attenzione: l'affidamento che i *follower* ripongono nell'*influencer* si traduce in una percezione di autorevolezza e credibilità, che potrebbe teoricamente costituire il presupposto per l'insorgenza di specifici obblighi di protezione. La violazione di tali obblighi potrebbe generare conseguenze pregiudizievoli per i destinatari dei messaggi promozionali, ampliando il dibattito sulla configurabilità di una responsabilità dell'*influencer* nell'ambito della disciplina della pubblicità ingannevole e delle pratiche commerciali scorrette.

Senza voler giungere a conclusioni affrettate, si deve riconoscere che la digitalizzazione delle relazioni commerciali ha generato un paradigma comunicativo del tutto nuovo, in cui il ruolo dell'*influencer* si distingue per la sua capacità di modellare le decisioni di consumo attraverso un'interazione personalizzata e autentica con il proprio pubblico[36]. Tale dinamica va oltre il rapporto classico tra professionista e consumatore, aumentando l'asimmetria informativa e mescolando elementi personali e commerciali nella comunicazione digitale[37]. Il presente lavoro si propone di analizzare le implicazioni giuridiche di questa evoluzione, interrogandosi su possibili strumenti normativi e interpretativi per una regolamentazione più adeguata del fenomeno.

Il punto di partenza è proprio la peculiarità del rapporto tra *influencer* e *follower* che risiede nella sua natura ibrida, che sfugge tanto alla qualificazione in

---

[34] In questo senso Trib. Torino, sez. spec. impresa, decr. 23 aprile 2024, cit., che, pur accertando la scorrettezza della pratica commerciale, ha dovuto respingere la domanda risarcitoria in quanto proposta nell'ambito di un'azione inibitoria collettiva. V. G. RIBERO, *L'azione inibitoria collettiva in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. it.*, 2024, p. 2386 ss.

[35] Il Tribunale di Torino ha riconosciuto che la comunicazione promozionale non solo era ingannevole, ma ha anche sfruttato la fiducia dei consumatori nell'*influencer* per indurre un comportamento economico altrimenti non adottato. L'*endorsement* dell'*influencer* ha contribuito a rafforzare la credibilità del messaggio commerciale. Infatti è di tutta evidenza che la fiducia che i *follower* ripongono nella figura dell'*influencer* è stata un elemento centrale nella percezione del messaggio pubblicitario, aumentando l'efficacia della pratica commerciale scorretta.

[36] A.P. SEMINARA, *Marketing d'influenza e pubblicità non trasparente: la responsabilità dell'inserzionista, degli influencer e dell'internet service provider*, in *Persona e Mercato*, 2023, p. 548 ss., che sottolinea la peculiare natura della relazione tra *influencer* e *follower*; M. PUCCI, *Influencer marketing*, cit., p. 692, dove si evidenzia l'elemento della stretta connessione che si instaura tra l'*influencer* e il consumatore.

[37] S. BARCO, *Il contratto di Influencer marketing: profili civilistici del rapporto tra brand ed influencer*, in iusinitinere.it, 28 maggio 2020; S. ALVANINI, *L'Influencer Marketing alla luce del caso Ferragni Balocco*, in *Dir. ind.*, 2024, p. 298 ss.

termini di mero rapporto pubblicitario quanto a quella di relazione sociale disinteressata[38]. L'*influencer*, infatti, costruisce con i propri *followers* una relazione caratterizzata da un «particolare affidamento», fondato sulla condivisione di aspetti personali della propria vita quotidiana[39].

Questa relazione fiduciaria viene poi strumentalizzata a fini commerciali attraverso l'inserimento di messaggi promozionali che si confondono con i contenuti personali. Il consumatore si trova così esposto a una forma di comunicazione commerciale particolarmente insidiosa, in quanto veicolata da un soggetto con il quale ha sviluppato un rapporto di fiducia qualificata[40].

L'inadeguatezza dei rimedi tradizionali emerge con evidenza dall'analisi del caso sopra citato. L'intervento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, pur avendo accertato la scorrettezza della pratica commerciale[41], si è mosso in una logica pubblicistica di tutela del mercato. Sul piano civilistico, il Tribunale di Torino ha dovuto constatare l'impossibilità di accordare tutela risarcitoria nell'ambito dell'azione inibitoria collettiva, evidenziando così un vuoto di tutela che merita di essere colmato[42].

4. Anche In Germania il fenomeno degli *influencer* ha dato origine a una nuova forma di relazione sociale, caratterizzata da un forte legame di fiducia con i *follower*. Questo rapporto, spesso definito parasociale, si distingue per la sua asimmetria: mentre i *follower* percepiscono una connessione diretta e autentica con l'*influencer*, quest'ultimo mantiene un controllo unilaterale sulla comunicazione. Tale dinamica è divenuta un potente strumento di marketing, capace di orientare le scelte di consumo e di investimento del pubblico. Tuttavia, quando le informazioni diffuse dagli *influencer* si rivelano inesatte o fuorvianti, sorgono interrogativi circa la loro responsabilità giuridica per le eventuali

---

[38] Sulla natura *sui generis* del rapporto, v. C. GOMILLE, *Informationshaftung von Influencern*, cit., p. 387, che parla di «parasoziale Beziehung».

[39] Sul punto, la dottrina tedesca ha elaborato il concetto di «besonderes Vertrauensverhältnis», cfr. C. GOMILLE, *Informationshaftung von Influencern*, cit., p. 388.

[40] Per un'analisi della particolare vulnerabilità del consumatore in questo contesto, v. E. CALZOLAIO, *L'attività pubblicitaria dell'influencer nel diritto francese*, in *Dir. inf.*, 2023, p. 909 ss.

[41] AGCM, 14 dicembre 2023 n. 31002, cit., che ha qualificato la pratica come scorretta ai sensi degli artt. 20, 21 e 22 cod. cons.

[42] Trib. Torino, decr. 23 aprile 2024, cit., che ha evidenziato come l'azione inibitoria collettiva *ex* art. 840-*sexiesdecies* c.p.c. non consenta di ottenere provvedimenti di natura risarcitoria o restitutoria.

conseguenze negative subite dai *follower*, in particolare in relazione a prodotti difettosi o investimenti errati. Anche se il diritto della concorrenza e la normativa sulla protezione del consumatore (*in primis* lo UWG) svolgono un ruolo fondamentale nel garantire la trasparenza della pubblicità e la corretta informazione degli utenti tuttavia le implicazioni giuridiche di questi fenomeni risultano di grande attualità. Sebbene gli *influencer* non siano automaticamente responsabili per le decisioni economiche dei loro *follower*, la loro responsabilità potrebbe sorgere in presenza di dichiarazioni intenzionalmente fuorvianti o caratterizzate da grave negligenza. Una prima risposta normativa potrebbe essere rappresentata dalla responsabilità extracontrattuale: il § 823 BGB potrebbe trovare applicazione nel caso in cui un *influencer* promuova consapevolmente un prodotto difettoso o pericoloso, inducendo il pubblico all'acquisto, in particolare, qualora l'*influencer* dichiari falsamente di aver testato un prodotto e ne garantisca la sicurezza, potrebbe essere chiamato a rispondere dei danni causati; il § 826 BGB, che sanziona il comportamento di chi provoca un danno patrimoniale intenzionalmente in modo contrario al buon costume e in tale contesto, la diffusione deliberata o gravemente negligente di informazioni inesatte su beni o servizi potrebbe rendere l'*influencer* responsabile per le perdite economiche subite dai *follower*. Questo aspetto assume particolare rilievo nel caso dei «*finfluencer*», ovvero coloro che forniscono consigli in ambito finanziario senza un'adeguata preparazione o senza evidenziare chiaramente i rischi associati agli investimenti suggeriti. Ma entrambe le norme sembrano di difficile applicazione. Il comma 1 del § 823 BGB prevede una responsabilità civile per danno illecito, ma la limita alla lesione di diritti assoluti (*absolute Rechte*), quali la vita, la salute, la libertà e la proprietà. Di conseguenza, un danno puramente economico subito da un *follower* in seguito a informazioni inesatte diffuse da un *influencer* non rientra automaticamente nell'ambito di applicazione della norma. Un possibile correttivo potrebbe essere individuato nel comma 2 del medesimo paragrafo, che estende la responsabilità civile ai casi di violazione di una norma di protezione (*Schutzgesetz*). Tuttavia poiché non esiste una siffatta norma generale che riguardi la correttezza delle informazioni economiche diffuse pubblicamente, ciò rende problematico, nella maggior parte dei casi, basarsi sul § 823 BGB per fondare un'azione di risarcimento. Del pari, il § 826 BGB presuppone un comportamento intenzionalmente ingannevole o gravemente scorretto, e pertanto non consente di

avanzare richieste di risarcimento per danni derivanti dalla mera diffusione negligente di informazioni inesatte[43].

In realtà proprio in questi casi sembra opportuno prevedere una forma di responsabilità che potrebbe incentivare una maggiore diligenza nella fornitura di informazioni economiche, contribuendo così, almeno in parte, a garantire la trasparenza del mercato. Per colmare questa lacuna di responsabilità va sviluppato un diverso approccio, fondato sulla nozione di *Sonderverbindung* (relazione speciale). Ciò suggerisce che tra *influencer* e *follower* possa emergere una responsabilità contrattuale o quasi-contrattuale. Sebbene l'iscrizione a un profilo social non configuri automaticamente un rapporto contrattuale, si potrebbe ipotizzare l'esistenza di una *Sonderverbindung*, ossia una relazione speciale fondata sull'affidamento. Questo accade quando l'*influencer* fornisce informazioni in maniera professionale, il *follower* ripone fiducia nelle sue affermazioni e le informazioni riguardano ambiti di particolare rilevanza economica, come gli investimenti finanziari o la promozione di beni di lusso. L'elemento della fiducia ha fornito alla dottrina tedesca lo spunto per affrontare la responsabilità dell'*influencer* attraverso il concetto di *Vertrauenshaftung* (responsabilità per affidamento). Questo istituto è cruciale nei casi in cui un soggetto subisce un danno per aver fatto affidamento su dichiarazioni, comportamenti o promesse altrui, pur in assenza di un vero e proprio contratto[44]. La questione si colloca più ampiamente nell'ambito della *Dritthaftung*, ossia la responsabilità verso i terzi.

La giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* può offrire spunti sulla responsabilità degli *influencer*, poiché da tempo ha affrontato questioni chiave come la responsabilità per informazioni inesatte, il principio di affidamento e la protezione dei terzi in rapporti contrattuali, tutti temi applicabili al contesto della comunicazione digitale e del *marketing* d'influenza. Così BGH, 5 aprile 1971, che

---

[43] V. C. GOMILLE, *Informationshaftung von Influencern*, cit., p. 386 ss.

[44] Sullo sviluppo della teoria della responsabilità per affidamento nel contesto dell'*influencer marketing* v. C. GOMILLE, *Informationshaftung von Influencern*, cit., p. 389 ss. Sulla responsabilità per affidamento nel diritto privato tedesco il riferimento d'obbligo è la monografia di C.-W. CANARIS, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München, 1971, che ne ha delineato i fondamenti teorici, i limiti e le applicazioni pratiche. È un'opera fondamentale nel diritto privato tedesco che ha sviluppato in maniera sistematica il concetto di *Vertrauenshaftung*, un principio che ha influenzato profondamente la dottrina e la giurisprudenza tedesche, oltre a ispirare il diritto privato di altri sistemi giuridici. L'illustre A. ha ricostruito la responsabilità per affidamento come un istituto autonomo, che sfugge alle tradizionali categorie della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

rappresenta una pietra miliare nella giurisprudenza relativa alla violazione di obblighi informativi durante le trattative contrattuali, ha stabilito il principio secondo cui chi diffonde informazioni inesatte può essere ritenuto responsabile per i danni subiti da terzi, a condizione che esista un rapporto di affidamento e che l'errore sia stato commesso con dolo o colpa grave[45]. Rilevanti potrebbero essere anche BGH, 29 gennaio 1975 e BGH, 28 gennaio 1981, che hanno affrontato il tema della responsabilità basata sulla fiducia tra le parti stabilendo che, in determinati contesti, un soggetto può essere ritenuto responsabile per danni causati a chi si è ragionevolmente affidato alla correttezza delle sue dichiarazioni[46].

Per risolvere le problematiche legate alla responsabilità degli esperti nei confronti di terzi – analizzando casi rappresentativi come quelli dei revisori contabili o dei periti edili – la dottrina tedesca ha criticato l'orientamento giurisprudenziale che applicava il modello del contratto con effetti protettivi per terzi anche in situazioni di conflitto di interessi tra il committente dell'*expertise* e il soggetto che vi faceva affidamento[47]. In alternativa, ha proposto un approccio basato sulla *culpa in contrahendo* e sulla *Vertrauenshaftung*, mettendo in luce il ruolo centrale della fiducia e della partecipazione al traffico giuridico. Tale prospettiva è rilevante perché implica che l'esperto non risponda in via mediata nei confronti di terzi, ma direttamente, qualora la sua perizia sia destinata a influenzare la conclusione o le condizioni di un contratto. In questo contesto, la responsabilità professionale (*Berufshaftung*) si intreccia con la responsabilità per affidamento, che a sua volta rappresenta una concretizzazione della *culpa in contrahendo*. La posizione professionale e l'autorità che ne deriva generano una solida base di

[45] BGH, 5 aprile 1971, VII ZR 163/69, in *BGHZ*, 56, 1971, p. 83 s. Poiché gli *influencer* forniscono frequentemente informazioni su prodotti, servizi o investimenti, spesso assumendo il ruolo di esperti in determinati settori (moda, salute, finanza, tecnologia, ecc.), se diffondono dati errati o fuorvianti, inducendo i *follower* a compiere scelte economiche svantaggiose, potrebbe sorgere una responsabilità per danno patrimoniale. Questo è particolarmente rilevante nei casi di «finfluencer», che forniscono consigli finanziari senza adeguata preparazione, o negli ambiti legati alla salute e al benessere, dove informazioni errate potrebbero avere conseguenze gravi.

[46] BGH, 29 gennaio 1975, VIII ZR 101/73, in *BGHZ*, 63, 1975, p. 384, e BGH, 28 gennaio 1981, VIII ZR 88/80, in *BGHZ*, 79, 1981, p. 283 s. Gli *influencer* creano una relazione di fiducia con i propri *follower*, che spesso percepiscono le loro opinioni come autorevoli. Se un *influencer* promuove un prodotto o un servizio garantendone qualità ed efficacia, senza aver effettuato un'adeguata verifica, e da ciò ne deriva un danno per i *follower*, potrebbe allora configurarsi una responsabilità basata sull'affidamento.

[47] Sulla nascita e l'evoluzione della figura del *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*, sia consentito il rinvio alla nostra monografia *Il contratto con effetti protettivi per terzi*, Napoli, 2004.

fiducia, elemento cardine tanto nella *Vertrauenshaftung* quanto nella *culpa in contrahendo*. La *culpa in contrahendo* impone obblighi di correttezza e protezione nella fase precontrattuale, la responsabilità per affidamento si fonda sulla fiducia che una parte ripone nell'altra, spesso in ragione della sua posizione professionale o della sua competenza. L'integrazione di questi due concetti fornisce una base solida per la responsabilità degli esperti nei confronti di terzi[48].

4.1. Oggi il § 311 BGB disciplina la responsabilità precontrattuale nei commi 2 e 3. Il § 311, comma 2, stabilisce che un rapporto obbligatorio con doveri ai sensi del § 241, comma 2, nasce anche attraverso l'avvio di trattative contrattuali (comma 2, n. 1) e ciò include tutte le forme di contatti legali, inclusi i colloqui preliminari per una prevista conclusione del contratto, l'avvio di un contratto, in cui una parte concede all'altra la possibilità di influire sui suoi diritti, beni giuridici e interessi in vista di un eventuale rapporto giuridico negoziale, o glieli affida (comma 2, n. 2), o «ähnliche geschäftliche Kontakte» cioè a rapporti giuridici che, pur non essendo veri e propri contratti, generano obblighi precontrattuali od obblighi di protezione simili a quelli contrattuali (comma 2, n. 3). In quest'ultima ipotesi due soggetti entrano in un rapporto di interazione commerciale o professionale, senza che vi sia necessariamente una trattativa contrattuale in corso, ma si creano comunque doveri di correttezza e protezione. La responsabilità nasce dalla violazione degli obblighi nascenti dal § 241, comma 2, BGB che stabilisce che un rapporto obbligatorio non impone solo obblighi di prestazione, ma può anche generare obblighi ulteriori («il rapporto obbligatorio può, in base al suo contenuto, obbligare ciascuna parte a rispettare i diritti, i beni giuridici e gli interessi dell'altra parte»). In tal modo risultano espressamente tutelati gli obblighi di protezione, di cura e di lealtà reciproca durante le trattative contrattuali. Invece il § 311, comma 3, BGB estende la possibilità di un rapporto obbligatorio, con doveri ai sensi del 241, comma 2, BGB, anche a persone che non sono destinate a diventare parti del contratto. Ciò si verifica in particolare

[48] Cfr. C.-W. CANARIS, *Die Reichweite der Expertenhaftung gegenüber Dritten*, in *ZHR*, 163, 1999, p. 206 ss.

quando il terzo si appropria di una fiducia speciale e influenza in modo significativo le trattative contrattuali o la conclusione del contratto[49].

Il fondamento normativo della responsabilità per affidamento può essere allora individuato nel § 311, comma 3, BGB, che disciplina la responsabilità del terzo che, attraverso il proprio comportamento, influenza in modo significativo le trattative o la conclusione del contratto (*Einfluss auf Vertragsverhandlungen oder Vertragsschluss*). Tale norma è stata introdotta con la riforma del diritto delle obbligazioni del 2002 e prevede che un rapporto obbligatorio, ai sensi del § 241, comma 2, BGB, possa sorgere anche nei confronti di soggetti che non sono parti del contratto, ossia nei confronti di terzi. Il § 311, comma 3, frase 2, BGB fornisce un esempio tipico di questa situazione, stabilendo che ciò avviene in particolare quando il terzo invoca in modo particolare la fiducia e, in tal modo, influenza in modo rilevante le trattative contrattuali o la conclusione del contratto. Oltre alla fiducia particolare, il § 311, comma 3, frase 2, BGB presenta ulteriori caratteristiche proprie. La norma richiede espressamente che il terzo si avvalga della fiducia e che, in tal modo, influenzi in modo significativo le trattative contrattuali o la conclusione del contratto. Ciò implica che debba esistere un rapporto di causalità tra la fiducia speciale suscitata dal terzo e l'andamento delle trattative o la stipulazione del contratto, nel senso che tale fiducia deve aver inciso concretamente su questi aspetti. Non è necessario che rappresenti l'unica causa determinante: è sufficiente che costituisca una concausa, purché il suo influsso sulle trattative o sulla conclusione del contratto sia significativo. Questo significa che la fiducia nel terzo deve avere un peso considerevole nel processo decisionale e non può essere un elemento marginale o accessorio, bensì una delle cause essenziali che hanno determinato l'andamento delle trattative o la stipulazione del contratto. L'onere di allegazione e di prova della causalità e della rilevanza della fiducia ricade sulla parte presumibilmente lesa. Essa deve dimostrare non solo che è stata suscitata una fiducia corrispondente, ma anche che questa ha avuto un'influenza concreta e determinante sull'andamento delle trattative o sulla conclusione del contratto[50].

---

[49] V. EMMERICH, *§ 311 Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 9ª ed., München, 2022, Rn. 22 ss.

[50] R. HERRESTHAL, *C. Die Haftung Dritter aus cic (Abs. 3)*, in G. GSELL, K. KRÜGER, S. LORENZ e A. REYMANN (a cura di*), beck-online.GROSSKOMMENTAR* (Beck Online, 2022).

La peculiarità di questa ricostruzione risiede nel superamento della tradizionale dicotomia tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, attraverso il riconoscimento di una «relazione particolare» (*Sonderverbindung*) tra *influencer* e *follower*[51]. Tale relazione si caratterizza per la presenza di specifici obblighi di protezione (*Schutzpflichten*), che trovano il proprio fondamento nella particolare posizione di affidamento che l'*influencer* costruisce nei confronti dei propri *followers*[52]. Sebbene questo approccio sia di per sé corretto e rappresenti un passo avanti nella comprensione del rapporto tra *influencer* e *follower*, esso non è sufficiente a risolvere tutte le problematiche connesse a tale relazione. La natura fluida e dinamica delle interazioni digitali, unita alla varietà di contesti e settori in cui operano gli *influencer*, rende necessario un quadro normativo più articolato e flessibile, capace di adattarsi alle specificità di ciascun caso concreto. L'elaborazione dottrinale tedesca si segnala per la capacità di graduare l'intensità degli obblighi in funzione del tipo di attività svolta dall'*influencer*[53]. In particolare una responsabilità per affidamento degli *influencer* può essere fondata sulla *Informationshaftung* attraverso la *Sonderverbindung*. Tuttavia, distinguere tra il § 311, comma 2, e il § 311, comma 3, BGB non è sempre immediato. Certamente la responsabilità degli *influencer* non può basarsi sulla teoria del contratto con effetti protettivi per terzi, poiché questi si esprimono su prodotti standardizzati e destinati alla distribuzione di massa. Per quanto riguarda il § 311, comma 2, BGB, che disciplina l'avvio di rapporti precontrattuali, la semplice diffusione di informazioni su un canale pubblico non è sufficiente a creare una *Sonderverbindung*. Diversamente, l'offerta di servizi personalizzati e a pagamento, come la consulenza finanziaria, potrebbe rientrare in questa casistica. Passando al § 311, comma 3, BGB, che estende la responsabilità anche ai terzi, questa sorge solo se l'*influencer* si colloca «nella sfera» del partner contrattuale del danneggiato.

---

[51] Sul concetto di *Sonderverbindung* nel diritto tedesco e le sue possibili applicazioni all'*influencer marketing*, v. C. GOMILLE, *Informationshaftung von Influencern*, cit., p. 390. Mentre appare arduo ipotizzare una responsabilità contrattuale, una responsabilità quasi-contrattuale basata su una *Sonderverbindung* è plausibile, soprattutto se l'*influencer* agisce come un promotore per il partner contrattuale del *follower* danneggiato e si qualifica come un esperto nella materia. La fiducia riposta nell'*influencer* e la sua influenza sulla decisione del *follower* si pongono come fattori cruciali per stabilire la responsabilità.

[52] Sulla natura e l'intensità degli obblighi di protezione nel contesto della *Vertrauenshaftung*, v. D. MEDICUS e S. LORENZ, *Schuldrecht* I, 21ª ed., München, 2015, p. 65 ss.

[53] C. GOMILLE, *Informationshaftung von Influencern*, cit., p. 391, parla di una «abgestufte Haftung» (responsabilità graduata) in funzione dell'intensità del rapporto fiduciario.

Gli *influencer* che utilizzano link di affiliazione o promuovono prodotti venduti direttamente dal produttore rientrano in questa categoria, mentre coloro che mantengono un ruolo neutrale o agiscono come consulenti indipendenti di norma non ne fanno parte. Anche quando un *influencer* si trova all'interno della sfera del partner contrattuale, ciò non è sufficiente, ma è necessario verificare se goda di una fiducia eccezionale e possieda competenze specialistiche nella valutazione di prodotti complessi. La responsabilità diventa allora più probabile in settori specifici, come quello degli investimenti finanziari. Un esempio significativo è il *copy trading*, fenomeno in cui un *influencer* mostra i propri successi negli investimenti e fornisce un link per consentire ai *follower* di replicarne le operazioni (il problema si amplifica quando l'*influencer* riceve un compenso per promuovere determinate piattaforme di *trading* senza rendere esplicito il conflitto di interesse). In questo caso, si crea l'aspettativa che l'*influencer* agisca nell'interesse di entrambi, rafforzando la possibilità di una *Sonderverbindung*.

4.2. La conclusione che se ne può dedurre è che solo un numero ristretto di *influencer*, in particolare quelli attivi nella promozione di prodotti di investimento, possono essere ritenuti responsabili in base al § 311, comma 3, BGB[54]. Nel quadro complesso della responsabilità informativa degli *influencer* nel diritto tedesco è difficilmente sostenibile l'idea di una responsabilità generale. In questo modello giuridico la responsabilità degli *influencer* non può essere ricondotta a un concetto generico e onnicomprensivo, ma deve essere analizzata alla luce delle specifiche circostanze e degli obblighi che derivano dal loro ruolo. Ad esempio, quando gli *influencer* agiscono come esperti o intermediari nel settore finanziario, sfruttando la fiducia dei *follower*, potrebbe configurarsi una responsabilità di tipo «quasi-contrattuale» (*culpa in contrahendo* o *Vertrauenshaftung*). Questo tipo di responsabilità si basa sulla violazione di obblighi di informazione e trasparenza, che sorgono in virtù del rapporto di fiducia instaurato con il pubblico.

5. L'elaborazione della dottrina tedesca sulla *Vertrauenshaftung* dell'*influencer* offre spunti interessanti per una possibile ricostruzione nell'ordinamento italiano. In particolare, il superamento della dicotomia tra responsabilità contrattuale ed

[54] C. GOMILLE, *Informationshaftung von Influencern*, cit., p. 390 ss.

extracontrattuale attraverso la categoria della responsabilità da affidamento riecheggia la teorica del contatto sociale qualificato elaborata dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiane[55]. In particolare, il concetto di contatto sociale qualificato è stato sviluppato proprio per rispondere alle difficoltà di collocare determinate fattispecie all'interno della rigida distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Questa teoria si fonda sulla creazione di un vincolo obbligatorio fondato su una relazione giuridicamente rilevante tra le parti, indipendentemente dalla stipula di un contratto, riconosce la possibilità di un vincolo obbligatorio fondato su una relazione giuridicamente rilevante tra le parti, indipendentemente dalla stipula di un contratto. Se il contatto è diretto, la responsabilità per informazioni inesatte può essere di natura contrattuale, anche in assenza di un contratto formale tra le parti. Se invece non vi è un contatto diretto (ad esempio, nel caso di informazioni diffuse al mercato in modo indeterminato), la responsabilità rimane extracontrattuale, poiché manca un rapporto giuridico qualificato tra l'autore della condotta e il danneggiato. Il punto centrale di questa ricostruzione è che la responsabilità contrattuale può sorgere anche senza un contratto, purché vi sia un'interazione qualificata tra le parti che possa generare un rapporto giuridico obbligatorio. Questo è il fondamento della teoria del contatto sociale qualificato, che può essere descritto come una forma di responsabilità che va oltre la dicotomia contrattuale/extracontrattuale[56].

In tale prospettiva il contatto sociale qualificato viene utilizzato per giustificare obblighi di protezione derivanti dalla relazione tra i soggetti, anche in assenza di un vincolo contrattuale formale. In questo senso, la responsabilità da affidamento si inserisce perfettamente nel quadro teorico del contatto sociale qualificato, poiché entrambi gli istituti si fondano sulla fiducia e sulle aspettative legittime che un soggetto può riporre nella condotta dell'altro. Se la responsabilità si basa su una precedente condotta che ha generato affidamento, allora l'affidamento è la ragione stessa della protezione[57].

---

[55] F. VENOSTA, *«Contatto sociale» e affidamento*, Milano, 2021, p. 42 ss., laddove si evidenzia come esso operi anche in ambito contrattuale per tutelare interessi ulteriori rispetto all'esecuzione della prestazione principale e che si distingue dalla responsabilità extracontrattuale in quanto si fonda su una relazione qualificata tra le parti. Per una critica radicale v. A. ZACCARIA, Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 77 ss.

[56] F. VENOSTA, *«Contatto sociale» e affidamento*, cit., p. 184 s.

[57] F. VENOSTA, *«Contatto sociale» e affidamento*, cit., p. 124 ss.

Il concetto di affidamento è stato spesso utilizzato per delimitare il perimetro della responsabilità contrattuale derivante da rapporti non formalizzati da un contratto, ma basati su interazioni giuridicamente significative. Questo legame tra affidamento e contatto sociale è particolarmente evidente in settori come la responsabilità medica, la responsabilità della pubblica amministrazione e la responsabilità professionale[58].

Questa idea del contatto sociale evoca la teoria dell'obbligazione senza prestazione[59]. Tale approccio si concentra più sugli obblighi di protezione e sulla responsabilità contrattuale senza prestazione primaria piuttosto che su una responsabilità «di mezzo» tra contratto e torto, ma tale teorica fornisce una solida base teorica per giustificare il contatto sociale qualificato, perché dimostra che il vincolo obbligatorio può esistere anche senza un contratto[60]. Tale teoria non adotta espressamente il modello del contatto sociale qualificato, ma ne condivide l'idea di fondo[61].

Dunque, la responsabilità da affidamento e la teoria del contatto sociale qualificato possono essere viste come espressioni dello stesso principio di fondo: la necessità di riconoscere obblighi e responsabilità derivanti da relazioni sociali qualificate, anche in assenza di un contratto vero e proprio. La responsabilità da affidamento e la teoria del contatto sociale qualificato condividono allora l'idea che la responsabilità possa derivare dalla violazione di doveri relazionali anche in assenza di un vincolo contrattuale. Entrambe riconoscono che il vincolo nasce dall'affidamento legittimo di un soggetto nell'operato di un altro, il quale è tenuto a rispettare obblighi di correttezza e protezione.

La giurisprudenza italiana ha già riconosciuto in diverse ipotesi l'esistenza di obblighi di protezione derivanti da un «contatto sociale qualificato»[62]. Tale costruzione potrebbe essere utilmente impiegata anche nel contesto dell'*influencer marketing*, dove la particolare relazione che si instaura tra *influencer* e *follower* presenta caratteristiche analoghe a quelle che hanno giustificato il riconoscimento di una responsabilità contrattuale in assenza della conclusione di un contratto

[58] F. VENOSTA, *«Contatto sociale» e affidamento*, cit., pp. 62 ss., 114 ss. e 118 ss.

[59] C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 147 ss.

[60] C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 521 ss.

[61] C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., p. 138 ss.

[62] Per una ricognizione degli orientamenti giurisprudenziali, v. F. VENOSTA, *«Contatto sociale» e affidamento*, cit., p. 61 ss.

Tuttavia, occorre considerare le peculiarità dell'ordinamento italiano. Se nel sistema tedesco la *Vertrauenshaftung* (responsabilità da affidamento) trova un esplicito fondamento normativo nel § 311, comma 3, BGB, nel nostro ordinamento l'operazione interpretativa richiede una ricostruzione sistematica più articolata[63].

Nel diritto tedesco un semplice «contatto sociale», inteso come una relazione non negoziale e non assimilabile a un contatto negoziale, non è sufficiente per fondare obbligazioni giuridiche in assenza di un dovere primario di prestazione. La teoria del «contatto sociale» appare inammissibile e appare preferibile che tali obbligazioni possano essere giustificate solo attraverso un'analogia con fattispecie già regolate dal legislatore, in particolare quando esiste un contatto negoziale o una relazione giuridica specifica. Questa posizione è stata adottata nel diritto tedesco, in particolare nel § 311, comma 3, BGB, che estende la responsabilità contrattuale a terzi che, pur non essendo parti del contratto, abbiano stabilito un contatto negoziale o abbiano influenzato significativamente le trattative. In sintesi, nel diritto tedesco un contatto sociale generico non è sufficiente, mentre soltanto un contatto negoziale o una relazione giuridica specifica possano fondare obblighi in mancanza della conclusione di un contratto[64].

5.1. A ciò si può obiettare che il nuovo testo del § 311 BGB rappresenta diritto positivo nell'ordinamento giuridico tedesco, che, per quanto rilevante in un'ottica comparatistica, resta distinto da quello italiano. Il fatto che in Germania la dottrina abbia riconsiderato la portata del contatto sociale, restringendola all'ambito precontrattuale o ai rapporti di cortesia in seguito alla riforma

---

[63] A. ZACCARIA, *«Contatto sociale» e affidamento, attori protagonisti di una moderna commedia degli equivoci*, in *Jus civile*, 2017, pp. 185 ss., spec. 191 ss., analizza il § 311, comma 3, BGB, così come modificato dalla riforma del diritto delle obbligazioni del 2002. Egli evidenzia che il legislatore tedesco, con tale norma, ha adottato la teoria della responsabilità da affidamento (*Vertrauenshaftung*) elaborata da Canaris. Questa teoria attribuisce natura contrattuale alla responsabilità precontrattuale, ma esclude che un semplice contatto sociale (ossia un contatto non negoziale, né assimilabile a un contatto negoziale) possa essere considerato fonte di obbligazioni. Canaris, infatti, sostiene che, per fondare obbligazioni senza un dovere primario di prestazione, non è sufficiente un generico richiamo al «contatto sociale». Tali obbligazioni possono invece essere fondate solo sull'analogia con fattispecie già regolate dal legislatore.

[64] Cfr. C.-W. CANARIS, *Il «contatto sociale» nell'ordinamento giuridico tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, I, p. 191 ss., laddove l'a. approfondisce la distinzione tra contatto sociale e contatto negoziale, sottolineando l'insufficienza del primo per fondare obbligazioni senza un dovere primario di prestazione.

normativa, non incide direttamente sull'esperienza giuridica italiana. Quest'ultima, pur prendendo spunto dalla categoria dogmatica tedesca del rapporto obbligatorio privo di un obbligo primario di prestazione, ne ha sviluppato un'interpretazione autonoma, fondata su un quadro normativo differente e sulla consapevolezza della sua applicabilità oltre il mero ambito delle trattative precontrattuali. Pertanto, se la giurisprudenza italiana ha accolto con favore le elaborazioni dottrinali in materia, l'eventuale evoluzione del diritto tedesco, derivante da una specifica modifica normativa volta a circoscrivere il contatto sociale al solo ambito precontrattuale, non può essere considerata vincolante o determinante per il sistema italiano[65]. L'evoluzione del diritto civile italiano si è caratterizzata per un progressivo distacco dai modelli codificati tradizionali, in un processo che ha visto l'interazione tra principi costituzionali, diritto europeo e interpretazioni giurisprudenziali sempre più innovative. Tale trasformazione, tuttavia, non può essere letta come un mero adeguamento a modelli stranieri, poiché il sistema normativo italiano mantiene una propria autonomia concettuale e strutturale. In questo quadro, la teoria del contatto sociale qualificato ha trovato un proprio spazio applicativo, sostenuta da una costruzione giuridica che, sebbene affine ad esperienze estere, non può essere ridotta alla *Vertrauenshaftung* elaborata nel contesto tedesco. La comparazione con altri ordinamenti deve quindi tenere conto delle specificità normative e dogmatiche nazionali, evitando sovrapposizioni che, anziché rafforzare gli strumenti di tutela, rischierebbero di snaturarne l'essenza e il fondamento sistematico. L'affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione, così come il riconoscimento di forme di responsabilità civile più flessibili rispetto al rigido binomio contrattuale-extracontrattuale, rappresentano esempi di un'evoluzione che, pur aperta al dialogo con il diritto europeo, non può prescindere da una coerente integrazione con i principi cardine dell'ordinamento italiano. Ne emerge un diritto civile che, lungi dall'essere superato, si ridefinisce attraverso un equilibrio tra innovazione e continuità, senza che ciò comporti l'abbandono di categorie concettuali consolidate o la necessità di aderire in modo acritico a modelli esterni. L'evoluzione del pensiero giuridico tedesco, inevitabilmente influenzata dalle specificità normative di quell'ordinamento, non

[65] C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., p. 137 s.

può essere considerata determinante per l'analisi del giurista italiano, il quale opera all'interno di un quadro normativo distinto. Questa differenza emerge non solo con riferimento alla portata precettiva del § 311 BGB, così come ridefinita dalla *Schuldrechtsmodernisierung*, ma anche nella struttura stessa delle fonti delle obbligazioni. L'art. 1173 c.c., infatti, configura tale disciplina secondo criteri peculiari che la distinguono nettamente dal modello tedesco, confermando l'autonomia concettuale e sistematica del diritto italiano in materia[66].

5.2. Un riferimento normativo fondamentale può essere individuato nell'art. 1175 c.c., che impone l'obbligo di comportarsi secondo correttezza nei rapporti obbligatori. Tale disposizione può fondare l'esistenza di obblighi di protezione anche in assenza di un vincolo contrattuale in senso tecnico[67]. Nel caso dell'*influencer*, la particolare posizione di affidamento che questi crea nei confronti dei propri *followers* può giustificare l'imposizione di specifici obblighi di protezione, analogamente a quanto avviene in altre ipotesi di contatto sociale qualificato.

Significativo appare anche il riferimento all'art. 1337 c.c. in tema di responsabilità precontrattuale. Come la dottrina tedesca ha evidenziato con riferimento al § 311 BGB, anche nel nostro ordinamento la *culpa in contrahendo* può essere estesa al terzo che, pur non essendo parte delle trattative, influenza in

---

[66] C. SCOGNAMIGLIO, *Il contatto sociale qualificato (ri)approda in Cassazione [Discussione su Cass., sez. un., 8236/2020]*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2020, p. 1167.

[67] Sul punto v. L. MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 510: «per noi la norma fondamentale è l'art. 1175. Pur non possedendo quella portata generalissima che sembra assegnarle la collocazione tra le disposizioni preliminari, essa trascende l'ambito dei rapporti contrattuali; ma, valutata in relazione al contratto, non par dubbio che essa opera come fonte di integrazione del regolamento negoziale. Precisamente: le fonti indicate nell'art. 1374 concorrono a integrare gli effetti obbligatori in ordine alle prestazioni dedotte nel contratto, della cui esecuzione il principio di buona fede, poi richiamato dall'art. 1375, impartisce una misura di controllo», e p. 512: «la dottrina italiana non deve lasciarsi impressionare da simili ripensamenti della dogmatica tedesca. Nel nostro ordinamento la teoria degli obblighi di protezione non ha la funzione politica di correggere o compensare deficienze della disciplina dell'illecito civile, e perciò non lega le sue sorti agli sviluppi di tale disciplina. Essa ha un preciso fondamento dogmatico nelle norme che configurano il rapporto obbligatorio come un rapporto complesso il cui scopo di tutela comprende, oltre all'interesse di prestazione definito dall'art. 1174, anche l'interesse di protezione preso in considerazione dalla norma successiva. Alla stregua dell'art. 1175, e nella misura in cui sono da esso coinvolti, gli obblighi di protezione ricevono la loro determinazione di senso non più dal dovere generico di *neminem laedere*, bensì dal rapporto specifico in cui sono inseriti».

modo determinante la decisione di concludere il contratto[68]. Del resto, esaminando la dottrina del «contatto sociale qualificato» nel diritto civile italiano, concentrandosi sulla sua applicazione nella responsabilità precontrattuale emerge chiaramente come, nonostante le controversie, il modello relazionale della *culpa in contrahendo* rimane valido[69].

5.3. Il contenuto degli obblighi di protezione dell'*influencer* deve essere ricostruito tenendo conto della particolare natura della relazione che si instaura con i *followers*. Seguendo l'impostazione della dottrina tedesca in tema di *Schutzpflichten*, ma adattandola alle peculiarità del nostro ordinamento, è possibile individuare una serie di obblighi specifici[70].

Il percorso evolutivo degli obblighi di protezione nel diritto tedesco mostra come essi siano passati da una teoria elaborata per colmare una lacuna giuridica a una categoria normativamente riconosciuta. Si può rilevare come il diritto tedesco abbia dovuto sviluppare questa teoria per compensare le rigidità della disciplina dell'inadempimento, ponendo le basi per una revisione sistematica del concetto di rapporto obbligatorio. La riforma del 2001 ha rappresentato un passaggio cruciale in questo processo, trasformando le *Schutzpflichten* da una costruzione esclusivamente dottrinale e giurisprudenziale in una categoria esplicitamente riconosciuta dalla legge. Il confronto con altri ordinamenti, in particolare con quello italiano, permette di comprendere le differenze nei rispettivi sistemi e le diverse esigenze di codificazione degli obblighi accessori nel rapporto obbligatorio.

---

[68] In questo senso, con riferimento alla responsabilità del terzo, v. F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, p. 87 ss. In generale v. anche L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., p. 360 ss., le cui considerazioni sulla natura degli obblighi di protezione mantengono attualità anche nel contesto digitale. Infatti gli obblighi di protezione derivanti dalla buona fede (art. 1337 c.c.) costituiscono un rapporto obbligatorio autonomo, non necessariamente derivante da un contratto concluso. Tali argomentazioni restano attuali anche nel mondo digitale, in quanto il concetto di *culpa in contrahendo* e di affidamento può essere applicato a situazioni moderne di interazione online, specialmente nei rapporti precontrattuali o nelle piattaforme digitali.

[69] Sia consentito rinviare a G. VARANESE, Sonderverbindung *e responsabilità precontrattuale da contatto sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, I, p. 131 ss.

[70] Per una ricostruzione del contenuto degli obblighi di protezione nell'ordinamento italiano, v. C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, p. 1 ss. (*ad vocem*); ID., *Responsabilità civile*, cit., p. 521 ss. Per un confronto con l'elaborazione tedesca, v. C.-W. CANARIS, *Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten*, in *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag*, München, 1983, p. 27 ss., tradotto in italiano a cura di A. Di Majo e M. R. Marella, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, pp. 567 ss. e 793 ss.

Tuttavia il recepimento di figure giuridiche straniere deve sempre essere valutato con attenzione, poiché ogni ordinamento giuridico presenta equilibri interni che non sempre necessitano di modifiche strutturali[71].

Nella tematica che ci occupa, potrebbe configurarsi un obbligo di trasparenza sulla natura commerciale del messaggio. Tale obbligo trova fondamento non solo nella disciplina consumeristica, ma anche nei principi summenzionati. È possibile proporre una ricostruzione sistematica della responsabilità degli *influencer* che valorizzi la teoria del «contatto sociale» e il correlato principio di correttezza *ex* art. 1175 c.c., muovendo dall'elaborazione dottrinale di Castronovo[72] e dalla fondamentale intuizione mengoniana[73].

La relazione tra *influencer* e *followers* può essere inquadrata nella più ampia teorica della responsabilità precontrattuale basata sul «contatto sociale qualificato», che la Suprema Corte non ha mancato di ricondurre nell'alveo della responsabilità contrattuale[74]. Tale relazione presenta alcuni elementi caratteristici. In primo luogo verrebbe in rilievo l'instaurazione di un rapporto qualificato, fonte di obblighi specifici di protezione basati sulla buona fede, secondo lo schema del *gesetzliches Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht* elaborato da Karl Larenz[75]. È stato inoltre ribadito che rileverebbe una «prossimità intenzionale delle sfere

---

[71] R. FAVALE, *Il rapporto obbligatorio e la dottrina degli obblighi di protezione nel modello tedesco*, in H. STOLL, R. FAVALE, M. FEOLA e A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'obbligazione come rapporto complesso*, Torino, 2016, p. 57 ss.

[72] C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 240 ss.

[73] L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., p. 360 ss.

[74] Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, in *Danno e resp.*, 2016, p. 1051 ss., con nota di V. CARBONE, *Responsabilità precontrattuale della P.A. che non adempie l'obbligazione ex lege di comportarsi secondo buona fede*. Va tuttavia precisato che Cass., 3 ottobre 2019, n. 24738, in *Riv. not.*, 2020, p. 524 ss, con nota di C. CICERO e A. TRONCI, *Responsabilità precontrattuale: una natura giuridica ancora incerta?*, ha successivamente riaffermato la tradizionale concezione aquiliana sostenendo che la responsabilità precontrattuale *ex* art. 1337 cod. civ., posta a presidio della corretta formazione del negozio, configuri un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale, con conseguente applicazione delle relative regole probatorie. Nell'ordinanza del 4 giugno 2024, n. 15643, in *One Legale*, la S. Corte ha circoscritto la portata interpretativa della pronuncia n. 14888/2016, precisando la sua collocazione nel panorama giurisprudenziale e affermando in modo netto che «va, anzitutto, smentito l'assunto secondo cui nella giurisprudenza di questa Corte sarebbe prevalsa la tesi che riconosce alla responsabilità precontrattuale la natura di responsabilità contrattuale, fondata sul contatto sociale qualificato; infatti, la pronuncia n. 14888 del 2016 [...] è rimasta isolata a fronte del contrario orientamento, precedentemente consolidatosi e successivamente riaffermato, secondo il quale la responsabilità precontrattuale derivante dalla violazione della regola di condotta, posta dall'art. 1337 cod. civ. a tutela del corretto dipanarsi dell'*iter* formativo del negozio, costituisce una forma di responsabilità extracontrattuale, cui vanno applicate le relative regole in tema di distribuzione dell'onere della prova».

[75] K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *Allgemeiner Teil*, 14ª ed, München, 1987, p. 105 ss.

giuridiche» che costituirebbe l'elemento fondante della responsabilità da contatto sociale qualificato[76], tale da determinare l'incremento del rischio di pregiudizi determinati dalla particolare relazione instauratasi, che giustifica l'imposizione di obblighi di protezione[77].

In questa prospettiva, l'obbligo di trasparenza sulla natura commerciale dei messaggi può qualificarsi come specificazione del dovere di correttezza, secondo quella rilettura dell'art. 1337 c.c. proposta da Mengoni[78]e sviluppata da Castronovo[79]. Tale inquadramento comporta rilevanti conseguenze applicative sul piano della tutela del *follower*. La sua posizione gli garantisce una protezione rafforzata rispetto a quella approntata dalla responsabilità aquiliana. Ciò si traduce nell'applicazione del regime probatorio proprio della responsabilità contrattuale e nell'assoggettamento al termine ordinario di prescrizione decennale *ex* art. 2946 c.c.

6. La legge francese n. 2023-451 del 9 giugno 2023 rappresenta il primo intervento organico in materia di *influencer marketing* nell'ordinamento transalpino[80], inserendosi nel più ampio contesto della regolamentazione del mercato digitale[81]. Per quanto riguarda la *ratio legis*, la normativa si propone di «lottare contro le derive degli *influencer*s sui social networks», introducendo una disciplina caratterizzata da un approccio rigoroso e da numerose prescrizioni imperative[82]. Il provvedimento si caratterizza per una peculiare genesi, essendo nato come risposta legislativa a specifici episodi mediatici che hanno evidenziato le criticità del settore[83].

---

[76] F. PIRAINO, *La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale (ipotesi sull'immunità)*, in *Contratti*, 2017, p. 55 ss. Anzi, «la ragione che anima la responsabilità precontrattuale andrebbe individuata, infatti, non tanto nella tutela dell'affidamento del contraente danneggiato in sede di trattative o di conclusione del contratto, come abitualmente si ritiene sull'onda delle principali elaborazioni tedesche, quanto piuttosto nell'intenzionale prossimità delle sfere giuridiche dei contraenti determinata dall'instaurazione di una relazione in vista della conclusione del contratto, dalle successive trattative e dall'eventuale procedimento di conseguimento del consenso» (p. 55).

[77] F. PIRAINO, *La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale*, cit., p. 60.

[78] L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., p. 272.

[79] C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 521 ss.

[80] Loi n° 2023-451 du 9 juin 2023, intitolata «visant à encadrer l'influence commerciale et à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux».

[81] E. CALZOLAIO, *L'attività pubblicitaria dell'influencer nel diritto francese*, cit., p. 909.

[82] E. CALZOLAIO, *L'attività pubblicitaria dell'influencer nel diritto francese*, cit., p. 912.

[83] T. KOZLOVSKY e R. PLIQUE, *La loi relative aux influenceurs*, cit., p. 233.

6.1. L'art. 1 della legge fornisce una definizione dell'attività di influenza commerciale, individuandone tre elementi costitutivi: a) la notorietà dell'*influencer* (*notoriété*), b) l'onerosità dell'attività (*à titre onéreux*) e c) la finalità promozionale (*visant à faire la promotion*). Il riferimento alla notorietà, inserito in sede di discussione parlamentare, solleva rilevanti questioni interpretative «può rivelarsi problematico, essendo disancorato da un parametro oggettivo per determinarne la ricorrenza in concreto»[84], soprattutto in considerazione della natura dell'attività dell'*influencer*[85].

La legge introduce un sistema di responsabilità particolarmente rigoroso, caratterizzato dalla responsabilità solidale tra *influencer*, agente e committente per i danni causati a terzi nell'esecuzione del contratto (art. 8, III)[86]. Sorge invece la responsabilità esclusiva dell'*influencer* nel caso del cd. *dropshipping*, modello di vendita online in cui il venditore commercializza prodotti senza possederli fisicamente, delegando la gestione del magazzino e la spedizione direttamente a un fornitore terzo (art. 6). È stato evidenziato che tale disciplina sarebbe caratterizzata da «dirigisme contractuel» senza precedenti[87].

Per garantire una maggiore chiarezza nei contenuti sponsorizzati, l'art. 5-2 impone l'indicazione esplicita della natura commerciale di una pubblicazione tramite le diciture «Publicité» o «Collaboration commerciale». Inoltre, l'art. 5 prevede anche che le immagini modificate digitalmente o generate tramite intelligenza artificiale siano accompagnate da indicazioni specifiche come «Images retouchées» o «Images virtuelles». La violazione di tali obblighi è sanzionata penalmente con la reclusione fino a 2 anni e multa di 300.000 euro per pratiche commerciali ingannevoli e la reclusione fino a 1 anno e multa di 4.500 euro per omessa segnalazione di immagini modificate.

---

[84] G. LOISEAU, *Une loi sur les influenceurs*, in *Communication Commerce électronique*, 2023, n. 9, comm. 60.

[85] T. KOZLOVSKY e R. PLIQUE, *La loi relative aux influenceurs*, cit., p. 240: «le nom auquel l'adjectif commerciale est adjoint est indéterminé, alors même que les expressions "activité commerciale d'influence" et "activité d'influence commerciale" diffèrent dans leurs implications juridiques».

[86] *L'annonceur, son mandataire le cas échéant, et la personne exerçant l'activité définie à l'article 1er et, le cas échéant, l'activité définie à l'article 7 sont solidairement responsables des dommages causés aux tiers dans l'exécution du contrat d'influence commerciale qui les lie*.

[87] T. GIRARD-GAYMARD, *Nouveau statut des influenceurs: la fin d'un vide juridique?*, in *La Semaine Juridique - édition Générale (JCP G)*, n. 26 du 03 juillet 2023, act. n. 796.

Per contrastare pratiche pericolose, l'arti. 4 vieta la promozione di prodotti contenenti nicotina, interventi estetici pericolosi, astensioni terapeutiche senza autorizzazione, animali non domestici senza permessi e servizi finanziari non regolamentati, incluse criptovalute non autorizzate. Inoltre, la pubblicità relativa ai giochi d'azzardo deve escludere gli utenti minori di 18 anni.

Particolare attenzione poi è dedicata alla tutela dei minori. L'art. 3 disciplina l'uso commerciale dell'immagine di minori sotto i 16 anni, imponendo un'autorizzazione e il deposito dei guadagni in un fondo vincolato fino alla maggiore età. Sono previsti inoltre programmi educativi per sensibilizzare i giovani sui rischi digitali.

La legge prevede l'applicazione della normativa francese anche agli *influencer* stabiliti all'estero che si rivolgono al pubblico francese (art. 9). L'efficacia della normativa potrebbe essere limitata dalla natura globale del fenomeno e dalla difficoltà di determinare quando un messaggio sia effettivamente «destinato al pubblico francese»[88].

Ma il progetto di legge originario aveva già suscitato reazioni a livello europeo circa la compatibilità della normativa con il diritto UE, in particolare riguardo l'imposizione della legge francese come *lex contractus* obbligatoria, nonché per il potenziale contrasto con la libera prestazione dei servizi, tanto che la Commissione europea aveva «contestato l'iniziativa assunta dal legislatore francese, con una lettera ufficiale del Commissario per il mercato interno del 14 agosto 2023»[89]. Ciò ha indotto il Governo francese a introdurre nel progetto di legge presentato il 15 novembre 2023 una delega per modificare la legge sugli *influencer* a pochi mesi di distanza dalla sua approvazione. La situazione evidenzia quello che può essere definito il rischio che «gli Stati membri si muovano in ordine sparso»[90], mentre sarebbe auspicabile un intervento coordinato a livello europeo, come suggerito anche dal Comitato economico e sociale europeo che ha raccomandato «un'armonizzazione a livello europeo che preveda esplicitamente la regolamentazione della figura dei creatori di contenuti/*influencer*»[91].

---

[88] E. CALZOLAIO, *L'attività pubblicitaria dell'influencer nel diritto francese*, cit., p. 919.
[89] E. CALZOLAIO, *L'attività pubblicitaria dell'influencer nel diritto francese*, cit., p. 917.
[90] E. CALZOLAIO, *L'attività pubblicitaria dell'influencer nel diritto francese*, cit., p. 918.
[91] E. CALZOLAIO, *L'attività pubblicitaria dell'influencer nel diritto francese*, cit., p. 918, citando il parere del Comitato economico e sociale europeo del 13 luglio 2023.

6.2. La legge si caratterizza per un approccio fortemente reattivo rispetto a specifici episodi mediatici (*approche réactive*), configurandosi come una «loi-miroir» dei fatti di cronaca. Tale impostazione solleva dubbi sulla sua effettiva capacità di fornire una disciplina organica del fenomeno. Il provvedimento normativo sarebbe un esempio paradigmatico di quello che si potrebbe definire «spettacolo normativo», caratterizzato da un apporto normativo limitato (*maigre apport*), una forte componente pedagogica piuttosto che prescrittiva e la tendenza alla ripetizione di norme già esistenti[92].

Una simile inclinazione si è manifestata anche in Italia, in seguito al c.d. Pandorogate, a dimostrazione di come i legislatori nazionali siano spesso inclini a rispondere alle criticità sistemiche attraverso misure normative contingenti, piuttosto che attraverso una riflessione strutturale e prospettica[93]. La regolamentazione della beneficenza commerciale nel diritto italiano, introdotta con il d.d.l. C. 1704/2024, cd. «disegno di legge beneficenza» appare come un intervento *ex post facto*, concepito in risposta a episodi di grande risonanza mediatica, piuttosto che come un'iniziativa normativa pianificata in modo sistematico. L'intento del legislatore è quello di colmare una lacuna giuridica, stabilendo un quadro normativo per le comunicazioni commerciali legate a prodotti i cui proventi siano destinati, anche solo in parte, a scopi benefici. Tuttavia, la scelta di intervenire in seguito a casi specifici solleva interrogativi sulla capacità di questa disciplina di offrire soluzioni organiche e durature, evitando il rischio di una regolazione frammentaria.

La proposta di legge si distingue per un campo di applicazione ampio, che include non solo produttori e professionisti del settore, ma anche tutte le attività promozionali, di vendita e fornitura, nonché la determinazione dei soggetti beneficiari secondo i criteri del Testo Unico delle Imposte sui Redditi. Tale impostazione mira a garantire maggiore trasparenza nelle pratiche di beneficenza commerciale, prevenendo possibili abusi e pratiche ingannevoli.

Uno degli aspetti più rilevanti è l'introduzione di un sistema strutturato di obblighi informativi precontrattuali, volto a garantire che i consumatori siano

[92] T. KOZLOVSKY e R. PLIQUE, *La loi relative aux influenceurs*, cit., p. 249: «Quelques dispositions de la loi de juin 2023 semblent être de véritables «"captures" juridiques du spectacle des influenceurs».

[93] Disegno di legge C. 1704, intitolato «Disposizioni in materia di destinazione di proventi derivanti dalla vendita di prodotti», presentato alla Camera dei Deputati il 9 febbraio 2024.

chiaramente informati sull'identità del beneficiario, sulle finalità della raccolta fondi e sull'effettiva percentuale dei proventi destinata a scopi benefici. Sebbene tale misura possa rafforzare la fiducia del pubblico e assicurare maggiore chiarezza nelle operazioni commerciali con finalità solidaristiche, essa non sembra sufficiente a risolvere in maniera organica le problematiche legate alla regolamentazione del settore.

Di particolare rilievo è anche il ruolo affidato all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, cui spetta il compito di monitorare e verificare l'effettiva destinazione delle somme raccolte, nonché di irrogare sanzioni in caso di irregolarità. Questo sistema di vigilanza rappresenta un passo in avanti nella tutela del consumatore e nella lotta contro le pratiche commerciali ingannevoli. Tuttavia, resta il nodo irrisolto della mancanza di un quadro normativo più ampio e strutturato, che possa regolare in modo organico la beneficenza commerciale nel contesto delle dinamiche economiche e digitali contemporanee.

Non si tratta dunque di un intervento pianificato con una visione di lungo periodo, ma di una reazione contingente a casi mediatici specifici. La regolamentazione della beneficenza commerciale richiederebbe un approccio più sistemico, capace di superare la logica dell'intervento emergenziale per delineare un quadro normativo stabile e coerente. Solo una disciplina strutturata, che consideri la complessità del fenomeno e le sue implicazioni economiche e sociali, potrà garantire un equilibrio efficace tra tutela del consumatore, trasparenza delle operazioni e libertà di iniziativa economica.

L'adozione di una legislazione emergenziale solleva numerose problematiche sotto il profilo della tecnica normativa. L'urgenza di rispondere a episodi di grande impatto mediatico induce i legislatori a intervenire *ex post facto*, compromettendo la coerenza del sistema giuridico e generando rischi di frammentazione e sovrapposizione con disposizioni preesistenti. Ne consegue un quadro regolatorio caratterizzato da incoerenze e difficoltà di coordinamento, che ostacolano la chiarezza applicativa e la prevedibilità delle norme per gli operatori del settore. Attualmente, non risultano ulteriori aggiornamenti ufficiali sull'avanzamento dell'iter legislativo del disegno di legge e la stasi dei lavori parlamentari potrebbe rappresentare l'occasione per ripensare l'intervento in chiave sistematica, superando la logica emergenziale in favore di una riforma organica della materia.

L'analisi della legge francese evidenzia come la regolamentazione dell'*influencer marketing* richieda un approccio più organico, capace di superare la logica dell'intervento emergenziale per delineare un quadro normativo stabile e coerente. Solo un assetto regolatorio strutturato, che tenga conto della complessità del fenomeno e delle sue implicazioni economiche e sociali, potrà garantire una disciplina efficace, in grado di tutelare i consumatori senza ostacolare l'innovazione e la crescita del settore. La proliferazione di leggi speciali in risposta a fenomeni contingenti contribuisce alla frammentazione dell'ordinamento giuridico, compromettendone la coerenza sistematica[94].

La regolamentazione delle pratiche commerciali benefiche richiederebbe un inquadramento organico nella disciplina consumeristica, evitando interventi frammentari dettati dall'urgenza mediatica, e dovrebbe considerare una vera integrazione con il codice del consumo, il coordinamento con la normativa sulle comunicazioni commerciali e un'armonizzazione con la disciplina europea. In attesa di una disciplina organica della materia, l'applicazione dei principi generali del diritto civile, in particolare l'istituto della responsabilità per affidamento, si configura come soluzione interpretativa coerente con il sistema.

Granada, febbraio 2025

[94] N. IRTI, *L'età della decodificazione*, 4ª ed., Milano, 1999, p. 33 s.

Abstract

Il presente contributo esamina le problematiche giuridiche sollevate dall'*influencer marketing* attraverso un'analisi comparata delle soluzioni elaborate negli ordinamenti italiano, tedesco e francese. La ricerca muove dalla constatazione della peculiare natura del rapporto che si instaura tra *influencer* e *follower*, caratterizzato da un'asimmetria informativa strutturale e da un particolare vincolo fiduciario che difficilmente si inquadra nelle categorie tradizionali della responsabilità civile. L'indagine, dopo aver ricostruito l'evoluzione del quadro normativo europeo, con particolare riferimento alla Direttiva 2005/29/CE, alla Direttiva Omnibus e al *Digital Services Act*, si sofferma sull'analisi di un caso emblematico nell'esperienza italiana (cd. «Pandorogate»), mettendo in luce i limiti dell'attuale sistema rimediale. La comparazione con l'ordinamento tedesco consente di approfondire il paradigma della *Vertrauenshaftung* (responsabilità per affidamento) fondato sulla nozione di *Sonderverbindung* (relazione particolare) e codificato nel § 311, comma 3, BGB. Tale costruzione teorica viene poi confrontata con la dottrina italiana del contatto sociale qualificato, valutandone le potenzialità applicative nel contesto dell'*influencer marketing*. L'analisi si conclude con l'esame critico della legge francese n. 2023-451 del 9 giugno 2023, primo intervento organico in materia, evidenziandone tanto gli aspetti innovativi quanto i profili problematici. Si argomenta che, in attesa di una regolamentazione unitaria del fenomeno, l'applicazione dei principi generali del diritto civile, in particolare l'istituto della responsabilità per affidamento, si configura come soluzione interpretativa coerente con il sistema, capace di colmare il vuoto di tutela emerso nella prassi applicativa.

This paper examines the legal issues raised by influencer marketing through a comparative analysis of the solutions developed in the Italian, German and French legal systems. The research stems from the observation of the peculiar nature of the relationship established between influencer and follower, characterized by a structural information asymmetry and a particular fiduciary bond that is difficult to fit into the traditional categories of civil liability. After reconstructing the evolution of the European regulatory framework, with particular reference to Directive 2005/29/EC, the Omnibus Directive and the Digital Services Act, the investigation focuses on the analysis of an emblematic case in the Italian experience (the so-called «Pandorogate»), highlighting the limitations of the current remedial system. The comparison with the German legal system allows for an in-depth examination of the *Vertrauenshaftung* (reliance liability) paradigm based on the notion of *Sonderverbindung* (special relationship) and codified in § 311, paragraph 3, BGB. This theoretical construction is then compared with the Italian doctrine

of «qualified social contact» (*contatto sociale qualificato*), evaluating its potential applications in the context of influencer marketing. The analysis concludes with a critical examination of French Law No. 2023-451 of June 9, 2023, the first comprehensive legislative framework in this field, highlighting both its innovative aspects and problematic profiles. It is argued that, pending a unified regulatory approach to the phenomenon, the application of general principles of civil law, particularly the concept of reliance liability, represents an interpretative solution consistent with the legal system, capable of filling the protection gap that has emerged in practical application.

Keywords

Influencer marketing – Pratiche commerciali scorrette –*Vertrauenshaftung* – Contatto sociale qualificato

Influencer marketing – Unfair commercial practices – *Vertrauenshaftung* – Qualified social contact

RAFFAELE VOLANTE*

*In cerca di un paradigma giuridico per i commons. Usi civici e demani come forme alternative di tutela erga omnes***

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Evitare ogni riferimento alla proprietà: usi civici. - 3. I diritti collettivi nel lessico del diritto feudale: demanio e demani. - 4. Forme alternative di proprietà e nuovi soggetti: i domini collettivi. - 5. I nomi e le cose. Necessità di un'ipotesi dogmatica delle ipotesi alternative alla proprietà individuale. - 6. Paradigmi economici e storia giuridica. Il caso dei territori ancestrali. - 7. Equilibri consuetudinari e rappresentazioni proprietarie. - 8. Conclusioni.

1. - *Demani, domini collettivi, usi civici*: tre termini che la scienza del diritto civile pone oltre il proprio sistema e che, di conseguenza, rinuncia a definire. Costretta dal proprio statuto all'esegesi della legislazione positiva, essa può solo descrivere queste espressioni nel significato che acquisiscono nei provvedimenti che le usano, per scopi spesso contrastanti.

In questi termini, ciascuna di queste parole ha una sua storia apparente, che può essere tracciata in modo relativamente semplice, ma da questa storia non deriva, necessariamente, la descrizione della relazione giuridica.

2. - La locuzione "usi civici" ha una data di nascita certa: il 2 agosto 1806. Essa compare, per la prima volta, nell'art. 15 nella legge di abolizione della feudalità promulgata in quel giorno da Giuseppe Bonaparte, Re di Napoli prima di Gioacchino Murat[1]. La legge disponeva la soppressione di tutti i diritti feudali, a cominciare dai diritti di giurisdizione che traevano causa dal loro diritto sulla terra. Il suo scopo precipuo era trasformare la somma di diritti sulla

---

* Professore ordinario di Storia del Diritto medievale e moderno, Università degli Studi di Padova, Dipartimento di Diritto privato e Critica del Diritto (DPCD).

** Testo ampliato e con note della relazione svolta in occasione del Convegno *Demania. Domini collettivi e usi civici (Camerino 21-22 maggio 2024)* (Prin 2024 - Finanziato dall'Unione europea-Next Generation EU, Missione 4 Componente 1 CUP J53D23005940006).

Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review.

[1] *Legge 1 settembre 1806, Art. 15*: «I demani, che appartenevano agli aboliti feudi, restano agli attuali possessori. Le popolazioni egualmente conserveranno gli usi civici e tutti i diritti, che attualmente posseggono su dei medesimi, fino a quando di detti demani non ne sarà con altra nostra legge determinata e regolata la divisione, proporzionata al dominio e diritti rispettivi. Intanto espressamente rimane proibita qualunque novità di fatto.»

terra in capo al feudatario in una proprietà privata piena e assoluta, liberamente disponibile, presupposto necessario per la transizione verso un'economia capitalista.

Per far ciò, la legge estingueva senza indennizzo taluni diritti, come quelli che avevano ad oggetto prestazioni gratuite di opere e lavoro, e ne avocava altri al fisco regio, nella specie quelle prestazioni, in denaro o derrate, che il feudatario esigeva quando fossero svolte determinate attività da parte di terzi, come l'abbattimento degli animali da macello o il commercio sulla piazza del paese. L'art. 15 si occupava di altri diritti: quelli che non trovavano come soggetto attivo il feudatario, ma coloro che erano debitori nei suoi confronti di quelle altre prestazioni.

Una storia complessa, che qui possiamo restituire solo in estrema sintesi: il miglioramento delle tecniche agrarie aveva portato, all'incirca dal Quattrocento in poi, i feudatari a chiudere fisicamente le terre meglio coltivabili, per sfruttarle in proprio con manodopera salariata. Interventi sovrani, dottrina e giurisprudenza davano la costituzione di queste difese per legittima, ma alla sola condizione che fossero lasciate alle popolazioni i terreni meno fertili per trarvi un minimo vitale attraverso il pascolo dei propri animali, la raccolta di legna caduca o di erbe selvatiche[2].

La legge del 1806 si riferiva alle superfici sulle quali tali diritti venivano esercitati col termine di "demani", perché era il nome che era largamente usato da dottrina e giurisprudenza. Esso veniva da una lunga tradizione. Già nel 1231 Federico II aveva emanato una costituzione, con cui revocava al proprio *dominium atque demanium* tutte quelle ragioni che erano "detenute da altri sulla base di una presunzione illecita"[3]. In questo modo, introduceva un principio: i

[2] «Salubriter providere volentes, mandamus, ut in terris cultis, sive incultis, aut nemoribus ipsarum Universitatum, aut communibus, Barones ipsi, aut alii utiles Domini, nullas defensas, forestas, sei clausuras facere possint sine expresso consensu Vasallorum, et vicinorum communionem forte, aut ius aliquod in territoriis, seu nemoribus ipsi habentium, et diligentia nostra, aut nostri generalis Viceregis, et si quae forte factae sunt, volumus per officiales nostros summarie partibus auditis, provideri de iustitia». *Prammatica XI, «de baronibus»* emanata da Carlo V nel 1536, da G. CAPOBLANCO, *De iure et officio baronum*, t. I, Napoli 1622, p. 359. Lo stesso Capoblanco rilevava, sulla scorta di vari autori del periodo, che la capacità della comunità di pattuire la costituzione di difese non era illimitata, ma si arrestava lì ove la costituzione della difesa avesse segnato la scomparsa della collettività in quanto tale, per l'estinzione dei suoi diritti sulla massima parte del territorio. In quel caso, il consenso della collettività non poteva opporsi ai singoli («non potest sibi praeiudicare circa ea quae spectant ad vivere hominum et suorum animalium..», p. 360 n. 8).

[3] «Dignum fore credimus, et consentaneum rationi, ut nos, qui iustitiae solio praesidemus, et constanter atque perpetuo iura sua quibuslibet conservamus, rationum nostrarum non sumus immemores, sed eas ab aliis temeritate quadam et, ut ita loquamur apertius, illicita praesumptione detentas ad dominium nostrum atque Demanium revocemus.».

diritti sulle cose che erano stati, per consuetudine, di titolarità di un suo predecessore, dovevano ritornare al suo patrimonio, anche se possedute da altri da lungo tempo. Il possesso non poteva essere titolo d'acquisto di quei diritti, non perché essi appartenessero al Re come soggetto, ma perché essi erano strutturalmente collegati alla funzione che il Re doveva svolgere. Questo principio - ripeto: in estrema sintesi- fu riportato anche alla qualificazione dei patrimoni feudali, e anche qui si individuarono beni e diritti che erano strutturali al titolo feudale, e per questo inusucapibili da altri, pur dopo un possesso di lunga o lunghissima durata.

La legge del 2 agosto 1806 si limitò a lasciare i demani a chi li possedeva a quella data, facendo salvi i diritti di godimento delle popolazioni, che chiamò usi civici, nell'ansia di evitare qualsiasi riferimento alla proprietà. Una proprietà, nel senso voluto dal Codice Napoleone, non esisteva ancora: si sarebbe dovuta formare dopo, per atto d'imperio, con la divisione di queste terre tra l'ex feudatario e i residenti.

3. - La storia della parola "demani" è quindi più complessa. La radice è certamente in quel concetto che mostra una qualche origine nell'area culturale normanno-sveva e che emerge con nomi simili, e quasi contemporaneamente, nell'Europa del Duecento. Quanto era *demanium* nella c. *Dignum fore credimus* del Regno di Sicilia del 1231, viene reso come *demesne* nel *Charter of the Forest* del Regno di Inghilterra del 1217, in cui vengono reintegrate a un patrimonio originario del Re tutte le foreste, anche se possedute da terzi, in assenza di un titolo formale di vendita o concessione[4]. E si potrebbe citare anche la lunga letteratura sul *Domaine du Roy*, che caratterizza la Francia dell'assolutismo sino alle soglie della Rivoluzione[5].

In questa lunga storia si incastonavano agevolmente quelle ipotesi più specifiche, ma non per questo più definite, colle quali la legislazione del Decennio napoleonico ha dovuto necessariamente rapportarsi.

Dopo la l. 2 agosto 1806, Giuseppe Bonaparte promulgò la l. 1 settembre 1806, sulla ripartizione dei demani e lo scioglimento della promiscuità. In

---

Constitutiones Regni Siciliae, tit. *De iure suo curiae observando*, *c. Dignum fore credimus*, ed. Lugduni 1568.

[4] *Forest Charter*, in 1 *Statutes of the Realm* nn. 10 e 12, London, Record Commission, 1810. La lettura moderna di questo testo ne fa, spesso, un antesignano della tutela ambientale. Cfr. D. MAGRAW, N. THOMURE, *Carta de Foresta: The Charter of the Forest Turns 800*, in *Environmental Law Reporter*, 47 (2017).

[5] Si trattava di una vasta congerie di diritti, che trovarono un'amministrazione unitaria con un Editto del 1777. La loro classificazione si trova in M. JAMART, *Traité du Domaine du Roi*, tom. I, Amiens, 1781.

questo provvedimento, i demani si moltiplicavano in "feudali o di chiesa, comunali o promiscui", con una elencazione che lo stesso art. 1 diceva non essere tassativa[6]. I demani feudali erano destinati a essere divisi tra l'università dei residenti e l'ex feudatario, secondo il diverso valore dei diritti esercitati precedentemente su di essi. Lo stesso per i demani che appartenevano a chiese e monasteri[7]. Ma la lista dei demani non si fermava qui: quelli tradizionalmente detti "universali", perché adoperati indistintamente da tutti, sarebbero andati incontro alla quotizzazione, cui avrebbe partecipato anche l'ex feudatario, poiché anch'egli vi aveva esercitato i medesimi diritti[8]. E ve ne potevano essere anche altri, detti "promiscui", perché usati congiuntamente da più soggetti, individuali o collettivi, nell'inesauribile varietà dei rapporti feudali[9].

L'art. 6 di questa legge affidava ai magistrati ordinari il compito di accertare, in contenzioso, la natura dei singoli demani, ove fosse controversa. Dinanzi al rapido moltiplicarsi dei contenziosi, fu emanato un primo decreto - 8 giugno 1807 - che cercava di definire in via positiva cosa dovesse intendersi per demanio e come andasse ripartito.

Il decreto costruiva il procedimento di ripartizione su due fasi. La prima era destinata alla divisione dei demani feudali tra ciascun barone e «il corpo morale dell'Università»; la seconda era la quotizzazione dei demani attribuiti a detto corpo morale tra gli individui che lo componevano (art. 5). La prima operazione si sarebbe dovuta svolgere con il ministero di arbitri, uno per ciascuna parte. Dopo pochi mesi, ci si rese conto di dover cambiare ancora strada.

Col decreto 11 novembre 1807, veniva istituito un giudice speciale per le controversie tra baroni e università: la Commissione feudale. A questa,

---

[6] *Legge 1 settembre 1806, Art. 1*: «I demani di qualsivoglia natura, feudali o di chiesa, comunali o promiscui, saranno ripartiti ad oggetto di essere posseduti come proprietà di coloro, a' quali toccheranno.»

[7] *Legge 1 settembre 1806,* Art. 3: «I demani, che appartengono alle chiese, ed ai monasteri, saranno nel medesimo modo divisi. Nella divisione saranno distinte le semplici servitù dai dritti superficiari o colonici, che i cittadini o coloni vi avessero acquistati. Gli attuali legittimi possessori saranno, conservati nel godimento dei loro possessi.». Entrambe le norme - va evidenziato- non descrivevano i demani come terreni di proprietà di soggetti determinati, quanto come pertinenze dei feudi e monasteri considerati come luoghi specifici.

[8] *Legge 1 settembre 1806,* Art. 5: «Nei demani di proprietà dei Comuni, detti volgarmente universali, quelli che, come baroni vi avevano l'uso civico, ne avranno una porzione eguale a quella del comunista, che ne avrà quantità maggiore.»

[9] *Legge 1 settembre 1806,* Art. 7: «I demani promiscui saranno divisi tra quelle Università, o altri possessori, che vi rappresentano diritti civici. L'importo di tali diritti formerà la torma del ratizzo da assegnarsi rispettivamente. Nei casi, nei quali si troverà ostacolo alla detta divisione per la situazione dei terreni. ci riserviamo di provvedervi secondo l'esigenza dei casi, dietro la relazione del Consiglio di Intendenza.».

composta da cinque membri, il decreto affidò la cognizione di tutte le cause che pendevano da prima del 2 agosto 1806 presso le soppresse corti di antico regime e le altre che fossero state successivamente introdotte davanti ai giudici ordinari. Il decreto stabiliva che la Commissione avrebbe dovuto ultimare i propri lavori con la fine del 1808 e che le cause non decise a quell'epoca sarebbero rimaste perente. Con successivi decreti, il nuovo Re di Napoli, Gioacchino Murat, prorogò i poteri della Commissione di anno in anno, fino al 1 settembre 1810.

Il governo restaurato del Regno delle Due Sicilie mantenne tra i propri obiettivi l'eversione della feudalità, con una serie di provvedimenti, tra cui basti qui citare gli artt. da 174 a 177 della Legge del 12 dicembre 1816 sull'Amministrazione civile. La legge manteneva i comuni, di creazione napoleonica, come enti di pubblica amministrazione, stabilendo che le loro rendite dovessero, in linea di principio, essere separate sia da quelle dello Stato, che da quelle dei privati. La legge disponeva che si continuassero a sciogliere le promiscuità di diritti sulla terra, con l'assegnazione in piena proprietà a ciascuno degli interessati di una quota del suolo che corrispondesse «ai suoi diritti a norma degli stabilimenti adottati», espressione ellittica, nella quale si comprendevano tutti i provvedimenti legislativi del passato governo.

Ulteriormente, la legge dichiarava abusiva ogni «occupazione e alienazione illegittima del demanio comunale», a qualunque epoca rimontasse, escludendo che il possesso materiale del terreno potesse essere titolo per la partecipazione allo scioglimento dei diritti promiscui. L'individuazione dei demani e la loro quotizzazione erano di competenza di organi dell'esecutivo, i Commissari ripartitori. Le controversie sarebbero state decise dall'Intendente della Provincia, quindi in via amministrativa, ma con la possibilità di reclamo alle «autorità competenti», che non venivano altrimenti specificate. La legge, da ultimo, ordinava la divisione dei demani comunali con l'assegnazione in libera proprietà ai cittadini, gravata della sola prestazione di un canone annuo in favore del Comune.

Fermiamoci qui un attimo, per evidenziare un punto di fondo: le leggi del periodo napoleonico vedevano i demani come un complesso di discipline creato dalla consuetudine, le quali creavano una rete inestricabile di diritti e oneri che limitavano la disponibilità e lo sfruttamento delle terre. Le leggi del governo restaurato, per contro, vedevano i demani come una proprietà residuale, che apparteneva naturalmente alla mano pubblica finché non avesse trovato un proprietario privato, se questo fosse stato il caso, all'interno di complessi disegni di bonifica dei territori.

Questo contrasto non fu composto con l'Unità. Il problema dei demani fu affidato all'articolo meno conosciuto di una legge che tutti conoscono: la l. n. 2248 del 1865, all. E. L'art. 16 disponeva, semplicemente, di mantenere nelle provincie napoletane e siciliane i procedimenti amministrativi già previsti nella Legge di Amministrazione civile borbonica, attribuendo ai Prefetti tutte le funzioni dei Commissari ripartitori. Contro i loro provvedimenti vi era però il reclamo dinanzi alla Corte d'Appello, che manteneva «in ogni caso» il potere di sospendere le ordinanze dei Prefetti. Le Corti di Cassazione applicarono poi rigidamente i principi in materia di riparto della giurisdizione, statuendo costantemente che i poteri del Prefetto si arrestavano dinanzi alla contestazione della qualità demaniale del suolo, che doveva essere decisa dal giudice ordinario.

4. - Il terzo termine ("domini collettivi") ha una storia - e una natura- completamente diversa. Anch'esso ha una data di nascita precisa, il 4 agosto 1894, data di promulgazione della legge n. 397, cui dà il titolo: "ordinamento dei domini collettivi nelle provincie dell'ex Stato Pontificio".

Nei primi trent'anni del Regno d'Italia, il tema dei diritti promiscui era stato visto come un problema esclusivamente meridionale: il segno di quella secolare arretratezza da cui si era potuti uscire solo con l'unificazione politica. La parte centro settentrionale sembrava immune, in parte perché aveva avuto un feudalesimo meno pervasivo, interrotto da miriadi di autonomie comunali, in parte perché l'assolutismo illuminato del Settecento aveva già liquidato diritti collettivi e promiscuità. L'esempio principe era quello della Toscana Granducale, ove le Riforme leopoldine avevano riportato i beni di uso generale delle popolazioni a dei soggetti esponenziali - le comunità- che li avevano poi venduti in aste pubbliche, il che - per espressa disposizione di quelle leggi- aveva estinto ogni diritto collettivo[10].

Non tutti gli Stati preunitari si erano dati una legislazione in materia, e i problemi non tardarono a palesarsi, dando causa a nuove discipline. La prima fu la l. 26 giugno 1888 n. 5489, proposta da Giovanni Zucconi[11]. La legge

[10] L. TOCCHINI, *Usi civici e beni comunali nelle riforme leopoldine* in *Studi storici* II, 1961, p. 234. La liquidazione poteva avvenire attraverso la vendita del terreno o attraverso il livello «appodiato» o «a mano libera». Questa era una forma di concessione livellaria dei beni comunitativi introdotta dai provvedimenti di riforma (nello specifico, le Istruzioni del 1774) che trasferiva al concessionario un dominio utile affine all'allodio, perché mai destinato a ricongiungersi al dominio diretto del suolo, di cui le Istruzioni riconoscevano titolare il Comune, come ente amministrativo. G. POGGI, *Saggio di un trattato teorico pratico sul sistema livellare secondo la legislazione e giurisprudenza toscana*, voll. 1-4, Firenze, 1829-1832.

[11] Sulla figura di Giovanni Zucconi e sulla legge da lui voluta, si veda P. GROSSI, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*,

disponeva solo per i territori delle "ex province pontificie" e sanciva il principio dell'abolizione con indennizzo dei diritti che i residenti esercitavano in promiscuità col proprietario del suolo. Di questi, veniva data la definizione legale di servitù negativa, un onere che privava il proprietario di facoltà che gli sarebbero altrimenti spettate. La legge aboliva tali diritti "nell'estensione dell'ultimo possesso di fatto", e obbligava il proprietario del fondo, così liberato, alla prestazione di un canone, corrispondente al valore del reddito annuo derivante dall'esercizio dei diritti soppressi, calcolato sulla media dell'ultimo decennio. Nel caso più diffuso, in cui le "servitù" descritte dalla legge fossero esercitate "dalla generalità degli abitanti di un comune o di una parte di esso o da una università od associazione di cittadini col godimento in natura", il canone non poteva più essere corrisposto in denaro, ma con la cessione di una parte del fondo reso libero, corrispondente al valore dei diritti estinti. La legge non prevedeva la quotizzazione dei terreni assegnati in indennizzo agli utenti: la successiva legge del 1894 (cd. Tittoni) completò questa disciplina, imponendo la gestione in comune di queste terre tramite associazioni, cui veniva conferita una personalità giuridica di diritto pubblico, ponendole sotto la vigilanza prefettizia. Eguale personalità fu data a quelle realtà sulle quali la legge del 1888 non aveva potuto intervenire, poiché in esse non vi era un proprietario privato del suolo, cui si opponesse un uso dei residenti, ma solo il godimento comune di una generalità di legittimati.

Il termine di "dominio collettivo" è dunque una creazione originale del legislatore contemporaneo, peraltro adoperata solo nel titolo della legge del 1894, non nelle sue singole norme. Lì si adoperavano altri termini, taluni costruiti da alcune consuetudini locali (es. partecipanze), altri mutuati dalla dottrina di diritto comune ("università", cui la legge aggiungeva l'aggettivo "agrarie"). Concetti più intensi, che trovavano nel "dominio collettivo" un vago contenitore, non una sintesi dogmatica.

L'applicazione delle leggi del 1888 e del 1894 fu sospesa dalla l. 8 marzo 1908 n. 76, e con ciò il "dominio collettivo" sparì dall'orizzonte di dottrina e giurisprudenza. Con l'avvento del Fascismo, la situazione cambiò radicalmente: ogni ipotesi di dominio collettivo venne riportata al concetto di "uso civico", immaginandosi così che sotto ogni diritto consuetudinario che insisteva su un fondo vi fosse una proprietà. Se vi era un intestatario privato, una parte del

---

Milano, 1977, p. 326 ss., e ID. *La cultura giuridica di Giovanni Zucconi*, in *Il dominio e le cose*, Milano, 1992. Sul ruolo di Zucconi si veda anche U. PETRONIO, *Qualche spunto sulla questione demaniale in Italia prima della legge Zucconi*, in *Usi civici e proprietà collettive nel centenario della legge 26 giugno 1888*, Camerino, 1991.

fondo si sarebbe dovuta scorporare a vantaggio del Comune, per poi essere divisa tra le famiglie residenti, privilegiando le meno abbienti. Se un intestatario privato non c'era, quella era già una proprietà pubblica, del Comune o di una sua frazione, che andava anch'essa quotizzata e distribuita. Stessa sorte avrebbero dovuto ricevere i terreni delle Università agrarie riconosciute in esecuzione della legge del 1894, realtà verso le quali il regime non nascondeva il proprio fastidio.

Lo scopo del R.D. 22 maggio 1924 n. 751, riguardante il "riordinamento degli usi civici del Regno", modificato poi dal R.D. 28 agosto 1924 n. 1484 e finalmente convertito nella l. 16 giugno 1927 n. 1766, era quello di comporre due istanze opposte e confliggenti: risolvere il problema sociale del latifondo meridionale senza ledere i latifondisti[12]. L'ideale del regime, reso palese dall'ossessivo ricorso, nella legge, a concetti come "riordino" e "sistemazione", era di creare una piccola proprietà contadina con le terre di scarto, senza intaccare l'unità economica dei grandi latifondi. Quel ceto di piccolissimi e inermi proprietari sarebbe stato poi l'anima della grande architettura dell'economia corporativa.

Di "domini collettivi" si è quindi tornato a parlare solo in dottrina, allorché il legislatore repubblicano ha fornito altri materiali all'esegesi. Il d.lgs. 3 maggio 1948 n. 1104 riconosceva alle Regole della Magnifica Comunità Cadorina, costituite a norma dei propri antichi laudi e statuti, la personalità giuridica di diritto pubblico, per perseguire la conservazione e il miglioramento dei beni silvo-pastorali loro spettanti. La l. 25 luglio 1952 n. 991 (Provvedimenti in favore dei territori montani) estese questo principio a tutte le comunioni familiari dei territori montani, che venivano lasciate libere di godere e amministrare i propri beni "in conformità dei rispettivi statuti e consuetudini riconosciuti dal diritto anteriore", e non sulla base delle prescrizioni della stessa legge, che venivano espressamente derogate[13]. La l. 3 dicembre 1971 n. 1102

[12] Sulla redazione del R.D. n. 751 del 1924, cfr. F. MARINELLI, *Gli usi civici*, II ed., Milano 2022, p. 80-84. Il decreto fu preparato da una commissione - voluta da Arrigo Serpieri, l'ispiratore della legge forestale approvata l'anno precedente (R.D. n. 3267 del 30 dicembre 1923)- di cui fecero parte Nunzio De Renzis, Giovanni Raffaglio e Romualdo Trifone, autore all'epoca del fortunato *Feudi e demani. Eversione della feudalità nelle Provincie napoletane,* Milano, Società editrice libraria, 1909, oltre che di numerosi saggi. Alla riforma è legato anche il nome di Carlo Calisse, storico del diritto medievale, autore di una Relazione all'Ufficio centrale del Senato sul disegno di legge: Riordinamento degli usi civici nel Regno (Atti Senato, XXVII leg., 1924-1927, n. 185). Su questa figura cfr. P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e proprietà collettiva*, in *Il dominio e le cose*, cit. p. 701. Il discorso di Calisse al Senato del Regno si può leggere in G. FERRI, *Proprietà collettive e usi civici nella prospettiva storico-giuridica del Novecento In appendice il discorso di Carlo Calisse - Senato del Regno 18 maggio 1927*, in *Historia et Ius*, 7/2015.

[13] La legge del 1952 fu largamente ispirata da Gian Gastone Bolla, fondatore nel 1922 della *Rivista di diritto agrario* e, nel 1934, dell'*Archivio "Vittorio Scialoja"* per lo studio delle consuetudini giuridiche agrarie, che continua le sue pubblicazioni oggi come *Archivio Scialoja-*

(Nuove norme per lo sviluppo della montagna) riconobbe l'autonomia di queste comunioni familiari, che restavano disciplinate dai loro rispettivi "statuti e consuetudini" nella gestione e amministrazione dei beni "appresi per laudo" [14]. La l. 31 gennaio 1994 n. 97 (Nuove disposizioni per le zone montane) fece lo stesso, dettando una più puntuale disciplina di indirizzo alla legislazione regionale.

Regole e comunioni familiari ingrossarono dunque la categoria dottrinale del "dominio collettivo", ma senza ricevere da questa una sistemazione o una migliore definizione. Ogni fattispecie concreta restava eguale a sé stessa, governata dal proprio titolo costitutivo, la consuetudine, cui si riservava l'antico nome di "laudo" quando essa era stata messa per iscritto in secoli lontani.

Privo di una sostanza tecnica, il termine aveva, per contro, maggiore pregnanza ideologica: dominio collettivo indicava quella proprietà che si era voluto degradare con l'espressione uso civico. È in questi termini che esso arriva alla l. 20 novembre 2017 n. 168 (Norme in materia di domini collettivi), che riconosce tutte le situazioni in cui la terra appartiene a una generalità di soggetti, creando a ciascuna un soggetto esponenziale.

5. - Ci sembra quindi di aver dimostrato che, partendo dai nomi, non si può fare un'analisi giuridica delle cose. Usi civici, demani e domini collettivi non individuano istituti specifici, creati dagli ordinamenti che hanno usato quei singoli nomi. Essi indicano al più gli scopi sui quali si sono organizzate le diverse discipline delle leggi che quei nomi hanno usato, ma non altrettante fattispecie astratte.

Per isolare queste fattispecie, e distinguere su base scientifica i diversi tipi di diritto collettivo per come si sono effettivamente presentati nel corso della storia, abbiamo bisogno di un'ipotesi dogmatica. Senza questa, difatti, i risultati di qualsiasi ricerca storica rimangono confinati alla narrazione dei puri fatti, non all'individuazione di discipline che possano essere poste in comparazione reciproca.

Bolla. Il Bolla dedicò numerosi studi al tema delle comunioni familiari montane, poi riuniti in G.G. BOLLA, *Scritti di diritto agrario*, Milano, 1963, tra cui vanno citati *Le comunioni familiari ereditarie dei territori alpini e la legge 16 giugno 1927 sul riordinamento degli usi civici* del 1947 e *Terre civiche e proprietà comuni di consorti coeredi regolate dal Laudo*, del 1951.

[14] E. ROMAGNOLI, *Comunioni familiari e regole dell'arco alpino*, in *Riv. dir. agr.* 1971; ID. *Le comunioni familiari montane. Natura privata e interesse pubblico*, in *Comunità di villaggio e proprietà collettive in Italia e in Europa*, a cura di G.C. De Martin, Padova, 1990. Sulla proprietà *appresa per laudo* si veda V. CERULLI IRELLI, *Apprendere «per laudo». Saggio sulla proprietà collettiva*, in *Quaderni fiorentini* 45, 2016, p. 295 ss.

Allo stesso tempo, qualsiasi ipotesi dogmatica deve trovare conferma in fatti storicamente accaduti. Ove questo non si dia, essa va sostituita con un'altra ipotesi, a meno di non voler fare l'analisi giuridica di un mondo irreale, come avviene, ormai da quasi vent'anni, nel dibattito sui "beni comuni".

Alla base di ogni tentativo di individuazione di questa categoria vi è sempre lo stesso postulato economico: la risorsa naturale aperta all'uso comune dei singoli è votata alla distruzione, perché ciascuno tenderà a prenderne quanto più possibile per realizzare maggiori profitti. L'effetto sarà l'abbassamento dei prezzi di vendita, che condurrà gli attori del processo a immettere sul mercato sempre maggiori unità di risorsa, per far fronte ai costi sopportati per il suo prelievo. La conseguenza è che i *commons* sono naturalmente votati alla distruzione fisica, e ciò porta in genere alla loro trasformazione in proprietà privata[15] per una dinamica altrettanto naturale e necessaria[16]. Questo circolo vizioso può essere evitato solo mediante un intervento positivo di tutela, che sottragga i beni comuni alla loro tragedia. Da qui la ricerca di modelli giuridici alternativi alla proprietà dei Codici civili, che quella tragedia non può evitare.

Il presupposto da cui muove la riflessione sui "beni comuni" è che non sia più sufficiente comprimere dall'esterno la proprietà con nuovi limiti e divieti, in funzione della tutela di un interesse superiore.

La conformazione del diritto è stata ritenuta, fino ad ora, l'unica operazione compatibile con la dogmatica della proprietà. Essa avrebbe costruito, di volta in volta, specifici statuti proprietari che si sarebbero posti in continuità con il modello generale, ma se ne sarebbero distanziati, allo stesso tempo, perché avrebbero tolto chirurgicamente al "fascio dei diritti" del proprietario quanto avrebbe potuto ledere un interesse superiore[17]. Le conseguenze in termini di sistema erano chiare: la proprietà poteva restare perfettamente definita nelle caratteristiche dettate dai Codici, le quali ne segnavano l'appartenenza alla modernità, ma tale nozione generale sarebbe stata irrilevante in concreto, poiché tra questa e la realtà vi sarebbero stati i diversi statuti proprietari, ognuno determinato dalla legge in funzione della tutela da dare agli interessi generali.

---

[15] Il teorema si attribuisce in genere al breve saggio di G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, in *Science* 162 (1968), pp. 1243-1248 che è, in realtà, una riflessione sulla crescita demografica planetaria. Il parallelo tra crescita dei costi di approvvigionamento di una risorsa naturale e creazione della proprietà come istituzione sociale finalizzata a garantire l'esclusività del suo godimento fu tracciato, l'anno precedente, da H. DEMSETZ, *Toward a Theory of Property Rights*, in *The American Economic Review*, 57, n. 2, pp. 347-359.

[16] U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari 2011, pp. 42-46.

[17] S. RODOTÀ, *La logica proprietaria tra schemi ricostruttivi e interessi reali*, in *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà e sui beni comuni*, Bologna 2013, III ed., p. 53.

Il modello generale era, difatti, irrinunciabile: la proprietà piena e assoluta, che i Codici avevano invariabilmente ricostruito sull'archetipo romano del *dominium ex iure quiritium*, non era una creazione artificiale, ma la rappresentazione di una dinamica complessiva dell'ordinamento nella sua evoluzione verso la modernità. Abdicarvi avrebbe comportato la perdita di un fondamentale strumento analitico delle discipline positive e, più ancora, avrebbe tolto qualsiasi rilevanza ai dati storici e al contributo che essi avevano portato alla complessiva definizione del problema [18].

La storia moderna della proprietà poteva essere così restituita su uno schema preciso: l'estensione di un medesimo schema giuridico alle nuove finalità sociali create dal progresso tecnico, come era accaduto per il regime giuridico dell'impresa[19]. Talune tematiche ambientali - l'inquinamento atmosferico- avrebbero già potuto trovare una risposta all'interno del modello generale, attraverso la rimodulazione di alcune sue discipline, come quella delle immissioni [20]. Altre tematiche ambientali- la rarefazione delle risorse naturali- avrebbero potuto trovare risposta, per converso, solo trasportandole fuori dal modello proprietario, il quale non sembrava poter riguardare unitariamente tutte le possibili ipotesi di conflitto sociale e definire la legittimazione di tutti i potenziali interessati[21]. L'ipotesi di costruire diversi modelli di proprietà, affiancando alla proprietà individuale, privata o pubblica che fosse, un modello di proprietà collettiva, veniva scartata perché avrebbe turbato inutilmente il sistema, senza apportare benefici significativi[22].

La realtà si è però incaricata di dimostrare che le moderne democrazie non sono state in grado di rispettare quel vincolo fiduciario verso la collettività e i suoi interessi che avrebbe dovuto animare la mediazione tra interessi proprietari e interessi generali, la quale si sarebbe dovuta peraltro sottrarre alla logica maggioritaria[23].

---

[18] S. RODOTÀ, *La logica proprietaria,* cit., p. 57. Secondo l'A., il problema doveva essere affrontato considerando un dato fondamentale: non era mai venuto meno nella cultura giuridica occidentale un riferimento allo schema proprietario per descrivere nel loro insieme svariati "tipi di rapporti esistenti nell'organizzazione sociale".

[19] S. RODOTÀ, *La logica proprietaria,* cit., p. 53 nota 16.

[20] S. RODOTÀ, *La logica proprietaria,* cit.., p. 61 nota 24.

[21] È così che Rodotà proponeva l'individuazione di un "retroterra non proprietario" che, restringendo il modello della proprietà in limiti più angusti, ne avrebbe salvato la centralità sistematica, evitando però la legittimità dell'appropriazione privata di taluni beni o interessi. S. RODOTÀ, *La logica proprietaria,* cit., p. 66.

[22] Il problema era alla radice: la proprietà "anche quando si veste con le reliquie della proprietà collettiva, è nella maggior parte dei casi inidonea ad investire nel suo complesso l'intera situazione di conflitto o la totalità degli interessati". S. RODOTÀ, *La logica proprietaria,* cit., p. 62.

[23] "Purtroppo, l'assuefazione alla logica del potere della maggioranza, tipica della modernità, ci ha fatto perdere consapevolezza del fatto che il governo dovrebbe essere il servitore

Da qui la necessità di rendere oggettivi quegli interessi generali, che vengono trasformati - solo concettualmente- in cose: beni determinati, che dovrebbero essere sottratti, per loro natura, a ogni atto di appropriazione.

6. - Il problema di fondo è, però, che questo paradigma teorico è privo di riscontri e, per questo, non può essere dogmatica giuridica. Esso procede da una ricostruzione astorica della proprietà moderna, che viene privata di ogni complessità, per essere giustificata su un solo postulato: un diritto esclusivo nasce in tutti i casi in cui l'ottimizzazione dei costi di transazione verso il godimento di una determinata risorsa porti alla convenienza della sua appropriazione.

Varie storie di proprietà privata vengono, così, costruite a posteriori rispetto a questo postulato, senza ricorrere a fonti di alcun genere. Un primo esempio: è ormai tralatizia, nella prospettiva dell'analisi economica del diritto, l'idea per cui le culture dei nativi americani non abbiano concepito alcuna forma di proprietà fino all'incontro con i colonizzatori europei. Il motivo scatenante sarebbe stato il commercio di pelli: la risorsa naturale, abbondantissima quando usata solo per la sopravvivenza delle famiglie, diventa scarsa quando deve essere commerciata. In quel momento, essa acquista un prezzo, a fronte del quale sono i costi richiesti per ottenerla. Ciò spinge alla proprietà privata della risorsa, unico mezzo per mantenere stabili i prezzi e tenere i profitti al passo con i costi[24].

Una storia senza pieghe, che ha per protagonista un mondo irenico, privo di qualsiasi conflitto, ove la terra è sempre aperta all'uso comune, in un equilibrio che viene sconvolto da rapaci predatori attraverso la chiusura fisica degli appezzamenti più produttivi[25].

---

del popolo sovrano, e non viceversa. Certo il maggiordomo (governo) deve poter disporre dei beni del suo padrone (beni comuni della collettività) per poterlo servire bene, ma deve esserne amministratore fiduciario (sulla base di un mandato o al massimo di una proprietà fiduciaria) e certo non proprietario, libero di abusarne alienandoli e privatizzandoli indiscriminatamente.". UGO MATTEI, *Beni comuni, cit. Introduzione*, p. VI.

[24] H. DEMSETZ, *Toward a Theory of Property Rights,* cit., p. 351. Demsetz traeva i suoi dati da alcune ricerche antropologiche, come quella di E. LEACOCK, *The Montagnes "Hunting Territory" and the Fur Trade*, in *American Anthropologist Ass.* 56, n. p. 2, *Memoir* n. 78 (1954) senza però interrogarsi su cosa la scienza dell'antropologia intendesse per "proprietà" allorché conduceva queste indagini.

[25] È così che - secondo esempio- la vicenda delle enclosures inglesi cessa di essere una vicenda propria di uno specifico ordinamento in un dato periodo della sua storia e diventa una dinamica generale di formazione storica della proprietà privata e di distruzione della situazione non proprietaria del common. U. MATTEI, *Beni comuni,* cit. p. 35, cita l'Utopia di Thomas More, già utilizzata, in questo senso, da J. BOYLE, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, in *Law and Contemporary Problems* 66 (2003) p. 34.

Resta, però, che quando quei territori di caccia arrivano dinanzi al giudice, perché sono oggetto di una controversia attuale, questi non si rifugia nel postulato e non trova quella proprietà privata che pure dovrebbe derivarne.

Gli esempi sono ormai molteplici, e possiamo qui ricorrere solo ai più noti.

In *Delgamuukw v. British Columbia*, del 1997, la Corte Suprema del Canada stabilì che la prova della continuità dell'esercizio delle attività di caccia e pesca in un determinato territorio aveva acquistato a tutte le houses del popolo *Wet'suwet'en* e a quasi tutte le *houses* del popolo *Gitskan*, la proprietà di 133 territori[26]. Tale proprietà non si restringeva all'esercizio della caccia e della pesca, ma si estendeva alla percezione di utilità che, inconcepibili al momento dell'acquisto, lo erano divenute successivamente in funzione del progresso tecnologico. Gli unici limiti erano dati dal titolo costitutivo: poiché il diritto sulla cosa doveva di necessità trasmettersi fra le generazioni, era anche inalienabile, sia nel suo complesso, che rispetto alle sue singole modalità di esercizio[27].

In *Mabo v. Queensland* del 1992, la *High Court* dell'Australia ha negato il principio per cui non si possano concepire diritti di proprietà anteriori alla colonizzazione britannica. Questi sono sempre esistiti, laddove le terre sono state in concreto utilizzate dalle popolazioni originarie, ma non per questo essi sono riconducibili al modello della proprietà moderna.

Possono in concreto esistere ipotesi in cui il *native title* porta alla titolarità del singolo, come ipotesi in cui lo stesso agisce solo come soggetto esponenziale di una comunità, ma ogni parte del "fascio dei diritti" è creato dal titolo e riceve da ciò il carattere dell'indisponibilità. La proprietà del gruppo, anche quando viene esercitata dai singoli suoi componenti, non può essere venduta, né divisa, poiché non si trasferirebbe alle generazioni successive.

7. - Se ci sembra, a questo punto, che si possano porre in comparazione i domini collettivi della l. 168/2017 e il *native title*, è perché entrambi possono essere analizzati su un'unica dogmatica: quella della proprietà. Demani universali, domini collettivi, proprietà aborigene: comunque le si vogliano chiamare, esse sono tutte situazioni limite della tutela proprietaria, che

[26] 1997 3 SCR 1010 (SCC).

[27] Così l'opinione della maggioranza dei giudici in Delgamuukw: "Aboriginal title encompasses the right to exclusive use and occupation of the land held pursuant to that title for a variety of purposes, which need not be aspects of those aboriginal practices, customs and traditions which are integral to distinctive aboriginal cultures. The protected uses must not be irreconcilable with the nature of the group's attachment to that land.".

attendono di essere indagate nelle loro strutture specifiche, non nei loro nomi tralatizi. La scienza giuridica può studiarle in un solo modo: attraverso le controversie che hanno generato. È solo in quella situazione che il giurista può operare una qualificazione di queste forme di godimento collettivo della terra con i propri strumenti, facendo emergere elementi che altre discipline non possono evidenziare, perché prive di significato per il loro statuto metodologico.

La scienza economica ha già evidenziato che i *commons* possono scampare alla loro tragedia allorché i percettori di una data risorsa la utilizzino secondo strategie di autoregolamentazione. Prendiamo così due esempi dall'analisi empirica pubblicata nel più famoso studio economico in argomento, *Governing the Commons di Elinor Ostrom*, particolarmente citato nel dibattito sui "beni comuni".

Un primo esempio è quello, centrale nell'analisi di Ostrom, delle aree di pesca nel distretto di Alanya, in Turchia[28]. All'inizio degli anni '70, la competizione per i migliori luoghi di pesca fece innalzare enormemente i costi per i pescatori, provocando crescenti conflitti. Per risolvere questa situazione, fu ideato un sistema di allocazione dei luoghi di pesca che avrebbe egualmente distribuito fra i pescatori le possibilità di migliore percezione della risorsa, senza poter per questo garantire una sua pari distribuzione effettiva. Ogni anno, a una data fissa, ogni azienda ha la possibilità di iscriversi in una lista, sulla base della quale le aree di pesca vengono divise in altrettante zone più piccole. Iscrivendosi nella lista, il singolo si impegna a rispettare queste regole: a ogni pescatore viene assegnata per sorteggio una prima zona di pesca, che utilizza per una giornata; nella giornata successiva si sposta in quella adiacente, e un altro pescherà in quella da lui precedentemente occupata. In questo modo, ogni singola azienda utilizzerà via via tutte le zone di pesca, e alla fine del periodo, avrà percorso tutta l'area complessiva. L'eliminazione dei conflitti tra i pescatori porta ad abbassare i costi per tutti. Malgrado questo meccanismo sia stato ideato da una cooperativa locale che riuniva circa la metà dei pescatori di Alanya, esso si è sempre aperto anche ai non iscritti, e ha trovato titolo nel contratto che il singolo conclude ogni anno, decidendo di partecipare allo schema di sfruttamento condiviso del bene comune.

Questo non attribuisce diritti permanenti agli utenti, né questi hanno la garanzia che esso possa riproporsi eguale anche negli anni successivi, o che terzi estranei al patto non sfruttino la medesima risorsa. L'effettività di questo sistema si basa sulla reciprocità: ove un partecipante violasse il patto, porterebbe gli altri

[28] E. OSTROM, *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge 1990, p. 18-21.

nella simile condizione di poterlo infrangere impunemente, distruggendo il sistema e compromettendone la riproducibilità per gli anni successivi. A prevenire gli estranei dal disturbare lo schema di ripartizione sono i maggiori costi che essi sopporterebbero per competere con i pescatori integrati nell'accordo, condizione che può talvolta non verificarsi, come in periodi di particolare abbondanza della risorsa.

Un secondo esempio fatto da Ostrom è quello del villaggio svizzero di Törbel[29]. L'economista vede qui la ripartizione tra i membri della comunità dell'utilizzo di boschi e pascoli comuni, con l'obbligo reciproco di mantenere le opere di canalizzazione dell'acqua verso i fondi privati e i sentieri che consentono di raggiungerli. L'accordo fra i percettori della risorsa assume la forma di uno statuto consuetudinario, testimoniato da documenti del 1224, e fissato in forma scritta nel 1483. Lo statuto, per come fissa delle regole rigide per lo sfruttamento dei beni della collettività, in modo da preservarne la riproduzione, ne preclude l'uso a estranei.

Il secondo esempio, per come è evidente al giurista, individua una classica situazione di proprietà collettiva, quella dei patrimoni comunitativi di montagna, descritta anche dai rigori della pandettistica come proprietà, seppure «in mano comune». La differenza tra questi due esempi non è nel grado dell'esclusività che essi sono in grado di conferire all'insieme dei legittimati verso i terzi estranei, ma nella struttura della fattispecie. Entrambi garantiscono difatti le stesse possibilità concrete di riservare a certi soggetti l'uso del bene, nessuno dei due potendo garantire la totale esclusione degli estranei e lo sfruttamento indiscriminato della risorsa: ad essere diverso è il modello di risoluzione dei conflitti che ciascuno di questi esempi delinea.

Nell'esempio dei pescatori di Alanya, la realizzazione dell'interesse del singolo alla percezione della propria quota di risorsa passa dal comportamento attivo dei compartecipi, tutti reciprocamente obbligati. Ciascun pescatore deve tenere azioni positive, che consentano e impongano ai compartecipi l'esplicazione di un pari agire. L'inadempimento di un compartecipe, consista esso nel prendere per sé una maggiore quota di risorsa o nell'impedire al pari legittimato di percepire la propria parte, legittima l'inadempimento degli altri, aprendo la strada all'indiscriminato sfruttamento del common.

Uno schema tipicamente obbligatorio, che richiede la collaborazione di ciascun debitore affinché ciascun creditore possa conseguire il bene della vita che ha stipulato. La tutela delle ragioni del pari legittimato alla percezione della

[29] E. OSTROM, *Governing the Commons*, cit., p. 61-65.

risorsa comune procede quindi o da una condanna per equivalente dell'inadempiente, che possa rendere non conveniente l'inadempimento, o dalla sostituzione di un terzo all'obbligato, che possa, ad esempio, lasciare libera al creditore che subisce l'inadempimento una zona di pesca eguale a quella che avrebbe dovuto occupare. Nel caso di Alanya, i partecipanti allo schema di governo del bene comune non hanno titolo per escludere gli estranei. Se ciò in fatto accade, è per la collaborazione spontanea di costoro, che può essere indotta dai motivi più vari, non per l'esistenza di un divieto giuridico.

Nell'esempio di Törbel, al contrario, la realizzazione dell'interesse del singolo legittimato alla risorsa comune passa esclusivamente da un comportamento di pura astensione degli altri legittimati, che si estende eguale anche ai terzi sul medesimo titolo. Qui la percezione della risorsa comune non procede da uno schema che preveda la collaborazione dei compartecipi: ciascun legittimato trae individualmente dalla risorsa quanto di sua spettanza, e ha diritto a non essere disturbato in questo suo rapporto col bene comune. Il dovere di astensione del compartecipe è eguale a quello che la situazione del legittimato genera nel terzo estraneo.

8. - È qui il carattere distintivo che porta questo modello, e non l'altro, nell'area della tecnica proprietaria: la tutela *erga omnes* della situazione giuridica del singolo legittimato, che si esercita attraverso il suo mero accertamento. Ciascun compartecipe tutela la propria situazione soggettiva semplicemente chiedendone il riconoscimento giudiziale, da cui deriva l'obbligo di astensione di tutti i consociati rispetto al suo rapporto con la cosa, non solo di chi ha dato adito all'esercizio della tutela. Esso si presenta eguale tanto nei confronti del pari legittimato alla proprietà comune, quanto nei confronti del terzo estraneo, che si trova nella stessa posizione rispetto a chi adisce la tutela.

Mentre nel primo modello la tutela del singolo passa attraverso il mantenimento dell'integrazione fra i compartecipi nello sfruttamento della risorsa naturale, che viene percepita come *res nullius* da sottrarre allo sfruttamento indiscriminato per garantirne la perpetuazione, nel secondo procede dalla difesa di una sua legittimazione sulla cosa, che trae titolo da una relazione percepita come di titolarità esclusiva del bene alla collettività di cui il singolo è parte.

Né si potrebbe sostenere che la differenza tra questi due esempi giaccia sulle diverse caratteristiche dei beni: mare aperto, nel primo caso, terre scarsamente coltivabili, nel secondo. La turnazione fra i compartecipi nell'uso di quote virtuali del bene comune è difatti una caratteristica presente in molte

fattispecie di proprietà collettiva, come le partecipanze agrarie dell'Emilia Romagna, in cui i fondi vengono attribuiti per sorteggio per un periodo di alcuni anni al singolo partecipante, il quale ne è responsabile, lo utilizza in proprio e gli apporta delle migliorie che verranno a capitalizzarsi alla collettività, e poi usate dal successivo possessore, su cui gravano gli stessi obblighi. Un meccanismo che, al pari di quello di Alanya, porta alla redistribuzione delle opportunità di guadagno, ripartendo tra i legittimati fondi di ineguale capacità produttiva, non la risorsa in quanto tale.

La differenza tra queste ipotesi, considerate in diritto, è altrove, e non necessita che delle comuni categorie civilistiche per distinguere tra situazioni di tutela obbligatoria e situazioni di tutela reale a seconda del fatto che l'azione del singolo per la realizzazione del proprio interesse avvenga in confronto di un soggetto determinato o di tutti, e esplichi nei confronti dei soggetti passivi obblighi di astensione o di collaborazione.

Il giurista non può, quindi, parlare di *commons*, pensando che questo nome possa avere un più denso significato rispetto a termini come usi civici, demani, o domini collettivi o, peggio, che possa contenerli tutti. Una cosa è l'equilibrio economico circa l'uso delle risorse naturali presenti in un dato contesto, altra cosa è il sistema di situazioni giuridiche attive e passive che ne deriva, e che lo preserva nel tempo. Al giurista spetta il compito di classificarle, verificando se esse possano o meno rientrare nel paradigma proprietario.

Erice, 26 settembre 2024

Abstract

Questo saggio critica l'attuale dibattito sui 'beni comuni', mostrando come ogni designazione di diritti collettivi sulla terra sia, per definizione, funzionale a uno scopo specifico, che rende questi termini reciprocamente incomunicabili. Solo lo studio di forme specifiche di uso collettivo della terra può portare a una topologia giuridica.

This essay critiques the current debate on the 'commons,' showing how each designation of collective rights over land is, by definition, functional to a specific purpose, making them mutually incommunicable. Only studying specific forms of collective land use can lead to a legal topology.

Keywords

Common ownership, collective land rights, private property.

CARLOTTA LATINI*

Per una Storia dei diritti collettivi degli indigeni. L'esempio australiano di riconoscimento di appartenenza della terra attraverso il Mabo case[**].

SOMMARIO: 1. Introduzione. I *newcomers*. – 2. La Conquista dell'Australia e il problema dell'*Australian Feudal Tenure*. – 3. Il *Native Title*. – 4. Il *Mabo Case*.

1. Il diritto alla terra inteso nella sua dimensione di diritto collettivo è stato spesso oggetto di rivendicazioni, a vario titolo presentate, a partire dalla Conquista spagnola del cosiddetto Nuovo Mondo. In questo articolo si delineano le principali tappe della formazione di un diritto alla terra, sia in relazione al processo di colonizzazione sia in rapporto alle sue conseguenze nella fase di decolonizzazione in special modo in Australia, usando come chiave di interpretazione il *Mabo case*, processo fondamentale per l'emersione del *Native title*, concetto già diffuso nel *Common Law* ma non ancora accolto nel diritto australiano fino appunto al *Mabo case*.

La storia della conquista dell'Australia è ricca di aneddoti e personaggi, in particolare si possono prendere le mosse dai colonizzatori, qualificati come *newcomers*: i primi sarebbero stati gli esploratori e i commercianti olandesi che lavoravano presso la VOC *Vereenigde Oost-Indische compagnie* (Compagnia olandese delle Indie Orientali), attiva nel settore del commercio delle spezie in Asia, i quali, capeggiati da Willem Janszoon alla ricerca della *Isla de Oro*, approdarono invece proprio in Australia agli inizi del Seicento. I primi incontri furono disastrosi: gli olandesi sostenevano di avere incontrato abitanti selvaggi,

---

* *Professoressa ordinaria di Storia del diritto Medievale e Moderno, Università degli Studi di Camerino.*

** Relazione svolta in occasione del Convegno Demania. Domini collettivi e usi civici (Camerino 21-22 maggio 2024) (Prin 2024 - Finanziato dall'Unione europea-Next Generation EU, Missione 4 Componente 1 CUP J53D23005940006)).

Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review.

cattivi, scuri di pelle[1]. In realtà già in precedenza gli spagnoli erano pervenuti sulle coste della Nuova Guinea.

Come hanno scritto Shino Konishi e Maria Nugent;

«The history of Aboriginal people in Australia spans tens of thousands of years; the history of newcomers to their shores is much shorter. The first known arrivals began in the early 1600s, although were probably preceded by seafarers and fishermen, their visits unrecorded, from islands along the continent's north coast»[2].

I nuovi arrivati non si rendevano conto che gli aborigeni appartenevano a uno qualsiasi dei circa 250 gruppi linguistici comprendenti 500 clan che popolavano il continente. Mentre alcuni gradualmente riconobbero che gli indigeni di luoghi diversi parlassero diverse lingue, i visitatori non erano a conoscenza della lingua del continente e della ricchezza e varietà idiomatiche. Erano del tutto all'oscuro del tipo di società e della cultura e composizioni giuridiche di ciascun clan. Agli occhi europei, questi aborigeni non avevano né religione né leggi ed erano semplicemente organizzati in nuclei familiari. Tale visione contribuì all'eventuale esproprio su vasta scala degli indigeni dalle loro terre da parte dei coloni britannici. Gli europei non sapevano che ogni clan possedeva numerose storie di come la terra fu attraversata e segnata dagli esseri ancestrali che ha creato morfologie, persone, animali, piante e stelle celesti[3].

I tre viaggi di tipo esplorativo e scientifico realizzati da James Cook tra il 1768 ed il 1779, videro coinvolti naturalisti, botanici, zoologi, antropologi e furono caratterizzati da rapporti complessi con le popolazioni aborigene, spesso incomprese e aggredite dai visitatori con il ricorso alle armi da fuoco che non erano conosciute ed usate. In generale gli approcci degli europei o degli occidentali nei confronti degli aborigeni furono improntati a una serie di incomprensioni, errori e aggressioni.

Prima di lasciare la costa orientale, Cook si fermò su un'isola esterna, che chiamò *Possession Island*, per rivendicare formalmente il territorio su cui si

---

[1] G. SCHILDER, *Australia Unveiled: The Share of the Dutch Navigators in the Discovery of Australia*, Amsterdam, 1976, p. 50.

[2] S. KONISHI, M. NUGENT, *The History of Australia*, Cambridge, 2013, p. 43 ss. Devo qui esprimere il mio ringraziamento alla Prof.ssa Ann Genovese, grazie al cui mentoring ho avuto la possibilità di approfondire le mie ricerche sul diritto alla terra, e di accedere alla Biblioteca della School of Law di Melbourne, Australia, come Visiting professor nel 2024.

[3] S. KONISHI, M. NUGENT, *The History of Australia*, cit., p. 45.

trovava e affermò i diritti di "primo scopritore", per il re Giorgio III. Questo atto era contrario alle Istruzioni dell'Ammiragliato con cui Cook era salpato, che specificavano che avrebbe dovuto rivendicare il territorio solo con il consenso degli abitanti indigeni.

La discrepanza tra istruzione e azione ha contribuito ai dibattiti tra gli studiosi australiani, non solo riguardo al ragionamento di Cook quando ne ha assunto il possesso senza consenso, ma anche riguardo alla base giuridica delle successive affermazioni britanniche di sovranità sul territorio. La maggior parte degli storici e giuristi concordano sul fatto che le rivendicazioni britanniche nei confronti delle popolazioni indigene sul territorio dipendono meno dalla cerimonia di possesso di Cook nel 1770 e piuttosto dalla successiva e sanguinosa storia dell'occupazione, conquista e insediamento, in cui la terra fu sottratta con la forza ai suoi proprietari originari. In ogni caso, Cook occupa un posto di rilievo nella storia degli aborigeni come l'incarnazione di un avido accaparratore di terre e responsabile di avere introdotto leggi immorali.

In buona sostanza, l'Australia fu acquisita dalla corona inglese con re Giorgio III dopo queste spedizioni, ma senza formalmente l'ammissione del verificarsi di una guerra di conquista: in effetti il riconoscimento dei diritti degli indigeni sulla terra da loro abitata incontrava svariati problemi a causa del fatto che innanzi tutto non vi era stata una formale conquista, e in secondo luogo non era chiaro quale fosse lo statuto giuridico degli aborigeni. L'acquisizione delle terre australiane avvenne così di fatto, sulla base delle mancate rivendicazioni da parte degli aborigeni delle terre, considerate appunto di nessuno o *terrae nullius*[4]. Come fosse possibile utilizzare questo concetto, si vedrà in seguito: occorre pensare che accanto a questa forma di colonialismo e di conquista, paragonabile a tutti gli effetti a quanto era stato fatto dagli Spagnoli nel cosiddetto Nuovo mondo, sarà la colonizzazione di tipo demografico a produrre gli effetti più devastanti rispetto alle comunità degli aborigeni, attuata anche usando alcune zone del Paese come colonie penali, in particolare il New South Wales e il Van Diemen's Land (ora divenuto la Tasmania) tra il 1802 and 1838. Secondo

[4] C. LATINI, *Terra nullius. Esperienze coloniali e post-coloniali di un altro modo di possedere*, in *Ambiente e diritto, Numero speciale, Terra, emergenze e sostenibilità*, 1, 2023, p. 66 ss.

Osterhammel[5], il colonialismo fu attuato in queste terre usandole anche come luogo di espiazione delle pene.

Tuttavia, nell'ambito della storiografia, un posto di primo piano spetta senza dubbio a Reynolds, autore dell'opera *The Law of the Land*[6], un'opera che anche gli stessi giudici del *Mabo case* II hanno tenuto presente per ben comprendere la questione dell'appartenenza della terra.

La conquista dell'Australia era dunque avvenuta senza una giustificazione di base, ma poggiando sulle teorie di ricostruzione del colonialismo, che vedremo.

L'Australia, come la Nuova Zelanda, erano infatti terre non disabitate, ma possedute dagli aborigeni in maniera molto diversa rispetto alle modalità di possesso della terra di matrice occidentale: la stessa sovranità rispetto al territorio era un concetto del tutto assente secondo il linguaggio giuridico aborigeno, e mancava un'autorità con cui relazionarsi e trattare secondo quanto si riteneva prescritto dal diritto internazionale (pubblico) in quel momento storico (sec. XVIII). Ciò non toglie, tuttavia, che una relazione tra gli aborigeni e la terra esistesse e che fosse innegabile e in un certo modo equiparabile al concetto di *tenure*.

Agli occhi dei *newcomers* il rapporto tra i singoli clan e la terra era molto diverso da quei rapporti che i cittadini o i sudditi del re d'Inghilterra avevano con le loro terre, mentre l'approccio coloniale era simile, almeno agli inizi, a quanto gli stessi britannici avevano fatto in America del Nord, almeno fino all'Indipendenza americana. Inoltre, le categorie concettuali del colonialismo britannico furono mutuate e modellate sull'esperienza coloniale spagnola cui spesso si faceva riferimento per fondare un nuovo e moderno concetto di *terra nullius*.

---

[5] J. OSTERHAMMEL, *Colonialism: A Theoretical Overview*, Princeton, 1997.

[6] Questo libro ha avuto tre edizioni, 1987, 1992, 2003, e ha seguito non solo le vicende processuali connesse al cosiddetto Mabo case, ma anche quelle successive. Cfr. D. RITTER, *Tilting at doctrine in a changing world: the three editions of Henry Reynolds' The Law of the Land'*, in *Journal of Australian Studies*, vol. 32, No. 3, September 2008, pp. 393-403. Ritter, che analizza principalmente la terza edizione, ne evidenzia i limiti, ricordando come, dopo la prima, una corposa letteratura sia sopraggiunta su questo tema con ulteriori ed importanti intuizioni. Segnalo anche la fondamentale lettura del problema del diritto alla terra degli abitanti ancestrali di A. CURTHOYS, A. GENOVESE, A. REILLY, *Rights and Redemption: History, Law and Indigenous People*, Sidney, University of South Wales Press, 2008.

Naturalmente la conquista del continente australiano avvenne senza un'esigenza di giustificare il processo di annullamento dell'organizzazione degli aborigeni primi abitanti, e di fatto con la forza. Gli aborigeni, sostanzialmente schivi, non cedettero spontaneamente le loro terre e, al contrario di quanto fu raccontato, combatterono lungamente e con tutte le loro possibilità contro la guerra di conquista e di aggressione che si svolse nei loro confronti.

2. Secondo Reynolds già nel 1830 era ormai chiaro che l'Australia non era affatto per larga parte disabitata ma che vi erano aborigeni i quali combattevano per proteggere i loro territori[7]. Pubblicato per la prima volta nel 1987, il libro di Reynolds proponeva, fonti alla mano, una lettura completamente diversa dell'arrivo e dell'impossessamento delle terre australiane da parte dei britannici, segnando in maniera profonda non solo la ricostruzione storica dell'esperienza coloniale inglese in Australia, ma rimodellandone i confini a livello di sistemazione giuridica, finendo per indirizzare la giurisprudenza nel famoso *Mabo case* e nella definiva accettazione ed inclusione nel *common law* australiano del concetto di *Native title*, lungamente respinto da questo diritto. Si tratta di un classico esempio in cui il lavoro di ricostruzione storica nell'ambito del possesso della terra consente una giurisprudenza che sia effettivamente fondata su dati e fatti storicamente dimostrati.

Gli aborigeni vivevano in Australia prima che arrivassero gli europei e prima degli stanziamenti britannici. Contrariamente a quanto si era detto e scritto, le terre erano abitate e possedute da popolazioni che ne rivendicavano la detenzione e l'uso secondo vari diritti collettivi di godimento e che non erano affatto acquiescenti all'arrivo dei coloni britannici.

La questione del come i britannici avevano acquisito il possesso di queste terre era abbastanza controversa e oscillava tra due opinioni prevalenti ovvero che gli aborigeni erano dei selvaggi e non meritavano di tenere le loro terre, e che comunque si trattava di terre abbandonate in quanto gli aborigeni non le coltivavano e non le possedevano nel senso di esercitare un diritto di proprietà o *tenure* equiparabile a quello inglese.

---

[7] H. REYNOLDS, *The Law of the Land*, Ringwood, 1987, p. 33.

La diffusione del sistema della *tenure*, in epoca normanna, si manifestava attraverso una concessione da parte del re, unico signore della terra, di diritti di godimento sulla terra stessa a terzi, e questa insieme complesso di relazioni (dominio utile e diretto) si reggeva su un'idea di scambio. La concezione del dominio diviso, calata nell'organizzazione della *tenure*, e quindi in uno scambio di concessione della terra e assunzione dell'obbligo di *fidelitas* e di altri obblighi, tuttavia incontra nel tempo alterne vicende, fino a quando viene promulgato il *Tenures Abolition Act* del 1660, 12 Car 2, c 24[8], che abolì la maggior parte delle forme di proprietà feudale tradizionale. La quarta sezione di tale legge dichiarò specificamente che ogni futura proprietà creata dalla Corona avrebbe dovuto essere una in "free and common socage", cioè priva di qualsiasi pegno di scambio.

Quando alla fine l'Australia ereditò la proprietà feudale inglese, l'unica forma di proprietà che acquisì fu, quindi, quella in "free and common socage"[9]. Il passaggio successivo è dunque quello di comprendere come la *tenure* inglese sia stata estesa all'Australia, entrando a far parte del linguaggio dei colonizzatori e del sistema coloniale in questo Paese. Occorre a questo punto richiamare il *Memorandum* del Privy Council del 1722[10] tratto da un caso anonimo, che chiarisce le tre ipotesi praticabili, ovvero l'insediamento, la conquista o la cessione di un territorio altrui.

Il sistema giudiziario australiano aveva il suo centro e apice a Londra, presso il Privy Council, un tribunale sovranazionale che storicamente si è occupato dei casi sia locali che transnazionali, e in Australia ha sostanzialmente terminato di risolvere appelli quando il Paese ha acquisito una struttura federale ovvero nel 1901, e con la nascita della High Court a Camberra nel 1903. A quest'ultimo tribunale furono riconosciute anche competenze nelle questioni a carattere costituzionale. Dopo un certo dibattito, la soluzione di compromesso trovata era stata quella a livello costituzionale di non consentire i ricorsi a carattere costituzionale al Privy Council, lasciando però l'appello possibile nelle

[8] M. BENNETT, *The English Experience of Feudalism* in EDMUND LEACH, S. N. MUKHERJEE and JOHN WARD (eds.), *Feudalism: Comparative Studies*, 130, 1985, p. 124.

[9] S. HEPBURN, *Disinterested Truth: legitimation of the Doctrine of Tenure Post-Mabo,* in *https://law.unimelb.edu.au/data/assets/pdf_file/0019/1708021/29_1_1.pdf*, p. 3.

[10] Anonymous (1722) 2 P Wms 75, 75–6; M. WALTERS, *British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on Delgamuukw v British Columbia,* in *Queens Law Journal*, 17, 350, 1992, pp. 359-63.

materie civili e criminali. Solo intorno agli anni Settanta del secolo scorso il Privy Council ha accettato che si fosse formato un common law australiano e in buona sostanza, ha fatto un passo indietro. Il ruolo del Privy Council nel sistema giudiziario australiano, finché è durato, ha necessariamente esposto il sistema giudiziario australiano, compresa la High Court, all'influenza delle decisioni inglesi. La fine degli appelli al Privy Council ha aperto l'Australia a una più ampia gamma di influenze internazionali. L'Alta Corte consulta ora regolarmente la giurisprudenza del Canada, Nuova Zelanda, degli Stati Uniti e di altri Paesi di common law e, anche se non con la stessa frequenza, la giurisprudenza dei Paesi di civil law[11]. L'emersione dell'esigenza di una certa uniformità giurisprudenziale è inoltre un altro fenomeno da tenere in considerazione, anche nell'ambito dei problemi emersi sul diritto alla terra degli indigeni.

Si è soliti parlare di tre modi diversi di acquisizione di un territorio. In caso di insediamento su territorio disabitato, i coloni hanno diritto di applicare il loro diritto, quindi il common law. In caso di conquista o cessione la normativa applicabile risultava più o meno la stessa: il re inglese poteva imporre il suo diritto ai popoli sottomessi, e, mentre in caso di cessione la sopravvivenza dei diritti degli indigeni dipendeva dalla tipologia di trattati stipulati, in caso di conquista i diritti degli indigeni rimanevano fino a che non vi fossero state disposizioni specifiche. In linea di principio, quindi, sia in caso di conquista che di cessione, salvo diversa disposizione, il diritto preesistente sopravviveva sulla base del principio di continuità. In genere le corti australiane non hanno preso in seria considerazione l'ipotesi dell'acquisizione per conquista o cessione[12], ma è stata prevalente l'opzione dell'acquisizione per insediamento.

La giurisprudenza australiana, quindi, traeva gli argomenti per sostenere la legittimità dei diritti inglesi sulle terre australiane dal fatto che gli aborigeni non fossero mai stati in possesso delle loro terre, che invece la corona inglese avrebbe poi acquisito. La dottrina inglese richiamata qui è quella di Blackstone, il quale aveva elaborato la dottrina delle terre disabitate[13] nell'ambito della scoperta di

---

[11] M. GLEESON, *The Privy Council – An Australian Perspective*, *https://www.hcourt.gov.au/assets/publications/speeches/former-justices/gleesoncj/cj_18jun08.pdf*.

[12] A questo proposito cfr. Milirrpum v Nabalco Pty Ltd (1971) 17 FLR 141, 243-4 (Blackburn J) ('Milirrpum').

[13] W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Law of England*, Oxford, 1873, p. 7.

un nuovo Paese, dottrina che poi sarebbe stata ripresa dal Privy Council per giustificare proprio la creazione di una colonia *by settlement*.

La concezione dell'acquisizione dell'Australia per insediamento comportava il venir meno del principio di continuità solo in caso di utilizzo di un concetto di insediamento "semplice" e non di "insediamento complesso". Il primo, quello semplice, comportava l'applicazione di un'unica legge, quella inglese, a tutti, aborigeni e coloni, quando la politica e le leggi degli aborigeni non fossero comprensibili o accettabili per gli inglesi. Il concetto di insediamento complesso invece ammetteva un pluralismo ordinamentale e consentiva la persistenza del principio di continuità dei diritti delle popolazioni preesistenti. Il caso fu affrontato a Calcutta, e questa opinione fu espressa da Master Stephen in Freeman contro Fairlie, un caso che riguardava le leggi sulla successione e sulla proprietà a Calcutta. Il Master Stephen dopo avere constatato che l'applicazione del diritto inglese si era data per scontata, aveva ritenuto che fosse giustificata la colonizzazione e applicazione del diritto inglese, riconoscendo però la sopravvivenza del diritto indigeno preesistente[14]. Lo spirito dell'interpretazione complessa fu approvato dal Privy Council nella causa Amodu Tijani.

Ma questo principio complesso dell'insediamento non fu accolto in Australia, che ha invece recepito un concetto di insediamento semplice, che comportava un'immediata applicazione del diritto inglese a tutta la terra. Questa interpretazione è rimasta praticamente immobile fino al *Mabo case*, nonostante vi fossero stati alcuni precedenti interessanti e forse anche incoraggianti. Ad esempio, l'11 maggio 1982, nella causa Koowarta contro Bjelke-Petersen, l'Alta Corte si era pronunciata, sia pure per un voto (4-3), a favore di Wik John Koowarta e contro il governo del Queensland, su questioni di diritti fondiari, diritto internazionale e discriminazione razziale. Nello specifico, nel 1976, Koowarta e altri erano stati bloccati dal governo Bjelke-Petersen dall'acquisto di una stazione di bestiame sulle loro terre ancestrali, utilizzando i fondi della *Aboriginal Land Funds Commission*. Koowarta sosteneva che ciò violava il *Racial Discrimination Act* del 1975 (RDA). In risposta, il governo del Queensland aveva sostenuto l'incostituzionalità del RDA in quanto il Commonwealth non aveva il

[14] (1823) 1 Moo Ind App 305; 18 ER 117. S. HEPBURN, *Disinterested Truth: legitimation of the Doctrine of Tenure Post-Mabo*, cit., p. 8.

potere costituzionale di annullare l'azione dello Stato. La Corte Suprema ha stabilito che il Commonwealth può utilizzare il suo potere in materia di affari esterni per approvare leggi nazionali al fine di adempiere agli obblighi previsti da un trattato internazionale (la Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale), ritenendo costituzionale il RDA e la sua applicazione[15].

Nonostante alcuni precedenti incoraggianti, e, alcuni importanti progressi come l' *Aboriginal Land Rights Act (NT)* del 1976, il *Mabo case* resta un punto fondamentale nella definizione del *native title*, rispetto alle dinamiche possessorie della terra in Australia.

Spesso si è fatto riferimento alla dottrina di Blackstone e alla sua applicazione in Australia, a proposito del concetto di *tenure* e di terre disabitate. In realtà anche per Blackstone, come si è visto, occorreva distinguere tra la coltivazione di terre disabitate e la sistemazione dei coloni su terre già abitate scacciando e uccidendo i nativi indigeni. La natura selvaggia, inoltre, degli indigeni che li avrebbe resi immeritevoli di fare uso della propria terra non era accettabile per varie ragioni: era stata usata durante le Crociate e poi abbandonata e non impiegata più già a partire dalla dottrina spagnola; lo segnalava ad es., Vitoria[16]. La giustificazione della Conquista come processo di acquisizione di tipo coloniale che ha rappresentato un modello sul piano istituzionale e giuridico, aveva quindi altre basi. A dispetto dei luoghi comuni, e delle naturali differenze tra inglesi e aborigeni, l'organizzazione sociale di questi ultimi era molto più complessa di quanto si credesse e le relazioni con l'ambiente circostante fitte di legami spirituali, fisici e morali che andavano ben oltre l'agricoltura ed il pascolo.

L'impiego del concetto di *terra nullius* fu dunque rivolto alla distorsione della sua nozione giuridica. Il moderno concetto di *terra nullius* presuppone una concezione di proprietà che non esisteva nel diritto romano, e che durante l'età di diritto comune corrispondeva alla nozione di dominio diviso (*dominium* utile e diretto). La nozione di *terra nullius* è da sempre oggetto di discussioni dottrinali

---

[15] J. HAUGHTON, *An unsettling decision: a legal and social history of native title and the Mabo decision*, in *https://www.aph.gov.au/About_Parliament/Parliamentary_departments/Parliamentary_Library/pubs/rp/rp2223/Mabo#:~:text=The%20Mabo%20Case%20challenged%20the,in%201788%20(terra%20nullius).*

[16] F. DE VITORIA, *Relectio de Indiis*, 1538, Madrid, 2012.

quando usata per giustificare la conquista di terre già occupate da abitanti preesistenti. Il suo impiego è, comunque lo si voglia considerare, offensivo per le popolazioni indigene.

Lo *ius gentium* aveva con questa nozione fornito a sua volta le categorie concettuali per la diffusione del colonialismo e dell'imperialismo. Si utilizzavano i concetti come quello di *res communes,* di *res nullius* e *terrae nullius* per dare una giustificazione teorica ed ex post, delle conquiste coloniali. Tuttavia, non si trattava più del vecchio bagaglio concettuale romanistico, ma invece delle nuove elaborazioni dell'età di diritto comune e della sua dottrina. «From the 1620s to the 1680s in Britain, and then in North America, Australia[17] and Africa well into the Nineteenth century, the argument from vacancy (vacuum domicilium) or absence of ownership (terra nullius) became a standard foundation for English and, later, British dispossession of indigenous»[18]. Questa considerazione è di Armitage, cui si deve anche l'idea di comparare, per poter avere una visione coerente dell'applicazione del concetto di *terra nullius*, la conquista spagnola a quella australiana (oltre alle operazioni coloniali francesi in Africa). Questa analogia tra le due forme di colonialismo è peraltro confermata anche da Raffaele Volante, secondo il quale gli scopi del colonialismo britannico erano gli stessi di quello spagnolo, anche se perpetrati con strumenti giuridici differenti e precipui, in relazione alla terra[19].

Un altro argomento usato contro il legittimo possesso della terra degli aborigeni era quello dell'assenza di una nazione australiana di tipo aborigeno: in effetti gli aborigeni appartenevano a clan diversi e abitavano in zone anche molto distanti ed inospitali, La loro natura tendenzialmente nomade inoltre avvalorava, in una logica predatoria, la giurisprudenza australiana di disconnessione degli aborigeni rispetto alle loro terre. Era stato impossibile quindi trattare con loro

[17] S. BANNER, *Why Terra Nullius? Anthropology and Property Law in Early Australia*, in *Law and History Review,* 23 (1) 2005, p. 95. V. anche S. BANNER, *How the Indians Lost Their Land: Law and Power on the Frontier*, Cambridge, 2005.

[18] D. ARMITAGE, *The Ideological Origins of the British Empire*, Cambridge, 2000.

[19] R. VOLANTE, *La proprietà aborigena tra esclusività e sovranità (A proposito di Ulla Secher, Aboriginal Customary Law: A Source of Common Law Title to Land, Oxford, 2014 e Corte Suprema del Canada, Tsilqot'in Nation versus British Columbia)*, in *Quaderni fiorentini*, 45, 2016, p. 720. L'impostazione del lavoro di Secher risulta su certi fronti piuttosto datato, anche nella terminologia. Attualmente, infatti, la storiografia e la dottrina giuridica più sensibili alle vicende dei diritti degli aborigeni, evitano il ricorso alla formula Aboriginal Customary Law, preferendo parlare, di Aboriginal Law.

in maniera legittima, come si sarebbe potuto fare sulla base del diritto internazionale, perché non c'era una nazione e mancava un diritto. La derubricazione del diritto degli aborigeni a mere consuetudini, vincolanti solo all'interno del gruppo e comunque non rilevanti se non riconosciute dal diritto inglese, riportava la questione dello spossessamento nell'ambito del common law e di una prospettiva giuridica occidentale.

Nel corso del secolo XIX inoltre la dottrina internazionalistica in Europa riconosce una sorta di dovere sociale a proposito dei Paesi che iniziavano imprese coloniali, ispirandosi al modello francese[20] che sottolineava l'importanza del ruolo degli stati colonialisti di istruzione, educazione e miglioramento delle condizioni di vita degli indigeni, poggiando sull'idea di indigeni antropofagi i cui sovrani erano dei tiranni contro i quali era necessario difendere i loro stessi sudditi.

Un'altra risposta comune al problema di trovare una base giuridica all'espropriazione degli aborigeni era la conquista. Tuttavia, questa non fu mai riconosciuta e si sostenne che il possesso inglese del territorio australiano fosse fondato su un diritto di occupazione (*right to possession*).

Molto probabilmente il momento cruciale per la legittimazione della conquista inglese dell'Australia e lo spossessamento degli aborigeni fu, secondo Reynolds, quello della istituzione del *Protector* degli aborigeni. Siamo nell'Australia del sud, il dibattito sui diritti degli aborigeni e sulla necessità di tutelarli si accende infatti tra il 1835 e il 1836, e finisce per maturare proprio nella istituzione di questa figura.

Negli anni tra il 1835-36 inizia una discussione riguardante l'insediamento dell'Australia Meridionale. Secondo la ricostruzione di Reynold, il 2 gennaio 1836, il colonnello Robert Torrens, presidente della Commissione per la colonizzazione dell'Australia Meridionale, e John Hindmarsh, governatore eletto della colonia ancora da fondare, furono convocati al Colonial Office per incontrare il Segretario di Stato per le Colonie, Lord Glenelg. Solo Torrens si recò poi da Glenelg, e raccontò a Hindmarsh che «l'unica difficoltà era che il Segretario di Stato insisteva sul fatto che i diritti degli aborigeni dovessero essere adeguatamente tutelati, ma che lui [il colonnello] non vedeva come superare la

[20] A.L. CONKLIN, *A Mission to Civilize: The Republican Idea of Empire in France and West Africa. 1895-1930*, Stanford, 1997, p. 2 s.

difficoltà». Quattro giorni dopo la discussione nel Colonial Office, Torrens comunicò la notizia a una riunione della sua Commissione di colonizzazione. Il Libro delle Lettere della Commissione di Colonizzazione riportava infatti che: «Lord Glenelg aveva espresso il desiderio che i Commissari preparassero un piano per garantire i diritti degli aborigeni, piano che avrebbe dovuto includere la nomina di un ufficiale coloniale da chiamare Protettore degli aborigeni, e disposizioni per l'acquisto delle terre dei nativi»[21].

Del resto, la modalità dell'acquisizione non era mai stata esplicitata sul piano concettuale, finché non si verificarono casi giudiziari che spinsero ad alcune dichiarazioni ed ammissioni.

Così, nel caso Attorney General v. Brown, gli avvocati di parte (Brown) sfidarono la corona a giustificare come fosse possibile per questa essere entrata nel possesso della terra oggetto di disputa e la risposta era stata che non esisteva un diritto[22] e richiamando *the law of nations*, evidenziava come «the dominion was held because the aborigines were unable to assert their rights». Anche se la conquista spiegava la sovranità britannica sull'Australia, quello che non si capiva era come fosse avvenuta la confisca di tutta la terra, fatto che si verificava rispetto ai vinti solo nell'antichità.

Anche volendo richiamare il concetto di prescrizione per fondare un titolo legittimo di proprietà dei bianchi sulla terra, restava il problema dell'acquiescenza degli indigeni, che erano i proprietari originari. Tuttavia, il numero assai elevato di morti, conseguenti alle reazioni all'occupazione europea, stava a dimostrare la non acquiescenza. Dal 1788 in poi la sovranità britannica era un fatto acquisito, ma la spiegazione di questo fatto non era assolutamente univoca. Indubbiamente, quello che gli Inglesi portarono con loro fu la tradizione feudale per cui la terra era del re. Questo concetto, secondo il quale la terra in origine era del sovrano, aveva come conseguenza che sempre a questi spettava di concederne il godimento secondo il sistema feudale.

[21] H. REYNOLDS, *"The Law of the Land" (1987) Aboriginal Law*, in *Aboriginal Law Bulletin*, 71, 1987, p. 29.

[22] H. REYNOLDS, *The Law of the Land*, cit., p. 37.

3. In contrasto con il pluralismo giurisdizionale inglese, il common law divenne per i colonizzatori il diritto prevalente nelle colonie e in special modo nel *New South Wales*: le tre corti centrali di common law e le altre corti inglesi non rappresentarono un ostacolo al processo di centralizzazione della giurisdizione di common law che si attuò prima presso le colonie e poi nel resto del Paese, mentre in Australia occorre attendere il 1814 perché si chiarisca il riconoscimento dell'equity[23]. Il common law era riconosciuto in maniera univoca come diritto della colonia australiana (*law of the land*) e si applicava non solo ai colonizzatori (*colonists*) ma anche agli abitanti indigeni: in questo modo la giurisdizione del common law su tutta la popolazione senza distinzioni era riaffermata dalla Corte suprema del *New South Wales* come diritto della terra e non come diritto personale dei colonizzatori inglesi.

Mentre il common law in altre zone del mondo, come in Nord America si sviluppava in altre direzioni, in Australia persisteva l'idea che il common law avesse giurisdizione su tutti gli abitanti. In questo modo non si lasciava spazio al diritto aborigeno.

Al contrario, Marshall agli inizi dell'Ottocento aveva posto le basi per l'edificazione del concetto di *native title*. John Mashall era *Chief Justice* presso *l'American Supreme Court* tra il 1810 e il 1835. In una serie di casi famosi, Marshall aveva enunciato i principi base di *native or indian title*.

1. Il concetto di *native title* era basato sul principio della priorità nel possesso. Gli indiani furono ammessi ad essere i giusti occupanti del suolo.
2. Il titolo di *native* non dipendeva dal *settlement* o da uno specifico uso. L'agricoltura non era mai stato un prerequisito.

Tuttavia, è noto che il *common law* australiano non ha recepito questa giurisprudenza né si è ad essa allineato. Inoltre, non era riconosciuto il diritto indigeno come vero diritto. Mabo fu la prima persona che pose il problema del complesso normativo degli aborigeni come diritto indigeno vero e proprio. Come conseguenza di questo approccio, il riconoscimento del *native title* è stato un momento importante. Il concetto di *native title* previsto in questo caso ha avuto successo presso l'Alta Corte (*Mabo v. Queensland*, n. 2) ed è stato

[23] S. DORSETT, *Since Time Immemorial: a Story of Common Law Jurisdiction, Native Title And The Case Of Tanistry*, in *Melbourne University Law Review*, 26 (1) 2002, p. 19.

riconosciuto come una forma di titolo nativo derivante dal diritto tradizionale aborigeno.

Il fatto che i diritti tradizionali degli indigeni sulla terra fossero preesistenti e, a certe condizioni, sopravvissuti alla sovranità britannica, è stato riconosciuto dal common law australiano, grazie al superamento del concetto di *terra nullius* - la dottrina giuridica prevalente sul fatto che l'Australia fosse terra di nessuno sin dall'insediamento britannico nel 1788 – e al riconoscimento che si trattasse di una finzione sviluppata durante l'espansione dell'Impero britannico in tutto il mondo.

Nel corso dei secoli, i popoli indigeni hanno sviluppato un rapporto profondo con le loro terre e i loro territori. Nonostante questo attaccamento a lungo termine alle loro terre tradizionali, i popoli indigeni si trovavano spesso ad affrontare lo spostamento forzato e la perdita di accesso ai loro territori ancestrali. Dall'epoca della colonizzazione fino allo sfruttamento delle ricchezze naturali presenti nei loro territori, i popoli indigeni sono stati espropriati delle loro terre. Storicamente, il rapporto dei popoli indigeni con le loro terre è stato ignorato da altri attori più potenti e il diritto internazionale ha svolto un ruolo importante in questa storia di espropriazione territoriale. In molte occasioni i rappresentanti delle popolazioni indigene si sono avvicinati al palcoscenico internazionale alla ricerca di formule efficaci di coesistenza reciproca, anche se è solo negli anni più recenti che sono riusciti a far valere con successo i propri diritti.

La terra deve essere accettata come elemento vitale della cultura indigena. Come ha affermato Malezer, leader aborigeno australiano: «La nostra rivendicazione di un'identità globale si basa sulle nostre antiche culture e sulle relazioni vitali con i nostri territori, in contrasto con la modernità»[24]. Nel corso dei secoli, i popoli indigeni hanno sviluppato un rapporto profondo con le loro terre e i loro territori. Nonostante questo attaccamento a lungo termine alle loro terre tradizionali, i popoli indigeni si trovano spesso ad affrontare lo

[24] L. MALEZER, *Permanent Forum on Indigenous Issues: 'Welcome to the Family of the un,'* in *Indigenous Peoples and Human Rights*, 2005, p. 67.

spostamento forzato e la perdita di accesso ai loro territori ancestrali, sin dall'epoca della colonizzazione[25].

Tradizionalmente, il diritto internazionale riconosceva cinque diverse forme di acquisizione territoriale: l'occupazione, la prescrizione, la cessione, l'accrescimento e la conquista. Per quanto riguarda le teorie di acquisizione dei territori indigeni, sono emerse due categorie principali: in primo luogo l'acquisizione per conquista e in secondo luogo l'acquisizione dei cosiddetti territori legalmente "vuoti". Secondo il primo approccio, la logica era che i popoli indigeni esistevano ma erano "selvaggi"; pertanto, le potenze coloniali imperiali erano superiori, il che si traduceva giuridicamente nel diritto di conquista. Secondo il secondo approccio, le popolazioni indigene non esistevano legalmente, quindi i loro territori erano aperti alla colonizzazione[26].

La causa di questa sorta di rimozione dei diritti degli indigeni ed in particolare del diritto alla terra si collega all'evoluzione di tre dottrine, il cui sviluppo è stato ritenuto collegato; la dottrina della *terra nullius*, il requisito dell'"occupazione effettiva" e la dottrina dell'*uti possidetis*. Queste norme implicavano il rifiuto dei diritti territoriali delle popolazioni indigene negando l'esistenza legale delle rivendicazioni indigene sui loro territori[27]. Secondo il diritto internazionale, per Gilbert, l'occupazione è «l'atto di appropriazione da parte di uno Stato con il quale questo acquisisce intenzionalmente la sovranità su un territorio che in quel momento non è sotto la sovranità di un altro Stato»[28]. Come aggiunsero Jennings e Watts: «L'unico territorio che può essere oggetto di occupazione è quello che non appartiene già ad alcuno Stato, sia esso disabitato, sia abitato da persone la cui comunità non è considerata Stato»[29]. In questo senso, le dottrine della *terra nullius*, occupazione effettiva e *uti possidetis*, si legano ad una *fictio* per la quale la terra occupata dai *settlers* era inutilizzata prima che arrivassero i coloni. Questa *fictio* presuppone anche una "incapacità" da

---

[25] *Indigenous Peoples' Land Rights under International Law From Victims to Actors*, Second Revised Edition By Jérémie Gilbert, Leiden-Boston, 2016, p. 1 ss.

[26] *Indigenous Peoples' Land Rights under International Law From Victims to Actors*, cit., p. 17

[27] J. GILBERT, *Indigenous Peoples' Land Rights under International Law: From Victims to Actors*, New York, 2006, p. 88 ss.; MICHEL MORIN, *L'Ursupation de la Souveraintè Autochtone,* Montréal, 1997.

[28] J. GILBERT, *Indigenous Peoples' Land Rights under International Law: From Victims to Actors*, cit., p. 89.

[29] R.Y JENNINGS, A. WATTS, *Oppenheim's International Law*, 1996.

parte degli aborigeni di vivere secondo standard occidentali e di relazionarsi ai beni sempre secondo il diritto occidentale.

4. Le popolazioni aborigene e quelle isolane dello Stretto di Torres nella Costituzione australiana del 9 luglio del 1900 risultano destinatarie di norme speciali a sfondo discriminatorio. Il 27 maggio 1967, infatti, la Costituzione fu modificata attraverso un referendum con una maggioranza del 90,77% di sostegno, per modificare la Sezione 51 (xxvi) relativa i poteri legislativi del Parlamento, per rimuovere la frase "diverso dalla razza aborigena in qualsiasi Stato" in cui si prevedevano leggi speciali per gli aborigeni e rimuovere completamente la sezione 127, secondo la quale «Nel computo della popolazione della Confederazione o d'uno Stato o d'altra parte qualsiasi della Confederazione non saranno contati gli aborigeni».

Questi emendamenti consentirono alle popolazioni aborigene e isolane dello Stretto di Torres di essere conteggiate come parte della popolazione nazionale e al governo del *Commonwealth* di emanare leggi per loro.

Il diritto di voto era stato nel frattempo concesso dalla legislazione del Commonwealth nel 1962. Inoltre, mancava il riconoscimento dei popoli aborigeni e quelli delle isole dello Stretto di Torres come i primi popoli dell'Australia. Ciò è avvenuto con la decisione dell'Alta Corte del 1992, Mabo (n. 2), che ha ribaltato la nozione di *terra nullius* (terra non occupata prima della colonizzazione) e ha riconosciuto la relazione passata e continua che gli aborigeni e gli isolani dello Stretto di Torres hanno con la terra australiana.

Nel 1982, un gruppo di abitanti delle isole Murray di Torres Strait, presentarono un'azione presso l'Alta Corte contro il Queensland, per dimostrare che i *Meriam* possedessero sopra le terre da loro abitate (terre di cui erano i *traditional owners*), un *native title*. Il caso, è divenuto poi noto come *Mabo case*. Deve infatti, il nome a Eddie Mabo, uno dei cinque ricorrenti, indigeni (Eddie Koiki Mabo, Reverend David Passi, Sam Passi, James Rice e Celuia Mapo Sale), che per primo riuscì ad evidenziare, proprio nel corso del processo, come il diritto aborigeno esistesse[30].

[30] M. LANGTON, A. CORN, *The way of the Ancestors*, Port Melbourne, 2023, p. 11.

Il caso inizia proprio nel 1982, quando i cinque ricorrenti decidono coraggiosamente di combattere a livello processuale un sistema che non li riconosceva come titolari delle terre ancestrali che abitavano da sempre. Nel 1986 la questione viene inviata di fronte alla Suprema Corte.

Il *Mabo case* n. 1 è quel procedimento in cui non si decide sul *native title*, ma in ogni caso si dichiara che il *Declaratory Act* del 1985 fosse in contrasto con il *Racial Discrimination Act* del 1975. Infatti, dopo l'approvazione da parte del Queensland del *Queensland Coast Islands Declaratory Act* del 1985 - un atto del Parlamento del Queensland, con cui si voleva intenzionalmente abolire in maniera retroattiva il *native title* dei *Torres Strait Islanders* relativo alle isole costiere del *Queensland*, ovvero le *Murray Island* - Mabo e altri *Meriam* impugnavano l'atto di fronte all'Alta Corte. I *Meriam*, popolazione indigena che abitava tradizionalmente queste isole, infatti ne avevano rivendicato appunto la proprietà di tipo collettivo alcuni anni prima. L'Alta Corte riconobbe la violazione da parte del *Queensland Coast Island Declaratory Act del* 1985 del RDA e la violazione dei diritti umani conseguente, rimettendo poi la questione di fatto alla Suprema Corte del Queensland. Dopo alcune approfondite ricerche sulle leggi aborigene e il territorio, la questione fu riproposta alla Suprema Corte che la riassunse il 20 marzo del 1991.

È invece proprio nel corso di *Mabo v. Queensland* (n. 2) che si affronta la questione direttamente nel merito, anche su un piano storico, ovvero la questione sui diritti degli aborigeni rispetto alle terre che reclamavano.

Il Mabo case rappresenta un essenziale luogo di incontro tra la storia e il diritto, sia per evidenziare come i giudici e i tribunali in generale usano la storia, sia per sottolineare la metodologia usata dagli storici e le sue conseguenze[31].

Il punto di partenza è stato ovviamente il concetto di *terra nullius*, concetto che i giudici sono stati disposti a ritenere non applicabile. Si parte dalla considerazione della terra australiana e del rapporto tra questa e la Corona inglese: un rapporto incontestabilmente fondato sul concetto di *radical title*,

[31] A. REILLY, A. GENOVESE, *Claiming the Past: Historical Understanding in Australian Native Title Jurisprudence*, in *Indigenous Law Journal*/Volume 3/Fall 2004, p. 20. C. CHOO & S. HOLLBACH, eds., *History and Native Title: Studies in Western Australian History*, vol. 23, Perth, University of Western Australia Press, 2003; M. PAUL & G. GRAY, eds., *Through A Smoky Mirror: History and Native Title*, Canberra: Aboriginal Studies Press, AIATSIS, 2002.

ovvero su un concetto di proprietà di stampo feudale, per cui in generale la terra apparteneva alla Corona inglese.

Il sistema della *tenure* fu quello ampiamente impiegato anche prima della Conquista normanna, per cui la terra doveva comunque essere "retta" da qualcuno. Il feudalesimo con le sue divisioni delle persone libere in signori e uomini, ed il re come signore generale si combinò in un secondo momento con la prevalenza di proprietà terriere dipendenti. Non sembra possibile individuare un momento della storia inglese in cui alcuni uomini liberi non possedevano terre concesse dai loro signori, né stabilire il momento in cui questo divenne la normalità. Già nell'ultima parte del IX secolo c'era tuttavia una classe considerevole di liberi tenuti a lavorare sulle terre altrui e questo lavoro era accessorio alla loro proprietà[32].

Quando ebbe inizio l'espansione coloniale inglese, la dottrina della *tenure* aveva perso già il suo ruolo centrale, dopo che lo *Statute Quia emptores terrarum* (1290) aveva disciplinato le modalità della cessione della terra e contrastato la subinfeudazione[33] al fine di evitare una eccessiva parcellizzazione dei territori. La dottrina della *tenure*, in buona sostanza, alla luce di questo *Statute*, fu rivitalizzata e riprese vita nelle colonie, dove comportava un rapporto diretto tra il sovrano concedente e i singoli coloni.

Questa sorta di seconda vita della *tenure* è in realtà considerata una *fictio*, che sarebbe stata usata per poter acquistare terre ricche di risorse, superando il problema degli aborigeni.

Il tema della conquista quindi, si intreccia inesorabilmente con il concetto rinnovato di *terra nullius* e con quello di *tenure*, anch'esso rivisitato.

Apparentemente non ci sono motivi per non ritenere che l'Australia sia stata conquistata dagli inglesi. Questa conclusione non può essere data per scontata, perché in realtà il tema della conquista dei territori australiani è un piano piuttosto scivoloso: nei fatti si tratta di un qualcosa che è avvenuto ma che non è stato esplicitamente ammesso. Sembrava infatti più adeguato, anche in termini politici, ritenere che la maggior parte dei territori australiani fosse stata acquisita perché abbandonata. La stessa Suprema Corte propendeva per

[32] F. W. MAITLAND, F. POLLOCK, *The History of English Law before the Time of Edward I*, vol. I, cap. I.

[33] R. VOLANTE, *La proprietà aborigena tra esclusività e sovranità*, cit., p. 723.

l'opzione non di *conquered*, bensì di *settled Colony*. Il presupposto della *settled Colony* avrebbe dovuto essere in realtà il fatto che la terra fosse disabitata, il che non era.

Ma in assenza di una previsione normativa esplicita, era possibile anche configurare questa ipotesi. Proprio fondandosi sulla dottrina della *tenure*, in definitiva l'ultimo proprietario della terra in Australia era la Corona (*Paramount lord*). Ma il modo in cui i giudici interpretarono questa dottrina nel *Mabo case*, fu diverso dal passato. In buona sostanza, si ritenne che la dottrina inglese della *tenure* non fosse applicabile sic et simpliciter in Australia, perché occorreva distinguere tra l'idea di universale appartenenza della terra alla Corona, le garanzie che la corona dava ai coloni sulla terra e la sovranità. Nel momento in cui la Corona inglese acquisiva i suoi diritti di sovranità, si escludevano i proprietari originari della terra, cioè le popolazioni indigene a favore e garanzia dei coloni. In buona sostanza la *fictio* per cui tutta la terra fosse nel possesso del re, in forma di dominio eminente, era accettabile in una realtà come quella inglese feudale, ma poco adatta alla realtà australiana[34] dove invece esistevano precedenti proprietari della terra.

Il *radical title* o dominio eminente della Corona inglese, pur sempre riconosciuto nel corso del *Mabo case* II, coesiste quindi con il *native title* australiano che però è il prodotto di due ordinamenti giuridici molto diversi, quello di common law e quello aborigeno. La Corte suprema ha quindi indicato una concezione della proprietà maggiormente rappresentativa. In effetti, secondo alcuni, il *native title* ha uno statuto molto ambiguo, trovandosi in quella sorta di terra di mezzo collocata tra il common law e l'Aboriginal law[35], o meglio tra il common law e le molteplici giurisdizioni indigene[36]. Ma è soprattutto grazie alla sezione 223 del Native Title Act 1993 (Cth) ('NTA') che si esprime questo punto di incontro, sezione che definisce il native title: «The expression native title or native title rights and interests means the communal, group or individual rights

[34] U. SECHER, *The Mabo Decision – Preserving the Distinction between 'Settled' and 'Conquered or Ceded territories'*, in *Australian Legal Information Institute*, *University of Queensland Law Journal*, 2, 2005.

[35] N. PEARSON, *The Concept of Native Title at Common Law* in *Galarrwuy Yunupingu (ed)*, *Our Land Is Our Life: Land Rights - Past, Present and Future*, 154, 1997, p. 150.

[36] S. MC VEIGH, S. NAGHDORSETT, *Conduct of Laws: Native Title, Responsibility and some limits of jurisdictional thinking*, *https://law.unimelb.edu.au/data/assets/pdf_file/0017/1700171/36_2_4.pdf*

and interests of Aboriginal peoples or Torres Strait Islanders in relation to land or waters, where[37]:

(a) the rights and interests are possessed under the traditional laws acknowledged, and the traditional customs observed, by the Aboriginal peoples or Torres Strait Islanders; and

(b) the Aboriginal peoples or Torres Strait Islanders, by those laws and customs, have a connection with the land or waters; and

(c) the rights and interests are recognized by the common law of Australia».

L'espressione native title o diritti e interessi del titolo stesso indica i diritti e gli interessi comuni, di gruppo o individuali dei popoli aborigeni o degli abitanti delle isole dello Stretto di Torres in relazione alla terra o alle acque. Sembra difficile individuare il terreno comune tra i due tipi di diritti, anche partendo da questa sezione intesa come territorio condiviso di lavoro.

Quando l'Alta Corte australiana ha assunto questa famosa decisione, il 3 giugno del 1992, ha segnato un momento fondamentale nel riconoscimento dei diritti dei traditional owners, ovvero dei *Meriam* rispetto alle loro terre: "That the Meriam people are entitled as against the whole world to possession, occupation use and enjoyment of the island of Mer"[38]. Senza mettere in discussione l'acquisizione di queste terre da parte degli inglesi, atto che nessuna corte australiana avrebbe potuto giudicare, metteva in discussione il concetto di Australia come terra nullius: i Meriam come gli altri popoli originari erano riconosciuti come abitanti tradizionali organizzati in gruppi e società autonome.

Negli anni successivi al *Mabo case* le discussioni e le polemiche hanno continuato a circondare l'edificazione del concetto del *native title* in Australia, i suoi confini e la sua rilevanza giuridica, anche se in generale, la situazione pure sul piano dell'opinione pubblica sembra essere sempre più rispettosa dell'identità e dei diritti degli aborigeni intesi come primi abitanti del Paese, basta pensare al sostegno che ha avuto l'*Uluru Statement from the heart*, con cui nel 2017 sono state richieste e supportate alcune proposte di riforma costituzionali. Nel 2023 il Paese è andato al voto, relativamente al seguente

[37] *Ivi*, p. 480.

[38] P. RUSSEL, *Recognizing Aboriginal Title. The Mabo Case and Indigenous Resistance to English-Settler Colonialism*, Toronto, 2005, p. 247.

quesito: “To alter the Constitution to recognise the First Peoples of Australia by establishing an Aboriginal and Torres Strait Islander Voice”. La proposta non ha avuto la maggioranza dei voti necessaria.

Oltre al fallimento del referendum, non sono mancati altri episodi sconfortanti, come la distruzione della Juukan Gorge nel 2020: sono infatti stati fatti esplodere i rifugi rocciosi di Juukan Gorge, risalenti a 46.000 anni fa, nel Pilbara del WA, da parte del gigante minerario Rio Tinto nel maggio 2020, nonostante i tradizionali proprietari fossero contrari per le testimonianze che le grotte contenevano circa il legame tra queste popolazioni e la terra.

Oxford, Regno Unito, febbraio 2025

Abstract

Il saggio, partendo dalla nozione di *feudal tenure*, e di *terra nullius*, descrive il percorso di affermazione dei diritti alla terra degli aborigeni australiani fino al *Mabo case*. Il diritto alla terra inteso nella sua dimensione di diritto collettivo è stato oggetto di scontri e discussioni a partire dalla Conquista spagnola del cosiddetto Nuovo Mondo. In questo articolo si delineano le principali tappe della formazione di un diritto alla terra, sia in relazione al processo di colonizzazione sia in rapporto alle sue conseguenze nella fase di decolonizzazione in special modo in Australia, usando come chiave di interpretazione il *Mabo case*, processo fondamentale per l'emersione del *Native title*, concetto già diffuso nel *Common Law* ma non ancora accolto nel diritto australiano fino appunto al *Mabo case*.

The essay, starting with the notion of feudal tenure, and terra nullius, describes the path of Australian Aboriginal land rights claims until the Mabo case. The right to land as a collective right has been the subject of debate and discussion since the Spanish Conquest of the so-called New World. This article outlines the main stages in the formation of a right to land, both in relation to the process of colonisation and in relation to its consequences in the phase of decolonisation, especially in Australia, using the Mabo case as a key to interpretation, a fundamental process for the emergence of Native title, a concept already widespread in Common Law but not yet accepted in Australian law until the Mabo case.

Keywords

Proprietà collettiva
Native title – Tenure – Aboriginal Law – *Mabo Case*

PAOLO BIANCHI*

La lotta dei Sámi per la difesa delle loro terre e del patrimonio culturale: recenti sviluppi in Svezia e Norvegia[**]

Sommario: 1. I diritti dei *Sámi* negli ordinamenti nordici. Un quadro generale. – 2. Il caso *Girjas*: il diritto consuetudinario internazionale quale fondamento della consuetudine interna. – 3. Il caso *Fosen*: l'uso delle risorse come diritto culturale. – 4. Il caso *Karasjok*: una semplice controversia sulla proprietà dei terreni?

1. Nell'estremo Nord europeo le controversie intorno alla titolarità delle terre, agli usi collettivi e alla realizzazione di opere di interesse pubblico conoscono un periodo di grande diffusione, che coincide con il risveglio delle pretese di autodeterminazione della comunità *Sámi*, alle quale ha fatto seguito un approccio fermo sia sul piano delle rivendicazioni politiche, sia su quello della tutela in sede giurisdizionale dei diritti ancestrali di quel popolo.

I *Sámi*[1] sono nomadi che vivono in un vasto territorio a cavallo tra Finlandia, Norvegia, Svezia e Russia. Poiché dipendono dalla caccia e dall'allevamento delle renne, l'affermazione del potere statale sui territori che essi occupano ne ha determinato la progressiva emarginazione, almeno fino a tempi relativamente recenti.

La loro condizione sul piano normativo risente della complessità legata, innanzitutto, alla natura consuetudinaria delle norme *Sámi*, che regolano da tempo immemorabile i rapporti interni alle comunità e le modalità di

---

* *Professore ordinario di Diritto pubblico comparato presso l'Università di Camerino.*

** Testo ampliato e con note della relazione svolta in occasione del Convegno Demania. Domini collettivi e usi civici (Camerino 21-22 maggio 2024) (Prin 2024 - Finanziato dall'Unione europea-Next Generation EU, Missione 4 Componente 1 CUP J53D23005940006)).

Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review.

[1] In italiano sono più conosciuti come "lapponi", dai termini *lap*, oppure *lapps*: da un lato tali espressioni si riferiscono non tanto al popolo quanto al nome comunemente accettato per l'area in cui esso vive, *Lappland* in svedese, *Lappi* in finlandese. In Norvegia dall'antichità erano chiamati *finnar*, e ancora oggi la vasta contea nella quale vivono è il Finnmark.

Dall'altro lato le denominazioni sopra richiamate sono state attribuite ad essi dai popoli confinanti, con una vaga connotazione dispregiativa, riferita alla condizione di selvaticità. I *Sámi*, traslitterazione del nome *sámit* o *sápmelaš* nella lingua locale, traggono la propria denominazione dal territorio di origine, che nella loro lingua è il *Sápmi*.

allevamento delle renne[2]. La difficoltà di accertare il contenuto di tali norme e, soprattutto, le relazioni tra esse e le fonti statali generano la maggior parte dei conflitti tra le comunità locali e le istituzioni.

Tale aspetto è reso ancor più controverso dalla frammentazione territoriale, dato che il rapporto non è posto tra le norme consuetudinarie e le fonti di uno stato, ma tra le prime – a loro volta variabili a seconda dell'area di riferimento – e le disposizioni dei quattro stati interessati, in un contesto in cui gli individui interessati si muovono attraverso le frontiere[3].

L'ultimo elemento di cui tener conto – di particolare rilievo in almeno due delle decisioni che analizzeremo – è il diritto internazionale, in particolare il patto internazionale sui diritti e politici del 1966 e la convenzione ILO-169 sui popoli indigeni e tribali del 1989, ratificata dalla Norvegia ma non dagli altri stati nordici[4].

---

[2] Sullo sviluppo dell'attuale società, basata sull'allevamento delle renne, e sulla formazione del *corpus* di diritto consuetudinario relativo alla gestione delle risorse, in un arco temporale che va dalla metà del '500 alla fine del '700, v. l'ampio studio di J. LARSSON e E.-L. PÄIVIÖ SJAUNJA, *Self-Governance and Sámi Communities. Transitions in Early Modern Natural Resource Management*, London, 2022.

Più specificamente, sui contenuti del diritto consuetudinario e i suoi rapporti con le fonti politiche statali cfr. K. Å MODÉER, *Sámi Law in Late Modern Legal Contexts*, in C. ALLARD, S. FUNDERUD SKOGVANG (eds.), *Indigenous Rights in Scandinavia. Autonomous Sámi Law*, London – New York, 2015, p. 37 ss.; C. ALLARD, *Some Characteristic Features of Scandinavian Laws and their Influence on Sámi Matters*, ivi, p. 49 ss.; S. FUNDERUD SKOGVANG, *Samerett*, Oslo, 2017; K. LABBA, *Sámi Law: A Methodological Approach*, in *Arctic Rev. on Law and Politics*, vol. 11, 2020, p. 215 ss.

[3] Per ricostruzioni complessive e ulteriori riferimenti sulla cultura *Sámi* v. M. AHRÉN, *Indigenous peoples' culture, customs, and traditions – The Saami people's perspective*, in *Arizona Journ. Int. & Comp. Law*, Vol 21, n. 1, 2004, p. 64 ss.; D. BUNIKOWSKI, *Indigenous peoples, their rights and customary laws in the North: the case of the Sámi people*, in *NGP Yearbook*, 2014, p. 75 ss.; C. ALLARD, S. FUNDERUD SKOGVANG (eds.), *Indigenous Rights in Scandinavia: Autonomous Sámi Law*, London, 2017.

[4] Può essere considerata sintomatica di un cambiamento di prospettiva la scelta dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite di svolgere un'indagine sulle condizioni di vita e la tutela dei diritti dei *Sámi*, culminata nel rapporto di S.J. ANAYA, *Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights and Fundamental Freedoms of Indigenous People: The situation of the Sámi people in the Sápmi region of Norway, Sweden and Finland*, New York, 2011. L'indagine è stata ripetuta nel 2016: cfr. SPECIAL RAPPORTEUR ON THE RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLES, *Report on the human rights situation of the Sámi people in the Sápmi region of Norway, Sweden and Finland*, 9 agosto 2016, che può leggersi a https://www.refworld.org/reference/regionalreport/unhrc/2016/en/112121

Sui profili di diritto internazionale v. G. ALFREDSSON, *Human Rights and Indigenous Rights*, in N. LOUKACHEVA (ed.), *Polar Law Textbook*, Copenhagen, 2010, p. 147 ss.; spec. p. 158 ss.; T. ALLEN, J.M. LUNDMARK, *Norwegian Law and the Swedish Sámi. Rights, Paternalism and International Law*, in *Nordic Journ. of International Law*, vol. 92, 2023, p. 189 ss.

Nell'esame della stratificazione normativa sull'argomento è dunque necessario tener conto, pur partendo dalle norme statali, dell'influenza esercitata nella loro elaborazione e applicazione sia da quelle internazionali che dalle pressioni esercitate dai *Sámi* per il riconoscimento delle proprie esigenze e, in definitiva, delle proprie consuetudini.

Sul versante degli ordinamenti statali, possiamo notare che la disciplina dei rapporti con i *Sámi* varia dalla totale irrilevanza riservata dall'ordinamento russo[5] al crescente ma discontinuo interesse dedicato negli altri stati dai legislatori e dalla giurisprudenza negli ultimi decenni, che hanno visto il passaggio da tentativi di assorbimento della cultura nomade al suo riconoscimento e valorizzazione, sia pure in un contesto conflittuale, caratterizzato da resistenze dei legislatori e da oscillazioni giurisprudenziali.

Ad es. la Finlandia, all'art. 17 c. 3 cost., riconosce i *Sámi* come minoranza tutelata[6] e, con la l. n. 1086 del 2003, ha garantito l'autonomia linguistica e culturale di quel popolo, prevedendo che la sua assemblea rappresentativa, istituita nel 1973, sia qualificata ad esprimere pareri vincolanti sugli atti normativi che producono effetti nel territorio in cui i *Sámi* svolgono le loro attività[7].

---

[5] La Russia non ha sottoscritto gli accordi internazionali di cui parleremo più avanti, né ha riconosciuto forme speciali di autonomia del popolo *Sámi*. Dal 2010 le comunità locali hanno istituito in via autonoma un parlamento *Sámi* della penisola di Kola (Куелнегк Соамет Соббар), modellato sugli esempi scandinavi, che però non è riconosciuto dal governo russo.

Sul tema, che in questa sede non sarà oggetto di approfondimenti, v. il quadro riepilogativo di M. BERG-NORDLIE, *Two Centuries of Russian Sámi Policy: Arrangements for Autonomy and Participation Seen in Light of Imperial, Soviet and Federal Indigenous Minority Policy 1822–2014*, in *Acta Borealia*, vol. 1, 2015, p. 40 ss. Cfr. inoltre L. ALLEMANN, *Soviet-time Indigenous displacement on the Kola Peninsula: an extreme case of a common practice*, in T. KOIVUROVA, E.G. BRODERSTAD, D. CAMBOU, D. DOROUGH and F. STAMMLER (eds.), *Routledge Handbook of Indigenous Peoples in the Arctic*, London-New York, 2021, p. 92 ss.; G. FONDAHL, V. FILIPPOVA, A. SAVVINOVA, V. SHADRIN, *Changing Indigenous territorial rights in the Russian North*, ivi, p. 127 ss.; L. SULYANDZIGA, R. SULYANDZIGA, *Indigenous self-determination and disempowerment in the Russian North*, ivi, p. 305 ss.

[6] Cost., art. 17, c. 3: «I *Sámi*, in quanto popolo indigeno, così come i *Rom* e altri gruppi, hanno il diritto di conservare e sviluppare la propria lingua e la propria cultura. La legge dispone sul diritto dei Sámi a usare la propria lingua davanti alle autorità. [...]».

[7] M. NIEMIVUO, *Human and Fundamental Rights of the Sámi*, in *The Yearbook of Polar Law*, vol. VII, 2015, p. 290 ss., in particolare p. 313 ss.

Sulle assemblee rappresentative dei *Sámi* v. A. STĘPIEŃ, A. PETRÉTEI, T. KOIVUROVA, *Sámi Parliaments in Finland, Norway, and Sweden*, in T. H. MALLOY, A. OSIPOV, B. VIZI (eds.), *Managing Diversity through Non-Territorial Autonomy. Assessing Advantages, Deficiencies, and Risks*, Oxford, 2015, p. 117 ss.

L'assemblea è composta di 21 membri eletti dai *Sámi* residenti in Finlandia ed ha significativi poteri, quali la destinazione dei finanziamenti statali specificamente destinati alla comunità e la gestione dei terreni pubblici.

Al momento dell'adesione della Finlandia all'Unione Europea, il trattamento dei *Sámi* e i loro diritti sul territorio e sulle renne sono stati oggetto di un apposito protocollo aggiuntivo al trattato[8].

In Svezia la legge sulla forma di governo (*Regeringsformen*)[9] assimila i *Sámi* alle altre minoranze etniche, linguistiche e religiose, garantendo loro le opportunità per «difendere e sviluppare la propria vita sociale e culturale» (cap. I, art. 2 u.c.)[10]. L'unica disposizione a contenuto specifico afferma che «il diritto della popolazione *Sámi* di allevare renne è disciplinato dalla legge» (cap. II, art. 17 c. 2). Un parlamento *Sámi* è stato istituito nel 1993, con funzioni meramente rappresentative e consultive riguardo alle problematiche dei *Sámi* residenti in Svezia[11].

In Norvegia, dove fino agli anni '70 dello scorso secolo il dibattito verteva intorno all'opportunità di imporre ai bambini *Sámi* l'uso esclusivo della lingua

---

[8] Si tratta dell'*Act concerning the conditions of accession of the Kingdom of Norway, the Republic of Austria, the Republic of Finland and the Kingdom of Sweden and the adjustments to the Treaties on which the European Union is founded, Protocol No 3 - on the Sámi people*, sottoscritto nel 1994, che prevede:

«Art. 1. Notwithstanding the provisions of the EC Treaty, exclusive rights to reindeer husbandry within traditional Sámi areas may be granted to the *Sámi* people.

Article 2. This Protocol may be extended to take account of any further development of exclusive *Sámi* rights linked to their traditional means of livelihood. The Council may, acting unanimously on a proposal from the Commission, and after consulting the European Parliament and the Committee of the Regions, adopt the necessary amendments to the Protocol».

Si tratta di due distinte facoltà, conferite rispettivamente alle autorità statali e a quelle dell'Unione, di derogare alle norme europee per garantire i diritti dei *Sámi* di introdurre ulteriori ambiti di tutela. Nessun rilievo è riconosciuto all'autonomia decisionale dei *Sámi*, che divengono oggetto di determinazioni altrui, senza peraltro poter rivendicare alcun diritto, vista la formulazione del protocollo.

Sulle vicende relative all'approvazione del protocollo v. R. TOIVANEN, *Saami in The European Union*, in *International Journal on Minority and Group Rights*, vol. 8, 2001, p. 303 ss.

[9] Si tratta di una delle quattro leggi fondamentali che compongono la costituzione svedese.

[10] Sulle questioni sollevate dalla necessità di definire sul piano legislativo l'appartenenza alla minoranza in questione v. G.R. ÁRNADÓTTIR, *Who Is Sámi? A Case Study on the Implementation of Indigenous Rights in Sweden*, in H. DEVERE et al. (eds.), *Peacebuilding and the Rights of Indigenous Peoples. Experiences and Strategies for the 21st Century*, Cham, 2017, p. 143 ss.

[11] Sametingslag (1992:1433). V. inoltre A. STĘPIEŃ, A. PETRÉTEI, T. KOIVUROVA, *Sámi Parliaments*, cit.

norvegese nelle scuole[12], nel 1988 fu approvato l'attuale art. 108 della costituzione, che riconosce il diritto dei *Sámi* alla difesa della propria autonomia culturale[13].

Sin dal 1980 era stata istituita una Commissione per i diritti dei *Sámi*, con il compito di individuare criteri di risoluzione delle controversie sulla terra e l'acqua e di favorire le condizioni di vita di quel popolo. La prima legge sui *Sámi*, del 1987, anticipava i contenuti della revisione costituzionale dell'anno successivo, imponendo il mantenimento e lo sviluppo della lingua, della cultura e dello stile di vita *Sámi*.

La stessa legge disponeva l'istituzione di un parlamento *Sámi* (*Sàmediggi*), attivo dal 1989, e prescriveva l'uso della lingua locale per gli atti pubblici e nei tribunali.

Negli anni '90 il tenore delle contese si è spostato dalla rivendicazione dell'autonomia linguistica e culturale, perché il parlamento dei *Sámi* ha dato voce alle richieste degli autoctoni, intese non solo ad ottenere il riconoscimento di un consistente livello di autonomia politica e finanziaria, ma anche la tutela dell'ambiente naturale e la garanzia dei diritti degli stessi *Sámi* su un territorio di cui essi si ritengono gli unici proprietari.

Tra i punti più critici della controversia vi è la richiesta dell'abolizione della proprietà statale delle aree abitate dai *Sámi* e la pretesa che siano organismi internazionali a garantire il rispetto dei diritti di tale popolo.

Nel 1997 la Commissione per i diritti dei *Sámi* ha elaborato un progetto di riforma della legge, che teneva conto di alcune delle richieste di maggiore autonomia formulate da rappresentanti della comunità indigena. Si è così giunti nel 2005 all'approvazione del *Finnmarksloven*[14] che, pur innovando

---

[12] Sulle controverse politiche di assimilazione culturale dei *Sámi* v. H. MINDE, *Assimilation of the Sámi. Implementation and consequences*, in *Acta Borealia*, vol. 20, n. 2, 2003, p. 121 ss.

[13] La disposizione, originariamente collocata all'art. 110a della costituzione, in seguito alla revisione del 2014, è oggi l'art. 108. Il testo recita «È responsabilità delle autorità dello Stato creare le condizioni che permettano al popolo *Sámi* di conservare e difendere la propria lingua, la cultura e lo stile di vita».

Cfr. Ø. RAVNA, *Sámi Rights and Sámi Law in Norway*, in N. LOUKACHEVA (ed.), *Polar Law Textbook II*, Copenhagen, 2013, p. 269 ss.; ID., *Sámi law and rights in Norway – with a focus on recent developments*, in T. KOIVUROVA, E.G. BRODERSTAD, D. CAMBOU, D. DOROUGH and F. STAMMLER (eds.), *Routledge Handbook of Indigenous Peoples*, cit., p. 143 ss.

[14] Lov 17 juni 2005 nr. 85 om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke (*Finnmarksloven*).

significativamente sia il regime giuridico delle terre nella contea, sia i rapporti tra le autorità statali e i *Sámi*, ha riacceso il fuoco delle polemiche.

In particolare i *Sámi* contestano che la proposta della Commissione sia stata discussa e approvata nel parlamento norvegese, divenendo legge senza che fosse acquisito il parere del *Sàmediggi*; nel merito, il carattere unilaterale si manifesterebbe nell'aver rigettato gran parte delle richieste formulate dalle comunità locali nel corso di due decenni.

Nonostante ciò, la legge costituisce un indubbio passo avanti verso l'autonomia, poiché legittima definitivamente il ruolo del parlamento locale (che, si ricordi, a dispetto della denominazione è privo di competenze normative) quale controparte dell'amministrazione statale in ogni aspetto della vita dei *Sámi*.

Il *Finnmarksloven* riconosce al *Sàmediggi* il potere di formulare «linee guida» vincolanti per i governi locali[15] relative agli effetti sulla cultura, l'economia e la società *Sámi* delle attività che il governo norvegese intende avviare nelle «terre incolte» del Finnmark. La proprietà di circa il 95% dei terreni della contea è stata inoltre trasferita al *Finnmarkseiendommen*, *FeFo* (patrimonio del Finnmark), ente pubblico con personalità giuridica, che ha la funzione di sovrintendere alla gestione delle risorse naturali sulla base delle previsioni legislative.

Le vicende culminate nelle decisioni sul caso *Karasjok*, delle quali ci occuperemo *infra*, § 4, prendono spunto dal lavoro di ricognizione e accertamento degli usi che insistono sulle terre della contea di Finnmark, disposto dalla legge che istituisce *FeFo*.

Il nomadismo dei *Sámi*, come abbiamo ricordato, fa sì che la disciplina dei loro diritti investa quattro stati, ponendo problemi di omogeneità di trattamento. Le comunità *Sámi* per lungo tempo hanno invocato l'adozione di un accordo internazionale che consenta loro di godere di un unico *corpus* di diritti e garantisca un'adeguata protezione giurisdizionale in ciascuno stato. Nel 2002 Svezia, Norvegia e Finlandia hanno acconsentito a nominare una commissione composta di rappresentanti dei parlamenti *Sámi*, dei parlamenti e

[15] V. Ø. RAVNA, *The Duty to Consult the Sámi in Norwegian Law*, in *Arctic Rev. on Law and Politics*, vol. 11, 2020, p. 233 ss.

dei governi statali, con l'intento di giungere ad una convenzione in materia, da adottarsi nell'alveo del *Nordic Council*[16].

I lavori si sono protratti per quattro anni, fino all'approvazione di una bozza, la cui discussione ha conosciuto ulteriori rallentamenti, fino al 13 gennaio 2017, quando i rappresentanti dei governi hanno sottoscritto un testo di convenzione[17], sul quale i parlamenti *Sámi* hanno espresso i loro pareri, in seguito ai quali è stato sottoposto alla ratifica dei parlamenti statali che però, dopo oltre sette anni, non è giunta né pare essere prossima.

La convenzione riconosce i *Sámi* come popolo, la loro lingua, la loro cultura e le loro tradizioni[18]; prevede che gli stati contraenti si impegnino a garantire ai *Sámi* il libero accesso alle risorse necessarie allo svolgimento della caccia e dell'allevamento (artt. 27-30). È inserita nel testo la garanzia del ruolo dei parlamenti locali (art. 12) e la partecipazione dei *Sámi* e dei loro rappresentanti alle decisioni degli organi statali che riguardino i loro interessi (artt. 18-20).

---

[16] Il *Nordic Council*, istituito nel 1952, è un organismo di cooperazione tra i parlamenti nordici che ha, tra le sue funzioni principali, l'elaborazione di testi legislativi omogenei in aree di interesse comune, quali la mobilità dei cittadini, la tassazione dei prodotti industriali, il diritto di famiglia. Nel 1971 la cooperazione si è ulteriormente rafforzata mediante l'istituzione del Consiglio dei ministri nordici, che ha favorito lo scambio di informazioni e l'avvio di iniziative comuni tra gli esecutivi degli stati membri. Del consiglio fanno parte 87 membri: 7 islandesi e 20 per ciascuno degli altri stati (Svezia, Norvegia, Danimarca e Finlandia). Tra i propri componenti, la Danimarca ne assegna 2 alla Groenlandia e 2 alle Isole Faroe; la Finlandia 2 alle Isole Åland. Sulla nascita e lo sviluppo del *Nordic Council* v. G. WETTERBERG, *The United Nordic Federation*, Copenahgen, 2010.

[17] Una versione inglese del testo della convenzione può leggersi all'indirizzo *https://sametinget.se/105173*

In proposito v. T. KOIVUROVA, *The Draft for a Nordic Saami Convention*, in *Eur. Yearbook of Minority Issues*, 2006, vol. 6, p. 103; N. BANKES AND T. KOIVUROVA (eds.), *The Proposed Nordic Saami Convention. National and International Dimensions of Indigenous Property Rights*, London, 2013; M. ÅHRÉN, *The Proposed Nordic Saami Convention: National and International Dimensions of Indigenous Property Rights*, in *Nordic Journ. Human Rights*, vol. 32, n. 3, 2014, p. 283 ss.; L. VIDMAR, *Another One Bites the Dust? A Critical Appraisal of the new Draft of the nordic Saami Convention from the Perspective of indigenous Rights*, in *Treatises and Documents, Journal for Ethnic Studies*, 2017, p. 165 ss.

[18] L'art. 9 dispone: « The states shall show due respect for the Saami people's conceptions of law, legal traditions and customs.

[...] the states shall, when elaborating legislation in areas where there might exist relevant Saami legal customs, particularly investigate whether such customs exist, and if so, consider whether these customs should be afforded protection or in other manners be reflected in the national legislation. Due consideration shall also be paid to Saami legal customs in the application of law».

Le resistenze alla ratifica sono evidenti per quanto riguarda gli stati. Meno scontate sono le critiche che vengono dai *Sámi*. Uno degli elementi sui quali il dissenso è più forte è l'ambiguità del testo riguardo al regime giuridico della terra e delle risorse, dato che garantisce alle popolazioni locali l'accesso, ma non la titolarità (artt. 34-40), ammettendo altresì l'eventualità che scelte fondate sul preminente interesse pubblico possano dar luogo alla limitazione persino dei diritti di accesso e utilizzo degli indigeni, salva compensazione e condivisione degli utili (art. 37).

Sul versante della rappresentanza politica il riconoscimento accordato ai parlamenti *Sámi* è formale, perché se ne ammette l'esistenza (già disciplinata a livello statale), ma non si conferisce loro alcuna funzione propriamente normativa; parimenti, l'autonomia amministrativa è oggetto di mero rinvio alle leggi statali, perpetuandosi uno dei più rilevanti elementi di disparità di trattamento.

La convenzione conserva, d'altronde, la attuale frammentazione della disciplina fra i tre stati contraenti, limitandosi a promuovere la formazione di organizzazioni interstatali e l'agevolazione degli spostamenti oltre confine.

Infine, secondo il punto di vista espresso da alcuni rappresentanti locali, la stessa riproposizione e cristallizzazione del modello parlamentare costituirebbe non tanto il riconoscimento dell'autonomia quanto l'imposizione di schemi culturali tipici della tradizione europea[19].

2. I *Sámi* svedesi hanno da decenni avviato controversie[20] intese ad ottenere il riconoscimento delle consuetudini locali in tema di caccia, pesca e allevamento sui terreni di proprietà statale. Come si è anticipato, esiste dal XIX secolo una legge, più volte modificata, che riconosce ai *Sámi* alcuni diritti in materia; ad essa si sono affiancate le garanzie costituzionali, ma le istituzioni

[19] Per le critiche alla convenzione v. Y. SAPMI, *Locals in Sámi town Utsjoki divided on Nordic Sámi Convention*, in *The Independent Barents Observer*, 24 aprile 2017; R. KUOKKANEN, *Smoke and Mirrors of the Sámi Convention*, in *rauna.net*, 29 gennaio 2017; L. VIDMAR, *Another One Bites the Dust?*, cit.

[20] Sulla strategia giudiziaria nel perseguimento della garanzia dei diritti dei *Sámi* v. P. LANTTO, U. MÖRKENSTAM, *Sámi rights and Sámi challenges: The modernization process and the Swedish Sámi movement, 1886–2006*, in *Scand. Journ. of History*, vol. 33, n. 1, 2008, p. 26 ss.; J.K. SCHAFFER, M. LANGFORD, M.R. MADSEN, *An Unlikely Rights Revolution: Legal Mobilization in Scandinavia Since the 1970s*, in *Nordic Journ. Hum. Rights*, vol. 42, n. 1, 2024, p. 11 ss.

statali hanno contemporaneamente manifestato una forte resistenza sia all'adozione di una normativa quadro di tutela delle minoranze etnico-linguistiche, sia alla ratifica delle convenzioni internazionali sui popoli indigeni[21].

La giurisprudenza si occupa della materia da oltre cinquant'anni, oscillando tra la negazione di ogni effetto di fonti delle quali non è dato rinvenire l'esatta portata e alle quali il diritto svedese non riconosce espressamente efficacia, e il loro impiego quali limiti all'applicazione generalizzata delle leggi, in virtù non tanto della loro idoneità a regolare i diritti reali, quanto della loro natura di espressione della cultura indigena. La prima grande controversia riguardò alcuni villaggi *Sámi* che contestarono negli anni Sessanta del secolo scorso la confisca dei terreni da parte dello stato, avvenuta nell'800. La Corte suprema rigettò il loro ricorso[22], ma fissò una serie di precedenti che avrebbero portato frutti nei decenni successivi.

Il contenzioso, partito dalla rivendicazione della titolarità delle terre, si è esteso ad ambiti vicini e a modalità di uso delle risorse diverse, seppur connesse. Così, i *Sámi* hanno impugnato provvedimenti amministrativi che concedevano diritti di sfruttamento minerario, di edificazione, di taglio della legna, di pesca o di realizzazione di impianti per la produzione di energia. Gli organi giudiziari non hanno mai accolto la rivendicazione di proprietà o di uso esclusivo fondata sul diritto consuetudinario, ma hanno aperto la strada alla necessaria consultazione delle popolazioni locali in generale e, più specificamente, della minoranza etnica storicamente insediatasi in quel territorio[23].

Il legislatore, nonostante il generale riconoscimento dei diritti del popolo *Sámi*, ha introdotto espressi obblighi di consultazione nei procedimenti intesi al

---

[21] Per una interessante ricostruzione dell'evoluzione delle politiche svedesi v. R. KVIST, *Swedish Saami Policy 1550–1990*, in R. KVIST, UMEÅ (ed.), *Readings in Saami History, Culture and Language III*, Umeå, 1992, p. 63 ss.

[22] Högsta domstolen mål: NJA 1981 s. 1 (*Skattefjällsmålet*).

[23] Cfr. R. LAWRENCE, *Internal colonisation and Indigenous resource sovereignty: wind power developments on traditional Saami lands*, in *Environment and Planning D: Society and Space*, 2014, vol. 32, p. 1036 ss.; R. KLØCKER LARSEN, K. RAITIO, *Implementing the State Duty to Consult in Land and Resource Decisions: Perspectives from Sámi Communities and Swedish State Officials*, in *Arctic Rev. on Law and Politics*, vol. 10, 2019, p. 4 ss.; K. RAITIO, C. ALLARD, R. LAWRENCE, *Mineral extraction in Swedish Sápmi: The regulatory gap between Sámi rights and Sweden's mining permitting practices*, in *Land Use Policy*, vol. 99, 2020.

rilascio di concessioni di uso a vario titolo solo nel 2022[24]. La legge introduce per la prima volta nell'ordinamento svedese un criterio definito, fino allora lasciato in gran parte alla creatività giurisprudenziale, per la realizzazione del principio del consenso libero, informato e preventivo delle popolazioni indigene in relazione alle attività che ricadono nella loro sfera di interesse. Il principio, ampiamente riconosciuto a livello internazionale, non trovava applicazione diretta perché la Svezia adotta un sistema rigidamente dualista, nel quale gli obblighi internazionali vincolano il giudice solo in presenza di una legge di ratifica.

La garanzia dei diritti degli indigeni sulle terre è dunque essenzialmente rimessa alla legislazione. Questa riconosce in linea di principio il diritto dei *Sámi* all'allevamento delle renne, sin dalla prima legge in materia, che risale al 1886; la legge attualmente vigente è del 1971[25].

La legge del 1886 introdusse però una distinzione, tuttora vigente, tra i *Sámi* che fanno parte di comunità di allevamento e coloro che non vi partecipano. Solo i primi possono rivendicare i diritti connessi all'allevamento, che comprendono anche quelli di uso del territorio a scopo di caccia e pesca[26]. Ciò determina una differenza nelle garanzie accordate ai cittadini all'interno dello stesso popolo, foriera di divisioni e polemiche, che sono state riaccese dalla sentenza oggetto della nostra analisi.

In assenza di una legislazione speciale i diritti dei *Sámi* in Svezia sulle terre e sulle risorse naturali sono fondati indirettamente sulle leggi relative

[24] Una prima proposta in tal senso fu discussa nel 2017, ma fu abbandonata perché osteggiata sia da alcuni settori politici che da una parte dei *Sámi*. Nel 2019 fu presentata una nuova versione, che ha ottenuto, dopo anni di consultazioni, audizioni e trattative, anche l'approvazione del *Sametinget*. La nuova legge, Lag (2022:66) om konsultation i frågor som rör det Sámiska folket, si applica in linea generale ai procedimenti avviati dopo il 1° marzo 2022, ma alcune parti sono in vigore dal marzo 2024. La legge prevede l'obbligo di consultazione del *Sametinget* sui provvedimenti di natura generale e delle comunità locali per i provvedimenti che le riguardano. La consultazione, una volta avviata, non ha limiti di tempo e può chiudersi con l'accordo, la formalizzazione del disaccordo o proposte vincolanti di modifica dell'atto. Restano alcune possibili ambiguità, delle quali potremo dire solo dopo un periodo di applicazione, legate alle proposte escluse dalla consultazione, perché tra di esse vi sono i casi che coinvolgono la sicurezza nazionale (§4.1) e le ipotesi in cui «la questione è urgente e il ritardo comporterebbe il rischio di notevoli inconvenienti» (§ 5.4).

[25] Rennäringslag (1971:437).

[26] C. ALLARD, *Some Characteristic Features of Scandinavian Laws and their Influence on Sámi Matters*, cit., p. 55 ss. Sui principi ispiratori della legge e la sua influenza sulla legislazione e giurisprudenza recente v. J. STRÖMGREN, *The Swedish State's Legacy of Sámi Rights Codified in 1886*, in C. ALLARD, S. FUNDERUD SKOGVANG (eds.), *Indigenous Rights in Scandinavia*, cit., p. 95 ss.

all'allevamento delle renne, che riconoscono l'uso dei pascoli e degli itinerari migratori e generalmente sulla disciplina legislativa della proprietà terriera[27]. La legge del 1971 è stata oggetto di critiche sia per quella che oggi appare un'evidente arretratezza rispetto agli atti internazionali di tutela delle minoranze etniche, sia per i contenuti, che lasciano allo stato l'ultima parola in ordine alla destinazione d'uso delle aree controverse.

Analogo discorso va fatto riguardo alla disciplina in materia di estrazione mineraria[28], alla realizzazione di impianti di produzione dell'energia elettrica[29] e a quella sull'uso delle foreste[30]: in ciascuna di esse, come in quella sull'allevamento delle renne, i diritti dei *Sámi* (più precisamente, di coloro che appartengono a comunità di allevatori) non rilevano come diritti di proprietà sui terreni, ma come diritti d'uso di origine consuetudinaria, riconosciuti dal legislatore ma suscettibili di degradare in presenza di diritti maggiormente tutelati o di valutazioni di interesse pubblico prevalenti.

Soltanto in due occasioni, prima della sentenza *Girjas*, la Corte suprema si era confrontata con la legge. Il primo caso, già ricordato[31], riguardava la contesa sulla proprietà di un vasto territorio nella contea di Jämtland, riguardo al quale i *Sámi* rivendicavano diritti maggiori rispetto a quelli riconosciuti dalla legge sull'allevamento delle renne. La Corte rigettò il ricorso, ritenendo che nel caso di specie non ricorressero i presupposti per la tutela richiesta, ma dichiarò che, in termini generali, il fondamento delle pretese dei *Sámi* non potesse esaurirsi nella disciplina legale, perché questa a sua volta recepiva la titolarità su base consuetudinaria dei loro diritti (*urminnes hävd*)[32]. L'oggetto del diritto non era, d'altronde, la proprietà della terra, ma l'uso della stessa ai fini dell'allevamento.

---

[27] C. ALLARD, *The Nordic countries' law on Sámi territorial rights*, in *Arctic Rev. Law and Politics*, vol. 2, 2011, p. 159 ss.

[28] K. RAITIO, C. ALLARD, R. LAWRENCE, *Mineral extraction in Swedish Sápmi*, cit.

[29] R. LAWRENCE, *Internal colonization*, cit.

[30] M. BRÄNNSTRÖM, *The implementation of Sámi land rights in the Swedish Forestry Act*, in D. CAMBOU, Ø. RAVNA (eds.), *The Significance of Sámi Rights. Law, Justice, and Sustainability for the Indigenous Sámi in the Nordic Countries*, London, 2023, p. 101 ss.

[31] Högsta domstolen mål: NJA 1981 s. 1 (*Skattefjällsmålet*).

[32] Letteralmente l'espressione significa "memoria storica" ed è impiegata regolarmente nella legislazione svedese sin dalla legge sull'allevamento delle renne del 1971. Per un inquadramento del diritto consuetudinario nelle controversie sull'uso dei terreni v. E. TORP, *The legal basis of Sámi reindeer herding rights in Sweden*, in *Arctic Rev. on Law and Politics*, 2013, p. 43 ss.

La legge in tal modo svolgeva la funzione di mera fonte (ri)cognitiva di un diritto degli indigeni al godimento delle risorse preesistente all'insediamento svedese in quel territorio. La Corte suprema affermò anche che il diritto in questione godeva, al pari del diritto di proprietà fondato sulla legge, di protezione costituzionale contro eventuali espropriazioni senza adeguato compenso. La sentenza indusse il legislatore a modificare la legge, introducendo al §1.2 la formula secondo la quale il diritto all'allevamento «appartiene al popolo *Sámi* e si fonda sulla consuetudine da tempi immemorabili»[33].

Il secondo caso (*Nordmaling*)[34] riguardava la rivendicazione di diritti di pascolo invernale da parte di tre distinte comunità di allevamento nella regione costiera a sud di Umeå[35]. In questo caso i proprietari dei terreni avevano chiamato in giudizio gli allevatori, pretendendo di vietare loro l'accesso in assenza di diritti legalmente riconosciuti. La Corte suprema riconobbe l'esistenza di un diritto consuetudinario (*sedvanerätt*) di pascolo su tutto il territorio comunale. In questo caso la Corte ha, per la prima volta, svincolato la garanzia del diritto dal suo riconoscimento da parte del legislatore, e ha ammesso l'esistenza di una consuetudine direttamente idonea a introdurre restrizioni all'uso dei terreni, indipendentemente dalla titolarità degli stessi e dal loro regime legale.

Abbiamo detto che, almeno apparentemente, in questo caso viene meno il requisito del successivo recepimento della consuetudine da parte del legislatore. Dobbiamo però ricordare che la decisione, pur non invocando un espresso fondamento legislativo, giunse dopo una modifica al § 3 u.c. della legge, che dal 1996 recita «Per terreno da pascolo per renne si intende il terreno che è stato dichiarato tale a causa degli agenti atmosferici o che è stato utilizzato come tale *per secoli* (*av ålder*)».

Nell'ordinamento svedese (al pari di quello finlandese) gli istituti che si applicano sono quindi l'*urminnes hävd* (cioè la consuetudine immemorabile recepita dalla legge) e il diritto consuetudinario; entrambi sono impiegati ai fini

[33] Rennäringslag, §1.2: «Rätten enligt första stycket (renskötselrätten) tillkommer den Sámiska befolkningen och grundas på urminnes hävd».

[34] Högsta domstolen mål NJA 2011 s. 109 (*Nordmaling*).

[35] V. in proposito A. SASVARI, H. BEACH, *The 2011 Swedish Supreme Court Ruling: A Turning Point For Saami Rights*, in *Nomadic Peoples*, vol. 15, n. 2, 2011, p. 130 ss.; C. ALLARD, *The Swedish Nordmaling case*, in *Arctic Rev. Law and Politics*, vol. 2, 2011, p. 225 ss.

del riconoscimento dell'acquisizione di diritti fondati sull'uso protratto nel tempo, ma la casistica in proposito è estremamente rara e limitata alle relazioni tra poteri pubblici e comunità *Sámi*.

L'*urminnes hävd* si fonda su un uso continuo nel tempo, assistito da un titolo astrattamente valido, a sua volta fondato su una disposizione legislativa. Ai fini dell'attestazione dell'*urminnes hävd* è necessario rifarsi alle disposizioni del codice della terra originario, entrato in vigore dal 1734 sia in Svezia che nell'attuale Finlandia, che prevede e legittima l'esistenza di un titolo supportato dal riconoscimento legale della consuetudine.

A partire da *Nordmaling* è però in linea di principio possibile il riconoscimento della consuetudine anche in assenza di titolo, purché essa sia documentata sul piano storico. Naturalmente questa seconda ipotesi, rara in pratica, incontra ostacoli pressoché insormontabili sul piano dell'onere probatorio, trattandosi di dimostrare l'esistenza secolare di usi, in un contesto in cui anticamente non era praticata la scrittura e in una comunità composta da poche decine di migliaia di persone sparse in un territorio vastissimo.

Il nuovo codice della terra del 1972 (in Finlandia nel 1996) ha però interrotto l'applicabilità dell'*urminnes hävd*, ad eccezione delle consuetudini all'epoca già riconosciute, che continuano ad essere vigenti[36].

La legislazione successiva ha provveduto a riconoscere e regolare le consuetudini esistenti in relazione alle discipline di settore, con l'importante precisazione che queste possono essere fatte valere soltanto dai *Sámi* e soltanto in relazione all'allevamento delle renne. In altri termini, chi non appartiene alla minoranza etnica non può invocarle, ma non può farlo neppure l'indigeno al di fuori dell'attività di allevamento.

In sede giudiziaria, l'attestazione dell'esistenza della consuetudine ha imposto l'adozione di attività endoprocessuali rivolte alla ricostruzione storica ed antropologica del contesto culturale, in considerazione dell'assenza pressoché totale di testi scritti in proposito[37].

---

[36] Sul punto v. ancora C. ALLARD, *Some Characteristic Features of Scandinavian Laws and their Influence on Sámi Matters*, cit., p. 55 ss.

[37] V. in proposito M. BRÄNNSTRÖM, *The enhanced role of archaeological and historical research in court proceedings about Saami land rights*, in *Monographs of the Archaeological Society of Finland*, vol. 9, 2020, p. 177 ss.

Più in generale, né la legge sull'allevamento delle renne, né le altre leggi di settore sono state modificate per riconoscere alle comunità *Sámi* un pieno diritto di proprietà sui terreni contestati. Possiamo semmai vedere nelle garanzie riconosciute ai *Sámi* la configurazione di un diritto di usufrutto debole, nel senso che questo entra nel bilanciamento in contrapposizione a quelli di volta in volta tutelati dalla legge, individuati ad es. nell'interesse allo sfruttamento delle risorse minerarie o alla produzione di energia da fonti rinnovabili. Ad es., quando è in discussione la concessione di un diritto di estrazione mineraria, i *Sámi* (non proprietari dei terreni) possono pretendere il rispetto degli usi relativi all'allevamento delle renne (che possono essere considerati recessivi in sede di procedimento amministrativo o in giudizio), ma non hanno diritto a compensazione o retribuzione per i danni eventualmente subiti, a differenza dello stato e dei proprietari terrieri.

Le proposte di modifica della legislazione vigente, che mirano a conferire ai *Sámi* lo *status* di popolo indigeno, in quanto tale titolare delle garanzie riconosciute dagli accordi internazionali, in modo da collocarlo su un piano privilegiato nei processi decisionali che lo riguardano e da consentirgli una tutela privilegiata in sede giurisdizionale, sono ad oggi fallite per la netta opposizione sia del governo, sia della maggioranza dei partiti politici e dell'opinione pubblica[38].

La sentenza *Girjas* della Corte suprema svedese[39] si inserisce nel quadro sommariamente descritto, introducendo importanti novità, i cui sviluppi al momento possiamo soltanto intravedere.

---

[38] Sul punto v. B. BENGTSSON, *Reforming Swedish Sámi Legislation: A Survey of the Arguments*, in C. ALLARD, S. FUNDERUD SKOGVANG (eds.), *Indigenous Rights in Scandinavia*, cit., p. 66 ss.

[39] Högsta domstolen mål: T 853-18, NJA 2020 s 3 (*Girjasdomen*), del 23 gennaio 2020, che può leggersi in https://www.domstol.se/globalassets/filer/domstol/hogstadomstolen/avgoranden/2019/t-853-18.pdf

Tra i commenti alla decisione v. Ø. RAVNA, *A Sámi Community Wins Case against the Swedish State in the Supreme Court*, in *Arctic Rev. on Law and Politics*, vol. 11, 2020, p. 19 ss.; M. MAZZA, *Una pietra miliare nel diritto giurisprudenziale nordico in materia di tutela dei Saami*, in https://www.filodiritto.com/una-pietra-miliare-nel-diritto-giurisprudenziale-nordico-materia-di-tutela-dei-saami; C. ALLARD, M. BRÄNNSTRÖM, *Girjas Reindeer Herding Community v. Sweden: Analysing the Merits of the Girjas Case*, in *Arctic Rev. on Law and Politics*, vol. 12, 2021, p. 56 ss.; E. TORP, *The Interplay of Politics and Jurisprudence in the Girjas Court Case*, in D. CAMBOU, Ø. RAVNA (eds.), *The Significance of Sámi Rights*, cit., p. 72 ss.; M. BRÄNNSTRÖM, *The Girjas Case – court proceedings as a strategy to enforce Sámi land rights*, in T. KOIVUROVA, E.G. BRODERSTAD, D. CAMBOU, D. DOROUGH and F. STAMMLER (eds.), *Routledge Handbook of Indigenous Peoples*, cit., p. 174 ss.

La decisione chiude in senso favorevole a una comunità *Sámi* una controversia durata oltre un decennio. Gli indigeni pretendevano il riconoscimento del loro diritto esclusivo a regolamentare la caccia e la pesca sul proprio territorio, mentre le autorità statali interpretavano diversamente il quadro normativo, rivendicando a loro volta il potere di concedere permessi di caccia e pesca *in aggiunta* a quelli concessi dai *Sámi*.

La materia è regolata sin dalla legge del 1886, ma è divenuta problematica solo negli ultimi decenni. All'epoca in cui il potere statale svedese si consolidò nelle aree dell'estremo Nord, il riconoscimento del diritto di cacciare e pescare a favore degli unici residenti in quei territori appariva sia inevitabile che economicamente irrilevante. L'autorità amministrativa competente al rilascio delle autorizzazioni è la contea, circostanza che favorisce la lettura secondo la quale la potestà in materia sarebbe riservata allo stato. D'altro canto, le leggi, a partire da quella del 1886, hanno sempre affermato che i *Sámi* sono titolari del relativo diritto, lasciando aperta la porta alle rivendicazioni di questi ultimi.

Quando, a partire dagli anni '80 del Novecento, si è sviluppata un'importante attività turistica, è iniziato il conflitto sulla pretesa dei *Sámi* vedersi riconoscere l'esclusiva nel rilascio delle concessioni.

Dal punto di vista degli indigeni – sostenuto con argomenti ripresi e sviluppati nel caso in esame – il riconoscimento statale avvenuto nel corso del XIX secolo, meramente ricognitivo della consuetudine (*urgammal sedvana*) recepita dalla legge del 1886, fonda l'esclusiva riserva alle comunità locali dei diritti di caccia e pesca, semplicemente perché questi appartenevano loro già al momento dell'insediamento svedese[40].

La difesa statale partiva dal presupposto diametralmente opposto, secondo il quale solo lo stato ha la piena titolarità sulle aree in questione, comprensiva della potestà di disporne secondo l'interesse pubblico. La concessione ai *Sámi* avrebbe pertanto carattere eccezionale e derogatorio, non consentendo loro di attribuire ad altri soggetti i diritti controversi, mentre sarebbe l'autorità pubblica a poter concedere tali prerogative, nel perseguimento della migliore gestione dei beni di cui dispone. In tale quadro, la tutela degli interessi delle comunità locali sarebbe soltanto uno degli elementi che entrano nel bilanciamento, secondo il

[40] V. l'ampia ricostruzione di E. TORP, *Sámi Hunting and Fishing Rights in Swedish Law*, in C. ALLARD, S. FUNDERUD SKOGVANG (eds.), *Indigenous Rights in Scandinavia*, cit., p. 111 ss.

modello procedimentale consolidato al quale abbiamo fatto riferimento in precedenza. Questa posizione, d'altronde, non è sempre stata sostenuta dalle autorità statali, ma è stata introdotta solo a partire dagli anni '80 del Novecento, risultando strumentale alla nuova strategia di sfruttamento turistico. Fino ad allora, l'ambiguità del dato legislativo e l'arretratezza economica dell'area avevano permesso di eludere il problema, con il risultato che entrambi i soggetti postulavano di avere la piena titolarità sulle aree, senza rivendicarla espressamente. Il nuovo indirizzo statale ha presto evidenziato il conflitto, non solo tra autorità centrale e comunità indigene, ma anche tra le esigenze degli allevatori e quelle del settore turistico, mentre i tentativi di mediazione statale non hanno ottenuto esito positivo.

Una commissione parlamentare d'inchiesta, insediata al fine di verificare le possibilità per la Svezia di ratificare la convenzione ILO 169, indicò la necessità di chiarire il regime delle aree in cui si esercita l'allevamento, segnalando sia l'oscurità della legge vigente, fonte di conflittualità, sia la necessità che sull'adeguatezza di tale legge ai fini della tutela dei diritti dei *Sámi* si pronunciassero le autorità giudiziarie[41].

Con il caso *Girjas* la controversia è approdata alla Corte suprema, la quale ha in primo luogo condotto un'approfondita indagine sul patrimonio delle consuetudini locali e sulla *ratio* della legge del 1886[42]. Anche il lavoro della Corte ha incontrato i problemi denunciati dalla commissione parlamentare, confermando che la legge, sin dal testo originario, presenta ambiguità in ordine al regime proprietario che non possono essere risolte mediante l'interpretazione testuale.

Al tempo stesso, le consulenze storiche, antropologiche e archeologiche disposte dalla Corte hanno permesso di giungere ad alcune conclusioni definitive: l'esercizio delle attività venatorie nell'area da parte dei *Sámi* è documentato almeno dalla metà del XVIII secolo; il Regno di Svezia ha consolidato il proprio controllo su quelle terre nello stesso periodo, che coincide

[41] Si tratta della indagine ufficiale (*Statens offentliga utredningar*) Samerna - ett ursprungsfolk i Sverige 1999:25, che può leggersi a *https://www.riksdagen.se/sv/dokument-och-lagar/dokument/statens-offentliga-utredningar/samerna-ett-ursprungsfolk-i-sverige_gnb325/html/*. Nel 2005 l'inchiesta è stata replicata: SOU 2005:116, Jakt och fiske i samverkan, che può leggersi a *https://www.regeringen.se/rattsliga-dokument/statens-offentliga-utredningar/2006/01/sou-2005116/*.

[42] Cfr. M. BRÄNNSTRÖM, *The enhanced role*, cit.

con il primo riconoscimento formale delle consuetudini, all'epoca già consolidate, del popolo *Sámi*; la legge del 1886 a sua volta recepisce la normativa statale preesistente senza un riconoscibile intento riformatore.

Su tali premesse la Corte si chiede quali elementi possano indurre a ritenere estinto il diritto originario degli indigeni, concludendo che ciò può avvenire per espressa rinuncia dei titolari, in seguito a un procedimento di espropriazione o per legge. La prima ipotesi è esclusa non solo dall'assenza di formali atti di rinuncia, ma anche dalla stessa proposizione dell'azione legale in decisione; lo stato non ha mai proceduto ad atti di esproprio. Resta da verificare se la legislazione in materia, a partire dalla legge del 1886 a quella vigente, abbia estinto i diritti in questione.

La Corte specifica che la prima legge si poneva solo l'obiettivo di riconoscere e formalizzare i diritti originari dei *Sámi*, affermando contemporaneamente il potere statale in materia. La legge, però, non riconosceva i *Sámi* in quanto popolo, limitandosi a far riferimento a coloro che, nell'estremo Nord, svolgevano attività di allevamento; i destinatari della legge non sono pertanto i *Sámi* nel loro complesso, ma soltanto le comunità *Sámi* di allevatori (*sameby*)[43]. Questo passaggio induce la Corte ad affermare che il diritto di allevare renne, fino alla legge del 1886 riconosciuto a ciascun appartenente al popolo *Sámi*, da quella data appartiene esclusivamente a chi, oltre ad essere un *Sámi*, fa parte di un *sameby*[44].

Il diritto di caccia e pesca preesistente alla legge del 1886 è recepito e confermato da essa, trasformandosi però da diritto individuale a diritto esercitabile collettivamente e in via esclusiva dalla comunità locale, che può anche concedere a terzi l'esercizio delle facoltà in discussione[45].

Il diritto rivendicato dalla comunità di Girjas, secondo la Corte, non ha fondamento esclusivamente consuetudinario, come rivendicato dagli attori (sulla scorta di *Nordmaling*), ma ricade nell'istituto dell'*urminnes hävd*, posto che l'antica

[43] Secondo la Corte «la legge del 1886 implicava un'importante novità perché i diritti connessi all'allevamento delle renne, inclusi quelli alla caccia e alla pesca, comprendevano solo la parte del popolo *Sámi* che alleva le renne». Non si tratta di un esercizio interpretativo lineare, perché la Corte stessa è costretta a precisare che tale conclusione «in realtà non era espressa nel testo della legge ma risultava dal contesto e dalle leggi successive in materia». Così *Girjas* (n 1) s 219.

[44] *Girjas* (n 1), *ibidem*.

[45] *Girjas* (n 1) s 221.

consuetudine sarebbe stata recepita dalla legge. La conclusione nel merito è stata dunque nel senso che la proprietà dei terreni (peraltro non oggetto della causa) è irrilevante, perché (né lo stato né gli individui *Sámi*, ma soltanto) la comunità di Girjas è titolare esclusiva dei diritti controversi, ed essa soltanto può disporne mediante concessione a terzi.

Si poneva però, da un lato la necessità di conciliare *Nordmaling* con il nuovo orientamento, dall'altro l'esigenza di fondare tale conclusione su un dato normativo che né l'originaria legge sull'allevamento, né quella vigente forniscono.

La prima risposta integra il piano dell'accertamento probatorio con quello del rapporto tra i due istituti: la Corte afferma infatti, fissando un nuovo precedente, che il fondamento dei diritti *Sámi* sull'uso delle risorse deve essere cercato nell'*urminnes hävd*, perché questo è «l'approccio adottato dal legislatore nella legge sull'allevamento delle renne». Soltanto «se i principi della rivendicazione dell'*urminnes hävd* non possono essere applicati in modo ragionevole» è ammissibile invocare, in funzione sussidiaria e residuale, la consuetudine, per la quale la Corte ammette un allentamento dei vincoli probatori[46].

Lo spazio che la Corte rivendica a sé e agli altri organi giurisdizionali nella ricognizione dell'eventuale "irragionevolezza" degli esiti è indicativo della necessità, avvertita in questo caso e tradotta in principio, di adeguare l'ordinamento a esigenze di tutela della minoranza *Sámi* anche a costo di piegare il testo della legge. Ciò conduce al problema del fondamento di tale nuovo indirizzo giurisprudenziale.

La Corte afferma che il dettato legislativo deve essere interpretato alla luce della Costituzione ed in particolare alle disposizioni, introdotte nel 2010, che riconoscono il popolo *Sámi* e impongono per esso una speciale tutela[47]. Il dato costituzionale è però scarno, e si risolve, ai fini della decisione della causa, in un rinvio alla legge sull'allevamento delle renne. La Corte non accetta però una lettura riduttiva, affermando che il parametro costituzionale deve essere integrato dal diritto internazionale generalmente riconosciuto. Qui è presente un ostacolo difficilmente superabile, perché la Svezia adotta un approccio

[46] *Girjas* (n 1) s 133.
[47] Regeringsformen, art. 2 u.c. e art. 20.

dualista, negando l'applicazione interna di trattati internazionali non ratificati con legge.

L'ulteriore, ardito, passaggio della sentenza è l'affermazione secondo la quale, pur non avendo la Svezia ratificato la convenzione ILO-169, questa conterrebbe affermazioni espressive di principi consolidati a livello internazionale come diritto consuetudinario[48]. In particolare, il diritto internazionale impone l'adozione di speciali tutele per i popoli indigeni e più in generale le minoranze etniche, cosicché ogni stato dovrebbe conformare la propria produzione normativa ad essi: «Secondo l'articolo 8.1 della Convenzione ILO 169, nell'applicazione del diritto nazionale si devono tenere in debita considerazione le consuetudini (*sedvänjor*) e il diritto consuetudinario (*sedvanerätt*) dei popoli indigeni. La convenzione non è stata ratificata dalla Svezia ma, in questa questione di fatto, si deve ritenere che essa esprima un principio generale all'interno del diritto internazionale. Nella risoluzione dei conflitti connessi ai diritti territoriali dei *Sámi*, l'applicazione di questo principio implica che le usanze (*sedvana*) consolidate dei *Sámi* siano rispettate»[49].

È perciò irrilevante la scelta di non ratificare l'accordo, dato che il giudice è vincolato al rispetto del diritto internazionale consuetudinario. È appena il caso di precisare che, a differenza di quanto alcuni hanno ritenuto[50], la Corte non ha applicato direttamente la convenzione ILO-169, ma il principio giuridico sul quale essa si fonda.

Si raggiunge così il risultato, per certi aspetti paradossale, di legittimare la consuetudine interna in virtù dell'applicazione della consuetudine internazionale.

Restano da svolgere tre considerazioni, a nostro avviso importanti.

La prima attiene alle conseguenze della decisione a livello nazionale. I partiti politici hanno criticato la sentenza, ricordando la loro contrarietà alla ratifica e imputando alla Corte una sovraesposizione politica indebita. Del resto,

---

[48] Sull'importanza della recezione della Convenzione per i *Sámi* v. Ø. RAVNA, *ILO 169 and securing of Sámi Rights to Lands, Nature-based Livelihood, and Natural Resources*, in K. HOSSAIN, A. PETRÉTEI (eds.), *Understanding the Many Faces of Human Security. Perspectives of Northern Indigenous Peoples*, Leiden-Boston, 2016, p. 173 ss.

[49] *Girjas* (n 1) s 130.

[50] V. Ø. RAVNA, *A Sámi Community*, cit., p. 20.

la sentenza contiene un esplicito invito a rivedere la legge, ma ad oggi, nonostante le attività istruttorie avviate, non si vede alcun concreto passo avanti.

La seconda riflessione riguarda i contraccolpi della decisione sul popolo *Sámi*. La decisione, infatti, riguarda la sola comunità di Girjas: è stato accertato solo il complesso di diritti consuetudinari dei quali è titolare quello specifico *sameby*. Le altre comunità, in assenza di un intervento del legislatore, si sono attivate promuovendo la ricognizione delle proprie consuetudini e in qualche caso hanno avviato autonome procedure di rilascio di concessioni, impiegando il principio enunciato in *Girjas* per estromettere le contee dalla gestione dei permessi di caccia e pesca. Vedremo se queste scelte daranno luogo a una nuova stagione di controversie giudiziarie o se lo stato accetterà il nuovo assetto disposto dalla sentenza.

Un altro effetto collaterale della decisione deriva dall'affermazione della titolarità dei diritti esclusivamente in capo alla comunità. La Corte non ha motivato sul punto, limitandosi a sostenere che si tratterebbe semplicemente di una scelta della legge del 1886 consolidatasi nel tempo.

Restano però alcuni dubbi: si introduce una distinzione tra *Sámi* allevatori e non, con i primi che godono di diritti preclusi agli altri. È ammissibile una discriminazione tra soggetti appartenenti alla stessa minoranza etnica? Più precisamente, tale distinzione è rispettosa dei principi di diritto internazionale invocati nella stessa sentenza? Sullo sfondo si intravede un'altra questione: il diritto svedese non prevede automatismi nella determinazione dell'appartenenza alla minoranza *Sámi*. Con una scelta probabilmente dettata dalla volontà di non interferire nelle dinamiche interne degli indigeni, si è deciso di lasciare a ciascuna comunità locale la scelta di ammettere gli individui a farne parte. La soluzione, criticata già in passato, oggi mostra evidenti limiti, allorché l'appartenenza o meno alla comunità produce effetti economici rilevanti.

3. Nel §1 abbiamo accennato alle principali linee evolutive della legislazione relativa alla rappresentanza politica, all'autonomia amministrativa e alla garanzia dei diritti dei Sámi.

Il versante della rivendicazione in sede giurisdizionale dei diritti ha preceduto e accompagnato gli sviluppi della legislazione[51]. Per un lungo periodo, infatti, le rivendicazioni sui territori di caccia e di pesca si sono scontrate con l'incomunicabilità tra il piano del diritto consuetudinario *Sámi* e quello del diritto statale[52]. Solo nel 1968 due sentenze della Corte Suprema hanno per la prima volta riconosciuto che l'usanza del pascolo su terreni privati fosse vincolante, accogliendo la prospettazione dei *Sámi* secondo la quale la continuità nei secoli della fruizione dei terreni non fosse riconducibile a mera concessione occasionale, ma fondasse pretese di garanzia ed eventuale risarcimento[53].

Si trattava però di decisioni destinate a non creare una giurisprudenza costante in tal senso, perché nei trent'anni successivi in numerose occasioni la Corte Suprema norvegese rigettò richieste fondate sull'uso continuato di terreni a scopo venatorio, ritenendo che esso non integrasse in alcun modo un diritto all'uso dei beni di proprietà privata o statale, né legittimasse pretese di limitazione del godimento da parte di terzi[54].

La vicenda che comunemente è ritenuta il momento di svolta nella percezione della questione *Sámi* in Norvegia è la contesa, prima politica che giudiziaria, intorno alla costruzione di una diga e di un impianto idroelettrico sul fiume Alta, opere per le quali le autorità statali disposero la deportazione coattiva di alcune comunità indigene.

La vicenda, protrattasi dal 1978 al 1982, si concluse con la sconfitta dei *Sámi* davanti alla Corte suprema, che confermò la legittimità del progetto accogliendo l'impostazione della questione proposta dallo stato: i *Sámi* non erano proprietari delle terre in cui vivevano, che appartenevano allo stato; pertanto, non avevano un interesse qualificato alla conservazione dell'ambiente e del paesaggio, né potevano opporsi alla decisione delle autorità di allontanarli dai luoghi in cui vivevano e ricollocarli in altra sede[55].

---

[51] Cfr. M. MAZZA, *I diritti degli indigeni saami all'uso comune delle terre nel Finnmark (Norvegia del Nord)*, in *Diritto pubbl. comp. eur.*, 2013, p. 893 ss.

[52] V. l'accurata ricostruzione di Ø. RAVNA, *Sámi law and rights in Norway*, cit., p. 279 ss.

[53] Si tratta dei casi *Brekken* (Norsk Retstidende, NRt. 1968:394) e *Altevann* (NRt. 1968:429).

[54] V. le sentt. NRt. 1981, 1215 (*Trollheimen*), NRt. 1988, 1217 (*Korssjøfjell*) e NRt. 1997, 1608 (*Aursund II*).

[55] Rt. 1982, 241 (*Alta*). V. in proposito R. PAINE, *Dam a river, damn a people? Saami (Lapp) livelihood and the Alta/Kautokeino Hydro-Electric Project and the Norwegian Parliament*, Copenhagen,

Nondimeno, il caso *Alta* è ricordato come il momento in cui la questione dei diritti della minoranza etnica divenne argomento rilevante a livello nazionale, determinando una mobilitazione che andava oltre i diretti interessati, per recepire profonde istanze di trasformazione, che investivano il tema delle minoranze insieme a quello della tutela dell'ambiente.

Il decennio successivo alla vicenda ha segnato una radicale inversione di tendenza nell'approccio alla tutela dei diritti di quella minoranza. Abbiamo già ricordato la revisione costituzionale, preceduta dalla prima legge di tutela dei Sámi e seguita dall'istituzione del parlamento locale.

Nel 1990 la Norvegia fu il primo stato a ratificare la convenzione ILO-169 sui diritti degli indigeni e dei popoli tribali. Nel 1997, in un discorso pubblico, il Re chiese ufficialmente scusa per la prolungata violazione dei diritti dei *Sámi*, mentre nel 2000 è stato istituito un fondo statale per garantire l'indennizzo delle violazioni accertate (*Samefolkets fond*).

Nel 1999 il parlamento approvò la c.d. legge sui diritti umani[56], che disponeva la ratifica della Convenzione europea per la protezione dei diritti umani del 1950 e del Patto internazionale sui diritti civili e politici (ICCPR) del 1966. Nel 2007 ha sottoscritto la Dichiarazione ONU dei diritti dei popoli indigeni.

Da questo punto di vista, l'indirizzo adottato dalle istituzioni norvegesi è stato diametralmente opposto a quello degli svedesi: questi hanno espresso una ferma contrarietà al recepimento del diritto internazionale pattizio in materia di tutela degli indigeni, ribadita anche nel cambiamento delle maggioranze parlamentari, mentre la Norvegia ha intrapreso la via della recezione degli accordi internazionali e, soprattutto, di un deciso processo di riforma della legislazione statale.

Così, nel 2005 l'entrata in vigore del *Finnmarksloven* ha aperto la strada al riesame del regime delle proprietà terriere nelle terre abitate dai *Sámi*, insieme all'adozione, nello stesso anno, della legge che regola l'obbligatoria consultazione del parlamento indigeno in vista della realizzazione di progetti di interesse

---

1982; T. NYKÄNEN, *The Áltá and Deatnu conflicts and the articulations of nature*, in S. VALKONEN, Á. AIKIO, S. ALAKORVA, S.-M. MAGGA (eds.), *The Sámi world*, London, 2022, p. 397 ss.

[56] *Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)*, LOV-1999-05-21-30.

pubblico nel Finnmark[57]. Nel 2007 la nuova legge sull'allevamento delle renne[58] ha sancito l'obbligo per le autorità pubbliche di rispettare il diritto, sia culturale che economico, dei Sámi all'allevamento.

Sul versante giurisprudenziale, all'inizio del XXI secolo si segnalano due importanti decisioni della Corte suprema, che adottano la nuova prospettiva inaugurata dalla legislazione dei decenni precedenti: nel caso *Selbu*[59] è stato riconosciuto il particolare valore culturale degli usi (*alders tids bruk*) in materia di allevamento delle renne; la Corte ha affermato che la validità della consuetudine dipende dal lungo periodo necessario al suo consolidamento, dalle caratteristiche del territorio e da quelle degli animali. L'indirizzo è stato confermato anche nel caso *Svartskog*[60], in cui si è riconosciuto per la prima volta il fondamento consuetudinario della proprietà rivendicata dai *Sámi* su un pascolo, e più recentemente nel caso Nesseby[61].

Il caso Fosen[62] si colloca nel quadro sinora tratteggiato di crescente attenzione alla questione *Sámi*, presentando diverse analogie con la controversia di Alta, seppure in un contesto normativo e politico profondamente mutato[63]. In questa vicenda, come nell'altra, sono in gioco i diritti consuetudinari di allevamento e pascolo delle renne su un terreno di proprietà pubblica; parimenti, è posta in discussione la realizzazione di un'opera della quale è

---

[57] Cfr. E. JOSEFSEN, S.U. SØRENG, P. SELLE, *Regional Governance and Indigenous Rights in Norway: The Finnmark Estate Case*, in T. HERRMANN, T. MARTIN, (eds.), *Indigenous Peoples' Governance of Land and Protected Territories in the Arctic*, Cham, 2016, p. 23 ss.

[58] Lov 15 juni 2007 nr. 40 om reindrift.

[59] NRt. 2001, 769 (*Selbu*). V. in proposito M. AHRÉN, *Indigenous peoples' culture, customs, and traditions*, cit., p. 102; C. ALLARD, *Some Characteristic Features,* cit., p. 58 ss.

[60] NRt. 2001, 1229 (*Svartskog*). Su entrambe le decisioni v. Ø. RAVNA, *The Process of Identifying Land Rights in parts of Northern Norway: Does the Finnmark Act Prescribe an Adequate Procedure within the National Law?*, in *Yearbook of Polar Law*, vol. 3, 2011, pp. 423 ss., spec. 429 ss.

[61] HR-2018-456-P, (*Nesseby*).

[62] Sulla decisione v. D. CAMBOU, *The significance of the Fosen decision for protecting the cultural rights of the Sámi Indigenous people in the green transition*, in D. CAMBOU, Ø. RAVNA (eds.), *The Significance of Sámi Rights*, cit., p. 52 ss.; Ø. RAVNA, *The Fosen Case and the Protection of Sámi Culture in Norway Pursuant to Article 27 ICCPR*, in *Int. Journ. Minority and Group Rights*, vol. 30, n. 1, 2023, p. 156 ss.; E.M. FJELLHEIM, *Wind Energy on Trial in Saepmie: Epistemic Controversies and Strategic Ignorance in Norway's Green Energy Transition*, in *Arctic Review on Law and Politics*, vol. 14, 2023, p. 140 ss.; L. MÓSESDÓTTIR, *Energy (in)justice in the green energy transition. The case of Fosen wind farms in Norway*, in *Technology in Society*, vol. 77 (2024) 102563.

[63] Sulle analogie e differenze tra *Alta* e *Fosen* v. L. LAFRAMBOISE, *Just Like Alta? A Comparative Study of the Alta and Fosen Cases as Critical Junctures for Sámi Rights in Norway*, in *Arctic Yearbook*, 2023, p. 1 ss.

attestato il rilevante interesse pubblico e della quale si contesta l'impatto devastante sull'ecosistema, oltre che sulla vita dei nomadi.

Rispetto ad *Alta*, è completamente diverso il quadro normativo. In quella controversia i *Sámi* poterono invocare solo le loro consuetudini, alle quali fu attribuita una posizione recessiva rispetto alla legge, e i trattati internazionali, all'epoca non ratificati dalla Norvegia.

Nella vicenda *Fosen* i ricorrenti, come vedremo, hanno fatto valere il dettato costituzionale in connessione con le garanzie disposte dal legislatore e, soprattutto, dai trattati che oggi la Norvegia si è impegnata a rispettare.

La controversia è nata in seguito al progetto di una società a maggioranza pubblica (Fosen Vind)[64] inteso a costruire il più grande parco eolico del continente nella penisola di Fosen, abitata da comunità *Sámi*.

Nel corso delle consultazioni previste dal procedimento per l'approvazione della concessione è emerso che le dimensioni del progetto e il suo impatto ambientale avrebbero danneggiato gli allevatori di renne, impedendo il transito degli animali e il pascolo in una vasta area tradizionalmente oggetto di tale attività. Il Ministero del petrolio e dell'energia ha ammesso la fondatezza delle preoccupazioni, ma ha ritenuto che l'opera avrebbe portato benefici ancora maggiori ai norvegesi, consentendo di accelerare la transizione verso l'impiego di energie rinnovabili.

Il progetto ha ottenuto il via libera tra le proteste degli abitanti e di numerose associazioni ambientaliste e per la tutela dei diritti umani, che hanno presentato un ricorso al Comitato per l'eliminazione delle discriminazioni razziali (CERD). Il Comitato ha chiesto la sospensione dell'autorizzazione il 18 novembre 2018, rilevando la potenziale violazione dei diritti della popolazione indigena ai sensi della Convenzione ILO-169 e dell'ICCPR. Nonostante ciò, il governo norvegese ha confermato l'iniziativa e l'impianto è stato completato nel 2020, in pendenza dei ricorsi giurisdizionali proposti sia da singoli allevatori, sia dalle comunità locali di allevatori[65], sia da associazioni ambientaliste.

[64] Nel progetto, così come nelle vicende giudiziarie, è coinvolta anche Statnett, l'azienda pubblica che detiene e gestisce le reti di distribuzione dell'energia elettrica.

[65] Le comunità interessate in questo caso sono Sør-Fosen sijte e Nord-Fosen siida.

La Corte suprema ha deciso in via definitiva l'11 ottobre 2021[66], affermando all'unanimità che il progetto è illegittimo perché viola l'art. 27 del Patto sui diritti civili e politici (ICCPR)[67].

Questa è la prima occasione nella quale la Corte suprema riscontra la violazione della disposizione in questione, che costituisce l'architrave giuridico della tutela dei *Sámi* nell'ordinamento norvegese. In precedenza, in un'occasione, la Corte aveva avuto modo di affermare in termini generali che gli atti dell'amministrazione pubblica in contrasto con l'art. 27 ICCPR sarebbero stati annullati, ma nel merito aveva escluso l'illegittimità denunciata[68].

È importante premettere che *Fosen* non è una decisione sulla proprietà dei terreni: i ricorrenti non hanno mai contestato che questa appartenga all'ente pubblico di gestione *Finnmarkseiendommen* (FeFo). La richiesta riguardava il riconoscimento dei vincoli sull'uso dei terreni, derivanti dall'esistenza di consuetudini secolari che li riservano prioritariamente all'allevamento e al pascolo delle renne da parte delle comunità locali.

Nelle loro memorie difensive, del resto, né il governo né la Fosen Vind hanno contestato l'esistenza di tali consuetudini.

Il nucleo della contesa attiene infatti al bilanciamento tra l'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera, da un lato, e l'interesse degli allevatori alla difesa della loro attività. Si prospettava un caso per molti versi analogo ad *Alta*, come si è detto, nel quale la Corte era chiamata a sindacare la correttezza della valutazione svolta dall'amministrazione.

Tale prospettiva, che induceva alla deferenza nei confronti delle scelte amministrative – in questa circostanza sostenute con vigore dal governo – era

---

[66] Høyesteretts dom 11. oktober 2021, HR-2021-1975-S (sak nr. 20-143891SIV-HRET, sak nr. 20-143892-SIV-HRET og sak nr. 20-143893SIV-HRET) (*Fosen*). Il testo della sentenza può leggersi in inglese, tradotto a cura della Corte Suprema, all'indirizzo *https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/decisions-in-english-translation/hr-2021-1975-s.pdf*

La Corte ha deciso nella composizione detta della Grande Camera, impiegata per i casi di grande rilievo giuridico nazionale.

[67] Secondo l'art. 27 ICCPR «In quegli Stati, nei quali esistono minoranze etniche, religiose, o linguistiche, gli individui appartenenti a tali minoranze non possono essere privati del diritto di avere una vita culturale propria, di professare e praticare la propria religione, o di usare la propria lingua, in comune con gli altri membri del proprio gruppo».

[68] Si tratta del caso *Sara*, HR 2017–2428-A. Nel caso di specie la ragione dell'inapplicabilità del principio fu rinvenuta nella circostanza che fossero in discussione i diritti di una comunità di allevatori contro un'altra, e che la legge dovesse essere interpretata al fine di raggiungere un bilanciamento tra interessi contrapposti, ma appartenenti entrambi alla minoranza protetta.

stata accolta in primo grado dalla Corte distrettuale di Inntrøndelag, con la conferma della legittimità della concessione e la convalida delle misure finanziarie di sostegno agli allevatori previste da Fosen Vind.

Nel ricorso alla corte d'appello le comunità locali avevano contestato la natura e la misura degli interventi compensativi, affermando che la costruzione dell'impianto non recasse soltanto pregiudizi economici alle proprie iniziative imprenditoriali, ma mettesse a repentaglio la cultura *Sámi* nella parte in cui impediva la prosecuzione della tradizionale attività di allevamento delle renne[69]. Dal punto di vista dei ricorrenti la questione non poteva essere ridotta al mero bilanciamento di interessi economici contrapposti, ma configurava una violazione dell'art. 27 ICCPR. La Corte d'appello, nel suo esame del possibile contrasto tra l'approvazione del progetto e la disposizione del trattato, era giunta, pur esprimendo dubbi, alla conclusione che l'allevamento non fosse necessariamente pregiudicato e le misure compensative (modificate e accresciute in sentenza[70]) fossero idonee a minimizzare i danni[71].

Le comunità hanno proposto ricorso alla Corte suprema chiedendo l'accertamento dell'illegittimità della concessione; il rispetto delle loro consuetudini, garantito dall'art. 108 Cost., che deve essere interpretato alla luce dell'art. 27 ICCPR e dell'art. 5 (d) (V) della Convenzione internazionale per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale (CERD)[72], impone, a loro avviso, l'annullamento della concessione.

Hanno proposto ricorso anche le aziende concessionarie, alle quali si è affiancato con un atto d'intervento il governo. Il loro obiettivo primario era la riduzione delle misure compensative rispetto alla quantificazione decisa in appello.

Di fronte al ricorso delle comunità hanno eccepito in primo luogo la legittimazione ad agire delle *siida*, dato che le norme da esse invocate

---

[69] Sulla dimensione economica dell'allevamento v. J. LARSSON, E.-L. PÄIVIÖ SJAUNJA, *Early Modern Reindeer Husbandry, Sámi Economy, and Grazing Rights*, in *Int. Journ. of the Commons*, vol. 14, 2020, p. 91 ss.

[70] Tra il primo e il secondo grado di giudizio, gli indennizzi quantificati sono passati da 19, 6 a 89,2 milioni di corone.

[71] HR-2021-1975-S (*Fosen*), §§ 18-20.

[72] L'art. 5 (d) (V) CERD indica, tra «gli altri diritti civili» meritevoli di tutela, «The right to own property alone as well as in association with others». La Corte non si pronuncerà sul punto, ritenendolo assorbito. HR-2021-1975-S (*Fosen*), § 154.

tutelerebbero gli individui ma non enti collettivi. D'altronde, la CERD non costituirebbe un valido parametro di giudizio, dato che sarebbe dubbia la sua applicabilità diretta come limite per il legislatore.

La Corte suprema, inoltre, non avrebbe il potere di riesaminare i fatti, ma dovrebbe attenersi alla ricognizione svolta in appello, senza possibilità di verifiche o integrazioni. Sul piano della legittimità, hanno affermato che le citate convenzioni internazionali non imporrebbero degli obblighi in capo al legislatore, ma conferirebbero ad esso la facoltà di disporre discriminazioni positive a favore delle minoranze; tra queste sarebbero da annoverare le misure compensative.

Il primo punto critico, quello della legittimazione ad agire delle *siida*, è stato risolto dalla Corte con la considerazione che innanzitutto l'ICCPR tutela gli individui nello svolgimento delle loro attività, alcune delle quali possono – come nel caso di specie – essere declinate anche se non esclusivamente in forma collettiva[73]; inoltre l'applicazione della disposizione in altre giurisdizioni statali e a livello internazionale ha pacificamente ammesso la legittimazione di enti collettivi limitatamente alla tutela di specifici diritti.

Il passaggio successivo è stata la verifica dell'appartenenza dell'allevamento delle renne alle pratiche garantite dall'ICCPR. Secondo la Corte, «è chiaro che il popolo *Sámi* sia una minoranza nel senso dell'art. 27, e che l'allevamento delle renne sia una forma di pratica culturale protetta»[74]; in tal senso depongono anche il testo costituzionale e la legge statale in materia.

Con questo passaggio argomentativo, la controversia si sposta – come richiesto dalle comunità locali – dal piano della competizione tra interessi economici contrapposti a quello dell'accertamento di eventuali atti discriminatori, allontanandosi da possibili similitudini con il caso *Alta*.

La verifica dell'eventuale violazione dell'art. 27 ICCPR è condotta dalla Corte a partire dagli accertamenti probatori svolti in appello. La conclusione è

[73] HR-2021-1975-S (*Fosen*), § 106: «L'art. 27 [...] protegge gli individui in una minoranza. Comunque, la cultura delle minoranze è praticata all'interno di una comunità, circostanza che conferisce alla protezione una natura collettiva. Riguardo all'allevamento di renne, ciò è chiarito dal fatto che i diritti di pascolo *Sámi* sono collettivi e conferiti a ogni singola *siida* [...]. Una *siida* è un gruppo di persone che pratica l'allevamento delle renne collettivamente in specifici distretti, v. sez. 51 della legge sull'allevamento delle renne. Di fronte a queste premesse, è difficile tracciare una netta distinzione tra gli individui e il gruppo».

[74] HR-2021-1975-S (*Fosen*), § 101.

però opposta: laddove la Corte d'appello – accertata la gravità dei danni già prodotti e di quelli previsti – aveva ritenuto sufficienti la compensazione economica e il sostegno all'alimentazione delle renne nel periodo invernale, i giudici di ultima istanza procedono oltre, verificando se le misure, oltre che adeguate sul piano finanziario, siano idonee a evitare la lesione dei diritti culturali della minoranza.

Perché vi sia violazione dell'art. 27 è necessaria la «negazione» dei diritti, che può configurarsi non solo come esclusione aperta e dichiarata, ma anche attraverso interferenze parziali e circoscritte nell'esercizio dei diritti culturali. È perciò necessario verificare se le opere autorizzate interferiscano in modo significativo con le pratiche *Sámi*. Sul punto, Fosen Vind ha sollecitato l'adozione di un criterio "tradizionale" di bilanciamento, proponendo che la violazione fosse esclusa nel caso in cui le interferenze non fossero tali da impedire il godimento e fossero giustificate in nome del prevalente interesse pubblico alla diversificazione energetica.

La Corte ha adottato un criterio opposto, poiché ha precisato innanzitutto che l'art. 27 non tollera in linea di principio il bilanciamento con altri interessi che non siano di pari rilievo[75]. Non è precluso in astratto il bilanciamento ad es. con l'interesse alla tutela dell'ambiente, che nel caso di specie, come vedremo, non entra in gioco. L'attività del giudice consiste soltanto nel verificare se le interferenze siano tali da pregiudicare in misura significativa il godimento dei diritti della minoranza.

In questo caso, la Corte torna agli accertamenti svolti in appello, per osservare che le limitazioni poste agli allevatori sono gravi, provocando sia la riduzione dei capi allevati, sia una maggiore complessità delle procedure richieste. Le difficoltà maggiori riguardano per la Corte gli effetti trasformativi in senso negativo nei confronti delle usanze consolidate, che sarebbero stravolte.

Soltanto misure correttive e compensative adeguate (non tanto sul piano finanziario ma) a mitigare o escludere tali danni potrebbero consentire di escludere la violazione dell'art. 27. Ad avviso dei giudici, però, le compensazioni disposte in appello risultano insoddisfacenti sotto diversi punti di vista. Innanzitutto non sono stati consultati i destinatari[76]; inoltre non si è verificato il

[75] HR-2021-1975-S (*Fosen*), § 143.
[76] Cfr. Ø. RAVNA, *The Duty to Consult the Sámi in Norwegian Law*, cit.

loro impatto sulle pratiche sulle quali andavano ad incidere[77]. In definitiva, le misure approvate dalla Corte d'appello sono gravate da incertezze tali che è inevitabile considerarle insufficienti.

Sarebbe ancora possibile confermare la legittimità della concessione in nome della tutela dell'ambiente, introducendo un bilanciamento tra le esigenze in tal senso e quelle della minoranza; ma, nel caso di specie, da un lato questa prospettazione non è emersa in nessuna fase processuale, dall'altro gli atti di causa mostrano che in fase di elaborazione progettuale si è trascurata la valutazione di altre localizzazioni, pur possibili e non in contrasto con le esigenze dei *Sámi*. Non è perciò proponibile, per così dire *in extremis*, un bilanciamento fino ad allora mai preso in considerazione.

Riassumendo, il progetto produce interferenze rilevanti sul godimento dei diritti culturali dei *Sámi*; le misure compensative sono state adottate senza la consultazione dei destinatari o contro la loro volontà; si sono rivelate inefficaci e insufficienti; non sono state considerate localizzazioni alternative meno impattanti: l'esito inevitabile è la decisione di annullamento della concessione.

Se questa fosse la sceneggiatura di un film, potremmo avviarci ai titoli di coda, dopo aver assaporato il lieto fine. Poiché si tratta, invece, della descrizione di una dura battaglia legale e politica, non vi è alcun lieto fine.

La sentenza ha prodotto un notevole impatto sull'opinione pubblica e sulla politica norvegese. Ha messo in discussione le linee portanti della riconversione energetica, costringendo il parlamento a riflettere sull'ipocrisia di una scelta energetica *green* i cui costi sono stati scaricati sulle componenti più deboli della società, in nome di un miglioramento delle condizioni di vita della maggioranza[78].

---

[77] La Corte osserva ad es. che le mutate modalità di alimentazione producono una drastica diminuzione dei capi, ma il giudizio di appello non ha approfondito sul punto; inoltre, le recinzioni imposte per modificare le rotte di spostamento delle mandrie paiono persino in contrasto con la legge sull'allevamento: su questo aspetto la Corte, pur rilevandolo, dichiara esplicitamente di non volersi pronunciare oltre. HR-2021-1975-S (*Fosen*), §§ 145-150.

[78] La dottrina in materia, seppur recente, è già sterminata. Si ricordano qui i principali contributi maturati nella dottrina nordica in lingua inglese: Å. ÖSSBO, P. LANTTO, *Colonial tutelage and industrial colonialism. Reindeer husbandry and early 20th–century hydroelectric development in Sweden*, in *Scand. Journ. History*, vol. 36, n. 3, 2011, p. 324 ss.; S. NORMANN, *Green colonialism in the Nordic context: Exploring Southern Saami representations of wind energy development*, in *Journ. Comm. Psych.*, vol. 49, n. 1, 2019, p. 77 ss.; B. KÅRTVEIT, *Green Colonialism: The Story of Wind Power in Sápmi*, in R. SØRLY, T. GHAYE, B. KÅRTVEIT (eds.), *Stories of Change and Sustainability in the Arctic Regions. Interdependence of Local and Global*, London, 2021, p. 157; R. KUOKKANEN, *Is*

A questo proposito hanno ripreso vigore le critiche, invero formulate già da oltre un decennio, sulla trasformazione del tradizionale colonialismo "civilizzatore" dell'Ottocento in una versione "ecologista", nella quale si finisce per imporre alle comunità marginali – in questo caso i *Sámi* – l'onere di accollarsi i costi della transizione, attraverso l'individuazione di "zone sacrificali verdi"[79]. Nel caso di specie, la riconversione in direzione di una produzione energetica sostenibile portava, quale danno collaterale occulto, la cancellazione di usanze millenarie e la devastazione irreversibile di un territorio incontaminato. Dopo vent'anni di (apparentemente) entusiastica adesione ai principi più avanzati in materia di diritti delle minoranze, i norvegesi hanno scoperto improvvisamente che le conquiste poggiano su fondamenta fragili, che sul tema la società è ancora profondamente divisa e che le forze di governo affiancano in modo disinvolto dichiarazioni a favore dei *Sámi* e azioni in senso contrario. Si profila inoltre un conflitto istituzionale inedito tra il potere giudiziario e l'esecutivo, dato che il secondo platealmente evita di dare seguito alla sentenza, dopo essersi schierato a fianco della parte soccombente[80].

Scendendo su un piano decisamente più pragmatico, dobbiamo osservare che la Corte suprema ha sancito l'illegittimità della concessione, ma ha omesso di pronunciarsi sul destino degli impianti già realizzati e in funzione da anni. Fosen Vind, con l'attivo sostegno del governo, ha continuato la produzione mentre si istituivano tavoli di mediazione: nel corso del 2023 i rappresentanti

---

Reindeer the New Buffalo? Climate Change, the Green Shift and Manifest Destiny in Sápmi, in *Meridians: feminism, race, transnationalism*, vol. 1, 2023, p. 11 ss.; E.M. FJELLHEIM, *"You Can Kill Us with Dialogue:" Critical Perspectives on Wind Energy Development in a Nordic-Saami Green Colonial Context*, in *Human Rights Rev.*, vol. 24, 2023, p. 25 ss.

[79] Sul concetto di "zone sacrificali" v. D.N. SCOTT, A.A. SMITH, *"Sacrifice Zones" in the Green Energy Economy: Toward an Environmental Justice Framework*, in *McGill L. Journ.*, vol. 62, n. 3, 2017, p. 861 ss.; D. CAMBOU, *Uncovering Injustices in the Green Transition: Sámi Rights in the Development of Wind Energy in Sweden*, in *Arctic rev. on Law and Politics*, vol. 11, 2020, p. 310 ss.; C. ZOGRAFOS, P. ROBBINS, *Green Sacrifice Zones, or Why a Green New Deal Cannot Ignore the Cost Shifts of Just Transitions*, in *One Earth* 3, n. 5, 2020, p. 543 ss.; Å. ÖSSBO, *"A constant reminder of what we had to forfeit". Swedish industrial colonialism and intergenerational effects on Sámi living conditions in the area of Stuor Julevädno*, in *Int. Journ. Crit. Indigenous Stud.*, vol. 14, n. 1, 2021, p. 17 ss.; Å. ÖSSBO, *Back to Square One. Green Sacrifice Zones in Sápmi and Swedish Policy Responses to Energy Emergencies*, in *Arctic Rev. on Law and Politics*, vol. 14, 2023, p. 112 ss.

[80] Un altro segnale della tensione può leggersi nella scelta della polizia della capitale di denunciare i manifestanti dell'ottobre 2023. Il 2 aprile 2024 la Corte di contea di Oslo non solo ha prosciolto tutti gli imputati perché stavano esercitando un diritto costituzionale, ma nel corso del processo ha chiamato a testimoniare il ministro dell'energia e lo ha redarguito per la tardività delle scuse rivolte ai *Sámi*. Cfr. https://www.newsinenglish.no/2024/04/09/sami-demonstrators-cleared-in-court/

delle *siida*, del Parlamento *Sámi*, del Governo e dell'azienda hanno raggiunto un accordo di massima sullo smantellamento delle turbine entro 25 anni dalla loro costruzione (cioè entro il 2045), ma ad oggi nemmeno questa soluzione è divenuta esecutiva.

Nel frattempo, si sono succedute manifestazioni popolari davanti al Parlamento, alla sede del Governo e della Corte suprema; il Re e il Primo ministro hanno ricevuto i manifestanti e hanno pronunciato discorsi ufficiali di scuse al popolo *Sámi*; da parte sua, la polizia locale ha avviato nell'ottobre scorso un'indagine sulle numerose, evidenti, irregolarità dell'impianto, ma non si è ancora approdati ad alcuna incriminazione.

4. Nello stesso periodo in cui il caso *Fosen* approdava alla Corte suprema, prendeva l'avvio un'altra contesa che vedeva contrapposta una comunità *Sami* alle autorità pubbliche. Anch'essa, dopo un *iter* amministrativo e giudiziario travagliato, è divenuta oggetto di una decisione della Corte suprema, i cui effetti, sia immediati che futuri, saranno probabilmente tali da incidere sull'assetto dei rapporti tra la minoranza e le istituzioni norvegesi.

Il punto di partenza è il *Finnmarksloven*, che, come già accennato al § 1, ha devoluto la proprietà dei terreni pubblici della contea ad un ente pubblico, la *Finnmarkseiendommen* (*FeFo*).

FeFo è gestito da un consiglio d'amministrazione composto da sei membri, tre dei quali eletti dal *Sàmediggi* e tre dal Consiglio di contea del Finnmark, con mandato quadriennale. Il presidente è eletto a turno fra le due componenti[81].

È inoltre istituito un comitato di controllo sulle attività della commissione, composto da tre membri, nominati rispettivamente dal *Sàmediggi*, dal Consiglio di Stato[82] e dal Consiglio della contea di Finnmark[83].

La legge ha disposto la formazione di una Commissione per il Finnmark (*Finnmarkskomisjonen*), composta da cinque membri, nominati dal Re su proposta

[81] *Finnmarksloven*, sez. 7.

[82] In Norvegia, il Consiglio di Stato (*Statsrådet*) è presieduto dal monarca e corrisponde in sostanza all'esecutivo statale. Per approfondimenti v. P. BIANCHI, *Parlamentarismi nordici*, Napoli, 2022, p. 168 ss.

[83] *Finnmarksloven*, sez. 16.

del governo, rispettando il criterio di rappresentanza paritaria tra *Sámi* e non-*Sámi* residenti nella contea[84].

La Commissione ha il compito di svolgere una ricognizione di tutta l'area devoluta all'ente, al fine di individuare i diritti di proprietà e di uso gravanti su di essa, sia derivanti da atti negoziali che da antiche consuetudini. Sui rapporti da essa prodotti si pronuncia il c.d.a. di *FeFo* con un provvedimento che dispone il nuovo regime giuridico dell'area.

La Commissione ha avviato sin dal 2007 un'imponente opera di mappatura del regime proprietario delle terre della contea, insieme alla ricostruzione del *corpus* di norme consuetudinarie che regolano l'accesso alle risorse. L'intenzione del legislatore è estinguere il contenzioso, vivace da almeno quarant'anni, fra *Sámi* e autorità pubbliche sulla natura dei diritti rivendicati dai nomadi[85].

La terza articolazione istituzionale introdotta dal *Finnmarksloven* è un organo giurisdizionale locale (*Utmarksdomstol*, letteralmente "Corte delle terre incolte")[86], competente in via esclusiva a giudicare in primo grado sul contenzioso in materia di proprietà e uso delle terre che possa derivare dai rapporti della commissione. Sulle sue decisioni è ammesso il ricorso diretto alla Corte suprema.

La legge esclude che possano essere adottati provvedimenti su base etnica, ma tutti gli organi richiamati sono composti su base paritaria tra rappresentanti dei *Sámi* e della Contea di Finnmark. I presidenti sono nominati con una rigida turnazione che consente l'alternanza tra le due componenti. Il voto del presidente è decisivo in caso di parità. La componente etnica, al di là e forse contro l'intenzione dele legislatore, ha assunto un rilievo determinante nello sviluppo della contesa intorno alle terre di Karasjok.

La Commissione ha iniziato il suo lavoro di ricognizione nel partire dal 2008. Da allora ha prodotto sei rapporti relativi ad altrettante comunità residenti nella contea, nei quali – avvalendosi della collaborazione di archeologi,

---

[84] *Finnmarksloven*, sez. 29-35.

[85] Sui principi ispiratori del *Finnmarksloven* e i meccanismi di risoluzione delle controversie sui terreni che la legge ha introdotto v. A.J. SPITZER, *A Sámi land-claims settlement? Assessing Norway's Finnmark Act in a comparative perspective*, in *Scand. Political Stud.*, vol. 46, 2023, p. 288 ss.

[86] *Finnmarksloven*, sez. 36.

antropologi, giuristi, esperti linguisti – ha accertato in via definitiva il quadro delle consuetudini applicate, consolidando in tal modo il regime della proprietà e degli usi che gravano su di essa[87].

Fino al 2019 le critiche all'opera della Commissione si appuntavano su due aspetti: in primo luogo la sua lentezza, dovuta in gran parte all'oggettiva difficoltà di documentare il diritto consuetudinario, che a sua volta si è rivelato variabile da un territorio all'altro; il secondo elemento, rilevato dal parlamento *Sami* in più occasioni, era il costante rigetto, nei rapporti finali, di qualunque rivendicazione locale relativa a diritti di proprietà. I rappresentanti *Sámi* cominciarono a insinuare il dubbio che la Commissione non agisse in modo imparziale ma fosse funzionale alla validazione delle rivendicazioni provenienti dallo stato.

Nel dicembre 2019 la Commissione ha presentato il suo sesto rapporto, nel quale per la prima volta riconosceva che gli abitanti di Karasjok, una delle poche comunità a maggioranza *Sámi*, sono proprietari dei terreni[88]. All'unanimità i componenti della Commissione hanno affermato che, prima dell'annessione alla Norvegia, i residenti di Karasjok erano collettivamente proprietari dei terreni. La Commissione si è divisa sulla qualificazione degli eventi successivi al 1751, anno in cui la contea fu trasferita dalla Svezia alla Norvegia. Due commissari hanno ritenuto che la proprietà collettiva sia stata interrotta a favore del nuovo stato, che con la legge del 2005 l'ha trasferita a FeFo. La maggioranza ha deciso che non vi era prova di alcun mutamento della titolarità, che pertanto resta collettivamente in capo ai cittadini di Karasjok, che all'80% sono *Sámi*.

La decisione è stata salutata con entusiasmo dalle comunità indigene in condizioni analoghe, insediate nelle parti della contea (il c.d. Finnmark interno) annesse alle stesse condizioni di Karasjok nel 1751. Il rapporto riguarda un solo comune di ben 5.500 km quadrati, ma le comunità che hanno una storia simile

---

[87] Sulla prima fase dell'esperienza della gestione di FeFo v. E.G. BRODERSTAD, E. JOSEFSEN, *Comprehending the Mandate and Interactions of Land Tenure Reform in Finnmark, Norway*, in T. KOIVUROVA, E.G. BRODERSTAD, D. CAMBOU, D. DOROUGH and F. STAMMLER (eds.), *Routledge Handbook of Indigenous Peoples*, cit., p. 159 ss.; Ø. RAVNA, *The First Investigation Report of the Norwegian Finnmark Commission*, in *Int. Journ. Minority and Group Rights*, vol. 20, n. 3, 2013, p. 443 ss.

[88] Cfr. Ø. RAVNA, *The Survey of Use and Ownership Rights in Finnmark – A Change of Direction?*, in *Int. Journ. Minority and Group Rights*, vol. 29, n. 2, 2022, p. 315 ss.

coprono una superficie quattro volte più ampia, corrispondente a circa il 5% della Norvegia.

Il *Finnmarksloven* dispone che sui rapporti della Commissione si pronunci il direttivo FeFo, con un provvedimento che li rende esecutivi. In questo caso è stato necessario quasi un anno per arrivare alla ratifica. Il direttivo si è diviso secondo l'appartenenza etnica, con i membri di nomina *Sámi* a favore e quelli della contea contro. È risultato decisivo il voto del presidente, indicato dal parlamento *Sámi*. Poche settimane dopo, all'inizio del 2021, il nuovo presidente, indicato dalla contea, ha posto nuovamente in votazione il rapporto della Commissione, ottenendo un voto contrario e disponendo l'immediato recupero delle terre contese alla gestione del FeFo.

Contro quest'ultimo provvedimento sono stati proposti due ricorsi all'*Utmarksdomstol*. Il primo, proposto dagli amministratori locali di Karasjok, da abitanti e da rappresentanti politici dei *Sámi*, sosteneva i risultati del rapporto, rivendicando la proprietà alla comunità, ma con una precisazione significativa: la proprietà non spetta ai semplici residenti, ma a coloro che rispettano le consuetudini *Sámi* in tema di uso e conservazione delle risorse naturali. Il secondo ricorso, presentato da altri *Sámi* residenti a Karasjok, ha proposto una lettura ancora più restrittiva: la terra appartiene ai soli residenti di etnia *Sámi*, e una soluzione diversa, a loro avviso, violerebbe l'art. 27 della convenzione ILO-169, mettendo a rischio le tradizioni del popolo indigeno.

L'*Utmarksdomstol* ha deciso con sentenza del 21 aprile 2023[89], riconoscendo la proprietà dei terreni ai residenti di Karasjok. Anche in questo caso si è avuta una spaccatura, con i tre giudici di indicazione *Sámi* a favore e i due della contea in minoranza. La decisione ha confermato i contenuti del rapporto della Commissione per il Finnmark, in particolare affermando che non vi sia mai stata da parte dello stato norvegese un'espressa e documentata appropriazione dei terreni. Questi, appartenenti per uso immemorabile (*alders tids bruk*) ai *Sámi* residenti, sono stati trasmessi di generazione in generazione e

[89] Utmarksdomstolen for Finnmark – Finnmárkku meahcceduopmostuollu, Saksnr.: 21-086077TVI-UTMA 21-086497TVI-UTMA, che può leggersi all'indirizzo *https://www.domstol.no/globalassets/domstolene/utmarksdomstolen-for-finnmark/dom-av-21.04.2023-rettet.pdf*

appartengono a chi attualmente vive nel comune, indipendentemente dall'etnia e dall'attività svolta.

Con tale argomento, il tribunale ha evitato la connessione tra diritti reali e convenzione ILO-169, che avrebbe attratto la controversia fuori dal quadro della disciplina del *Finnmarksloven*, e ha tentato di disinnescare l'ulteriore contesa interna ai cittadini di Karasjok, tra *Sámi* e non-*Sámi*, che avrebbe aperto la strada a difficoltà ulteriori e potenziali violazioni dei diritti fondamentali, come abbiamo visto all'esito del caso *Girjas*.

I due giudici in minoranza hanno sostenuto appieno gli argomenti di *FeFo*: la terra è passata alla Norvegia sin dal 1751; nel 2005 il *Finnmarksloven* l'ha legittimamente devoluta a FeFo, quindi i cittadini non hanno la proprietà della terra in cui abitano. A sostegno di tale conclusione, viene ricordato che i *Sámi* non hanno mai rivendicato la proprietà, ma solo l'uso delle terre; che dal 1751 Karasjok è abitata anche da non-*Sámi*, e questo fatto interrompe ogni eventuale continuità nel possesso; che da allora la terra è stata affidata, a vario titolo, anche a soggetti non residenti.

Contro la decisione ha proposto ricorso alla Corte suprema il consiglio d'amministrazione del *FeFo*, anche in questo caso a stretta maggioranza. Oltre agli argomenti già segnalati, *FeFo* ha evidenziato le difficoltà che si sarebbero create sul piano pratico qualora la Corte avesse accettato l'idea della frammentazione del territorio tra enti diversi, alternativi ed eventualmente in conflitto con lo stesso *FeFo*, al quale la legge avrebbe affidato l'esclusiva gestione del Finnmark.

Anche il gruppo di ricorrenti che sostenevano l'esclusivo diritto dei *Sámi* ha proposto ricorso, insistendo sull'applicazione della Convenzione ILO-169.

La Corte suprema si è pronunciata il 31 maggio 2024[90], decidendo a favore di *FeFo*, nel senso che gli abitanti di Karasjok non hanno la proprietà delle terre del comune. Anche in questo caso la decisione, adottata nella composizione della Grande camera, è stata assunta a stretta maggioranza, con sei giudici a favore e cinque contrari.

[90] Norges Høyesterett, HR-2024-982-S, (sak no. 23-101553SIV-HRET og sak no. 23-101689SIV-HRET), *Karasjok*, che può leggersi in *https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/avgjorelser/2024/mai/hr-2024-982-s-rettet.pdf*.

Su un punto soltanto le parti hanno concordato e la Corte ha deciso all'unanimità: nella causa non erano in discussione i diritti all'uso delle terre da parte dei residenti nell'area, accertati dalla Commissione e mai posti in discussione neppure nell'*iter* precedente. Si tratta di un dato speculare a quello visto in *Fosen*: laddove in quel caso la proprietà non era in discussione ma si contestava l'esistenza e la natura dei limiti consuetudinari all'uso, in *Karasjok* sono fatti salvi i diritti d'uso della terra ma ne è controversa la proprietà. Tutte le altre questioni sottoposte alla Corte sono state decise a stretta maggioranza.

Particolarmente complessa è stata la discussione intorno all'individuazione del titolo proprietario rivendicato dallo stato (e accolto dalla maggioranza dei giudici). In proposito *FeFo*, in linea con parte della giurisprudenza e della dottrina, ha fatto riferimento al c.d. *Codicillo lappone*, un protocollo aggiuntivo del trattato stipulato nel 1751 tra la Svezia e il regno, all'epoca unitario, di Danimarca e Norvegia al fine di regolare i rispettivi confini[91]. Il trattato è senza dubbio ancor oggi vigente, e fonda le rivendicazioni *Sámi* sull'uso consuetudinario delle terre e delle risorse del Finnmark, del quale costituisce il primo riconoscimento in un atto normativo scritto. La stessa Corte suprema, recentemente, ha ribadito che il Codicillo è in vigore e legittima il riconoscimento degli antichi usi *Sámi*, che non possono essere alterati unilateralmente nemmeno con legge dello stato[92].

Se il versante relativo ai diritti d'uso è pacifico, quello riguardante l'assetto proprietario è tuttora controverso. Il trattato aveva lo scopo di regolare le attività dei *sami* a cavallo dei confini degli stati contraenti, ma non si poneva l'obiettivo di disciplinare in modo espresso la titolarità delle terre. Chi sostiene che il Codicillo legittimi la proprietà statale, poggia le proprie conclusioni su un dato implicito: si tratta di un atto con il quale, regolando i confini con la Svezia, il Regno di Norvegia esercita la propria sovranità su quel territorio; dato che non esistono atti che riconoscano proprietà private, se ne deve desumere che la terra

[91] Første Codicill og Tillæg til Grendse-Tractaten imellem Kongerigerne Norge og Sverrig Lapperne betreffende (*Lappekodisillen*), LOV-1751-10-02.

Sul trattato v. P. LANTTO, *Borders, Citizenship and Change: The Case of the Sami People, 1751–2008*, in *Citizenship Studies*, vol. 14, n. 5, 2010, p. 543 ss.; S. KIRCHNER, *Codicil to the 1751 Strömstad Treaty: Relevance for Indigenous Rights*, in K.W. GRAY (ed.), *Global Encyclopedia of Territorial Rights*, Cham, 2022.

[92] HR-2021-1429-A, (sak nr. 20-164328SIV-HRET), *Saarivouma*.

è acquisita dallo stato. A sostegno di ciò si aggiungono le norme del trattato che regolano l'imposizione tributaria nell'area.

In senso contrario sta l'interpretazione letterale, dato che nel testo niente è detto al riguardo: non sarebbe possibile desumere dal mero silenzio una conseguenza di tale portata. Neppure la tassazione sarebbe risolutiva, posto che, da un lato, sono regolarmente tassati anche i terreni di proprietà privata: il problema si sposterebbe sulla natura dell'imposta, che però fino al secolo scorso non è stata chiaramente definita. Dall'altro lato, i *Sámi* non hanno mai formalmente espresso l'accettazione della sovranità norvegese, che risulterebbe pertanto un'imposizione unilaterale, oltre che di incerta documentazione[93].

La Corte suprema, a stretta maggioranza, ha in qualche misura ribaltato i termini del dibattito, sostenendo che il Codicillo non contiene il riconoscimento della proprietà dei *sami* ma solo i loro diritti consuetudinari legati all'uso delle risorse; che, indipendentemente dal Codicillo, la Norvegia ha in più occasioni rivendicato la sovranità sul Finnmark e che la ha pienamente esercitata quanto meno dalla metà del Settecento.

La Corte passa ad esaminare se il diritto della comunità alla proprietà dei terreni si sia formato per consuetudine *successivamente* al 1751. A tale proposito osserva che non vi è stato un controllo, né unitario, né continuativo, dei *Sámi* sull'intera area contesa. Al contrario, gli usi rivendicati riguardano singoli villaggi o particolari *siida*. Non è in definitiva possibile accertare un uso comune e omogeneo neppure dalla metà del Settecento.

Anche la decisione sull'eventuale applicazione della Convenzione ILO-169 è contraria alle richieste *Sámi*. Ad avviso della Corte la Convenzione non è propriamente diritto norvegese e impone dei principi vincolanti, che necessitano della mediazione della legislazione interna. Nel caso di specie, la garanzia dei diritti della minoranza etnica non richiede l'attribuzione alle comunità tutelate del diritto di proprietà sulle terre in cui vivono. Restano tuttavia impregiudicati i diritti reali acquisiti a titolo individuale o dalle *siida* su specifiche parti del territorio, sui quali la Corte non è chiamata a decidere.

---

[93] Cfr. K. TUORI, *The Theory and Practice of Indigenous Dispossession in the Late Nineteenth Century: The Saami in the Far North of Europe and the Legal History of Colonialism*, in *Comparative Legal History*, vol. 3, 2015, p. 152 ss., spec. p. 161 ss. Discute ampiamente le varie tesi C. BERGSTRØM, *Claiming reindeer in Norway: towards a theory of the dynamics of property regime formation and change*, Noragric – Dep. of Int. Env. and Dev. Studies, Ås, 2005, spec. p. 39 ss., p. 96 ss.

Possiamo svolgere alcune osservazioni conclusive, a partire dall'evidente frattura tra *Sámi* e non-*Sámi* che ha contraddistinto tutto il procedimento. Si tratta di un sintomo che non va trascurato, perché la sua emersione contraddice – come per altri versi nel caso *Fosen* – la narrazione di una Norvegia che ha fatto i conti con il suo passato di discriminazione, colonialismo interno e volontà di assimilazione. Del resto, anche la Commissione per la verità e la riconciliazione, istituita dal parlamento nel 2018, nel suo ultimo rapporto[94] ha segnalato che gran parte dei diritti dei *Sámi* sono solo sulla carta, e che le autorità statali continuano ad operare in modo sottilmente razzista, incuranti del mutato contesto legislativo e giurisprudenziale[95].

Non deve essere trascurata neppure la circostanza che in entrambi i casi qui esaminati il governo è intervenuto in giudizio contro le istanze dei *Sámi*, inviando all'opinione pubblica un segnale molto chiaro.

Il nucleo del giudizio riguarda la prova del diritto di proprietà. In proposito la giurisprudenza e la dottrina prevalenti ammettono che la proprietà possa acquisirsi per uso immemorabile (*alders tids bruk*), con requisiti assimilabili al nostro istituto dell'usucapione: è necessario dimostrare che vi sia stato uso continuo nel tempo e in buona fede[96]. L'applicazione di tali regole alle consuetudini *sami* pone due ordini di problemi difficilmente superabili.

Il primo è un classico delle vicende di colonizzazione a ogni latitudine e in ogni epoca: popolazioni nomadi che non concepiscono la proprietà della terra vengono spossessate dei luoghi in cui vivono; quando rivendicano i loro diritti devono dimostrare un titolo che non possiedono perché, quando erano gli unici a esercitarlo, non aveva ragion d'essere, mentre nel momento in cui dovrebbero farlo valere, scoprono che *altri*, i colonizzatori, hanno creato quel titolo a proprio vantaggio. Come è stato osservato, gli indigeni sono proprietari senza saperlo, e

---

[94] *Rapport til Stortinget fra Sannhets- og Forsoningskommisjonen.* Avgitt til Stortingets presidentskap 01.06.2023, consultabile a https://www.stortinget.no/globalassets/pdf/sannhets-og-forsoningskommisjonen/rapport-til-stortinget-fra-sannhets-og-forsoningskommisjonen.pdf. Sul rapporto v. A. NONBO ANDERSEN, A. DANKERTSEN, *Truth and Reconciliation in Norway amidst a Crisis of Trust*, in *justiceinfo.net*, 10 march 2023.

[95] In generale, sulla composizione e le funzioni della Commissione v. H.M. HAUGEN, *Any Role for Human Rights in the Norwegian Truth and Reconciliation Commission Addressing Forced Assimilation?*, in *International Journal on Minority and Group Rights*, 2022, n. 3, vol. 29, p. 205 ss.; E.G. BRODERSTAD, E. JOSEFSEN,. *The Norwegian TRC: Truth, Reconciliation, and Public Engagement*, ivi, vol. 96, n. 3, 2023, p. 1 ss.; E. SKAAR, *When Truth Commission Models Travel: Explaining the Norwegian Case*, in *International Journal of Transitional Justice*, vol. 17, n. 1, 2023, p. 123 ss.

[96] C. ALLARD, *The Nordic countries' law on Sámi territorial rights*, cit., p.167 ss.

solo quando vengono spogliati dei propri diritti ne vengono a conoscenza, solo per sentirsi rispondere che non possono essere loro riconosciuti dato che "in precedenza" non li avevano rivendicati[97].

Il secondo, connesso al primo, attiene alla difficoltà di introdurre le nozioni del diritto consuetudinario in un sistema processuale pensato per l'applicazione del diritto scritto, sia esso politico o giurisprudenziale[98]. Si rende necessario trasformare un "diritto muto"[99], costringendolo a esprimere un complesso di princìpi e regole fino ad allora mai formalizzate e in definitiva rimodulandolo per soddisfare le esigenze di un sistema che lo tollera solo a condizioni definite e che ne assume la subordinazione alla legge[100]. La Corte suprema aveva accettato la prova della proprietà su base consuetudinaria in ben tre casi in questo secolo (*Selbu*, *Svartskog* e *Nesseby*); in quei casi la dottrina tradizionale della prova poté essere applicata, seppure con difficoltà, trattandosi di porzioni circoscritte di territorio. Di fronte a una rivendicazione di ampia portata, in *Karasjok* la Corte ha richiesto l'impiego dello stesso metodo probatorio, inadatto all'oggetto, ricavandone un esito inevitabile[101].

L'ultima considerazione riguarda le prospettive della Commissione istituita dal *Finnmarksloven* per l'accertamento dei diritti sulle terre: nell'unico caso in cui ha riconosciuto la proprietà immobiliare ad un soggetto diverso da

---

[97] Cfr. R. KUOKKANEN, *From Indigenous private property to full dispossession – the peculiar case of Sápmi*, in *Comparative Legal History*, vol. 11, n. 1, 2023, p. 23 ss.

[98] Tra i numerosi contributi v. A. EIDE, *Legal and Normative Bases for Saami Claims to Land in the Nordic*, in *International Journal on Minority and Group Rights*, vol. 8, 2001, p. 127 ss.; A. FØLLESDAL, *On Saami Claims to Land and Water*, ivi, p. 103 ss.; A. J. SEMB, *How Norms Affect Policy – The Case of Sámi Policy in Norway*, ivi, p. 177 ss.; Ø. RAVNA, *Norwegian Courts and Sámi Law*, in *Arctic Rev. on Law and Politics*, vol. 12, 2021, p. 179 ss.; K. LABBA, *The characteristics and legal status of Sámi legal tradition and law*, in S. VALKONEN, Á. AIKIO, S. ALAKORVA, S.-M. MAGGA (eds.), *The Sámi world*, cit., p. 494 ss.; C. LINGAAS, *Indigenous Customary Law and Norwegian Domestic Law: Scenes of a (Complementary or Mutually Exclusive) Marriage?*, in *Laws*, vol. 11, 2022, p. 19 ss.

[99] Si segue qui l'impostazione di R. SACCO, *Il diritto muto*, Bologna, 2015, p. 51 ss., che pur non sovrapponendo integralmente la consuetudine al diritto muto, segnala come la verbalizzazione della prima operi una trasformazione dei precetti del secondo.

[100] Sulla diffidenza e la svalutazione da parte del legislatore nei confronti delle consuetudini *Sámi* cfr. S. PEDERSEN, *The State and the Rejection of Saami Customary Law – Superiority and Inferiority in Norwegian-Saami Relations*, in T.G. SVENSSON (ed.), *On Customary Law and the Saami Rights Process in Norway*, Tromsø, 1999, p. 127 ss.

[101] Sulle difficoltà di accertamento del titolo proprietario in queste circostanze v. Z. AKHTAR, *Sámi Peoples Land Claims in Norway, Finnmark Act and Proving Legal Title*, in *The Indigenous Peoples' Journal of Law, Culture, & Resistance*, vol. 7, 2022, p. 115 ss.

FeFo, ne è scaturita una seria controversia, decisa dalla Corte suprema con la sconfessione dell'operato della Commissione stessa.

In seguito alla decisione della Corte, la Commissione risulta profondamente delegittimata, sia dagli amministratori di *FeFo*, che hanno impugnato il suo rapporto, sia dal giudice supremo, che ha sindacato – travolgendoli – i suoi accertamenti. Sul procedimento conciliatorio affidato ai rapporti della Commissione si reggeva, sino ad oggi, il successo della riforma del 2005. In futuro è possibile che le controversie siano destinate a riaccendersi con maggior vigore.

Camerino, luglio 2024

Abstract

Il saggio, prendendo spunto da tre recenti decisioni delle Corti supreme svedese e norvegese, esamina l'evoluzione della tutela dei diritti dei *sami* alla proprietà della terra e all'uso delle risorse nelle aree in cui vivono.

The essay, taking inspiration from three recent decisions of the Swedish and Norwegian Supreme Courts, examines the evolution of the protection of the Sami's rights to land ownership and use of resources in the areas in which they live

Keywords

Diritto consuetudinario – diritti delle minoranze – gestione della terra – Sámi
Customary law – minority rights – land use – Sámi

TATIANA GUARNIER*

Gli usi civici e i domini collettivi nella giurisprudenza costituzionale. Antichi e nuovi problemi**

SOMMARIO: 1. Alcune premesse. – 2. La "mutazione genetica" degli usi civici (e dei domini collettivi). – 3. I riflessi della "mutazione genetica" sul riparto di competenze legislative. – 4. Il centro e la periferia, l'alto e il basso: quali riequilibri fra eteronormazione e autonormazione all'esito della trasfigurazione ambientale degli usi civici e dei domini collettivi? – 5. Alcune considerazioni d'insieme sul bilanciamento fra diritti e interessi coinvolti nella gestione collettiva delle terre: un equilibrio ancora da individuare.

1. La giurisprudenza costituzionale in materia di usi civici offre molteplici sollecitazioni alla riflessione sull'evoluzione dell'istituto (o, forse meglio, dell'insieme di istituti che, come si vedrà, vengono racchiusi entro questa formula). Quella giurisprudenza offre infatti un osservatorio particolarmente interessante per lo studio di un vago e, a tratti, inafferrabile modulo organizzativo della gestione dei beni collettivi, in ragione del fatto che la Corte costituzionale appare atteggiarsi non già come una spettatrice di questa evoluzione – e limitarsi, quindi, alla verifica della sua compatibilità con il dettato costituzionale – bensì piuttosto come un attore in campo, come un'attiva compartecipe di questo sviluppo, del quale ha considerevolmente contribuito ad imprimere le direzioni di senso di volta in volta ritenute più consone e conformi al parallelo evolvere della sensibilità costituzionale intorno ai numerosi diritti, interessi, nonché ai complessi snodi teorici, che si agitano intorno alla gestione collettiva dei beni[1].

La mole di pronunce costituzionali concernenti questa materia è, come si vedrà, piuttosto consistente, lasciando già nella quantità intravvedere un sintomo della mai sopita conflittualità intorno a questa famiglia di istituti, nonché alla composizione degli interessi ad essi sottesi; composizione operata da leggi che, in diversi torni di tempo, hanno tentato di disciplinare il fenomeno.

---

* *Professoressa associata di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Camerino.*

** Testo ampliato e con note della relazione svolta in occasione del Convegno *Demania. Domini collettivi e usi civici (Camerino 21-22 maggio 2024)* (Prin 2024 - Finanziato dall'Unione europea-Next Generation EU, Missione 4 Componente 1 CUP J53D23005940006)).

Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review.

[1] Sembra ammettere il proprio ruolo in questa evoluzione la Corte costituzionale stessa, nella sentenza n. 228 del 2021, quando, al § 4.1. *Cons. dir.*, afferma che il legislatore «*ha recepito* gli orientamenti costantemente espressi da questa Corte, che ha evidenziato la sussistenza di uno "specifico interesse unitario della comunità nazionale alla conservazione degli usi civici" nella misura in cui essa contribuisce alla salvaguardia dell'ambiente e del paesaggio» (corsivi aggiunti; il riferimento è, fra le altre, a Corte cost., sentenza n. 46 del 1995, sulla quale si tornerà *infra*, ai par. 2 e 5).

Tentato, certo, perché lo strumento normativo ha spesso dimostrato la sua inadeguatezza ad imbrigliare entro un'unica cornice una galassia di situazioni fra loro molto diverse[2], che si radicano nella terra e nelle esigenze specifiche delle collettività che la abitano, sviluppatesi di pari passo con le altrettanto diverse – e spesso irriducibili – dinamiche di gestione collettiva, ognuna legata ad un insieme di variabili: la risorsa da utilizzare in comune; il suo carattere rigenerativo (o meno); la – più o meno ampia – condivisione di quella risorsa; la sua permanente necessità (o meno) per il sostentamento della collettività che su di essa insiste; l'esistenza di un assetto organizzato in termini associativi o la mera perpetuazione di usi da parte dei fruitori della terra.

Tratto comune di tutte queste differenti ipotesi è, secondo una dottrina diffusamente condivisa, che trattasi in ogni caso di «diritti spettanti a una collettività [...] ed ai singoli, che la compongono, e consistenti nel trarre alcune utilità elementari [...] dalle terre, dai boschi o dalle acque di un determinato territorio», con «godimento a favore della generalità e non di un singolo o di singoli», fermo restando che questo godimento a favore della generalità «non toglie che i singoli componenti di quella determinata collettività abbiano, proprio per il fatto che vi appartengono, il diritto *uti singuli* di esercitare i diritti suddetti»[3]. Con la precisazione che il diritto di ciascuno all'uso congiunto non si traduce in una ripartizione in quote del bene (come accade nella comunione orinaria), ma in una mera facoltà d'uso a pari condizioni con gli altri membri della collettività.

Le difficoltà che la giurisprudenza costituzionale si è trovata ad affrontare, in sede di verifica della legittimità delle leggi che hanno compiuto il tentativo di normare questa "galassia", sono piuttosto numerose e muovono, innanzi tutto, dal particolare – e imprescindibile – *radicamento* degli usi civici nelle terre (e

[2] Il rilievo è condiviso pressoché unanimemente in dottrina: si v. G. CERVATI, *Aspetti della legislazione vigente circa usi civici e terre di uso civico*, estratto da *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1967, il quale, dopo aver rilevato che i legislatori hanno spesso utilizzato la locuzione "usi civici" come «formula di comodo» (p. 5), e che occorre «riconoscere la impossibilità di riunire i beni di cui si occupa la legge sugli usi civici con una precisa qualifica unitaria, che non sia di comodo» (p. 25), aggiunge che «nella pratica se ne è ancor più dilatato il significato, giungendosi fino a comprendervi, con la giustifica della regolamentazione nella medesima legge, istituti che a volte con gli usi civici non hanno alcun rapporto» (p. 5). L'A. ricorda pure (a p. 16) le critiche cui venne esposta la legislazione del 1927 che, nell'estendere al territorio italiano l'impostazione della legislazione e giurisprudenza napoletana di affrancamento degli usi civici, pretendeva di «regolare in modo identico sia l'accertamento che l'esercizio di diritti diversi per la loro origine, come per l'ambiente economico-sociale in cui si esercitavano, a volte persino con particolari situazioni di vantaggio a favore di determinate categorie di utenti riconosciute da legislazioni anteriori». Sul punto, si v., tra gli altri, P. GROSSI, *"Usi civici": una storia vivente*, in *Archivio Scialoja-Bolla*, Milano, 2008, p. 20; U. PETRONIO, *Usi civici*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, p. 931 ss.; L. PRINCIPATO, *Gli usi civici non esistono*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 3367 ss.; F. MARINELLI, *Dimensioni della proprietà collettiva. Gli usi civici tra diritto privato, pubblico, collettivo e comune*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, p. 665 ss.

[3] Così, G. FLORE, A. SINISCALCHI, G. TAMBURRINO, *Rassegna di giurisprudenza sugli usi civici*, Milano, 1956, p. 3.

nelle comunità) sulle quali insistono[4]; radicamento che impone, da un lato, di utilizzare un *approccio storico* nell'analisi della normativa oggetto del sindacato e, dall'altro, di analizzarla in funzione delle *specificità locali*, che a loro volta si traducono nell'assunzione di differenti forme organizzative dell'uso collettivo: attraversando il territorio della penisola, si possono registrare le più varie formule, altrettanto variamente denominate e normate (regole, cussorge, ademprivi, partecipanze agrarie, università agrarie; diritti di uso civico di legnatico, di erbatico, di fungatico, di macchiatico, di pesca, di bacchiatico, ecc.), la cui disciplina è strettamente interconnessa e funzionale al momento storico in cui essa è intervenuta.

Gli usi civici hanno, infatti, attraversato i più diversi sistemi economico-produttivi e le differenti forme di Stato ad essi connesse: di origine medioevale[5], essi hanno conosciuto una fase di particolare fortuna in connessione con i regimi feudali delle terre – nell'ambito dei quali costituivano imprescindibili strumenti di "sovranità", esercitata dal basso, per rivendicare il diritto al sostentamento delle collettività –, passando per le riforme illuministe e per gli stati nazionali unitari, attraversando i diversi sistemi economico-produttivi e (conseguentemente) la diversa configurazione del ruolo della *terra* e delle sue risorse quali elementi della produzione prima centrali nelle economie di sostentamento ed oggi più marginali rispetto agli altri fattori di produzione di ricchezza con cui interagiscono, seguendo nuove e ricalibrate leggi macro-economiche.

Di queste evoluzioni storiche nelle tensioni retrostanti la configurazione degli usi civici v'è indubitabilmente traccia nelle leggi che hanno impresso nuove direzioni alla regolamentazione del fenomeno, oltre che nel contenzioso che intorno ad essi si è generato: talune leggi hanno tentato, com'è noto, di convogliare il fenomeno entro i canoni della proprietà intesa in senso più classico, riconducendolo nell'ambito della binarietà fra pubblico e privato[6];

---

[4] Com'è stato efficacemente sintetizzato, «mentre la proprietà privata moderna è sempre uguale a sé stessa, descritta dall'art. 832 c.c. [...], la proprietà collettiva deve essere conosciuta in concreto dai fatti che l'hanno di volta in volta costituita e dai negozi che l'hanno via via trasmessa, perché ciascuno di questi titoli ha costituito un diritto dal contenuto proprio, che non può essere restituito dal confronto con un modello generale»: così, R. VOLANTE, *Un terzo ordinamento civile della proprietà. La l. 20 novembre 2017, n. 168, in materia di domini collettivi*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 5, 2018, p. 1070, il quale prosegue osservando che, «di conseguenza, essa non è astratta dal soggetto: mentre la proprietà privata, proprio perché non riceve il suo contenuto dal titolo di costituzione, ma dalla legge, è ricostruibile come situazione giuridica a prescindere dal titolare, che resta un soggetto giuridico anche quando se ne priva, la proprietà collettiva si identifica col titolare, che si estingue come soggetto giuridico nel momento in cui viene privato del bene». Ne consegue l'«intrinseca atipicità della proprietà plurale» (ivi, p. 1088).

[5] Per un'analisi delle origini storiche dell'istituto, che non è questa la sede opportuna per svolgere, si v., fra i moltissimi altri, U. PETRONIO, *Usi civici*, cit., p. 932 ss.; P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Napoli, 2006; F. MARINELLI, *Gli usi civici*, in L. MENGONI, P. SCHLESINGER (dir.), V. ROPPO, F. ANELLI (contin.), *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, Milano, 2022.

[6] È il caso della legge n. 1766 del 1927, la quale distingueva fra beni di proprietà privata e beni di proprietà pubblica, prevedendo solo per questi ultimi un regime di gestione programmata e destinazione vincolata, cui era annesso il vincolo di inalienabilità, inusucapibilità

talaltre hanno invece valorizzato e riconosciuto autonoma dignità a questo assetto "terzo" di gestione collettiva dei beni[7]. È bene sottolineare sin d'ora, però, che nessuna delle leggi intervenuta a ridisciplinare questo complesso di istituti ha mai operato in termini di *integrale* abrogazione di quelle previgenti, lasciando così sopravvivere le normative antecedenti – ivi incluse quelle regionali e locali – talvolta molto risalenti nel tempo (e rispondenti, dunque, ad un diverso assetto economico e produttivo). La risultante è un complesso sistema di *sovrapposizioni*, in cui la normativa nazionale è frutto di una strana alchimia tra equilibri attuali e procedure precostituzionali ed è chiamata a convivere con una costellazione di normative locali e regionali, o talvolta con usi e consuetudini, ciascuna di epoca differente.

Appare allora piuttosto evidente che, in questa convivenza, il regime di compatibilità reciproca deve essere sindacato e valutato in maniera complessa, tenendo in considerazione che le discipline locali possono costituire il riflesso e la voce degli usi sviluppati in uno specifico territorio, in ragione delle altrettanto specifiche esigenze delle collettività che insistono sugli usi civici di quell'area, mentre la legislazione statale tende a farsi espressione di istanze di carattere più generale e di sensibilità solo talvolta, parzialmente, aggiornate.

In ognuna delle epoche e in ciascuno dei luoghi ove si sono praticati assetti fondiari collettivi[8], possiamo tuttavia registrare qualche costante.

In primo luogo, quella per cui, quale che fosse la *ratio* della sottrazione dei beni di uso promiscuo dall'usuale regime di alienabilità tipico della proprietà privata, l'eccezionalità del loro regime non è mai stata posta in questione: sin dalle più risalenti leggi di disciplina del fenomeno (ossia, in sostanza, dalla legge del 2 agosto del 1806 che aboliva il sistema feudale) è stato previsto che, mentre le terre del feudatario venivano assegnate a quest'ultimo quali proprietà private, i terreni utilizzati dalle collettività sarebbero stati sottratti alla libera circolazione e garantiti tramite l'inusucapibilità, l'inalienabilità e l'imprescrittibilità dei diritti su di essi maturati. Regime mantenuto per gli *iura in re propria*, pur nell'ottica di un incentivo alla liquidazione degli *iura in re aliena*, nella legge n. 1766 del 1927[9]

---

e imprescrittibilità analogamente a quanto accadeva per il demanio. Sul punto si dovrà tornare più approfonditamente al par. 5.

[7] È il caso, come si vedrà più approfonditamente oltre, della legge n. 168 del 2017: cfr. R. VOLANTE, *Un terzo ordinamento civile della proprietà*, cit., pp. 1067 ss., spec. 1089 ss.

[8] La formula, coniata da Paolo Grossi, è preferita dalla dottrina perché in grado di riferirsi contestualmente agli usi civici in senso proprio (ossia ai diritti di uso civico esercitati su proprietà altrui, pubbliche o private) e ai domini collettivi (o *iura in re propria*), attualmente oggetto di più nettamente distinte previsioni normative (come si potrà vedere nel corso dello scritto). Si v., in tal senso, P. GROSSI, *Il mondo delle terre collettive. Itinerari giuridici tra ieri e domani*, Macerata-Roma, 2019, p. 86; P. M. CATALANI, *La collocazione sistematica degli assetti fondiari collettivi in funzione del rapporto tra comunità e ambiente*, in *Archivio Scialoja-Bolla*, 2014, p. 1; F. POLITI, *Assetti fondiari collettivi e cultura giuridica. I valori delle proprietà collettive come fondamento di responsabilità civica e quali strumenti di risposta alle sfide contemporanee*, in *Archivio Scialoja-Bolla*, 2013, p. 37; M. COSULICH, *Gli assetti fondiari collettivi nell'ordinamento repubblicano: dalla liquidazione alla valorizzazione?*, ivi, 2018, p. 10; M. RUOTOLO, *Gli effetti della decisione di incostituzionalità sulla circolazione immobiliare. Il caso degli usi civici*, in *Rivista AIC*, 1, 2023, 09/03/2023, p. 82 s.

[9] La legge prevedeva un complesso sistema di "affrancamenti" degli usi civici dal regime eccezionale, previa autorizzazione da parte del Commissario per la liquidazione degli usi civici. In

e oggi – a maggior ragione – confermato dalla legge n. 168 del 2017[10], che ha ridisciplinato il fenomeno nell'ottica di una tutela conservativa di queste terre (e delle modalità collettive della loro gestione)[11], per finalità di natura paesaggistico-ambientale e nell'interesse delle future generazioni[12].

Data questa prima costante, potrebbe non stupire la seconda: ossia che questo particolare regime ha sempre posto «gravi criticità e accesi conflitti ad ogni livello dell'ordinamento»[13]. Conflitti che non sembrano arrestarsi al momento della loro composizione, in sede politica, da parte del legislatore, alla luce del considerevole numero di ordinanze che hanno da sempre interessato – e continuano tuttora ad interessare – le leggi in materia, poiché critica è la natura dei diritti (o interessi) collegati al godimento collettivo delle terre e, forse ancor più in radice, critica è la stessa possibilità di riferirli a ciascuno dei vari moduli organizzativi in cui si è concretizzata questa categoria, come s'è visto sovente riferita a situazioni talmente eterogenee e diversificate da essere state variamente qualificate in vari momenti storici (talvolta, proprio, al precipuo fine di isolare alcune forme di gestione collettiva e distinguerle dalla categoria degli usi civici).

In questo lungo percorso, che parte dunque da molto lontano e nel quale la Corte costituzionale si è inserita in tempi – relativamente – recenti, essa non

---

particolare, prevedeva la divisione in due parti delle terre gravate da usi civici: la prima al proprietario e la seconda da assegnare ai Comuni o alle frazioni affinché ne venisse valutata la preferibile utilizzazione a fini boschivi o per il pascolo, da un lato, oppure per l'agricoltura, dall'altro. Nel primo caso, la proprietà rimaneva gravata dagli usi civici, era pubblica e assegnata in capo al Comune, nella permanente inalienabilità, imprescrittibilità, inusucapibilità e impossibilità di mutamento di destinazione, se non previa autorizzazione amministrativa; nel secondo caso, si prevedeva un ventaglio di possibilità di appropriazione da parte dei privati, con vincolo di miglioria e conseguente affrancazione mediante pagamento di un canone, oppure tramite legittimazione delle preesistenti situazioni di occupazione abusiva ultradecennale, nell'ambito delle quali gli occupanti fossero in grado di dimostrare le migliorie apportate al bene (condizioni, tutte, affidate alla verifica del Commissario liquidatore).

[10] Cfr. l'art. 3, comma 3, della legge, ove si prevede espressamente che il regime giuridico dei beni collettivi «resta quello dell'indivisibilità, dell'inusucapibilità e della perpetua destinazione agro-silvo-pastorale».

[11] In ciò preceduta dalle leggi che sono intervenute a prevedere regimi speciali (usualmente, conservativi), soprattutto per il caso di diritti collettivi esercitati in territori montani (si v., in particolare, la l. n. 991 del 1952, la l. n. 1102 del 1971 e la l. n. 97 del 1994).

[12] Sottolinea il punto la sentenza n. 228 del 2021 della Corte costituzionale, ove si rileva che «se la disciplina contenuta nella legge n. 1766 del 1927 era ispirata ad una chiara finalità liquidatoria, che trovava fondamento nella posizione di disfavore con cui il legislatore dell'epoca valutava l'uso promiscuo delle risorse fondiarie e nell'esigenza di trasformare la proprietà collettiva in proprietà individuale, nel quadro del controllo sull'indirizzo delle attività produttive proprio del carattere dirigistico dell'ordinamento corporativo, al contrario la disciplina contenuta nella legge n. 168 del 2017, pur senza abrogare la precedente normativa, risulta orientata alla prevalente esigenza di salvaguardare le numerose forme, molteplici e diverse nelle varie aree territoriali, in cui si realizzano modalità di godimento congiunto e riservato di un bene fondiario da parte dei membri di una comunità, sul presupposto che esse sono funzionali non soltanto alla realizzazione di un interesse privato dei partecipanti, ma anche di interessi superindividuali di carattere generale, connessi con la salvaguardia dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio storico e culturale del Paese».

[13] Così, P. LAZZARA, *Questioni vecchie e nuove in tema di domini collettivi e usi civici. La legge168-2017 all'attenzione della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 5 aprile 2023, p. 53.

può che "prendere atto" della estrema varietà del fenomeno e svolgere un consistente sforzo di *relativizzazione*, trovandosi a "maneggiare" una materia che «per sua intrinseca natura ha [...] potuto e dovuto mischiar la ricostruzione storiografica con problemi di diritto attuale»[14]. Le peculiarità della materia hanno così richiesto alla Corte di operare l'analisi di ciascuna norma tentando di coglierne lo spirito e la *ratio*, con particolare riguardo alla correlativa ridefinizione degli equilibri e dei bilanciamenti sottesi alle soluzioni normative di volta in volta individuati (per rispondere ai numerosi problemi posti dall'uso collettivo delle terre, in ragione del complessivo contesto ordinamentale, economico e produttivo nel quale essa si inseriva), per poi valutarne la possibilità di una rilettura in chiave attuale e, di conseguenza, la compatibilità (o meno) con gli assetti economico-produttivi odierni, per come declinati in sede costituzionale.

La Corte costituzionale, insomma, assume le proprie decisioni su un terreno attraversato da numerose *tensioni*, alle quali non può sottrarsi: tensioni storiche, che si manifestano talvolta plasticamente nell'incontro fra normative più risalenti (ma tuttora vigenti) e normative più recenti; tensioni relative al rapporto tra centro (legislazione e amministrazione statale) e periferia (legislazione, regolamentazione e amministrazione regionale o locale); tensioni fra istanze di etero-normazione (a vari livelli) e auto-normazione (o "auto-governo" delle collettività, mediante usi o mediante forme di organizzazione associativa rivolta all'assunzione delle decisioni); tensioni fra una gestione di carattere pubblico, per fini pubblici, e una gestione di carattere privato, per fini privati (sia pur collettivi o condivisi).

Si comprende bene, allora, sin da subito, perché il contributo della giurisprudenza costituzionale, quel ruolo *attivo* nell'evoluzione degli istituti di cui si diceva in apertura, non consista e – forse – non possa consistere in una mera ponderazione delle *trasformazioni* già in atto o, ancor meno, nella sola esclusione delle evoluzioni incompatibili con l'assetto di equilibri imposto al livello costituzionale, quanto piuttosto nella necessità di una presa di posizione in ordine a queste tensioni. Posizione che, si vedrà, si è tradotta nella promozione di una vera e propria *trasfigurazione* degli usi civici, della quale si cercherà di verificare le conseguenze sull'assetto degli equilibri fra poteri e sui delicatissimi bilanciamenti fra i diritti e gli interessi coinvolti.

2. Dall'esame della giurisprudenza costituzionale in materia di usi civici emerge in maniera piuttosto evidente e immediata che le pronunce della Corte prendono atto della frastagliata composizione delle figure che popolano il complesso fenomeno degli usi civici, facendosi carico dell'esigenza, preliminare, di fare ordine, di costruire una scatola di elementi comuni, che consenta di individuare quelle caratteristiche alla base delle istanze normative delle "specie"

[14] Così, E. CORTESE, *Storia del diritto italiano*, in AA.VV., *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano, 1982, p. 856.

racchiuse – o racchiudibili – entro il "genere" "usi civici" (e, poi, "domini collettivi").

La strategia utilizzata dalla Corte, nell'impossibilità di individuare elementi oggettivi condivisi da ciascuna di queste "specie", è quella di ricorrere ad una definizione non tanto del "genere", quanto della sua *funzione*: il «carattere comune» di tutti questi istituti giuridici differenziati sul territorio «è la gestione di alcuni beni in comune per finalità prevalentemente agro-silvo-pastorali»[15].

Si tratta di una definizione che consente alla Corte di non pronunciarsi in maniera astratta ed universale su uno dei nodi più stretti e problematici che stringe la categoria degli usi civici: quello della natura della "forma di appartenenza" dei beni destinati all'uso collettivo; nodo che tanto ha impegnato la riflessione teorica su questi istituti, vedendo svilupparsi le più diverse teorie[16], senza mai portare ad una condivisione dell'esito, tanto sul piano teorico, quanto sul piano pragmatico.

La Corte sceglie, dunque, una definizione di carattere *funzionale*, che si combina ad una valutazione della *prevalenza* della funzione, aprendosi così ad un doppio tasso di discrezionalità nella ponderazione se un istituto possa intendersi racchiuso nella categoria (e, quindi, soggetto alla relativa disciplina normativa).

Su questa funzionalizzazione – che si potrebbe definire "di primo livello" – se ne innesta poi una seconda, ossia quella relativa al fine perseguito nella gestione collettiva di questi beni a finalità agro-silvo-pastorali. È questo il punto che viene sottoposto al più intenso lavoro di rielaborazione dell'istituto poiché, se la vocazione originaria consisteva nel garantire i bisogni fondamentali dell'individuo (non sovrano) in economie di sostentamento in cui i soggetti che lavoravano e utilizzavano le terre avevano esigenza di rivendicare tale sostentamento contro il proprietario (pubblico o privato) delle terre stesse, attualmente il mutamento della forma di Stato e dei rapporti economici portano molto lontano da questa originaria "funzionalizzazione di secondo livello". Nell'ottica della Corte, la destinazione pubblica dei beni di demanio civico non si determina più, già secondo le finalità della legge del 1927, in funzione dell'esercizio dei diritti di uso civico in quanto «connessi ad economie familiari di consumo sempre meno attuali»[17]. È proprio, allora, quell'unico tratto che accomuna tutte le diverse esperienze racchiuse entro la famiglia degli assetti fondiari collettivi, quella finalità prevalente agro-silvo-pastorale, a poter risultare intrinsecamente inattuale, trattandosi di «finalità che [ebbe] particolare rilevanza

---

[15] Così, Corte cost., n. 103 del 2017, § 3.1. *Cons. dir.*

[16] Nota la teoria di V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 384 ss., il quale ne ha affermato la proprietà collettiva a destinazione pubblica. Altri hanno, invece, sostenuto che si tratti di una forma anomala di proprietà privata (cfr., per tutti, F. MARINELLI, *Gli usi civici*, cit., p. 230), mentre autorevole dottrina ha contestato la possibilità di ricondurre il fenomeno entro le consuete forme proprietarie, sostenendo che si tratti di una forma terza (il riferimento, com'è evidente, è a P. GROSSI, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post unitaria*, Milano, 1977), avviando così un inedito e tuttora fecondo filone di riflessione relativo alla necessità di superare gli steccati della binarietà delle forme proprietarie codicistiche.

[17] Così, Corte cost., n. 391 del 1989, § 3. *Cons. dir.*

in passato nelle collettività rurali caratterizzate da un'ampia diffusione dell'economia di sussistenza»[18], ma che ha attualmente perduto centralità. Le esigenze di storicizzazione e di attualizzazione di questa famiglia di istituti portano così abbastanza presto – e di certo molto prima della riforma normativa del fenomeno – ad affermare che la loro destinazione pubblica deve essere giustificata da «fini di interesse generale». Si coglie *in nuce*, in queste affermazioni, un primo passo verso un importante mutamento di prospettiva che è stato compiuto tramite un lavoro congiunto del legislatore e della Corte costituzionale, la quale ha esercitato una fondamentale spinta propulsiva verso la ridelineazione degli usi civici e dei demani collettivi, in vista di una nuova "funzionalizzazione di secondo livello": quella ambientale.

Qualche cenno di questa nuova direzione si poteva già scorgere nella c.d. "legge Galasso" (decreto-legge n. 312 del 1985, convertito in legge n. 431 del 1985), in cui si sottoponevano a vincolo paesaggistico i beni di uso civico (entro i quali ancora convergevano sia gli usi civici in senso stretto, sia i domini collettivi). Vincolo giustificato sulla base del presupposto che l'uso ordinato delle risorse del territorio che caratterizza gli usi civici ha contribuito nel corso del tempo a determinarne un preciso aspetto esteriore, divenuto identitario dei luoghi ove insistono gli usi, al punto che una diversa utilizzazione di quelle stesse terre avrebbe portato ad uno snaturamento del paesaggio così determinato.

Si tratta di un'impostazione confermata dall'attuale codice dei beni culturali e del paesaggio[19] e che la Corte costituzionale ha contribuito non solo a sostenere, ma anche a corroborare e promuovere, per portarla oltre gli stretti confini della tutela del paesaggio, verso una tutela a più ampio spettro degli interessi ambientali.

E così, la Corte ha ulteriormente precisato questa funzionalizzazione "di secondo livello", rispondendo all'obiezione della Corte di cassazione per cui l'interesse protetto dal vincolo paesaggistico si distinguerebbe nettamente dall'interesse alla conservazione degli usi civici, in quanto avente una propria autonomia ed una tutela specifica. La Corte costituzionale ribatte che tale obiezione è sintomo di una visione parcellizzata e non integrata della tutela paesaggistica, mentre «la sovrapposizione fra tutela del paesaggio e tutela dell'ambiente si riflette in uno specifico interesse unitario della comunità nazionale alla conservazione degli usi civici, in quanto e nella misura in cui concorrono a determinare la forma del territorio su cui si esercitano, intesa quale prodotto di "una integrazione tra uomo e ambiente naturale"»[20], per poi sviluppare questo percorso estensivo in numerose altre pronunce[21].

Una volta dissodato il terreno, è stato poi agevole per il legislatore del 2017, in sede di riforma complessiva della disciplina degli usi civici e dei demani collettivi, predisporre una nuova normativa che si autoproclama attuativa

[18] Così, Corte cost., n. 103 del 2017, § 3.1. *Cons. dir.*

[19] Si v. in particolare, l'art. 142, comma 1, lett. *h*), d.lgs. n. 42 del 2004.

[20] Così, Corte cost., n. 46 del 1995, § 3.2. *Cons dir.*

[21] Si v., fra le altre, le decisioni n. 133 del 1993; n. 345 del 1997 (su cui si tornerà *infra*, al par. 4).

dell'art. 9 della Costituzione, così consentendo alla Corte costituzionale (nella sentenza n. 71 del 2020) di individuare la *ratio* dell'evoluzione legislativa nel fatto che «l'integrità ambientale è un bene unitario, che può risultare compromesso anche da interventi minori e che deve, pertanto, essere salvaguardato nella sua interezza [...], con il più ampio coinvolgimento di aree allo stato naturale o che hanno subito minori alterazioni, ad opera dell'uomo, rispetto alle destinazioni tradizionali, in modo da tutelarle, imponendo [...] non un divieto assoluto, ma una pianificazione e, per gli interventi innovativi, un regime di valutazione e approvazione rimessa all'autorità preposta al vincolo»[22].

Ne scaturisce, com'è intuitivo, una nuova tensione fra le esigenze unitarie, promananti dall'alto, con quelle espresse, dal basso, dalle comunità che insistono sui beni gravati da uso civico. Assetto di equilibri ulteriormente alterato dalla crescente attenzione verso i temi dello sviluppo sostenibile, in vista della garanzia degli interessi delle generazioni future (attualmente inclusi nello spettro di tutela di cui all'art. 9 Cost.).

A prescindere dalla novella costituzionale, in ogni caso, la Corte costituzionale ha in maniera autonoma e indipendente affermato, nella sentenza n. 228 del 2021, che, rispetto all'impianto liquidatorio della legge del 1927, la legge n. 168 del 2017 ha portato ad un «netto cambiamento di prospettiva», intendendo il "dominio collettivo" come «situazione da preservare e non come anacronismo da liquidare»[23]. In quella sentenza, la Corte si sofferma anche sulla «dichiarata connotazione dei domini collettivi come «comproprietà intergenerazionale»[24]; connotazione che «mostra una chiara proiezione diacronica affinché ambiente e paesaggio siano garantiti anche alle future generazioni»[25].

3. Larga parte delle occasioni in cui la Corte costituzionale è stata chiamata a giudicare della legittimità costituzionale delle leggi concernenti gli usi civici e i domini collettivi concerne richieste di verifica del rispetto del riparto di competenze fra Stato e Regioni. Si tratta di copiose pronunce, che possono apparire di interesse piuttosto marginale ai fini della risoluzione delle annose problematiche giuridiche che ruotano intorno alla disciplina degli usi civici, ma che, invece, possiedono un considerevole impatto in punto di delineazione dei bilanciamenti fra diritti e interessi coinvolti, poiché il *fil rouge* di tutte quelle decisioni consiste nell'individuazione della legislazione statale come sede competenziale più adeguata, in ragione della stretta interconnessione fra disciplina degli usi civici e tutela dell'ambiente e del paesaggio, da un lato, e

---

[22] Così, al § 3.1. *Cons. dir.*, ove si riprende quanto affermato da Corte cost., ord. n. 316 del 1998.

[23] In questi termini, R. VOLANTE, *Un terzo ordinamento civile della proprietà*, cit., p. 1068.

[24] Cfr. art. 1, comma 1, lett. *c*), l. n. 168 del 2017.

[25] Così, al § 4.1. *Cons. dir.* A commento di questi aspetti della decisione, si v. V. CERULLI IRELLI, *"Usi civici" e "proprietà collettiva": principi della disciplina e questioni irrisolte (brevi osservazioni)*, in *Giur. cost.*, 2021, p. 2534 ss.; F. POLITI, *La Corte delinea il regime costituzionale e civilistico dei domini collettivi e definisce la portata della legge n. 168 del 2017*, ivi, p. 2546 ss.

dell'attinenza all'ordinamento civile, dall'altro; materie, entrambe, di competenza legislativa esclusiva statale, a norma – rispettivamente – delle lettere *s*) e *l*) del secondo comma dell'art. 117 Cost.

Si tratta di una scelta affatto scontata, se si considera che la giurisprudenza più risalente, in linea con la dottrina che riteneva artificioso il tentativo di uniformare entro un'unica legge statale la disciplina dei fenomeni estremamente diversi esistenti lungo il territorio, aveva affermato che dalla legge del 1927 non potevano dedursi principi generali cui le regioni avrebbero dovuto uniformarsi in sede di previsione di una loro disciplina legislativa del fenomeno, così esprimendo una preferenza per l'allocazione della competenza legislativa in materia al livello regionale[26].

Attualmente, invece, l'affermazione di inadeguatezza del livello legislativo regionale vale anche per le regioni a statuto speciale, pure nel caso in cui il relativo statuto assegni ad esse una competenza in materia di usi civici. Emblematico, a tal proposito, il caso della Sardegna, la cui legislazione in materia, emanata in linea con l'art. 3, lett. *n*), dello Statuto speciale sardo, è stata più volte portata all'attenzione della Corte e oggetto di dichiarazioni di illegittimità.

Ciò è accaduto, ad esempio, nella sentenza n. 210 del 2014, dichiarativa dell'illegittimità costituzionale dell'art. 1, l. reg. Sardegna n. 19 del 2013, nella parte in cui non prevedeva la tempestiva comunicazione del Piano straordinario di accertamento e degli altri atti modificativi dei vincoli di destinazione ai competenti organi statali, affinché lo Stato possa far valere la propria competenza a tutelare il paesaggio con la conservazione dei vincoli esistenti o l'apposizione di diversi vincoli, e affinché, in ogni caso, effetti giuridici modificativi del regime dei relativi beni non si producano prima, e al di fuori, del Piano paesaggistico regionale. La norma in questione, accusata di comportare una sostanziale sdemanializzazione attraverso il Piano straordinario di accertamento demaniale e la delega ai Comuni, eludeva infatti le competenze statali di accertamento e mantenimento del vincolo paesaggistico, implicando la possibilità di un intervento statale solo a valle delle decisioni regionali, e non a monte, mediante un doveroso coinvolgimento in sede di formazione del piano straordinario di accertamento demaniale.

Questo impianto è stato confermato, e affinato, nella successiva sentenza n. 103 del 2017, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale degli articoli 4, commi 24, 25, 26 e 27, della l. reg. Sardegna n. 5 del 2016, ove si prevedeva la riapertura dei termini per la richiesta di sclassificazione dei beni di uso civico, unitamente ad alcune nuove ipotesi di sclassificazione a valenza provvedimentale: in questa occasione, la Corte ha affermato che la competenza legislativa regionale in tema di usi civici, pur prevista statutariamente, necessita di essere esercitata nel rispetto dei principi fondamentali posti dalle riforme economico-sociali di carattere legislativo statale (e, in particolare, degli articoli del c.d. "codice dei beni culturali e del paesaggio" che prevedono l'elaborazione congiunta tra Stato e regioni del piano paesaggistico, disponendo che «sono

[26] Emblematica di questo risalente orientamento, la sentenza n. 87 del 1963.

comunque di interesse paesaggistico», fra le altre, «le aree assegnate alle università agrarie e le zone gravate da usi civici»[27]).

Ne consegue che la pianificazione paesaggistico-ambientale si fa strumento indispensabile nel percorso di sottrazione di un bene gravato da uso civico dal «vincolo ambientale cui esso *naturalmente* soggiace per legge»[28] e la violazione del principio di leale collaborazione, in sede di co-pianificazione, fra Stato e Regione[29].

Questo orientamento sembra preludere all'assorbimento del poco spazio che era stato lasciato anni addietro alla legislazione regionale. Emblematica del mutamento di prospettiva è la differente soluzione di due questioni di legittimità finitime, ad esito di questo orientamento giurisprudenziale. Il riferimento è alla sentenza n. 511 del 1991, con la quale la Corte costituzionale aveva rigettato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10, comma 2, l. reg. Abruzzo n. 25 del 1988, nella parte in cui disponeva un potere di sclassificazione, ma in relazione a terre che avessero «da tempo irreversibilmente perduto la conformazione fisica e la destinazione funzionale di terreni agrari, oppure boschivi e pascolivi», prevedendo altresì che la sclassificazione sanasse *ex post* gli atti di trasferimento illecitamente adottati in pendenza della qualificazione del bene come uso civico. La Corte affermava nella decisione *de quo* che occorre, «pur nel quadro della legge nazionale, trovare spazi a leggi regionali di sanatoria»[30], in ragione del fatto che «le diverse e più remunerative possibilità di occupazione, prodotte dal sopravvenuto sviluppo industriale del Paese anche nelle zone tradizionalmente agricole, hanno ridotto a dimensioni modestissime le economie familiari di produzione per il consumo, determinando un progressivo abbandono dell'esercizio degli usi civici collegati a quelle economie»[31].

Maturato il più rigido orientamento, e consolidata anche in sede normativa la "mutazione genetica" degli assetti fondiari collettivi, la Corte arriva a dichiarare incostituzionali, per incompetenza, leggi regionali di sanatoria non dissimili da quella abruzzese salvata nel 1991. È quanto è accaduto nella sentenza n. 113 del 2018, con la quale è stato dichiarato illegittimo, per violazione delle materie "tutela dell'ambiente" e "ordinamento civile", l'art. 8 della l. reg. Lazio n. 1 del 1986, come modificato dall'art. 8 della l. reg. Lazio n. 6 del 2005, con cui si disciplinava la sclassificazione di terreni di proprietà collettiva gravati da uso civico, in favore degli occupatori di terreni già edificati, a condizione che le costruzioni fossero legittimamente realizzate o condonate.

---

[27] Così, il già richiamato art. 142, comma 1, lett. *h*), d.lgs. n. 42 del 2004.

[28] Si esprime in questi termini, commentando la sentenza, L. PRINCIPATO, *Attualità degli usi civici e competenza legislativa: conflitti e composizioni degli interessi*, in *Giur. cost.*, 2017, p. 1053. L'A. osserva altresì che la decisione costituzionale non sembra distinguere il caso della sclassificazione da quello del mutamento di destinazione, così sottoponendo anche quest'ultima ipotesi alle medesime condizioni.

[29] V. pure, sul punto, Corte cost., n. 178 del 2018.

[30] Così, al § 3. *Cons. dir.*

[31] Così, al § 2. *Cons. dir.* Conf., le decisioni n. 221 e 237 del 1992.

Con la sentenza n. 71 del 2020, poi, la Corte dichiara illegittimo anche l'art. 53 della l. reg. Calabria n. 34 del 2010, ove si prevedeva la cessazione degli usi civici quando essi insistevano sulle terre destinate alla realizzazione di piani di sviluppo industriale individuati dai piani regolatori. Anche in questo caso, ad essere violate sono le competenze statali in materia di ordinamento civile, per via della sostanziale compressione che la previsione esercita sulla proprietà collettiva al di fuori delle ipotesi tassativamente previste nella legge n. 1766 del 1927 (e nel regolamento di essa attuativo), e paesaggistico-ambientale, poiché l'inclusione di terre gravate da usi civici in pianificazioni urbanistiche non può prescindere dalla ponderazione (statale) della compatibilità di quella inclusione con le esigenze di tutela del paesaggio e dell'ecosistema.

Ancora più forte l'affermazione contenuta nella sentenza n. 228 del 2021, ove si statuisce che «[n]el contesto del riformato Titolo V della Parte II della Costituzione, coniugato alla progressiva evoluzione degli assetti fondiari collettivi [...], la disciplina di questi ultimi appartiene ormai *interamente* alla materia "ordinamento civile" ed è *tutta ricompresa* nell'aera della potestà legislativa esclusiva dello Stato»[32]. Affermazione non più ripetuta in termini così perentori, ma nei fatti incontestata da tutta la giurisprudenza costituzionale successiva[33].

4. Un'erosione del ruolo delle regioni in materia di usi civici analogo a quello ora verificato in punto di competenze legislative può registrarsi anche in ordine alle competenze amministrative. È noto infatti che, con l'istituzione delle regioni, ad esse erano state in origine assegnate molteplici funzioni in sede di accertamento ed emissione di provvedimenti relativi alla gestione degli usi civici, a partire dai decreti del Presidente della Repubblica n. 11 del 1972[34] e n. 616 del 1977[35]. Questi decreti avevano dato avvio ad un lungo periodo di assegnazione a questo livello di una serie di importanti poteri autorizzatori, nell'esercizio dei quali le regioni si sono atteggiate quali enti rappresentativi degli interessi delle collettività. Lo ha affermato, sia pur incidentalmente, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 133 del 1993, ove si legge che «accanto agli interessi locali, di cui *sono diventate esponenti le regioni*, emerge l'interesse della collettività generale alla conservazione degli usi civici nella misura in cui essa contribuisce alla salvaguardia dell'ambiente e del paesaggio»[36] (corsivi aggiunti), così come nella sentenza n. 345 del 1997, ove si è sostenuta la sussistenza di una «stretta

[32] Così, al § 9 *Cons. dir.*, corsivi aggiunti, ove si aggiunge che «[d]el resto la stessa legge n. 168 del 2017 prevede, con norma di carattere transitorio (art. 3, comma 7), che, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della legge medesima, le Regioni esercitano le competenze ad esse attribuite nella disciplina delle organizzazioni montane, anche unite in comunanze, comunque denominate, ivi incluse le comunioni familiari montane» e che «[d]ecorso tale termine, ai relativi adempimenti provvedono con atti propri gli enti esponenziali delle collettività titolari, ciascuno per il proprio territorio di competenza».

[33] Cfr., fra le altre, Corte cost., n. 236 del 2022, n. 152 del 2024.

[34] In particolare, all'art. 1.

[35] In particolare, agli artt. 14 e 66.

[36] Così, al § 4. *Cons. dir.*, corsivi aggiunti.

connessione fra "l'interesse della collettività generale alla conservazione degli usi civici nella misura in cui essa contribuisce alla salvaguardia dell'ambiente e del paesaggio" [...], e il principio democratico di partecipazione alle decisioni in sede locale, corrispondente agli interessi di quelle popolazioni *di cui sono diventate esponenti le regioni*»[37].

Occorre precisare, però, che il riconoscimento alle regioni questo ruolo "esponenziale" andava di pari passo con una precisa configurazione dell'efficacia degli atti amministrativi concernenti gli assetti fondiari collettivi: efficacia *accertativa*, e non già *costitutiva*, il cui contraltare è costituito dal parallelo – e complementare – conferimento di un ruolo eminente al Commissario per la liquidazione degli usi civici. Nella stessa sentenza n. 133 del 1993, poco sopra menzionata, la Corte costituzionale affermava che al Commissario non potessero essere ascritti i soli poteri giurisdizionali in sede di opposizione agli atti amministrativi, ma significativi poteri di iniziativa d'ufficio, connessi «all'interesse della collettività generale alla conservazione degli usi civici nella misura in cui ciò contribuisce alla salvaguardia dell'ambiente e del paesaggio»; salvaguardia che non può essere rimessa ai soli soggetti portatori di interessi locali, non sempre coincidenti quelli delle popolazioni titolari dei diritti civici stesse[38].

Appare lecito intravvedere in queste affermazioni il germe dell'impatto della "mutazione genetica" degli usi civici anche sulle competenze amministrative regionali, con conseguenze – ancora una volta – di diretto impatto sulla ponderazione fra i diritti e gli interessi contrapposti nella disciplina del regime delle terre gravate da diritti di uso civico. Germe poi sviluppato nella sentenza n. 46 del 1995, con la quale è stato dichiarato illegittimo l'art. 29, comma 2, della legge n. 1766 del 1927 nella parte in cui impediva la permanenza del potere del commissario agli usi civici di esercitare d'ufficio la propria giurisdizione, pur dopo il trasferimento alle regioni delle funzioni amministrative. Potere che viene fondato sull'interesse, di cui lo Stato è portatore, al mantenimento della forma del territorio su cui si esercitano gli usi civici e che questi ultimi concorrono a determinare[39]. Le regioni, infatti, nel ragionamento della Corte, non vengono ritenute la sede idonea a porre la parola ultimativa sulla natura demaniale civica del terreno, in quanto portatrici di interessi locali (sicuramente diversi e talvolta contrastanti con quello generale).

Merita di essere sottolineato, peraltro, che il riconoscimento di un potere meramente accertativo agli atti amministrativi in materia (anche di quelli comunali o frazionali antecedenti l'assegnazione alle regioni) costituiva il *pendant* logico delle pronunce – menzionate nel paragrafo precedente – in cui la Corte offriva ancora qualche margine di operatività al legislatore regionale.

---

[37] Cfr. § 3 *Cons. dir.*; corsivi aggiunti.

[38] Così, il § 4. *Cons. dir.*

[39] Si v., a commento della sentenza, in senso adesivo, E. CASAMASSIMA, *La Corte ripristina la tutela giuridica demaniale e ambientale*, in *Giust. civ.*, 1995, p. 869 ss.; in senso critico, F. MARINELLI, *Usi civici, tutela dell'ambiente e poteri d'ufficio del commissario liquidatore*, ivi, p. 865 ss. Sul tema, v. anche A. SIMONATI, *Usi civici, tutela ambientale e ruolo della regione*, in *Forumcostituzionale*, 2006.

Si pensi, ad esempio, alla sopra ricordata sentenza n. 511 del 1991, in cui la Corte ha "salvato" la legge di sanatoria abruzzese: si è visto che quella decisione affondava le proprie radici nell'affermazione della natura meramente dichiarativa dell'atto di sclassificazione, determinata dalla circostanza che per il Comune proponente si trattava, in sostanza, di *constatare* che le terre interessate avevano «da tempo perduto la conformazione fisica e la destinazione funzionale di terreni agrari ovvero boschivi o pascolivi». Certo, v'è da considerare che a questa perdita di destinazione funzionale (della funzione "di primo livello" di cui si diceva *supra*, al par. 2) aveva attivamente compartecipato il Comune stesso, assumendo decisioni in linea con il rinnovato assetto economico-produttivo in cui quelle terre si inserivano. La Corte ricostruiva questo percorso, tuttavia, a partire "dal basso", ossia dalla constatazione che il «sopravvenuto sviluppo industriale del Paese anche nelle zone tradizionalmente agricole» e le conseguentemente «diverse e più remunerative possibilità di occupazione» avevano «ridotto a dimensioni modestissime le economie familiari di produzione per il consumo, determinando un progressivo abbandono degli usi civici collegati a quelle economie», tanto da averne «quasi perduto il ricordo»[40]. Sarebbe stata, allora, la *constatazione* di questo abbandono, di un processo che potremmo definire di "desuetudine", ad indurre i Comuni, in tempi risalenti, ad alienare quei terreni al di fuori delle procedure previste dalla legge del 1927, concedendone l'utilizzazione per fini urbanistici o di industrializzazione. Constatava, peraltro, la Corte che le possibilità contemplate dalla legge del 1927 si facevano difficilmente concretizzabili, poiché collegate tutte alla utilizzabilità dei terreni per finalità agricole o boschivo-pastorali[41]; utilizzabilità entrambe perdute in ragione del radicale mutamento di struttura (in una con la nuova funzionalizzazione) del terreno.

Dalla – così argomentata – natura meramente dichiarativa dell'atto di sclassificazione (accertativa della perdita delle caratteristiche che intrinsecamente implicavano la necessità di un godimento collettivo di quei beni), la Corte faceva discendere l'esclusione della causa di nullità della vendita stipulata al di fuori delle procedure di cui all'art. 12 della legge del 1927 e, correlativamente, la mancata incursione in un ambito legislativo competenziale statale (quello dell'ordinamento civile).

Analoga, sul punto, la sentenza n. 221 del 1992, di rigetto delle questioni di legittimità costituzionale concernenti l'art. 7 della l. reg. Abruzzo n. 25 del 1988, ove si prevedeva la convalida di alienazioni compiute previa autorizzazione, ma in assenza di assegnazione a categoria, sulla base dell'assunto che il provvedimento di assegnazione avesse carattere accertativo (e non costitutivo), nel caso in cui il bene fosse destinato a pascolo o a bosco per oggettive caratteristiche naturali.

In direzione analoga si muoveva pure la sentenza n. 156 del 1995, con la quale la Corte ha ritenuto che non fosse necessaria l'autorizzazione regionale al fine della sclassificazione, ritenendo sufficiente un parere regionale sulla

[40] Così, al § 2. *Cons. dir.*
[41] V. *supra*, nota 10.

legislazione statale che facesse conseguire l'estinzione degli usi civici al provvedimento statale di esproprio di terreni montani per opere pubbliche o di pubblica utilità e che il parere regionale fosse funzionale all'interesse alla conservazione della forma originaria del territorio, rispetto al contrapposto interesse alla realizzazione delle opere di pubblica utilità.

Ben diverso, invece, l'approccio della Corte sul punto nei più recenti arresti – ove, probabilmente non a caso, si delimita fortemente il ruolo delle Regioni anche in qualità di "enti esponenziali" dell'interesse delle collettività. Nella sentenza n. 210 del 2014, ad esempio, si legge in termini piuttosto cristallini che «gli usi civici [...] non trovano la loro fonte nel dato puramente geografico, oggetto di mera rilevazione nel piano paesaggistico [...] bensì in precedenti atti amministrativi, cosicché è in questa fase a monte che si consuma la scelta ambientale».

Si tratta di affermazione dal tono ben differente rispetto ai richiamati precedenti giurisprudenziali e dalla quale sembra discendere il carattere costitutivo dell'accertamento[42], che implica la necessità di un coinvolgimento dello Stato nella formazione dell'atto fondante, in ragione della contestualmente affermata preminenza della tutela ambientale[43].

Quale, dunque, il ruolo delle amministrazioni nel rapporto con le esigenze di autodeterminazione delle collettività che fanno uso dei beni affidati alla gestione comune? Quali gli equilibri fra le istanze "originarie" (che vedono la qualificazione del bene come uso civico o demanio collettivo in ragione della sua "natura", in linea con l'uso che ne fanno le collettività che su di essi insistono e che sono, di conseguenza, le titolari principali delle decisioni in ordine alla gestione del bene) e le istanze dell'amministrazione accertatrice della "natura" di quel bene e della sua conseguente disciplina giuridica?

Questa relazione resta probabilmente uno dei nodi maggiormente intricati, nella riconfigurazione dell'istituto: se, infatti, già la giurisprudenza più risalente aveva escluso che sussistesse in relazione a tali beni il principio della necessaria preventiva manifestazione della volontà degli utenti, al fine dell'assunzione delle decisioni pubbliche inerenti gli stessi[44], il cambio di veste degli usi civici, il loro ritorno alla dimensione privata (sia pur collettiva) e la loro funzionalizzazione alla tutela dell'ambiente sembra implicare indicazioni ancipiti, da un lato portando a valorizzare la volontà delle collettività, ma dall'altro impedendo la prossimità decisionale, essendo più che note le ragioni per le quali è necessario allocare le decisioni influenti sugli equilibri ecosistemici molto più in alto rispetto alle collettività direttamente interessate. Ciò per, almeno, due ragioni: in primo luogo, perché ogni impatto antropico sull'ambiente produce conseguenze che trascendono il luogo ove l'attività umana viene esercitata e possiede attitudini espansive (in termini, potenzialmente, esponenziali) sia in

[42] Così, L. PRINCIPATO, *Gli usi civici non esistono*, cit., p. 3373 ss.; ID., *Attualità degli usi civici*, cit., p. 1057.

[43] Si v., sul punto, L. PRINCIPATO, *Gli usi civici non esistono*, cit., p. 3371.

[44] Cfr., ad es., Corte cost., n. 391 del 1989.

termini geografici, sia in termini cronologici[45]; in secondo luogo, per la considerazione che alcuni bilanciamenti fra istanze di preservazione dell'ambiente e avvio di attività ad impatto ambientale si prestano ad incontrare resistenze in ragione dell'atteggiamento noto come "nimby" (*not in my backyard*).

La trasfigurazione in termini ambientali degli usi civici, allora, non solo porta ad escludere la possibilità di attribuire alle collettività che li "detengono" un diritto di decidere in maniera ultimativa sulla loro destinazione e sul loro uso, ma apre anche alla possibilità che alcune decisioni vengano attratte al livello statale, piuttosto che regionale, ogniqualvolta lo imponga il principio di sussidiarietà.

Come conciliare queste considerazioni con la natura "primigenia" degli usi civici?

Nel ragionamento del più recente legislatore e della Corte costituzionale, infatti, è proprio l'uso responsabile delle terre, che contraddistingue la gestione in comune delle stesse, a rendere questo istituto "naturalmente" eco-sostenibile, nella misura in cui l'interesse collettivo che retroagisce nell'assunzione delle decisioni sull'utilizzazione delle terre è tale da non comportarne uno snaturamento, né l'esaurimento delle risorse di cui il territorio è portatore. Il paradigma originario degli usi civici sarebbe allora quello della cura delle terre, quello dello sfruttamento ordinato delle risorse naturali, indispensabile per assicurare che la collettività tutta (e le generazioni a venire) possano continuare a farne uso a beneficio comune. Poste queste premesse, escludere l'assunzione di "decisioni spontanee" o "dal basso" sembrerebbe condurre ad un corto-circuito logico, poiché perdendosi questa "naturale" vocazione delle comunità ad utilizzare il bene collettivo in maniera tale che possa essere a sua volta condiviso da altri – nel presente e nel futuro – si verrebbe a disperdere anche la "naturale" gestione eco-compatibile dello stesso.

Se non che gli episodi venuti all'attenzione della Corte costituzionale nel corso degli anni '90 dimostrano che quella "naturale" utilizzazione del bene collettivo era collegata a strutture economiche oramai risalenti nel tempo e che le collettività stesse avevano ri-orientato i loro interessi, mostrandosi più che disponibili a rinunciare ad uno sfruttamento "sostenibile", in vita della sopraggiunta maggiore convenienza economica di altre opzioni d'uso (industriale o urbanistico). Se tanto è vero, può dedursi da queste considerazioni che la gestione "spontanea" degli usi collettivi potesse essere ritenuta in grado di farsi contestualmente garanzia di compatibilità con i principi dello sviluppo sostenibile fintanto che i rapporti economici che venivano agiti sul bene erano relativi ad un'economia di sostentamento, ma che, cambiati gli equilibri economici e gli interessi che su quel bene si possono attivare, diventa necessario che una decisione dall'alto imponga il mantenimento di una gestione del bene "come se" gli equilibri economici non fossero mutati. Una sorta di

[45] Lo ha affermato esplicitamente, come si è già ricordato *supra*, al par. 2, quella giurisprudenza costituzionale ove si è valorizzata la natura *unitaria* del bene ambientale e la conseguente necessità di una sua tutela nella sua *interezza*, potendone la compromissione scaturire anche da interventi minori o – all'apparenza – locali.

congelamento degli interessi, di quella «direzione ostinata e contraria»[46] rispetto al diritto civile, che ha a lungo avuto lo scopo di «preservare i beni di uso civico da una circolazione liberista che avrebbe quasi certamente portato, in breve tempo, alla loro definitiva scomparsa»[47], per garantire che la collettività tutta (non solo quella insistente sul bene) possa giovarsi dell'equilibrio ambientale che alcune buone pratiche del passato avevano garantito[48]. Lo rilevava, già con riferimento al regime di pubblicizzazione promosso dalla legge del 1927, la dottrina che osservava come «ad un sereno esame, il regime di intensa tutela dei beni in questione, si è mostrato come l'unico argine che ha alquanto resistito alla dispersione di questi beni, quando l'usurpazione era divenuta, dal Veneto alla Sicilia, quasi un costante modo di acquisto», al fine di porli in circolazione e formare nuove proprietà private, specie quando essi avevano acquistato, per motivi estrinseci, notevole valore[49].

La possibile (ma, si crede, apparente) collisione di questa impostazione con l'art. 1 della legge n. 168 del 2017 è piuttosto evidente. L'articolo, infatti, radica esplicitamente la novella disciplina degli usi civici e dei demani collettivi non solo nell'art. 9 Cost., ma anche negli articoli 42, secondo comma, 43 Cost., oltre che nell'art. 2 Cost., facendo così riferimento anche alle formazioni sociali come entità riconosciute e promosse dalla Costituzione. È a partire di qui che l'articolo in parola afferma che la Repubblica «riconosce» i domini collettivi, comunque denominati, «come ordinamento giuridico primario delle comunità originarie», soggetto alla Costituzione e «caratterizzato dall'esistenza di una collettività i cui membri hanno in proprietà terreni ed insieme esercitano più o meno estesi diritti di godimento, individualmente o collettivamente»[50], contestualmente conferendo a quell'«ordinamento giuridico primario» alcune capacità: quella di autonormazione[51] e quella di gestione del patrimonio naturale, economico e culturale, «che fa capo alla base territoriale della proprietà collettiva, considerato come comproprietà inter-generazionale»[52].

Come conciliare queste affermazioni con l'equilibrio raggiunto nella giurisprudenza costituzionale, ove la sentenza n. 103 del 2017 aveva riconosciuto alle collettività di utenti, al più, un diritto alla partecipazione al procedimento di formazione dell'atto amministrativo, sia ove esso fosse affidato alla potestà statale, sia ove affidato alla potestà regionale, sia ove fosse rimasto al livello locale?

---

[46] Per usare la felice citazione di F. MARINELLI, *"In direzione ostinata e contraria". La proprietà collettiva e il diritto civile*, in *Archivio Scialoja-Bolla*, 2014, p. 23 ss.

[47] Così, F. MARINELLI, *Dimensioni della proprietà collettiva*, cit., p. 666.

[48] Per una critica a questo approccio, in quanto eccessivamente sbilanciato in favore delle istanze ambientali, si v. M. RUOTOLO, *Gli effetti della decisione di incostituzionalità sulla circolazione immobiliare*, cit., p. 93 ss.

[49] Cfr. G. CERVATI, *Aspetti della legislazione vigente circa usi civici e terre di uso civico*, cit., p. 19.

[50] Così, l'art. 1, comma 1, lett. *d*), l. n. 168 del 2017.

[51] Cfr. art. 1, comma 1, lett. *b*), l. n. 168 del 2017.

[52] Cfr. art. 1, comma 1, lett. *c*), l. n. 168 del 2017.

Per affrontare questa domanda, occorre ricordare che il secondo comma dell'art. 1 della legge n. 168 del 2017 prevede attualmente che «gli enti esponenziali delle collettività titolari dei diritti di uso civico e della proprietà collettiva hanno personalità giuridica di diritto privato ed autonomia statutaria», così esprimendo una preferenza per tale tipo di ente, ad eccezione del caso in cui l'assegnazione del bene non venga rivolta ai Comuni (i quali, tuttavia, sono tenuti all'esercizio della gestione in maniera separata e sono destinati, comunque sia, a lasciarla ai comitati eventualmente costituiti dalle popolazioni interessate). Ebbene, questi enti esponenziali si vedono riconosciuto espressamente l'interesse collettivo sotteso al diritto soggettivo dominicale: è quanto ha espressamente condiviso anche la Corte costituzionale, nella sentenza n. 113 del 2018, ove si è affermato che «i diritti esercitati sui beni di uso civico hanno natura dominicale, come costantemente riconosciuto dal giudice della nomofilachia, che riconosce a qualunque cittadino appartenente a quella determinata collettività la legittimazione a svolgere intervento, in quanto la sentenza emananda fa stato anche nei suoi confronti quale partecipe della comunità titolare degli usi o delle terre demaniali di cui si controverte»[53].

Un ulteriore chiarimento sugli equilibri soggettivi, nell'esercizio dei diritti di uso civico e nell'assunzione di decisioni concernenti il bene, si trova nella più volte menzionata sentenza n. 228 del 2021, in cui si distingue fra i *singoli* appartenenti alle collettività, che sono gli effettivi *titolari* dei diritti di uso civico e della proprietà collettiva (*uti singuli* e *uti cives*), dagli *enti esponenziali* di tali collettività. Ai primi, l'art. 3 della legge n. 1766 del 1927, ha riconosciuto la legittimazione ad esperire azione diretta per il risarcimento dinnanzi al Commissario per la liquidazione degli usi civici e la legittimazione ad intervenire nei giudizi di accertamento vertenti tra altre persone; ai secondi ha riconosciuto, invece, poteri strumentali di amministrazione, gestione, disposizione e tutela.

La legge n. 168 del 2017 avrebbe, secondo la Corte, confermato questo assetto quanto alla individuazione dei soggetti *titolari* del diritto: «questi vanno sempre identificati nei singoli soggetti che fanno parte di una determinata collettività, l'appartenenza alla quale dipende dalle regole consuetudinarie che la disciplinano e che variano secondo le diverse realtà territoriali». È, invece, sul secondo versante soggettivo che la legge del 2017 avrebbe introdotto le maggiori innovazioni, in linea con il mutamento di prospettiva (dall'incentivo alla liquidazione alla tutela e conservazione degli assetti fondiari collettivi).

La legge n. 1766 del 1927, di matrice centralista e dirigista, adottava infatti un approccio «cauto e diffidente» nei confronti dell'uso promiscuo delle risorse fondiarie[54], guardando con sospetto alle associazioni per il godimento comune dei diritti di uso civico, tanto da vietarne la costituzione di nuove e da prevedere solo la possibilità di un riconoscimento di quelle già esistenti di fatto[55], le quali

[53] A commento di queste affermazioni della sentenza, si v. F. POLITI, *Una sentenza storica in materia di usi civici e proprietà collettive?*, in *Giur. cost.*, 2018, p. 1275 ss.; L. DE LUCIA, *Gli usi civici tra autonomia delle collettività e accentramento statale*, ivi, p. 1284 ss.

[54] Si esprime così la Corte costituzionale, con le sentenze n. 228 del 2021, n. 236 del 2022 e n. 152 del 2024.

[55] Così, l'art. 25, comma 3, l. n. 1766 del 1927.

però erano tenute ad adeguare i loro statuti e regolamenti entro un anno alla legge stessa e a sottoporre tali atti al controllo preventivo del commissario[56], con possibilità di intervento sostitutivo di quest'ultimo in caso di inerzia[57].

Oggi, invece, agli enti esponenziali delle collettività viene affidata l'amministrazione dei beni di proprietà collettiva; ad essi viene riconosciuta personalità giuridica di diritto privato e autonomia statutaria, nonché la potestà di dar corpo, mediante la regolamentazione dei domini collettivi, ad un «ordinamento giuridico primario delle comunità originarie», soggetto alla sola Costituzione.

Se, dunque, la legge del 1927 portava avanti il suo disegno di complessiva «pubblicizzazione» della materia degli usi civici anche mediante l'affidamento della loro gestione a soggetti pubblici[58], la legge del 2017, invece, in linea con il *favor* da essa espresso verso le gestioni collettive della terra, muta atteggiamento anche nei confronti degli enti esponenziali delle collettività, cui sono riconosciuti e attribuiti poteri autonomi nella definizione delle modalità di uso congiunto dei beni da parte dei membri e, dopo il periodo transitorio di un anno, sono attribuite le competenze gestionali in precedenza delegate alle regioni dalla legge n. 97 del 1994 (recante "Nuove disposizione per le zone montane"). A tali enti vengono assegnati altresì: il potere di regolare autonomamente l'uso del bene, sia pur con il *limite* del rispetto della Costituzione e delle regole consuetudinarie e nel rispetto del «fine della conservazione dell'assetto giuridico tradizionale del territorio» (nonché, con essa, «della continuità del dominio collettivo, così come configurato *ab immemorabile*»[59]); poteri di gestione economica[60], «la quale deve tenere conto della qualificazione del patrimonio naturale, economico e culturale oggetto di gestione come "comproprietà inter-generazionale", cui conseguono limiti più penetranti di quelli derivanti dal regime giuridico di inalienabilità e indivisibilità dei beni, non potendo privarsi le generazioni future di una pari opportunità di utilizzo del bene»[61].

Coerente con questo disegno è pure la forte valorizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale da parte della più recente legge, che vede riconoscere ai Comuni un compito secondario e suppletivo rispetto all'autoorganizzazione privata: la forma privilegiata di gestione dei domini collettivi diventa quella associativa, mentre il Comune o la frazione possono intervenire solo in caso di mancanza di enti esponenziali delle collettività.

Così riconfigurato l'"ente esponenziale" cui viene affidata la gestione normativa, decisionale ed economica di questi beni, occorre tuttavia bene intendersi sulla natura dei poteri assegnati a questi ordinamenti primigeni, legati – come sono – alla funzionalizzazione ambientale degli assetti fondiari collettivi. Com'è stato efficacemente rilevato, infatti, l'«autonormazione che la l. 20 novembre 2017, n. 168, conferisce al dominio collettivo in materia di

[56] Lo prevedeva l'art. 59 del r.d. n. 332 del 1928, di attuazione della legge.
[57] Così, l'art. 60 del r.d. n. 332 del 1928.
[58] Si v. sul punto, fra gli altri, F. MARINELLI, *Dimensioni della proprietà collettiva*, cit., p. 668.
[59] Così, § 4.2.1. *Cons. dir.*, sentenza n. 228 del 2021.
[60] Cfr. art. 1, comma 1, lett. *c*).
[61] Così, ancora, il § 4.2.1. *Cons. dir.*, sentenza n. 228 del 2021.

amministrazione non è [...] attribuzione di diritti, ma di un dovere: la perpetuazione del dominio collettivo»[62]. Lo stesso vale per i poteri di gestione economica, «ove l'autonomia del dominio collettivo trova un limite interno nella sua natura di "proprietà intergenerazionale", che implica non solo l'inalienabilità e l'indivisibilità dei beni [...] ma, più in radice, inibisce anche qualsiasi loro uso che possa privare le generazioni future di una pari opportunità di utilizzo della cosa»[63]. La legge pone altresì il vincolo esplicito della perpetua destinazione agro-silvo-pastorale[64], così impedendo destinazioni del fondo incompatibili con la perpetuazione dell'ordinamento primario.

Tutto ciò implica, evidentemente, la necessità di un *controllo* sul corretto esercizio dei poteri esercitati dall'ente esponenziale della collettività, dovendosi di volta in volta accertare che la gestione del dominio collettivo sia compatibile con le istanze di preservazione dell'ecosistema e del paesaggio, nonché con la sostenibilità del suo sfruttamento, anche in vista della possibilità per le generazioni future di poterne godere, al pari dei titolari dei diritti di uso civico passati ed attuali.

A sciogliere parzialmente questo nodo è intervenuta, recentissimamente, la sentenza n. 152 del 2024, tramite la quale la Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionale l'art. 49, comma 1, lett. *b*), della l. reg. Emilia-Romagna n. 6 del 2004, nella parte in cui assegna alla Giunta regionale il potere di controllo preventivo di legittimità sulle deliberazioni delle Partecipanze agrarie dell'Emilia-Romagna concernenti gli Statuti ed i regolamenti, «ferma restando l'eventuale applicazione del titolo III, capo II, della legge regionale n. 24 del 1994». È proprio quest'ultimo inciso ad essere stato annullato dalla Corte costituzionale, nella misura in cui, assegnando alla Giunta penetranti poteri di scioglimento degli organi e di commissariamento dell'ente, interveniva a disciplinare una materia rientrante nell'ambito dell'«ordinamento civile», in violazione della competenza legislativa esclusiva statale di cui all'art. 117, secondo comma, lett. *l*), Cost. A questo complesso di disposizioni rinviate dalla disposizione della questione di legittimità costituzionale è stato delimitato il *thema decidendum*, per via dell'attinenza della controversia principale al solo potere di scioglimento e non già a quello di controllo preventivo previsto dalla disposizione: il caso di specie vedeva, infatti, il Consiglio di Stato pronunciarsi in sede di appello sulla delibera di scioglimento degli organi della Partecipanza agraria di Cento (e di conseguente nomina di un Commissario *ad acta*); delibera in prima istanza annullata dal TAR, il quale aveva ritenuto la legge regionale attributiva del potere abrogata dalla legge statale n. 168 del 2017, con assunto contestato dal Consiglio di Stato, il quale invece riteneva tuttora vigente la legge emiliana e, quindi, necessario vagliarne la compatibilità con la Costituzione.

Tanto premesso, e delimitato quindi il sindacato al solo potere di scioglimento e di nomina di un Commissario, la Corte ritiene che questo genere di poteri debbano essere previsti dalla legge statale ed esulino dall'ambito di

[62] Così, R. VOLANTE, *Un terzo ordinamento civile della proprietà*, cit., p. 1094.
[63] *Loc. ult. cit.*
[64] Cfr., art. 3, comma 3, l. n. 168 del 2017.

intervento regionale, poiché incidenti sulla materia «ordinamento civile», in ragione della natura privatistica degli enti esponenziali delle Partecipanze agrarie. Il Supremo giudice osserva, infatti, che la partecipanza agraria è un'antichissima forma di proprietà collettiva di terreni, risalente al medioevo e tuttora in uso in Emilia, Veneto e Piemonte, derivante per lo più da atti di diritto privato (in origine costitutivi di enfiteusi perpetue). Si tratta, afferma la Corte, di una forma di "dominio collettivo" caratterizzata: dall'uso collettivo della terra da parte di famiglie che, possedendo esclusivamente terre atte a coltura agraria, vi avevano apportato «sostanziali e permanenti migliorie»; dalla divisione dei terreni ogni vent'anni fra i figli maschi delle famiglie partecipanti (c.d. "capisti"); dall'assegnazione degli appezzamenti (o "capi") previa dimostrazione dell'abitazione nel territorio; dalla titolarità collettiva e indifferenziata della terra e, infine, dall'amministrazione affidata ad un'associazione agraria, quale *ente esponenziale* della collettività così, nel corso del tempo, definita.

Ente esponenziale del quale è riconosciuta la personalità giuridica di diritto privato – ed autonomia statutaria – in linea con quanto attualmente disposto dalla legge del 2017, ove si delinea «uno stretto legame fra la tutela dell'ambiente e l'uso collettivo dei beni, la cui gestione è assegnata a un ente di diritto privato»[65], dalla cui valorizzazione non è dato desumere la sottrazione a forme di controllo. Anzi, la Corte sottolinea come tali controlli siano indispensabili, ma che devono essere disciplinati esclusivamente dalla legge statale e che, eliminata la previsione regionale, rimangono gli «strumenti per reagire agli abusi delle maggioranze nelle partecipanze agrarie», essendo applicabile la disciplina codicistica di cui all'art. 23 cod. civ., in materia di associazioni, e rimanendo sempre possibile per il legislatore statale intervenire, «prevedendo forme di controllo ispirate a una logica collaborativa nella tutela del bene ambientale e adeguate ai tratti peculiari degli enti esponenziali delle comunità familiari»[66].

5. L'enfasi sul legame fra diritti di uso civico e tutela dell'ambiente possiede evidenti riflessi anche sulle questioni attinenti *expressis verbis* alla ragionevolezza delle scelte legislative di bilanciamento fra i diritti di uso e gestione collettiva di determinati beni e diritti di proprietà.

Si è visto che già nelle sentenze n. 133 del 1993 e n. 46 del 1995 la Corte costituzionale ha affermato che «punto di arrivo di un'evoluzione progressiva della normativa e della giurisprudenza» è «uno specifico interesse unitario della comunità nazionale alla conservazione degli usi civici», legato al riconoscimento della loro valenza ambientale, che determina e giustifica vincoli e divieti di mutamento della destinazione.

Com'è stato poi osservato, «[i]l riconoscimento normativo della valenza ambientale dei beni civici ha determinato, da un lato, l'introduzione di vincoli diversi e più penetranti e, dall'altro, la sopravvivenza del principio tradizionale,

[65] Così, il § 10.2. *Cons. dir.*, sent. n. 152 del 2024.
[66] Così, § 12.1.2. *Cons. dir.*, sent. n. 152 del 2024.

secondo cui eventuali mutamenti di destinazione – salvo i casi eccezionali di legittimazione delle occupazioni e di alienazione dei beni silvo-pastorali – devono essere compatibili con l'interesse generale della comunità che ne è titolare»[67], tanto da arrivare ad affermare il mantenimento del vincolo paesaggistico anche in caso di liquidazione degli usi civici[68].

Tuttavia, su questo impianto occorre inserire la linea di demarcazione tracciata fra diritti collettivi di uso e diritti collettivi di appartenenza o – altrimenti detto – fra *iura in re aliena* e *iura in re propria*, verso la quale convergono tanto la normativa, quanto la giurisprudenza[69], in una con la dottrina che unanimemente condivide la necessità di distinguere quantomeno questi due complessi di situazioni, le quali pongono problematiche giuridiche e di esigenze di bilanciamento fra interessi contrapposti profondamente differenti[70].

Già la legge del 1927 considerava gli *iura in re aliena* «diritti da sopprimere, che vanno accertati solo al fine di incrementare in definitiva con gli scorpori l'altro istituto, che comprende diritti sui beni di appartenenza esclusiva della collettività»[71]. Sono questi ultimi, infatti, quelli cui al tempo ci si riferiva come "usi promiscui" e che la legge del 2017 ha poi provveduto a normare in maniera esplicitamente distinta, introducendo la categoria normativa dei domini collettivi, come contrapposta agli usi civici esercitati su beni di proprietà altrui (pubblica o privata).

Ebbene, com'è stato efficacemente sintetizzato, con riferimento a questi ultimi occorre in sostanza «chiarire se la (condizione di) inalienabilità derivi non dalla presenza degli usi civici, quanto piuttosto dalla condizione (pubblica) del bene sul quale essi gravano»[72], tenendo in considerazione che i diritti di uso gravanti su un bene di proprietà altrui potrebbero ben essere vantati anche in caso di circolazione di quest'ultimo (rimanendo opponibili ai nuovi aventi causa)[73].

Che la distinzione fosse ben presente ai nostri Giudici, proprio in vista della necessità di calibrare adeguatamente gli assetti di interessi contrapposti che si esercitano sul bene, emerge chiaramente già dalla primissima giurisprudenza

---

[67] Così, Corte cost., n. 103 del 2017, sul punto ripresa pure dalla sentenza n. 228 del 2021.

[68] Così, l'art. 3, comma 6, ult. periodo, l. n. 168 del 2017. Cfr., sul punto, M. RUOTOLO, *Gli effetti della decisione di incostituzionalità*, cit., p. 86.

[69] Cfr., fra le altre, Corte cost., sentenze n. 142 del 1972, § 15 *Cons. dir.*; n. 103 del 2017, § 3.1. *Cons. dir.*; n. 228 del 2021, § 6 *Cons. dir.*

[70] Si v. sul punto, almeno, G. CERVATI, *Aspetti della legislazione vigente circa usi civici e terre di uso civico*, cit., p. 6 ss.; L. FULCINITI, *I domini collettivi, tra archetipi e nuovi paradigmi*, in *Dir. agroalimentare*, 2018, p. 547 ss., spec. 553 ss.; R. VOLANTE, *Un terzo ordinamento civile della proprietà*, cit., p. 1067 ss.; V. CERULLI IRELLI, *"Usi civici" e "proprietà collettiva"*, cit., p. 2534 ss.; P. LAZZARA, *Questioni vecchie e nuove in tema di domini collettivi e usi civici*, cit., p. 53 ss.

[71] Così, G. CERVATI, *Aspetti della legislazione vigente*, cit., p. 6.

[72] Così, P. LAZZARA, *Questioni vecchie e nuove*, cit., p. 55.

[73] Sul punto, fra gli altri, V. BARBA, *Validità ed efficacia degli atti dispositivi di beni gravati da usi civici*, in *Il Foro napoletano. Dialoghi tra la dottrina e la giurisprudenza locale, nazionale ed europea*, 2015, p. 593 ss.

costituzionale in materia: già nelle sentenze n. 67 del 1957 e n. 78 del 1961, la Corte costituzionale affermava l'espropriabilità dei beni gravati da usi civici, previo congruo indennizzo alle popolazioni, e l'inespropriabilità dei soli beni di uso civico di Comuni, frazioni e associazioni. Ma emerge pure dalla più risalente giurisprudenza di cassazione, ove si è affermata l'irrilevanza processuale della prova dell'uso promiscuo, con riguardo ai diritti di uso civico *in re propria*, poiché la natura di quei beni e il loro peculiare regime prescinde dalla dimostrazione che quegli usi fossero stati effettivamente praticati[74], mentre gli *iura in re aliena* necessitano di essere provati, mediante titolo costitutivo o dimostrazione del loro effettivo esercizio, pena il ritorno della terra al regime di libera proprietà (e circolazione).

Il punto è stato messo maggiormente a fuoco dalla Corte costituzionale, nella sentenza n. 391 del 1989, ove si parla di «alienabilità controllata» dei beni gravati da uso civico[75], ed è stato *ex professo* riaffrontato in seguito alla riforma legislativa della materia, che sembrava porre in discussione l'alienabilità dei beni gravati da usi civici.

Il riferimento è, evidentemente, ad una delle questioni più spinose di recente affrontata dalla Corte costituzionale e riferita alla compatibilità con gli articoli 3, 24 e 42 Cost. dell'art. 3, comma 3, della legge n. 168 del 2017, nella parte in cui non escludeva dal regime di inalienabilità i domini collettivi di cui al primo comma, lett. *d*), dello stesso articolo.

La questione veniva sollevata dal Tribunale di Viterbo, il quale, in sede di esecuzione forzata civile, stava procedendo alla verifica dei beni pignorandi e, nel corso di tale verifica, rilevava che alcuni di essi erano gravati da usi civici non liquidati (in particolare, nel caso di specie, si trattava di "ghiandare" e di "spigare") e che la procedura di affrancamento era rimasta senza seguito. Il Comune, in sede amministrativa, confermata la sussistenza degli usi civici, specificava altresì che essi non ricadevano nel demanio civico, così che gli immobili gravati venivano posti in vendita e aggiudicati. Se non che, *medio tempore*, entrava in vigore la legge n. 168 del 2017, la quale fa confluire tutti i beni gravati da uso civico nel comune regime (previsto dal comma 3 dell'art. 3) di indivisibilità, inusucapibilità e perpetua destinazione agro-silvo-pastorale, ivi inclusi quelli di cui alla menzionata lettera *d*), ossia «le terre di proprietà di soggetti pubblici o privati, sulle quali i residenti del comune o della frazione esercitano usi civici non ancora liquidati» (o, seguendo la sopra menzionata dicotomia, *iura in re aliena*). Ciò, nonostante il comma 2 dello stesso articolo non includa questi beni nel «patrimonio antico dell'ente collettivo, detto anche patrimonio civico o demanio collettivo» (o *iura in re propria*), con la conseguente difficoltà di composizione di una normativa che, da un lato, non include quei

[74] Così, Corte cass., sez. II, 30 marzo 1951, n. 698, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1952, I, 1; Corte cass., Sez. un., 15 gennaio 1954, n. 64, ivi, 1955, III, 341, su cui si v. G. CERVATI, *In tema di beni regolati dalla legge sugli usi civici*, ibid.; Corte cass., 16 marzo 2007, n. 6165, in *https://www.demaniocivico.it/giurisdizionisuperioriocassazione/111-cass-ii-16-marzo-2007-n-6165/*, su cui di v. L. FULCINITI, *La dichiarazione degli usi civici obbligatoria (solo) su terre private ribadita dalla Cassazione*, in *Dir. e giur. agr., alim. e dell'ambiente*, 2008, p. 269 ss.

[75] Cfr. § 2 *Cons. dir.*

beni all'interno della categoria del demanio collettivo, ma li assoggetta comunque allo stesso regime di quest'ultimo.

Il giudice rimettente prospettava, dunque, alla Corte la questione afferente la compatibilità di questo regime indifferenziato con le differenze che di fatto sussistono fra le due categorie di diritti di uso civico coinvolte, in particolar modo rilevando che, per quanto concerne gli *iura in re aliena*, l'eventuale alienazione dei beni non può intaccare i diritti di uso civico di cui quel bene risulta gravato e che con esso circolano, così da ottenere come risultante una irragionevole compressione del diritto di proprietà, sacrificato senza che ve ne fosse necessità rispetto alla garanzia dei diritti collettivi insistenti sul bene.

È quanto ha riconosciuto la Corte costituzionale, con la sentenza n. 119 del 2023, dichiarativa dell'illegittimità costituzionale della disposizione censurata, «nella parte in cui, riferendosi ai beni indicati dall'art. 3, comma 1, non esclude dal regime della inalienabilità le terre di proprietà di privati, sulle quali i residenti del comune o della frazione esercitano usi civici non ancora liquidati»[76].

Sciolto, dunque, questo nodo, rimane da affrontare solo quello relativo all'equilibrio fra gli opposti diritti ed interessi concernenti le terre di dominio collettivo, in relazione alle quali si è potuto vedere come la prospettiva "irenica", secondo la quale la gestione collettiva del bene in funzione della garanzia dei bisogni della collettività andrebbe sempre e naturalmente all'unisono con quella paesaggistico-ambientale, si sia dimostrata piuttosto semplicistica. Non sembra possano escludersi casi di conflitto fra l'una e l'altra[77], com'è dimostrato, ad esempio, dalla legge n. 394 del 1991, ove si è disposta la liquidazione degli usi civici di caccia e prelievi faunistici nei parchi naturali, in considerazione del conflitto sussistente con la tutela degli interessi ambientali[78]. E si è visto pure come la sopravvenienza di interessi economici diversi sui beni un tempo oggetto di gestione collettiva per esigenze di sostentamento possa indurre le stesse collettività chiamate alla loro gestione ad uno "snaturamento" delle funzionalità del bene, così mutando il paradigma dei diritti di uso in quello del dovere di conservazione. Che ciò abbia verticalizzato la disciplina degli assetti fondiari collettivi in ragione di interessi differenti, generali e non più radicati sulla terra è constatazione piuttosto condivisa, che non convince né coloro che ravvisano in ciò un'eccessiva presa di distanza, sotto forma di rimozione, dalle istanze originarie cui l'uso dei fondi collettivi era destinato (ossia, il sostentamento delle comunità), né coloro che ravvisano in questa rinnovata disciplina una, costituzionalmente inammissibile, compromissione totale degli interessi contrapposti a quelli ambientali, i quali ultimi sarebbero così divenuti "tiranni", in violazione del principio del minimo sacrificio necessario dei diritti ed interessi

[76] A commento della pronuncia, v., fra gli altri, F. POLITI, *Se il verbo "resta" non significa "resta tutto come prima". Un'incostituzionalità della legge n. 168 del 2017 con qualche luce e qualche ombra*, in *Giur. cost.*, 2023, p. 1361 ss.; M. RUOTOLO, *Sull'alienabilità delle terre di proprietà dei privati gravate da usi civici*, in *CNN Notizie*, n. 105, 4 giugno 2024.

[77] Così, P. STELLA RICHTER, *Proprietà collettive, usi civici ed interesse pubblico*, in *Dir. Amm.*, 2003, p. 183.

[78] Sottolinea il punto L. PRINCIPATO, *Attualità degli usi civici*, cit., p. 1056.

compromessi, che presidia le operazioni di un corretto bilanciamento costituzionale.

È in queste crepe dell'apparentemente monolitica costruzione legislativa e giurisprudenziale, che si è in questo breve scritto potuta solo sommariamente ripercorrere, che si annida allora il rischio di potenziali crolli o, quantomeno, che si ravvisa la possibilità di ulteriori aggiustamenti, che meglio consolidino e stabilizzino l'architettura degli usi civici "di nuova generazione".

Heidelberg, agosto 2024

Abstract

L'articolo ripercorre le più salienti pronunce costituzionali in materia di usi civici e domini collettivi, analizzando come il mutamento della loro funzionalizzazione (dal sostentamento delle collettività alla tutela paesaggistico-ambientale) abbia prodotto effetti sul rapporto fra lo Stato, le regioni, gli enti locali e le organizzazioni private, nonché in sede di bilanciamento fra i diritti e gli interessi contrapposti che su di essi vengono investiti.

The article traces the most salient constitutional pronouncements on civic uses and collective domains, analysing how the change in their functionalization (from the sustenance of communities, to landscape-environmental protection) has produced effects on the relationship between State, regions, local authorities and private organizations, as well as on the balancing of the rights and conflicting interests that are invested in them.

Keywords

usi civici – domini collettivi – tutela dell'ambiente – autonormazione.
civic uses – collective domains – environmental protection – self-regulation

SABRINA PRADUROUX*

*Il diritto di proprietà alla prova della questione ambientale: la riscoperta degli usi civici e dei domini collettivi***

Sommario: 1. La questione ambientale dal diritto internazionale pubblico al diritto privato. – 2. Preludio alla questione della sostenibilità ambientale della proprietà privata: la tutela del paesaggio e dell'ambiente. – 3. *In media res*: riflessioni sulla funzione e l'oggetto della proprietà. – 4. Corsi e ricorsi giuridici: gli usi civici e i domini collettivi. – 4.1. La metamorfosi della proprietà collettiva. – 5. Ripensare il rapporto tra l'uomo e la natura per ripensare il diritto di proprietà. – 6. Riflessioni conclusive: dall'*età dei diritti* all'*epoca dei doveri*.

1. È ormai un luogo comune affermare che la Conferenza di Stoccolma del 1972 ha segnato il momento in cui la comunità internazionale ha preso coscienza del problema della perdita di biodiversità e del degrado ambientale in generale, e ha riconosciuto la 'particolare responsabilità' dell'uomo nel proteggere e conservare il patrimonio naturale[1].

Essa ha inoltre dato avvio a un'intensa stagione legislativa in materia di tutela ambientale, che pare oggi volgere al termine, considerata la preferenza mostrata dagli Stati – e in particolare dalle grandi potenze - per le soluzioni politiche negoziate piuttosto che per soluzioni normative offerte dal diritto internazionale dell'ambiente[2].

---

* *Professoressa associata di diritto privato comparato presso il Dipartimento di giurisprudenza dell'Università degli studi di Torino*

** Testo ampliato e con note della relazione svolta in occasione del Convegno Demania. Domini collettivi e usi civici (Camerino 21-22 maggio 2024) (Prin 2024 - Finanziato dall'Unione europea-Next Generation EU, Missione 4 Componente 1 CUP J53D23005940006)).

Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review

[1] V. *Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment*, Principle 4: «Man has a special responsibility to safeguard and wisely manage the heritage of wildlife and its habitat, which are now gravely imperilled by a combination of adverse factors. Nature conservation, including wildlife, must therefore receive importance in planning for economic development».

[2] Così J. JUSTE RUIZ, *Il diritto internazionale ambientale tra evoluzione e involuzione*, in *Riv. giur. amb.*, 2020, p. 479 ss., secondo cui il diritto internazionale ambientale «soffre oggi di una crisi di crescita che lo colloca tra l'evoluzione e l'involuzione» (p. 493). Sulle origini ed evoluzione del diritto internazionale dell'ambiente si rinvia a S. Marchisio, *Il diritto internazionale dell'ambiente*, in G. CORDINI, P.E.M. FOIS, S. MARCHISIO (a cura di), *Diritto ambientale. Profili*

In una prospettiva storica, dunque, il compito di tutelare l'ambiente, e garantire uno sviluppo sostenibile, è stato affidato in prima battuta agli Stati, unici destinatari degli obblighi derivanti dalle convenzioni internazionali. Ne è conseguito, tra altro, che molti Stati, seppur con tempi e modalità diverse, hanno introdotto il dovere dello Stato di tutelare l'ambiente all'interno della propria Carta costituzionale o legge fondamentale[3].

Non sorprende pertanto che, fino a tempi recenti, la questione della tutela giuridica dell'ambiente è stata appannaggio degli studiosi di diritto pubblico, mentre i civilisti si sono occupati del tema solo marginalmente, per indagare l'«indispensabile ruolo di supplenza» svolto dal diritto privato[4].

Nell'ambito della dottrina civilistica, la riflessione intorno al rapporto tra diritto civile e ambiente è stata infatti dapprima sviluppata sotto il profilo del possibile apporto degli strumenti privatistici alla tutela dell'ambiente[5], e solo da ultimo indagando come i principali istituti del diritto privato stanno mutando - o dovrebbero mutare – per consentire la "penetrazione degli obiettivi ecologici nel diritto privato"[6].

---

internazionali europei e comparati, 4ª ed., Torino, 2024, p. 1 ss., che distingue due fasi principali: «la prima, iniziata con la Conferenza delle Nazioni Unite di Stoccolma del 1972 sull'ambiente umano, è caratterizzata dalla conclusione di numerosi trattati di carattere settoriale, basati sul principio di prevenzione del danno (*fase del funzionalismo ambientale*); la seconda, inaugurata dalla Conferenza di Rio de Janeiro su ambiente e sviluppo del 1992, coincide con l'estensione della cooperazione internazionale alle questioni ambientali globali, disciplinate da convenzioni a vocazione universale fondate sul principio di precauzione (*fase del globalismo ambientale*)».

[3] Per una rapida panoramica delle disposizioni contenute nelle Costituzioni europee, v. Servizio studi del Senato, *La tutela dell'ambiente nelle Costituzioni degli Stati membri dell'Unione europea, https://www.senato.it/service/PDFServer/BGT/01124734. Pdf.* Alle disposizioni ivi citate, si aggiunge l'attuale testo dell'articolo 9 della Costituzione italiana.

[4] In questi termini, M. MELI, *La centralità della questione ambientale e le ricadute sul diritto privato*, in *Dir. cost.*, 2023, p. 99.

[5] V. S. PATTI, *La tutela civile dell'ambiente*, Padova, 1979; A. Lener, *Ecologia, persona, solidarietà: un nuovo ruolo del diritto civile*, in N. Lipari (a cura di), *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona,* Roma-Bari, 1974, p. 344; I. W. POLITANO, *La tutela dell'ambiente in diritto privato: le immissioni*, in *Amm. it.*, 1991, p. 1668; P. VITUCCI, *Protezione dell'ambiente e diritto privato*, in *Dir. giur. agr. amb.*, 1993, p. 11; A. SOMMA, *Nuovo diritto privato e tutela civilistica dell'ambiente*, in *Vita notarile*, 1993, p. 1645.

[6] Cfr. M. GIORGIANNI, *Climate Change e analisi ecologica del diritto. L'apporto del comparatista all'emergenza climatica*' in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2023, p. 92. V. anche M. PENNASILICO (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente,* Napoli, 2014; M. Pennasilico, *La "sostenibilità ambientale" nella dimensione civil-costituzionale: verso un diritto dello "sviluppo umano ed ecologico"*, in *RQDA*, 2020, p. 1; A. PISANI TEDESCO, *Tutela ambientale e transizione ecologica: itinerari del diritto privato*, in *Riv. giur. amb.*, 2023, p. 473; N. LIPARI, *Premesse per un diritto civile dell'ambiente*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, p. 209.

A partire dagli anni 1990, inoltre, si è registrato un affievolimento del quasi-monopolio del diritto pubblico in materia di protezione ambientale, sotto la crescente rilevanza acquisita dagli standard ambientali sviluppati dai privati attraverso, ad esempio, i sistemi di certificazione ambientale o i codici di condotta[7]. Inoltre, vari ordinamenti giuridici hanno predisposto specifici strumenti di autonomia privata volti al perseguimento di obiettivi di tutela dell'ambiente[8].

Di conseguenza, il diritto dell'ambiente ha cambiato fisionomia: il suo *corpus* legislativo non consta più solamente di norme di natura pubblicistica. È cambiato altresì il ruolo del diritto privato che è diventato oggi volano del diritto dell'ambiente. Al contempo, però, in un immaginario processo contro i responsabili del degrado ambientale, il diritto privato siederebbe al banco degli imputati in quanto, fornendo uno 'scudo' per gli interessi privati contro gli interessi collettivi, ha favorito – e continua a favorire - un modello di sviluppo (economico) non sostenibile[9].

In questo contesto, l'aggravarsi della questione ambientale, come conseguenza dell'accelerazione del cambiamento climatico, ha spinto alcuni studiosi del diritto civile verso nuovi itinerari di ricerca volti a ripensare alcuni degli istituti fondamentali del diritto privato in chiave ecologica[10].

---

[7] Per una trattazione sistematica del ruolo dei privati nello sviluppo del diritto ambientale, v. M.P. VANDENBERGH, *Private Environmental Governance*, in *Cornell L. Rev.*, 2013, p. 129 ss. Senza mettere in discussione il ruolo centrale dello Stato nel trovare soluzione ai problemi ambientali, l'Autore considera che: «private governance activity suggests that public preferences for environmental protection often have been expressed through the marketplace and other private activities rather than through the political system» (p. 141).

[8] Il tema è trattato in S. DEMEYERE, V. SAGAERT, (a cura di), *Contract and Property with an Environmental Perspective*, Cambridge, UK, 2020; per una sintetica esposizione in chiave comparatistica v. R.M. NÚÑEZ, *La proprietà ecologica. Teoria e strumenti civilistici per una gestione responsabile del suolo*, Napoli, 2025, p. 147 ss.

[9] Secondo N. GRAHAM, *Teaching Private Law in A Climate Crisis*, in *UQLJ*, 2021, pp. 408-409, «there is a direct relationship between particular regulatory frameworks, legal practices and patterns of adverse environmental change (...) Legal research clearly suggests that the institutionalised and legally protected entitlement to, and the accumulation and disposal of, 'Cheap Nature' at 'the scale of the global', established by European and British imperial powers in their colonisation of other places and peoples in the world, is a leading agent of climate change». L'Autrice osserva, inoltre, che:«[m]any private law concepts and doctrines were developed to protect and defend the socio-economic institutions that facilitated climate change: 'a growth-based economy with its attendant political and economic philosophies of liberalism and capitalism'».

[10] V., M. PENNASILICO, *L'insegnamento del diritto privato tra modello tradizionale e problematiche attuali (Manifesto per un diritto privato ecosostenibile)*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, pp. 662-663, secondo cui «la protezione dell'ambiente, più di altre [materie], è in grado di incidere e

Il presente scritto si inserisce in questo filone di ricerca, rimettendo in discussione concetti chiave del regime civilistico della proprietà privata e riflettendo sul possibile apporto degli usi civici e dei domini collettivi a un rinnovamento della nozione stessa di diritto di proprietà.

2. In apertura di un volume che tratta di alcuni nuovi strumenti giuridici a protezione degli ecosistemi e della biodiversità azionabili dai soggetti privati, uno degli Autori osserva che:

> «The basic principles of property law and environmental law are historically, at least on the European continent, quite opposite. Property law is said to be based on exclusion, while environmental law would reflect the commons interfering with exclusive property rights. Environmental law would, in this reasoning, threaten the idea of sovereignty on behalf of the private owner. A handshake between both would, in that historical mindset, risk to cause a regression in the historical acquisitions of property law, especially the *acquis* of the French Revolution»[11].

Questa osservazione vale senz'altro con riferimento al concetto di diritto di proprietà accolto dal codice civile italiano. Tra gli attributi fondamentali che nel loro insieme integrano e definiscono la nozione civilistica del diritto di proprietà, l'autonomia assume infatti una rilevanza centrale. Come è stato rilevato da autorevole dottrina, «l'autonomia proprietaria non si esprime nella perfetta libertà di compiere atti di godimento del bene oggetto del diritto e nemmeno nella sua negazione, ma si esprime piuttosto in termini di controllo sull'accesso alla utilità dei beni. Il proprietario è quindi colui che opera le scelte relative all'accesso alle utilità dei beni essendo munito del diritto di respingere tutte le ingerenze dei terzi che semplicemente non desidera»[12].

Le utilità dei beni cui il legislatore del 1942 ha inteso dare protezione sono le utilità economiche. Così, nel regolare i rapporti tra il proprietario fondiario e i soggetti terzi, l'art. 840, 2° co., stabilisce che il proprietario non può opporsi alle

---

conformare i contenuti e le categorie del diritto civile». Sostiene poi l'Autore, che la "riconcettualizzazione" degli istituti e delle categorie tradizionali del diritto civile alla luce della sostenibilità ambientale, è compito che spetta al civilista.

[11] V. SAGAERT, *Property Law, Contract Law and Environmental Law: Shaking Hands with the Historical Enemy*, in S. DEMEYERE, V. SAGAERT, (a cura di), *Contract and Property with an Environmental Perspective*, cit., p. 1.

[12] A. GAMBARO, *La proprietà. Beni, proprietà, possesso*, 2ª ed., Milano, 2017, p. 219.

attività dei terzi che si svolgono nel sottosuolo o nello spazio aereo a distanza tale che egli non abbia interesse ad escluderle. L'interesse tutelato corrisponde, pertanto, a tutte le forme di utilizzazione del fondo *economicamente* possibili, senza che assuma rilevanza alcuna la qualità del suolo, le sue proprietà biologiche, geologiche e la sua capacità di produrre servizi ecosistemici[13].

Analogamente, la disciplina delle immissioni contenuta nell'art. 844 c.c., nel dettare i criteri per regolare eventuali conflitti tra usi incompatibili di fondi vicini, non tiene conto delle 'ragioni della natura'[14]. Queste ultime non furono prese in considerazione neppure dal legislatore costituente, che si limitò a indicare due finalità specifiche per le quali il legislatore è legittimato a imporre obblighi e vincoli alla proprietà terriera: il conseguimento del razionale sfruttamento del suolo e la realizzazione di equi rapporti sociali[15].

Nel nostro ordinamento, la Costituzione affida poi al legislatore il compito di precisare il contenuto della proprietà nel rapporto con le istanze generali, adottando gli strumenti giuridici idonei a conciliare l'interesse privato e quello pubblico. In questo quadro, si collocano i numerosi interventi legislativi diretti a conservare e proteggere l'ambiente naturale, o sue singole componenti, limitando le facoltà di uso e godimento – in *primis* la facoltà di edificare - dei proprietari dei fondi interessati.

---

[13] Come osserva anche R. M. NÚÑEZ, *La proprietà ecologica. Teoria e strumenti civilistici per una gestione responsabile del suolo*, cit., pp. 32-33, «il suolo rientra nel mondo delle entità "neutrali", senza qualità, ovvero, nell'astrazione di ciò che Paolo Grossi ha brillantemente nominato un «frammento muto del cosmo».

[14] Una diversa lettura dell'articolo è proposta da A. PISANI TEDESCO, *Tutela ambientale e transizione ecologica: itinerari del diritto privato*, cit., pp. 497-498, dove si fa portatore della tesi secondo cui «le "ragioni della proprietà" menzionate dall'art. 844 c.c., devono essere intese nella loro dimensione collettiva e diacronica» e, pertanto, «possono intendersi (anche) come le ragioni ambientali del territorio funzionalmente interessato da una data immissione, ed estendersi all'interesse per la preservazione del "bene" ambientale circostante». Secondo l'Autore, infatti, «la valorizzazione della dimensione diacronica – oggi espressamente richiesta dall'art. 9 Cost. – consente di dare ingresso nel giudizio civile, agli interessi delle future generazioni». Analogamente, F. SANGERMANO, *La proprietà tra le proprietà. Un affresco concettuale e assiologico,* Napoli, 2023, p. 184, afferma che: «una interpretazione costituzionalmente adeguata deve leggere [nell'art. 844 c.c.] una posizione mai subalterna della difesa ecologica in senso ampio, e della salute della persona rispetto agli interessi economico-produttivistici».

[15] Si ricorda che a norma dell'art. 44, co. 1, cost.: «Al fine di conseguire il razionale sfruttamento del suolo e di stabilire equi rapporti sociali, la legge impone obblighi e vincoli alla proprietà terriera privata, fissa limiti alla sua estensione secondo le regioni e le zone agrarie, promuove ed impone la bonifica delle terre, la trasformazione del latifondo e la ricostituzione delle unità produttive; aiuta la piccola e la media proprietà».

Chiamata, in più occasioni, a vagliare la legittimità costituzionale dei limiti imposti alla proprietà privata per la tutela dell'ambiente,[16] la Corte Costituzionale ha, a più riprese, affermato che il bene ambiente ha un valore costituzionale «primario»[17] e «assoluto»[18], senza attendere la riforma costituzionale del 2022. Tuttavia, data l'originaria assenza di una norma di principio in materia di tutela ambientale nel testo della Costituzione, la giurisprudenza costituzionale sul tema ruotava attorno al principio di tutela del paesaggio, introdotto dalla Corte Costituzionale sulla base di una lettura congiunta degli artt. 9 e 32 Cost.[19].

Nel diritto costituzionale la tutela del paesaggio e la tutela dell'ambiente si sono, pertanto, per lungo tempo sovrapposte, e la natura come valore da tutelare di per sé ha faticato a trovare spazio[20].

La sovrapposizione tra i concetti di paesaggio e ambiente, emerge con chiarezza in una sentenza del 1995 in cui la Corte Costituzionale

[16] Come espressamente affermato dalla Corte, il principio di tutela del paesaggio opera, per il tramite dell'art. 42, co. 2, Cost., come «criterio di conformazione dei diritti reali» sui beni di interesse ambientale. V. Corte Costituzionale, sent. n. 617 del 30 dicembre 1987. La Corte ha poi ulteriormente precisato che: «nell'ipotesi di beni ambientali, è la legge che determina i modi di godimento del bene stesso al fine di assicurarne la funzione sociale (art. 42, secondo co., cost.): conseguentemente i relativi vincoli che gravano su di essi - in virtù di determinate qualità intrinseche degli stessi, riconosciute dalla legge - non concretano un atto di espropriazione ai sensi dell'art. 42, terzo co., della Costituzione e non sono pertanto, indennizzabili». V. Corte cost., 28 luglio 1995, n. 417.

[17] Cfr. Corte cost., 27 giugno 1986, n. 151.

[18] Cfr. Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 617. In un paio di occasioni, la Corte si è spinta fino a riferirsi alla «salvaguardia dell'ambiente come diritto fondamentale della persona ed interesse fondamentale della collettività». Cfr. Corte cost., 22 maggio 1987, n. 210 e 19 giugno 2018, n. 198.

[19] V. Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 617, in cui la Corte ha affermato che: «L'ambiente è protetto come elemento determinativo della qualità della vita. La sua protezione non persegue astratte finalità naturalistiche o estetizzanti, ma esprime l'esigenza di un habitat naturale nel quale l'uomo vive ed agisce e che è necessario alla collettività e, per essa, ai cittadini, secondo valori largamente sentiti». La graduale emersione della rilevanza giuridica della tutela dell'ambiente nella giurisprudenza costituzionale è ricostruita con cura da G. D'ALFONSO, *La tutela dell'ambiente quale «valore costituzionalmente primario» prima e dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in F. Lucarelli (a cura di), *Ambiente, territorio e beni culturali nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 3 ss.

[20] La separazione del concetto di natura da quello di ambiente inizia a emergere nella giurisprudenza della Corte Costituzionale concernente l'interpretazione della lettera s) del secondo comma dell'art. 117 Cost., che attribuisce allo Stato la competenza legislativa esclusiva in materia di «tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali». In particolare, nella sentenza del 23 gennaio 2009, n. 12, la Corte ha precisato che sebbene i termini «ambiente» ed «ecosistema» esprimono valori molto vicini, «col primo termine si vuole, soprattutto, fare riferimento a ciò che riguarda l'*habitat* degli esseri umani, mentre con il secondo a ciò che riguarda la conservazione della natura come valore in sé».

pronunciandosi sulla legittimità costituzionale del vincolo paesaggistico previsto dalla legge n. 431 del 1985 in materia di tutela delle zone di particolare interesse ambientale (nota come legge Galasso), ha affermato che:

> «la tutela concerne un complesso di beni e di aree individuate direttamente dal legislatore in forza del loro "particolare interesse ambientale" (dal titolo della legge). Interesse che si determina in ragione della loro singolarità geologica o ecologica - rilevante ai fini della storia naturale del Paese - connotando la struttura del territorio nazionale nella sua percezione visibile: detti beni fanno, pertanto, parte del patrimonio estetico-culturale della nazione e, conseguentemente, vanno difesi dai mutamenti, spesso irreversibili, che l'azione dell'uomo può causare. In questa prospettiva la legge n. 431 del 1985 sposta l'accento dalle bellezze naturali, intese come dimensione (solo) estetica del territorio, al bene ambientale come bene culturale, con ciò riconoscendo valore estetico-culturale a vaste porzioni del territorio nazionale: sicché rileverà come paesaggio da tutelare - secondo il disposto costituzionale dell'art. 9 - la forma del territorio che esprimerà detta qualità strutturale che è appunto estetico-culturale»[21].

Il quadro costituzionale è mutato con l'introduzione del terzo comma dell'art. 9 Cost. che, in aggiunta all'originario compito di tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione, attribuisce alla Repubblica quello di tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi. La natura ha così, infine, assunto rilevanza sul piano costituzionale, anche quando non è asservita alle esigenze umane[22].

3. L'espressa inclusione, per opera della Corte Costituzionale, dell'interesse ambientale tra gli interessi attraverso cui si esprime la funzione sociale della proprietà, ha lasciato invariata la struttura profonda del diritto di proprietà, la quale rimane ancorata all'utilità economica che il titolare del diritto può trarre dal bene. Prova ne è che ancora oggi è attuale il principio elaborato

[21] Corte cost., 28 luglio 1995, n. 417, *Considerato in diritto*, punto 5.

[22] In tal senso si è espressa la Corte Costituzionale nella sentenza n. 104 del 13 giugno 2024, laddove ha affermato che «[l]a riforma del 2022 consacra direttamente nel testo della Costituzione il mandato di tutela dell'ambiente, inteso come bene unitario, comprensivo delle sue specifiche declinazioni rappresentate dalla tutela della biodiversità e degli ecosistemi, ma riconosciuto in via autonoma rispetto al paesaggio e alla salute umana».

dalla Corte Costituzionale nella nota sentenza n. 6 del 1966, secondo cui ricadono nella categoria dell'espropriazione per pubblica utilità tanto l'atto che impone limitazioni tali sul bene da renderlo inutilizzabile, in rapporto alla destinazione inerente alla natura del bene stesso, quanto quello che incide in modo penetrante sul suo valore di scambio[23].

Ragionando intorno a una nozione del diritto di proprietà 'eco-sostenibile', si può ricercare se e in quali termini il criterio dell'utilità economica, che riflette l'attuale logica 'estrattiva' della proprietà privata, possa essere sostituito o quanto meno coniugato con quello dell'utilità ecologica, nell'ottica dell'attribuzione di una *stewardship* ambientale al proprietario[24].

Sulla falsariga dell'istituto dell'espropriazione nell'interesse della produzione nazionale, previsto all'art. 838 c.c., si potrebbe allora ragionare su una espropriazione dei beni di 'interesse ecologico', per il caso in cui il proprietario faccia un uso – o non uso – del bene tale da contrastare il raggiungimento degli obiettivi di sostenibilità ambientale fissati dal legislatore[25].

In alternativa, una riforma 'ecologicamente orientata' della disciplina civilistica della proprietà privata potrebbe prendere le mosse da una revisione del concetto di bene e della classificazione dei beni.

L'esigenza di una modifica delle norme del codice civile in materia di classificazione e regime giuridico dei beni si è già tradotta nell'elaborazione di diverse proposte di legge[26]. Tra queste la più nota è certamente quella presentata dalla Commissione Rodotà[27], volta a introdurre nel codice civile una nuova

---

[23] Corte cost., 20 gennaio 1966, n. 6.

[24] Seguendo tesi sostenuta da R. M. NÚÑEZ, *La proprietà ecologica. Teoria e strumenti civilistici per una gestione responsabile del suolo*, cit., p. 113, si tratterebbe di «pensare in modo diverso l'individualismo, attraverso il ricorso a una prospettiva personalista, essenzialmente relazionale, che salvaguardi il diritto alla vita e alla dignità della persona (come individuo e come essere sociale) e il rispetto del creato in una visione di alleanza, che «assegni all'agire umano la funzione di "conservare", "curare" e "approfondire" tale relazionalità per il bene del genere umano».

[25] Come messo in luce da N. CENTOFANTI, *L'espropriazione per pubblica utilità*, Milano, 2006, p. 22, la finalità della norma in questione è quella di sacrificare l'appartenenza del bene per realizzare l'interesse che avrebbe dovuto perseguire il proprietario.

[26] Per una sintetica e schematica esposizione dei testi depositati in Parlamento v. N. CAPONE, *Lo spazio pubblico come luogo per riabitare mondi in comune*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2022, pp. 170 ss.

[27] Per una sintesi sul lavoro svolto dalla Commissione, si rinvia a E. REVIGLIO, *Per una riforma del regime giuridico dei beni pubblici. Le proposte della Commissione Rodotà*, in *Pol. dir.*, 2008, pp. 531-550.

fondamentale categoria, quella dei «beni comuni», «cioè delle cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona»[28].

Il progetto di legge non fu tuttavia mai discusso e il dibattito sui beni comuni si è sviluppato fuori dalle aule parlamentari, originando una copiosa e variegata letteratura giuridica.

La categoria dei beni comuni di cui discute la dottrina «racchiude al suo interno una molteplicità di ambiti, costituiti sia da interessi e valori che da beni immateriali, così come da cose in senso giuridico»[29]. Seppur detta categoria non fu pensata con specifico riferimento alle esigenze di tutela ambientale, il vivace dibattito dottrinale - di cui è ancor oggi oggetto - ha certamente tratto slancio dalla grande rilevanza che il tema della sostenibilità ambientale ha assunto nel dibattito pubblico[30].

Nell'inerzia del legislatore, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione si sono espresse in senso favorevole al riconoscimento della nuova categoria dei beni comuni, in un giudizio volto all'accertamento del diritto di proprietà su una delle numerose valli da pesca della laguna di Venezia[31]. Dopo aver dato atto della «esigenza interpretativa di "guardare" al tema dei beni pubblici oltre una visione prettamente patrimoniale-proprietaria per approdare ad una prospettiva personale-collettivistica», la Corte ha infatti affermato che: «là dove un bene immobile, indipendentemente dalla titolarità, risulti per le sue intrinseche connotazioni, in particolar modo quelle di tipo ambientale e paesaggistico, destinato alla realizzazione dello Stato sociale, detto bene è da ritenersi, al di fuori dell'ormai datata prospettiva del dominium romanistico e della proprietà

---

[28] DDL n. 2031, XVI Legislatura, *https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00462665.pdf* , p. 7.

[29] W. GASPARRI, *Suolo, bene comune? Contenimento del consumo di suolo e funzione sociale della proprietà privata*, in *Dir. pubbl.*, 2016, p. 164.

[30] Di questo avviso anche A. DANI, *Il concetto giuridico di "beni comuni" tra passato e presente*, in *Historia et ius*, 2014, paper 7, p. 2, secondo cui: «[s]icuramente il dibattito avrebbe assunto ben più scarso rilievo se negli ultimi decenni il sistema economico-finanziario non avesse impresso una brusca accelerazione verso la mercificazione di ogni risorsa naturale e di ogni aspetto della vita umana (rincorrendo una crescita illimitata insostenibile e squilibrata)».

[31] Cass. civ., Sez. Un., 14 febbraio 2011, n. 3665. Si noti che il ragionamento della Corte in merito all'opportunità di ripensare la proprietà pubblica non ha costituito la base per la decisione, la quale è fondata sulla riaffermazione della categoria tradizionale della proprietà pubblica demaniale.

codicistica, "comune" vale a dire, prescindendo dal titolo di proprietà, strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini»[32].

È agevole notare come nel ragionamento della Corte di Cassazione riecheggia l'idea di necessaria appartenenza collettiva di taluni beni, in ragione della loro utilità funzionale alla realizzazione di diritti e valori costituzionali, che è sottesa al sopra richiamato concetto di «beni comuni» elaborato dalla Commissione Rodotà.

Mettendo per un momento da parte la categoria dei beni comuni come nuova categoria ordinante fondata sui valori costituzionali, occorre, a mio avviso, fare un passo indietro e interrogarsi sulla idoneità della nozione di beni accolta dal nostro codice civile a porsi come fondamento di un 'diritto della proprietà privata sostenibile'.

La disciplina del diritto di proprietà si fonda sull'art. 810 c.c., ai sensi del quale: «[s]ono beni le cose che possono formare oggetto di diritti»[33].

Muovendo dalla considerazione di Paolo Grossi, secondo cui nel nostro codice civile «le situazioni dominicali si atteggiano soprattutto come diritti sulla dimensione utile delle cose, e lo stesso bene ci appare pensato e risolto più come utilità che come cosa»[34], occorre chiedersi anzitutto quale rilievo – se alcuno - assume l'utilità ecologica delle cose.

Prima facie si può affermare che le considerazioni scientifiche non giocano alcun ruolo nell'attribuzione dello statuto giuridico di bene a un elemento naturale; eppure riconoscere gli elementi naturali come beni, ossia oggetto di situazioni di appartenenza – privata o pubblica – non è una scelta 'ecologicamente neutra'.

---

[32] Cass. civ., Sez. Un., 14 febbraio 2011, n. 3665. La Corte ha inoltre affermato che le valli da pesca oggetto di giudizio «configurano uno dei casi in cui i principi combinati dello sviluppo della persona, della tutela del paesaggio e della funzione sociale della proprietà trovano specifica attuazione, dando origine ad una concezione di bene pubblico, inteso in senso non solo di oggetto di diritto reale spettante allo Stato, ma quale strumento finalizzato alla realizzazione di valori costituzionali».

[33] Questo articolo, come ricorda A. GAMBARO, *La proprietà. Beni, proprietà, possesso*, cit., p. 54, «è la disposizione normativa collocata all'inizio del libro III del codice civile ove si considerano le situazioni di appartenenza la cui funzione essenziale è quella di demarcare ciò che può essere oggetto di posizioni di appartenenza, e quindi della disciplina del libro terzo, rispetto alle altre posizioni giuridiche».

[34] P. GROSSI, *I beni: itinerari fra 'moderno' e 'pos-moderno'*, cit., p. 1073.

Si può immaginare, *pro futuro*, la creazione del concetto di 'beni di utilità ecologica', fondato su criteri scientifici, sottratti al paradigma proprietario *ex* art. 832 c.c.?

Come affermato da Antonio Gambaro, la «ragionevolezza nutrita di conoscenza» può produrre profondi cambiamenti nella disciplina delle situazioni di appartenenza, e ne ha già prodotti, come dimostra il superamento dell'equiparazione tra animali e cose insensibili[35]. Con riferimento specifico agli animali da compagnia, l'Autore richiama l'attenzione sul fatto che «l'esercizio dei poteri dominicali è tendenzialmente rovesciato. Tale esercizio è infatti funzionalizzato ed al primo posto nella scala dei fini proprietari si colloca il benessere dell'animale; come dire che l'interesse dell'oggetto prevale sull'interesse del soggetto proprietario»[36]. Secondo A. Gambaro lo scostamento dal paradigma proprietario di cui all'art. 832 c.c. è, in questo caso, tale da far «dubitare se sia ancora congruo parlare di oggetto di diritti o non sia preferibile fare riferimento a una situazione di appartenenza complessa in cui non solo acquista singolare rilievo la nozione di obbligo che grava sul titolare della posizione di appartenenza sul bene, ma è l'interesse del cosiddetto bene a fornire il parametro su cui si misura l'adempimento dell'obbligo»[37].

Potrebbe questa prospettiva essere estesa anche al rapporto tra l'uomo e altri elementi naturali?

4. Il Capitolo III del titolo I, del Libro II, del codice civile francese, intitolato: «Des biens dans leurs rapports avec ceux qui les possèdent», contiene una disposizione in sostanziale controtendenza rispetto alla concezione individualista della proprietà fatta propria dal codice. Si tratta dell'art. 542, a norma del quale: «Les biens communaux sont ceux à la propriété ou au produit desquels les habitants d'une ou plusieurs communes ont un droit acquis».

---

[35] Così, A. GAMBARO, *La proprietà. Beni, proprietà, possesso*, cit., p. 82. L'Autore sottolinea il nesso tra la maggiore sensibilità sociale nei confronti delle sofferenze degli animali – che è alla base della nuova disciplina – e le conoscenze scientifiche, che consentono oggi di «dimostrare che gli animali, in particolari gli esseri vertebrati, hanno capacità di percepire dolore e, dunque, di soffrire, così come di provare una gamma assai articolata di sensazioni e sentimenti, inserendosi pienamente nel circuito degli esseri senzienti».

[36] A. GAMBARO, *La proprietà. Beni, proprietà, possesso*, cit., p. 83.

[37] A. GAMBARO, *La proprietà. Beni, proprietà, possesso*, cit., p. 83.

Nella trama del *Code civil* trovano, pertanto, ancora legittimazione forme di sfruttamento collettivo delle risorse naturali.

Nel codice civile italiano del 1942, invece, la proprietà collettiva non trova alcuna «cittadinanza giuridica», ma «può mascheratamente rintracciarsi soltanto in quel tipo di proprietà che è definita "demaniale" e che appartiene formalmente allo Stato-persona, considerato come persona giuridica unitaria, titolare di un diritto di proprietà individuale»[38].

Il mancato riconoscimento nel codice di figure di proprietà collettiva non ha tuttavia comportato la loro estinzione: gli assetti fondiari collettivi continuarono, e continuano, a esistere. Fallito il tentativo di liquidazione dei diritti di uso civico e di dissolvimento delle residue forme di dominio collettivo[39], entrambi hanno trovato riconoscimento nella legge n. 168 del 2017[40].

Il rinnovato interesse del legislatore per le proprietà collettive è coinciso con un rinnovato interesse, verso le stesse, della dottrina che, negli ultimi anni, ne ha fatto l'oggetto di un numero crescente di studi orientati alla ricerca di modelli di gestione sostenibile del territorio alternativo al modello capitalistico.

Indicate con le espressioni generali di *usi civici* e *domini collettivi*, le proprietà collettive sono «forme alternative di gestione del suolo, amministrate dalla collettività» molto diverse tra loro[41]. Si tratta, in sostanza, di proprietà conformate dalla storia e dai bisogni delle collettività che si susseguirono nel tempo in un dato territorio.

---

[38] P. MADDALENA, *L'ambiente e le sue componenti come beni comuni in proprietà collettiva della presente e delle future generazioni*, in *Dir. soc.* 2012, p. 357. L'Autore sostiene che: «i beni demaniali appartengono direttamente alla collettività, si tratta cioè di "proprietà collettiva demaniale", mentre allo Stato spetta, come da alcuni è stato detto, soltanto "la proprietà della tutela", nel senso che lo Stato è semplicemente "gestore" del demanio ed ha per questo anche il compito primario di tutelarlo».

[39] V. l. 16 giugno 1927, n. 1766, sul riordino degli usi civici nel Regno d'Italia e successivi provvedimenti legislativi applicativi. A parere di F. MARINELLI, *Gli usi civici*, 3ª ed., Milano, 2022, p. 94 ss., le cause dell'insuccesso della legge sono collegate, da un lato, al contesto sociale ed economico del secondo dopoguerra, e, dall'altro, alla rinuncia, di fatto, dei commissari liquidatori a svolgere l'attività amministrativa che era stata loro affidata.

[40] V. l. 20 novembre 2017, n. 168, intitolata «Norme in materia di domini collettivi».

[41] G. SPOTO, *Usi civici e domini collettivi: "un altro modo" di gestire il territorio*, in *Riv. giur. edil.*, 2020, p. 6. In via generale, gli usi civici possono essere definiti come diritti di godimento spettanti a una collettività su terre private, o anche su terre demaniali o patrimoniali indisponibili; mentre i domini collettivi, o demani civici, sono diritti dominicali della collettività su determinate terre. Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Diritto pubblico della proprietà e dei beni*, Torino, 2022, p. 50 ss.

Ai fini del tema oggetto di questo contributo, ciò che maggiormente interessa è investigare la funzione di protezione ambientale degli usi civici e dei domini collettivi.

Originariamente le proprietà collettive svolgevano una funzione economica, che è iniziata a venir meno man mano che, sotto la spinta dell'evoluzione economica e sociale, «si sbiadiva il legame tra le comunità e i luoghi e, in particolare, si perdevano antiche pratiche di sostentamento (pascolo, raccolta della legna o dei frutti, ecc.)»[42]. La Corte Costituzionale ha più volte sottolineato «come i profondi mutamenti intervenuti nel secondo dopoguerra abbiano inciso sul profilo economico dell'esercizio degli usi civici, mettendo in ombra tale aspetto, ma a un tempo evidenziandone la rilevanza quanto ad altri profili e in particolare a quello ambientale»[43]; mentre la dottrina è solita attribuire alla legge Galasso del 1985 «un ruolo decisivo nel segnare il momento di passaggio da una concezione della proprietà collettiva quale istituto di sostegno per un'economia agricola di sussistenza ad istituto chiave per la tutela del paesaggio, dell'ecosistema e dell'ambiente»[44].

Come descritti da Paolo Grossi, gli usi civici richiamano «un paesaggio giuridico, in cui il rapporto uomo/terra era capovolto e dove regnavano il primato della comunità sul singolo e il primato della cosa sul soggetto; dove, per cosa, intendiamo soprattutto la terra, una realtà rispettata dal coltivatore, pastore, boscaiolo, che si impegna nel creare un equilibrio tra il suo umano lavoro e la natura, quell'equilibrio in cui noi oggi vediamo consistere l'ambiente»[45].

---

[42] F.C. NIGRELLI, *Paesaggi collettivi tra conoscenza e azione*, in F. C. NIGRELLI (a cura di), *Paesaggi collettivi. Usi civici e beni comuni come risorsa*, Gattatico, 2023, p. 21.

[43] Corte cost., 10 aprile 2018, n. 113, *Considerato in diritto*, punto 6.

[44] N. COLLEO, *La dimensione paesaggistico – ambientale dell'uso civico. Riflessioni sulle origini e proiezioni verso una moderna dimensione della gestione delle terre di dominio collettivo*, in *Federalismi.it*, 2, 2020, p. 56. L'art. l., lett. h, della l. n. 431 dell'8 agosto 1985, nel convertire in legge il d. l. n. 312 del 27 giugno 1985 recante disposizioni urgenti per la tutela delle zone di particolare interesse ambientale, sottoponeva a vincolo paesaggistico -fra altre - «le aree assegnate alle università agrarie e le zone gravate da usi civici». La disposizione è ora replicata dall'art. 142, co. 1, lett. h, del Codice dei beni culturali e del paesaggio (d. lgs. n. 42/04).

[45] Cfr. M. TIMOTEO, *Grammatiche del diritto. In dialogo con Paolo Grossi*, Bologna, 2020, p. 74.

4.1. Negli anni più recenti, come sopra accennato, parte della dottrina ha sviluppato una tendenza a leggere nelle proprietà collettive (mutuando una felice espressione di Paolo Grossi) "un altro modo di possedere", che rispecchia non solo una diversa relazione tra soggetto e oggetto, ma altresì un diverso modo di intendere il rapporto tra l'uomo e la natura. In linea con questo pensiero, più Autori hanno sottolineato che le proprietà collettive hanno oggi come funzione principale la conservazione delle risorse naturali[46].

Sul piano del diritto positivo, la vocazione delle proprietà collettive a fungere da strumento di salvaguardia dell'ambiente è stata espressamente consacrata dal legislatore del 2017[47], recependo un orientamento giurisprudenziale consolidatosi nel corso del trentennio precedente[48].

Se si guarda, invece, agli usi civici e ai domini collettivi in una prospettiva storica di lungo periodo occorre tuttavia essere cauti nel ricollegare agli stessi l'affermarsi di una sorta di 'proto-coscienza ecologica'[49], in quanto gli usi civici e i domini collettivi sono, invero, sorti e si sono sviluppati con l'obiettivo di garantire la sopravvivenza e perpetuazione della comunità, e non già la protezione e conservazione dell'ambiente di per sé considerato.

Il fatto che essi rispecchiassero un uso più equilibrato delle terre era essenzialmente il riflesso dell'indisponibilità delle terre in dominio collettivo o soggette a usi civici. Come è stato efficacemente osservato: «la prosecuzione stessa nel tempo del godimento collettivo degli usi su specifici terreni (...) esigeva

---

[46] V. M.C. CERVALE, *Usi civici e domini collettivi. La proprietà plurale e il diritto civile*, Napoli, 2022, p. 149 ss.; F. MARINELLI, *Gli usi civici*, 3ª ed., Milano, 2022, p. 255 ss.

[47] Cfr. l. n. 168 del 2017, in particolare: art. 2, co. 1, lett. b, che sancisce che la Repubblica tutela e valorizza i beni di collettivo godimento, in quanto «strumenti primari per assicurare la conservazione e la valorizzazione del patrimonio naturale nazionale»; art. 3, co. 6, secondo cui con l'imposizione del vincolo paesaggistico sulle zone gravate da usi civici, «l'ordinamento giuridico garantisce l'interesse della collettività generale alla conservazione degli usi civici per contribuire alla salvaguardia dell'ambiente e del paesaggio».

[48] Per una ricognizione di questo percorso giurisprudenziale e legislativo, si rinvia a A. JANNARELLI, *Passato e presente degli "usi civici" nel diritto vivente: dalla legge del 1927 a quella del 2017. Brevi cronache di un'evoluzione incompiuta*, in *Riv. dir. agr.*, 2022, p. 121 ss.

[49] A. CARACCIOLO, *L'ambiente come storia: sondaggi e proposte di storiografia dell'ambiente*, Bologna, 1988, p. 46, mette in guardia dal rischio di cadere in una nostalgica – e semplicistica – lettura delle società del passato, come società guidate da saggezza e moderazione nell'uso delle risorse naturali, osservando che: «in antico regime si era attenti agli esiti futuri più di quanto lo si sia oggi, a causa della rarità delle risorse disponibili o rinnovabili». Secondo l'Autore, non dobbiamo che ci fossero una coscienza ecologica e una normativa ambientale mature, pena dar vita al «mito di una società di «buoni padri di famiglia», cadendo in semplificazioni sopra la preveggenza del tempo che fu».

una specifica modalità del loro godimento commisurata ai soli bisogni indispensabili dei fruitori e, dunque, in grado di non depauperare, in funzione conservativa, le terre coinvolte nel fornire i propri servizi alla comunità di riferimento»[50].

D'altro canto, l'obbligo di usare della cosa *secondo natura*, previsto dal diritto comune, si riferiva «non [al]la semplice natura fisica del terreno, ma [a] quella giuridica, data dall'esistenza su di esso di una specifica consuetudine, che rappresentava la ragion d'essere della comunità che ne era proprietaria»[51]. Ciò spiega perché questi diritti non avevano un contenuto necessariamente conservativo del territorio: «nel paesaggio europeo convivono realtà collettive nate dall'esigenza di trasformare il territorio, come le Partecipanze emiliane, e realtà nate dall'opposta esigenza di preservarne la natura attraverso l'uso congiunto, come nel caso delle comunioni dei boschi alpini»[52].

Va inoltre osservato, sotto il profilo ideologico, che, seppur priva del carattere dell'individualismo possessivo, la proprietà collettiva medievale era pur sempre proprietà 'egoista', in quanto orientata al raggiungimento del bene della comunità di riferimento, e non già del bene comune in senso più ampio.

La proprietà collettiva riconosciuta dal legislatore del 2017 ha cambiato pelle attraverso un arricchimento dei suoi profili funzionali: «[a]lle esigenze primarie della circoscritta collettività di riferimento e dei suoi membri cui essa rispondeva, si è apertamente aggiunta, quella pur intrinseca alle sue modalità gestoria e, però, al tempo stesso di rilevanza ed incidenza sociale più generale, relativa alla salvaguardia dell'ambiente e del territorio»[53].

5. Alla luce di quanto esposto nei paragrafi precedenti, si può affermare che un rinnovamento del diritto di proprietà passa necessariamente attraverso

---

[50] A. JANNARELLI, *"Beni collettivi" e "beni comuni" nel pensiero di Grossi: brevi riflessioni*, in *Riv. dir. agr.*, 2022, Omaggio a Paolo Grossi, p. 57.

[51] R. VOLANTE, *Un terzo ordinamento civile della proprietà. La l. 20 novembre 2017, n. 168 in materia di domini collettivi*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 1080.

[52] R. VOLANTE, *Un terzo ordinamento civile della proprietà. La l. 20 novembre 2017, n. 168 in materia di domini collettivi*, cit., p. 1080.

[53] A. JANNARELLI, *"Beni collettivi" e "beni comuni" nel pensiero di Grossi: brevi riflessioni,* cit., pp. 69-70.

un cambiamento di paradigma nella concezione del rapporto persona – cose, che è alla base del diritto stesso.[54]

Secondo alcuni Autori, si dovrebbe pertanto abbandonare l'attuale paradigma antropocentrico, che informa di sé il diritto, a favore di quello ecocentrico. Nella prospettiva ecocentrica, l'essere umano è considerato come parte della comunità biotica e si colloca in un rapporto di «naturale corrispondenza» rispetto all'ambiente, per cui «da una parte l'uomo deve tutelare la natura, e d'altra parte la natura deve essere posta in grado di offrire all'uomo i suoi benefici»[55].

Paolo Maddalena indica il diritto romano come antecedente storico del principio ecocentrico, sulla base della considerazione secondo cui il diritto romano «era informato al principio del "tutto-parte", collocava cioè il singolo uomo o la singola cosa nell'universo di appartenenza»[56].

In altri orizzonti culturali, il processo verso l'affermarsi del paradigma ecocentrico è guidato dalle culture indigene portatrici di «alternative cosmologies that offer an alternative conception of human dignity to the Western notion, whereby nature has inalienable rights and the false dichotomy of humans being separate and superior to the non-human world is rejected»[57].

Secondo una concezione diffusa, la visione del mondo indigena «interpreta i rapporti tra esseri umani e Natura come orizzontali e basati sul rispetto e la solidarietà inter-specie, intra-specie e intergenerazionale».[58]

Preso sul serio, questo altro modo di pensare il rapporto tra gli esseri umani e la natura può costituire il fondamento per un altro modo di pensare il

---

[54] Questa è anche la premessa dell'opera monografica di R. M. NÚÑEZ, *La proprietà ecologica. Teoria e strumenti civilistici per una gestione responsabile del suolo*, cit. Nell'introduzione l'Autore afferma, infatti, che il processo di rinnovamento del diritto civile nell'attuale contesto di crisi climatica deve necessariamente prendere le mosse dalla consapevolezza «che tra le persone, le cose e gli ecosistemi esiste una continuità "naturale", una dipendenza reciproca di cui il diritto deve tenere conto» (p. 9).

[55] P. MADDALENA, *L'ambiente e le sue componenti come beni comuni in proprietà collettiva della presente e delle future generazioni*, cit., p. 338.

[56] Ibidem. Precisa poi l'Autore che «il principio "parte-tutto deve oggi comprendere non solo l'intera umanità vivente, ma anche le generazioni future verso le quali, per la prima volta nella storia, le generazioni precedenti hanno contratto un immenso debito ecologico-ambientale» (p. 347).

[57] M. RAFTOPOULOS, *Contemporary debates on social-environmental conflicts, extractivism and human rights in Latin America,* in *Int. J. Hum. Rights,* 2017, p. 397.

[58] F. CERULLI, *Antropocentrismo vs ecocentrismo nella giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani*, in *Dir. um. dir. int.,* 2023, p. 282.

diritto di proprietà. Ad esempio, appoggiandosi sulla differente narrativa del rapporto tra l'uomo e la natura proposta dalle culture indigene, la Corte interamericana dei diritti umani, nel definire l'ambito di applicazione dell'articolo sulla proprietà, ha superato l'approccio fondato sulla ricerca di un'utilità economica[59], alla base della corrispondente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo[60].

6. In una recente – ma già storica – risoluzione, l'Assemblea generale delle Nazioni Unite ha riconosciuto il diritto a un ambiente pulito, salubre e sostenibile quale un diritto umano[61].

A mio avviso, tuttavia, a fronte dell'attuale crisi ambientale provocata – tra altro - dallo sfruttamento eccessivo delle risorse naturali, se il diritto vuole intraprendere la strada della sostenibilità, piuttosto che sul piano del riconoscimento di nuovi diritti fondamentali, deve muoversi su quello del riconoscimento di nuovi doveri, a partire da quello di solidarietà ecologica[62].

---

[59] A partire dal caso *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community c. Nicaragua* del 31 agosto 2001, la Corte interamericana dei diritti umani ha affermato che, nell'interpretare e applicare l'art. 21 (Diritto di proprietà) della Convenzione americana sui diritti umani, occorre considerare che: «for indigenous communities, relations to the land are not merely a matter of possession and production but a material and spiritual element which they must fully enjoy, even to preserve their cultural legacy and transmit it to future generations» (par. 148). Inoltre, nella sentenza *Yakye Axa Indigenous Community c. Paraguay* del 17 giugno 2005, essa ha espressamente affermato che: «the close ties of indigenous peoples with their traditional territories and the natural resources therein associated with their culture, as well as the components derived from them, must be safeguarded by Article 21 of the American Convention». Per un approfondimento, si rinvia a S. DI BENEDETTO, *La funzione ecologica della proprietà collettiva sulle terre ancestrali: un nuovo modello di rapporto tra diritti umani e tutela dell'ambiente?*, in *Dir. um. dir. int.*, 2016, 3, p. 587 ss.

[60] Sul punto mi sia consentito rinviare al mio contributo, *(Un)defining the Right to Property in the Light of the Case Law of the European Court of Human Rights*, in M. DUROVIC, C. PONCIBÒ (a cura di), *The European Convention on Human Rights and Private Law. Comparative Perspectives from South-Eastern Europe*, Oxford, 2024, p. 37 ss.

[61] UN General Assemby, Resolution 76/300. *The human rights to a clean, healthy and sustainable environment*, UN Doc.A/RES/76/300. La risoluzione, priva di efficacia giuridica vincolante, vuol essere il fondamento per lo sviluppo di una tutela effettiva dei diritti fondamentali delle generazioni future e delle persone maggiormente esposte ai cambiamenti climatici e al degrado ambientale.

[62] L'esistenza di suddetto dovere nel nostro ordinamento giuridico è riconosciuta da P. Ferretti, *La tutela dell'ambiente in Costituzione: tra dovere di solidarietà e prospettive di bilanciamento*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2023, p. 36, secondo cui dall'intersecazione tra il dovere di tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi ex art. 9 Cost., e il dovere di solidarietà sancito dall'art. 2 Cost., discende un dovere di solidarietà «in grado di impegnare gli individui anche verso soggetti non-umani, senza la necessità di instaurare un vero rapporto giuridico,

Il concetto di *solidarietà ecologica* riflette l'idea di interdipendenza vitale fra i viventi (umani e non umani) che popolano la biosfera, e, se sostituito al concetto di solidarismo di carattere essenzialmente produttivo ed economico accolto dal codice civile, ha la potenzialità di scardinare la nozione civilistica di diritto di proprietà, aprendo la strada a modelli di appartenenza 'generativi'[63].

In questa prospettiva, i domini collettivi quale «stato particolare delle proprietà la cui ragion d'essere trascende l'utilità diretta ed immediata delle persone che la detengono»[64] ed «espressione di una originale forma di solidarietà sociale nell'ambito di singole comunità territoriali»[65], possono offrire un'utile base di partenza per aprire la riflessione.

Torino, marzo 2025

---

configurandosi appunto obblighi di tutela nei confronti del patrimonio ambientale senza necessariamente dotare i beni ambientali stessi di una soggettività giuridica propria».

[63] Il riferimento è alla categorizzazione dei modelli proprietari elaborata da M. KELLY, *Owning Our Future, The Emerging Ownership Revolution*, San Francisco, 2012.

[64] R. LOUVAIN, *La funzione ambientale dei domini collettivi*, in *RQDA*, 2022, p. 216.

[65] A. JANNARELLI, *"Beni collettivi" e "beni comuni" nel pensiero di Grossi: brevi riflessioni*, cit., p. 58. Individuando nelle proprietà collettive delle «[r]ealtà antesignane della sostenibilità ecologica e dell'accessibilità solidaristica», F. SANGERMANO, *La proprietà tra le proprietà. Un affresco concettuale e assiologico*, cit., p. 38, rimarca che: «[n]ella proprietà collettiva la comunità in essa radicata appare e riveste il ruolo di un custode per una trasmissione, gestione e conservazione delle risorse in una maniera che supera il tempo e l'esistenza dei membri senza necessità di ricorrere a finzioni di inquadramento in chiave di soggetto personificato: le proprietà collettive si originano e sopravvivono nel concreto dell'esperienza giuridica nelle quali si sono incarnate le relative forme storiche e viventi».

Abstract

Il presente contributo intende offrire alcuni spunti di riflessione per ripensare il diritto di proprietà nell'attuale contesto storico, in cui la questione ambientale ha assunto una rilevanza politica e sociale centrale. Un'attenzione particolare è dedicata alla proprietà collettiva, quale forma di proprietà ispirata a un principio di solidarietà sociale, che consente di andare oltre la tutela delle mere utilità economiche e interessi individuali.

The objective of this contribution is to stimulate discussion about the potential for reform of property law within the context of the current historical situation, in which the environmental issue has assumed a prominent position in both political and social discourse. Particular attention is devoted to rural commons, as a system of ownership that is based on the principle of social solidarity. Such a system has the potential to extend beyond the protection of purely economic and individual interests.

Keywords

Diritto di proprietà – sostenibilità ambientale – proprietà collettive
Property – sustainability – environment – rural commons

FRANCESCOMARIA TEDESCO*

Lotte contadine per la terra e soggettività politiche subalterne**

SOMMARIO: 1. La domanda fondamentale della teoria politica. – 2. Western Marxism. – 3. La voce dei subalterni. – 4. I contadini delle lotte per la terra ('43-'53) potevano parlare? – 5. Usi civici e volontà politica.

1. Scriveva Alessandro Pizzorno che «Non so se altri possa dire lo stesso, ma per me gli interrogativi che si sono posti d'acchito quando ho incominciato a guardare criticamente alla politica sono stati sostanzialmente due: chi siano i soggetti della politica; e che posto abbia, o debba avere, la politica nella vita della persona»[1]. Facendo seguito a tale suggestione autobiografica, occorre iniziare con la pretesa che la teoria politica risponda a quella domanda preliminare, con la quale Pizzorno intendeva sollecitare l'interlocutore a porsi la questione dell'*agency*, della capacità politica di agire, ma – a voler essere fedeli alla riflessione del sociologo triestino – essa subito diventava più complessa, se solo si pensi all'indagine critica che Pizzorno ha dedicato alla teoria della scelta razionale. Infatti, chiedersi chi siano i soggetti della politica apre un'altra serie di domande: tali soggetti agiscono sempre 'a ragion veduta'? Sono gli individui che agiscono i migliori interpreti dei propri interessi? Come si concilia l'idea dell'*agency* con quella della rappresentanza? Senza contare che la domanda su chi siano i soggetti della politica implica che si definisca che cosa vuol dire fare politica.

Cercando di abbozzare una minima risposta – ché qui non si potrà fare altrimenti – alle numerose questioni sollevate, intanto partirei proprio dall'assunto pizzorniano che la democrazia non tende all'ottimo o all'equilibrio, e aggiungerei che più che valutare l'efficacia delle scelte, essa si fonda sull'idea che a ognuno vada garantita la medesima possibilità di esprimersi circa il proprio

---

* *Professore associato di Filosofia politica, Università degli Studi di Camerino.*

** Testo ampliato e con note della relazione svolta in occasione del Convegno Demania. Domini collettivi e usi civici (Camerino 21-22 maggio 2024) (Prin 2024 - Finanziato dall'Unione europea-Next Generation EU, Missione 4 Componente 1 CUP J53D23005940006)).

Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review

[1] A. PIZZORNO, *Le radici della politica assoluta e altri saggi*, Milano, 1993, p. 9.

destino[2]. Anche perché, ed è ancora Pizzorno a insegnarcelo, valutare le scelte sulla base dell'interesse (inteso come preferenza) ci mette di fronte al paradosso secondo il quale se pure ammettiamo di non saper stabilire se un individuo conosca meglio di altri il proprio, dobbiamo affermare che comunque nessuno può conoscerlo meglio di lui: infatti, se ogni azione che si compie è – in quanto tale – quella preferita, allora «è sempre, per definizione, nel suo interesse»[3].

Come si diceva, inoltre, le questioni sollevate implicano anche che si chiarisca cosa vuol dire fare politica. Una domanda così ponderosa richiederebbe ben altro sforzo. Qui si può solo accennare al fatto che essere soggetti della politica significa fare politica prendendo la parola, ovvero chiedendo a qualcuno di prenderla al proprio posto[4]. Quest'ultima questione, che è poi quella classica della rappresentanza e che noi potremmo formulare – ancora una domanda e ancora la metafora della voce, della parola, del parlare – come "chi parla per chi?", è non solo politica, bensì anche (e forse prima) epistemica, ovvero riguarda le condizioni di possibilità della presa di parola stessa, in proprio o per delega. Ci torneremo più oltre. Intanto merita forse menzionare che in un testo classico sulla rappresentanza come quello di Hanna Pitkin, pubblicato originariamente nel 1967 e tradotto nel decennio scorso in italiano, l'autrice distingue quattro sensi di 'rappresentanza', organizzandoli sotto due alla volta sotto due macroaree. La prima viene definita dall'autrice «Acting for» e si divide in due: l'agire su espresso mandato di qualcuno e l'agire rappresentando gli interessi di altri (meglio dei diretti interessati, che non sono in grado di conoscerli). La seconda è definita «Standing for», e viene divisa dall'autrice tra il rappresentare descrittivamente (come nel caso di una fotografia) e il rappresentare simbolicamente, l'incarnare (da parte di un capo). Qui si farà riferimento al diritto ad avere diritti, ovvero – come detto – alla presa di parola. L'espressione, come è noto, è stata coniata da Hannah Arendt all'indomani della Seconda guerra mondiale e della tragedia degli apolidi, quando (nel 1950) diede

[2] E si vede qui già una differenza rispetto all'impostazione del problema di Pizzorno, il quale invece afferma che solo la democrazia consente la realizzazione di un dato valore, che «non è quello della libertà di scelta di politiche (che abbiamo dimostrato illusorio), ma quello della libertà di identificazioni collettive»: A. PIZZORNO, *Le radici*, cit., p. 183.

[3] A. PIZZORNO, *Le radici*, cit., p. 170.

[4] Su questo tema si veda V. PAZÉ, *I non rappresentati. Esclusi, arrabbiati, disillusi*, Torino, 2024.

alle stampe il suo *Le origini del totalitarismo*[5]. Tale tema classico è stato ampiamente discusso e interpretato, anche in ragione del fatto che la formula arendtiana è sì suggestiva, ma altresì enigmatica. Si prenda la lettura che ne ha dato Etienne Balibar, il quale ha chiarito che il diritto ad avere diritti è il diritto alla politica che ciascuno ha per suo conto, il che significa «che nessuno può essere liberato o emancipato da altri, 'dall'alto', anche se questo 'dall'alto' fosse il Diritto in persona, o lo Stato democratico»[6]. Dunque prendere parola, non nel senso ovviamente del 'diritto di parola' ma di quello di agire, laddove la parola e la voce sono metafore per l'*agency*. Nel presente contributo, questo tema verrà declinato in relazione alle lotte contadine per la terra nel Meridione d'Italia: una voce, è la tesi qui esposta, obliterata e ventriloquata.

2. Abbiamo affermato poco sopra che la questione della voce è epistemica forse prima che politica: essa riguarda le condizioni di possibilità della presa di parola. Se la politica significa 'parlare' (e dunque agire, benché qui si rifugga da un certo testualismo letteralista postmoderno secondo il quale agire e parlare sono la stessa cosa), ovvero agire per proprio conto (oppure scegliere liberamente di farsi rappresentare), allora occorre chiedersi se il soggetto subalterno possa farlo. È il programma scientifico della scuola storiografica indiana dei Subaltern Studies: il tentativo di far emergere, attraverso una specifica metodologia che include perlopiù il lavoro d'archivio, la voce dei soggetti considerati senza voce. Si tratta di un programma che prende le mosse dalla riflessione gramsciana, e che intende riprendere il tentativo di ricostruzione di una storia 'dal basso' già tentata, tra gli altri, da Edward Thompson con la *History from below*. Una sensibilità non aliena a una certa cultura marxista, che anzi intravedeva i limiti di quello che con definizione problematica (ma anche parzialmente divergente rispetto a ciò che si sta qui analizzando) veniva definito *Western Marxism*, se – come ha scritto Louis Althusser – «A poco a poco mi feci anche un'idea di un fatto *che non sospettavo*, dell'esistenza di un'autentica cultura popolare, in ogni caso contadina, che *non ha niente a che vedere con il folclore*, che non si vede molto, ma è determinante per capire il comportamento e le reazioni dei contadini, in particolare quelle azioni di *jacquerie*, ereditate dal Medioevo, che *sconcertavano*

[5] H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, Milano, 1996.
[6] BALIBAR cit. in E. GREBLO, *Cosmopolitismo e diritti umani*, Milano-Udine, 2022, p. 132.

perfino il Partito comunista. Ricordavo le parole di Marx ne *Il 18 brumaio*: Napoleone è stato eletto a grande maggioranza dai contadini francesi, *che non sono una classe sociale ma un sacco di patate*»[7].

È in questa ottica che Dipesh Chakrabarty, nell'analizzare le possibilità di individuare un soggetto rivoluzionario, ha sottolineato le difficoltà che nei paesi non industrializzati il proletariato potesse essere sostituito da un altro soggetto: «poteva la rivoluzione, come diceva Trotsky, essere un atto di sostituzionismo?»[8]. L'indicazione, da parte di autori come Mao, Gramsci, Fanon, Lenin/Lukács, di soggetti rivoluzionari 'alternativi' rispetto al proletariato, etnocentricamente 'tarato' sull'Occidente, segna secondo Chakrabarty un'ambivalenza sintomatica. Lo slittamento semantico infatti denuncia le difficoltà del *Western Marxism* di pensare un soggetto rivoluzionario che non sia collocato entro un orizzonte occidentale. Scrive ancora Chakrabarty che «Fuori dell'Occidente industrializzato, il soggetto rivoluzionario è sempre stato, anche teoricamente, *indefinito*. La storia di questa imprecisione è il riconoscimento che se vogliamo comprendere la natura delle pratiche politiche popolari globalmente con termini o soggetti inventati in Europa, potremo ricorrere solamente a una serie di sostituti»[9].

3. Quello che gli storici indiani rimproveravano a Thompson e in generale ai progetti europei di dignificazione delle lotte politiche dal basso era di inserire tali storie in una sorta di concezione progressiva che aveva comunque come obiettivo di condurre il subalterno all'identificazione con il soggetto rivoluzionario *par excellence*, il proletario: non vi può essere, era l'assunto, soggettività politica dal basso se non entro la logica del *Western Marxism*, ovvero di un attore politico che fosse classe in sé e per sé, ovvero che ne avesse piena coscienza.

Secondo Chakrabarty «Il lavoro di Thompson sulla storia popolare inglese dipendeva da una domanda: che contributo hanno dato gli ordini inferiori della

[7] L. ALTHUSSER, *L'avvenire dura a lungo seguito da I fatti*, Parma, 1992, p. 331 (corsivi miei).

[8] D. CHAKRABARTY, *La storia subalterna come pensiero politico*, in *Studi culturali*, 2, 2004, p. 242.

[9] D. CHAKRABARTY, *La storia*, cit., p. 243.

società nel fare la storia della democrazia inglese? Gli storici dei *Subaltern Studies* sono partiti col porsi una domanda simile [...] Ma le analogie finiscono qui. Le narrative marxiste inglesi delle storie popolari erano modulate su un tempo storico 'progressivo': il contadino, in questa storia, o si estingueva o veniva soppiantato per dare origine all'operaio»[10]. Il contadino indiano delle lotte per la terra veniva considerato (e anche qui pesava l'ipoteca gramsciana, dal momento che Gramsci aveva descritto i contadini meridionali come bisognosi di essere guidati dal proletariato industriale del nord d'Italia, l'unico ad avere coscienza politica e dunque orientamento, teleologia) incapace di politica, governato semmai dalla disperazione, dalla fame; le sue azioni venivano descritte in termini analogici con eventi naturali: lo scoppio del temporale, lo squasso del terremoto.

Ciò che i Subaltern studies hanno cercato di fare è di scrostare questa concezione etnocentrica: se l'attore delle lotte non 'assomiglia' al proletario non vuol dire che egli sia incapace di scelta politica, di orientamento, di azione destinata a uno scopo. In altri termini, non è detto che solo il proletario sia l'attore della rivoluzione in quanto solo il proletario sa cosa vuole, essendo riservata al contadino semmai l'esperienza di quella sospensione del tempo storico che va sotto il nome di rivolta. Occorre a questo punto un chiarimento terminologico: 'rivolta' è un movimento insurrezionale diverso dalla rivoluzione perché, come scrive Furio Jesi, «ciò che maggiormente distingue la rivolta dalla rivoluzione è [...] una diversa esperienza del tempo. Se, in base al significato corrente delle due parole, la rivolta è un improvviso scoppio insurrezionale, che può venire inserito entro un disegno strategico, ma che di per sé non implica una strategia a lunga distanza, e la rivoluzione è invece un complesso strategico di movimenti insurrezionali coordinati e orientati a scadenza relativamente lunga verso gli obiettivi finali, si potrebbe dire che la rivolta sospenda il tempo storico e instauri repentinamente un tempo in cui tutto ciò che si compie vale di per se stesso, indipendentemente dalle sue conseguenze e dai suoi rapporti con il complesso di transitorietà o di perennità di cui consiste la storia. La rivoluzione sarebbe invece interamente e deliberatamente calata nel tempo storico»[11].

---

[10] D. CHAKRABARTY, *La storia*, cit., p. 238. Si veda anche D. CHAKRABARTY, *Subaltern Studies and Postcolonial Historiography*, in G. DELANTY, E.F. ISIN (edd.), *Handbook of Historical Sociology*, London-Thousand Oaks-New Delhi, 2003, p. 191-204.

[11] F. JESI, *Spartakus. Simbologia della rivolta*, Torino, 2012, p. 19.

Dunque, se Jesi ha ragione, l'uso del termine 'rivolta' non è 'innocente'. Infatti nella rivolta «solo una ristretta minoranza è cosciente dell'intero disegno strategico»[12]. Eppure quel disegno esiste e «L'istante della rivolta determina la fulminea autorealizzazione e oggettivazione di sé quale parte di una collettività»[13]. Da quanto riportato si intende che la rivolta viene considerata a-teleologica, ed è ciò che era accaduto per le lotte contadine in India, da cui il progetto degli studiosi della subalternità di farne emergere una 'voce' che ne testimoniasse la progettualità politica. Dunque il subalterno può parlare? Egli ha una coscienza politica autonoma? Il fondatore della scuola dei Subaltern studies Ranajit Guha ha scritto che la storiografia, anche quella marxista e progressista, «*esclude il ribelle in quanto soggetto consapevole della propria storia*. [...] Il ribelle non può che essere rimpiazzato dall'astrazione chiamata Operai-e-Contadini, *un ideale anziché la personalità storica degli insorti*»[14].

Il progetto degli studiosi indiani tuttavia ha ricevuto una critica piuttosto incisiva 'dall'interno', se si considera che la sua autrice, Gayatri Chakravorty Spivak (il cui ruolo rispetto alla scuola si può considerare liminare), ha icasticamente intitolato il suo contributo forse più conosciuto e discusso *Can the Subaltern Speak?*, dando a questo interrogativo retorico una risposta sconcertante: no. Ma chi è il subalterno, per Guha ma anche per Spivak? Come scrive quest'ultima, «La parola fu usata da Gramsci sotto censura: egli chiamava il marxismo 'monismo', e fu costretto a chiamare il proletario 'subalterno'. Questa parola, usata in una condizione di coercizione, è stata trasformata nella descrizione di tutto ciò che non ricade sotto una stretta analisi di classe. Mi piace, perché non ha rigore teorico»[15]. Per Spivak il subalterno non è *tout court* l'oppresso, ma colui che non accede alla mobilità sociale in ascesa. Il subalterno è colui che difetta di organizzazione e rappresentazione/rappresentanza, l'escluso «dalla produzione e dalla padronanza dei codici egemonici»[16].

---

[12] F. JESI, *Spartakus*, cit., pp. 23-24.

[13] F. JESI, *Spartakus*, cit., p. 24. Suggerisco la lettura dell'intero testo anche per una critica del rapporto tra partito, crisi del partito e rivolta.

[14] R. GUHA, *La prosa della contro-insurrezione*, in R. GUHA, G.C. SPIVAK (a cura di), *Subaltern Studies. Modernità e (post)colonialismo*, Verona, 2002, p. 87 (il primo corsivo è mio).

[15] G. C. SPIVAK, *Interview*, in ID., *The Post-Colonial Critic: Interviews, Strategies, Dialogues*, New York, 1990, p. 141.

[16] C. BARTOLI, *La teoria della subalternità e il caso dei* dalit *in India*, Soveria Mannelli, 2008, p. 40.

Per Spivak il subalterno non può parlare perché egli è iscritto in una violenza che l'autrice bengalese definisce, sulla scorta di Michel Foucault, 'epistemica' e che si configura come una sorta di violenza 'dolce', subliminale, non direttamente fisica, che fornisce al subalterno delle lenti per guardare il mondo che egli condivide con le classi dominanti. L'esempio che forse più chiarisce la condizione di soggetto a una violenza di tale genere è lo schiavo convinto di meritare la propria condizione di schiavitù poiché egli interpreta il mondo alla luce della medesima *episteme* che dominanti e subalterni condividono. Occorre aggiungere che se tale è la condizione del subalterno, la subalterna è avvolta in una nebbia ancora più fitta, dal momento che i codici semantici del dominio a cui è sottoposta non sono solo quelli del dominio coloniale (maschile), ma anche quelli del dominio maschile nel contesto dei soggetti colonizzati.

Naturalmente, tale concezione spivakiana della violenza è un utile strumento di comprensione dell'accettazione del dominio da parte dei soggetti dominati, e spiega perché esiste una dimensione epistemica e simbolica che rende perfino superflua, talvolta, la violenza fisica, dal momento che quella conta su forme di adesione 'spontanea' che questa non potrebbe garantire. La loro voce è ventriloquata, essi parlano con voce d'altri. Tuttavia, se la chiave di Spivak spiega molto, non spiega tutto. Non spiega, ad esempio, la ribellione e le forme di distruzione del dominio. Né spiega – se non seguendo un paradigma che per quanto non voglia esserlo risulta comunque paternalistico – come si faccia a liberarsi. Se il soggetto è infatti vittima di una visione del mondo che non articola e formula ma che qualcuno ha articolato e formulato per lui, allora come può cambiare le proprie lenti, se non attendendo che qualcuno intervenga per lui? Robert J.C. Young ha scritto che non sono i subalterni a non poter parlare: «In realtà non è mai stato vero che i subalterni non potessero parlare: erano i dominanti che non li hanno mai ascoltati»[17].

4. La storia delle lotte contadine per la terra nel Meridione italiano, convenzionalmente collocata dal punto di vista cronologico tra il 1943 e il 1953, rappresenta un importante caso di studio della questione subalterna: la 'voce' dei

[17] R.J.C. YOUNG, *Mitologie bianche*, Meltemi, 2007, p. 25.

contadini, ovvero il tema della loro coscienza politica, di come essa sia stata misconosciuta, può essere letta proprio utilizzando la chiave interpretativa dei Subaltern studies, e il loro progetto storiografico può essere adottato – *mutatis mutandis* – a cercare di comprendere per esempio come i partiti della sinistra italiana abbiano interpretato quegli eventi e come li abbiano collocati entro il contesto delle lotte politiche dell'epoca. Su tutto, ha pesato anche quella particolare formulazione del 'marxismo occidentale' (e la sua tesi sulla centralità della classe operaia) che si deve ad Antonio Gramsci e che il pensatore sardo sviluppò nella sua riflessione sulla *quistione meridionale*. Già nel 1920, dunque ben lungi dagli eventi a cavallo tra la prima e la seconda metà del Novecento (la qual cosa non è un dettaglio cronologico, ché il movimento contadino del primo dopoguerra non è quello del secondo, e gli orientamenti politici dei due sono opposti), Gramsci aveva scritto che «tra gli oppressi della proprietà privata, solo il proletariato ha una dottrina politica, il marxismo, ha una cultura, ha una psicologia unitaria, ha una disciplina, perché solo la classe operaia può, dal mondo del lavoro, dalla fabbrica, organizzare una società nuova capace di vita e di sviluppo»[18].

Qui si può solo accennare a quella vasta costellazione culturale e politica che fu la sinistra italiana, e come essa trattò quegli eventi che nel decennio indicato si caratterizzarono come rivendicazioni dei contadini per chiedere non tanto e non solo l'assegnazione delle terre incolte, ma soprattutto la restituzione degli antichi usi civici. Questo aspetto è centrale proprio ai fini di una ricostruzione della soggettività politica di quei contadini, dal momento che la prima richiesta (le terre incolte) è stata usata soprattutto per collocare le lotte nell'alveo 'naturalistico' e spontaneistico legato alla fame, alla disperazione, che già era emerso con riferimento alle lotte indiane. La richiesta di assegnazione delle terre incolte consentiva perfino di affermare che quei moti fossero, più che frutto di una specifica organizzazione e di una precisa volontà, il risultato di un atteggiamento 'millenaristico'. L'altra, la richiesta di riassegnazione degli antichi usi civici, mostra invece una specifica volontà politica, una coscienza forte delle proprie prerogative giuridico-politiche. Se l'usurpazione delle terre di uso comune aveva dato avvio all'uscita dalle forme economiche 'precapitalistiche'

[18] A. GRAMSCI, *Operai e contadini*, in *L'Avanti*, edizione piemontese, 44, 1920, ora in ID., *La questione meridionale*, Roma, 1966, p. 78.

contribuendo alla formazione della borghesia meridionale, le classi dirigenti non avevano saputo lenire quel trauma per i contadini, la cui portata «è testimoniata dalla incapacità della classe dominante di cancellarne la memoria, che sopravvisse ad almeno quattro generazioni di contadini, tramandando di padre in figlio non solo il ricordo della violenza subita, ma la conoscenza dei *confini esatti delle terre usurpate*»[19].

Nella sua indagine sul funzionamento dell'archivio coloniale, Guha distingue fra tre tipi di 'discorso': primario, secondario, terziario. Qui per 'discorso' intendiamo, semplificando, la ricostruzione storiografiche delle narrazioni storiche sulle vicende oggetto di indagine. Ogni discorso, per Guha, «si differenzia dagli altri due per il grado di identificazione formale e/o consapevole (intesa come opposta all'identificazione reale e/o tacita) con il punto di vista ufficiale»[20]. Così il discorso primario è di carattere ufficiale, non solo nel senso che è il prodotto di burocrati, ufficiali, governanti, ma anche di coloro che hanno rapporti simbiotici con il sistema di governo. Il discorso primario può emergere persino quando dà conto di testimonianze che provengono 'dall'altra parte', ovvero dai ribelli. Tale discorso inoltre è immediato. Il discorso primario si distingue dal secondario perché il primo è una sorta di storiografia 'allo stato grezzo', mentre il secondo è un 'prodotto lavorato'[21] sia pure in modo grossolano. Anche cronologicamente i due discorsi sono separati, poiché il primo è immediato, come s'è detto, mentre il secondo è una sorta di elaborazione successiva che filtra attraverso altre opere, alle quali, nonostante si tratti di documenti 'di parte' (ovvero prodotti dalle élite), viene conferita un'aura di verità e obiettività, anche perché esse erano prodotte non da funzionari, ufficiali o burocrati direttamente impegnati 'sul campo'. Il discorso terziario è il frutto «nella maggior parte dei casi, del lavoro di scrittori non appartenenti all'establishment coloniale o di funzionari da tempo fuori servizio e, quindi, non più sottoposti a obblighi professionali o costretti a rappresentare il punto di vista del governo. Qualora accada che in tali produzioni letterarie

[19] G. MOTTURA, U. URSETTA, *Il diritto alla terra. Partito di massa e lotte agrarie. Calabria 1943-1950*, Milano, 1981, p. 72 (corsivo mio). Il libro citato, pur segnalando una certa inadeguatezza nel cogliere, da parte dei dirigenti di partito, l'importanza dell'apporto contadino, non esita a bollare le rivolte 'spontanee' come 'bordighiste', 'avventuriste', 'operaiste', 'settariste'.

[20] R. GUHA, *La prosa*, cit., p. 46.

[21] Cfr. R. GUHA, *La prosa*, cit., p. 50.

venga riportato il punto di vista ufficiale, ciò si deve soltanto a una libera scelta in questo senso dell'autore»[22].

Ora, in Italia la sinistra istituzionale (ovvero fondamentalmente il PCI e il PSI) in quegli anni produssero un discorso molto in linea con la concezione occidentale e canonica del marxismo: essa obliterò la voce dei subalterni, poiché essi – per citare Althusser – erano un sacco di patate. Il trattamento riservato ai contadini fu perlopiù di sufficienza quando non di aperti stigmatizzazione e disprezzo. 'Millenarismo', 'bordighismo', 'avventurismo', 'velleitarismo': queste erano le accuse, determinate non solo da una mancata comprensione delle ragioni politiche e teoriche della protesta, ma anche dalla strategia del PCI sulla riforma agraria allora in discussione (poi fallita) e che ebbe tra i propri protagonisti la figura del ministro Fausto Gullo[23]. Come ha scritto Paul Ginsborg, «compagni della provincia, dopo aver affrontato decine e decine di chilometri, giunti in federazione [del Partito Comunista] sono stati accolti come avviene per quel povero contadino che si presenta in un ufficio della città e là, dietro il tavolo, trova l'impiegato che, ritenendosi superiore, non ha parole da sprecare per il povero ignorante che nulla capisce di una legge o di altro»[24].

Potremmo citare numerosi esempi di questo atteggiamento. Ne saranno menzionati alcuni, per poi far riferimento ad alcune significative eccezioni. Il testo più celebre dell'operaismo sulla questione meridionale, il libro di Ferrari Bravo e Serafini *Stato e sottosviluppo*, non riserva che pochi cenni alle lotte meridionali per la terra nel secondo dopoguerra, concentrandosi perlopiù sul ruolo della 'moderazione togliattiana', che riuscì a contenere la grande insubordinazione meridionale nel limite «oltre il quale si ha l'insurrezione e l'attacco diretto allo stato [...] con ciò stesso impedendo alla radice la possibilità di collegamento con le lotte operaie»[25], riconoscendo maggiore radicalità al socialismo morandiano (senza tuttavia citare Raniero Panzieri, ma ci torneremo). Anche Emilio Sereni, che pure accennerà ai residui feudali nella distribuzione della proprietà terriera, affronterà la questione delle lotte contadine, e con lui

[22] R. GUHA, *La prosa*, cit., p. 79.

[23] Su cui rimando alla biografia politica G. PIERINO, *Fausto Gullo. Un comunista nella storia d'Italia*, Soveria Mannelli, 2021.

[24] P. GINSBORG, *Storia d'Italia dal dopoguerra a oggi*, Torino, 1989, p. 164.

[25] L. FERRARI BRAVO, A. SERAFINI, *Stato e sottosviluppo. Il caso del meridione italiano*, Verona, 2007, p. 117.

praticamente tutta la dirigenza comunista e progressista dell'epoca, parlando delle 'terre incolte', deviando il discorso dalla questione – come ha scritto Umberto Terracini nella prefazione al libro di Paolo Cinanni – della «natura d'uso civico, o 'qualità demaniale', ossia la ragione proprietaria *'comunitaria', che ancora oggi la legge tutela, considerandola inalienabile, imprescrittibile,* e *inespropriabile*»[26].

Due sono state le figure della sinistra intellettuale e politiche che, tra le altre, più di tutte hanno colto i problemi relativi a una certa lettura delle lotte contadine al Sud: la prima è proprio Cinanni, funzionario comunista, l'altra è Raniero Panzieri, intellettuale socialista, animatore poi dei *Quaderni rossi* e padre dell'operaismo. Di Cinanni è uno dei rari testi che hanno in qualche misura denunciato le mancanze della storiografia italiana sulle lotte contadine, colmando un vuoto almeno dal punto di vista dell'analisi delle rivendicazioni dei contadini meridionali: il citato *Lotte per la terra e comunisti in Calabria (1943-1953). "Terre pubbliche" e Mezzogiorno*. Cinanni aveva intuito che le lotte contadine furono quei moti di rivolta contro l'assetto latifondistico della proprietà fondiaria meridionale che, nonostante l'apparente «eversione della feudalità durante il periodo francese»[27], era rimasta pressoché intatta, avendo solo apparentemente trasformato il dominio del potere ecclesiastico e delle baronie in liberazione della terra, che in verità si era solo trasferita a una borghesia nascente e affatto incline a investire nello sviluppo agricolo, prediligendo – in continuità coi vecchi padroni, di cui costoro erano stati gli amministratori – la rendita. Ma la classe dirigente del partito a livello centrale aveva ritenuto di non avallare quella lettura. *L'Unità*, il 25 settembre del 1946, pubblicava un editoriale dal titolo *Concedere la terra*, nel quale si affermava che le richieste non intaccavano 'l'esistente ordinamento giuridico' e non mettevano in questione la proprietà. Chiosa Cinanni che «se ci si fosse ricordati della 'qualità demaniale' della gran parte delle terre che venivano occupate dai contadini, occorreva reclamare soltanto *l'osservanza dell'esistente ordinamento giuridico*»[28]. Questa memoria delle terre collettive e degli usi civici è stato un fenomeno

[26] U. TERRACINI, *Prefazione*, in P. CINANNI, *Lotte per la terra e comunisti in Calabria (1943-1953)."Terre pubbliche" e Mezzogiorno*, Milano, 1977, p. 16.

[27] F. BARBAGALLO, *La modernità squilibrata del Mezzogiorno d'Italia*, Torino, 2002, p. 3.

[28] P. CINANNI, *Lotte per la terra*, cit., p. 53, nt. 39.

meridionale legato a quelle vicende specifiche e di cui non si ha riscontro, in quelle forme, nel resto della penisola.

5. I comunisti, e in generale i progressisti, vedevano le antiche rivendicazioni come primitive e disorganizzate, e segnalavano un'assenza di consapevolezza politica che aveva bisogno di fare un 'salto di qualità' rispetto al «vecchio, generico motivo di agitazione»[29] che conduceva a una lotta, quella contro le usurpazioni, che costituiva un «metodo sbagliato e sterile»[30]. Invece il testo di Cinanni si segnala per l'originalità (auto)critica delle proprie posizioni, laddove colloca quelle proteste in un percorso storico che ha a che fare con l'assetto comunitario della proprietà (si ricordi che il dominio borbonico di Murat aveva promulgato una legge – 2 agosto 1806 – con la quale si intendeva ridare ai contadini la terra usurpata dai baroni o dai borghesi[31]).

Del resto, si è detto in precedenza che la fondatezza giuridica delle lotte, il loro essere basate su rivendicazioni attinenti agli antichi usi civici, e non a scoppi di fame o transeunti e irrazionali malesseri, si evinceva dal fatto che le rivolte interessavano perlopiù antichi fondi gravati da quei diritti secolari: sempre gli stessi. Anche a Melissa, teatro nel 1949 del più grave atto di repressione violenta delle lotte da parte di uno Stato che guardava con grande preoccupazione alle agitazioni, i contadini rivendicavano antichi usi sui fondi: il fondo Fragalà, sui cui campi la Celere falciò i contadini e morirono in tre (Giovanni Zito, 15 anni, Francesco Nigro, 29, Angelina Mauro, che spirerà a seguito delle ferite riportate), era ritenuto di proprietà comune, e il Commissario ripartitore lo aveva assegnato al Comune nel 1811, subito dopo l'eversione bonapartista del feudo. I contadini sapevano che i beni demaniali erano inalienabili e

[29] R. VILLARI, *La crisi del blocco agrario*, in V. CASTRONOVO (a cura di), *L'Italia contemporanea. 1945-1975*, Torino, 1976, p. 135. Scrisse Cinanni a proposito di questa tesi di Villari, già presentata a Bari nel 1975 al convegno *Togliatti e il Mezzogiorno*, che essa falsava i fatti e la realtà viva del paese facendo la storia in biblioteca: cfr. P. CINANNI, *Lotte per la terra*, cit., p. 92.

[30] M.G. CHIODO, *Lotte per la terra e movimento cooperativo in provincia di Cosenza (1943-1948)*, Napoli, 1981, p. 81.

[31] Cfr. A. PAPARAZZO, *Attualità di un'interpretazione*, in P. CINANNI, *Abitavamo vicino alla stazione*, Soveria Mannelli, 2005, p. 29.

inespropriabili[32], per cui i baroni non avevano alcun diritto né ad acquistare quei beni, come pure avevano fatto, né a ricevere l'indennizzo per il successivo esproprio[33]. I loro titoli erano inesistenti, e lo stanziamento di 20 miliardi di lire per il risarcimento dei 'proprietari', con la contestuale previsione che i contadini dovessero pagare per la terra, furono percepite come atroci beffe rispetto agli antichi diritti sui terreni demaniali[34].

Del resto la cultura giuridica meridionale era assai ricca di letteratura sul tema dei demani e delle proprietà collettive, come dimostra Paolo Grossi, che attribuisce al Regno di Napoli una tradizione plurisecolare e prestigiosa mentre «nelle altre regioni della Penisola [...] si trattava sempre e comunque di un fascio di contributi occasionali sparsamente disseminati e privi di reciproco rapporto che non fosse quello meramente estrinseco di studiare le reliquie d'uno stesso assetto primitivo»[35]. Continua ancora Grossi: «Un collettivismo fondiario preesistente allo Stato, sacrificato e ridotto dallo strapotere baronale e dalla connivenza della Monarchia a un minimo diritto d'uso a contenuto limitato»[36], era questo il lascito della tradizione della scienza giuridica napoletana. Naturalmente non si hanno prove del contatto tra questa tradizione e le rivendicazioni dirette delle popolazioni. Eppure, come ricordava il filosofo del diritto Luigi Rava, che fu ministro dell'agricoltura del Regno d'Italia e che nel 1905 in questa veste produsse una *Relazione sull'andamento dei dominii collettivi*

---

[32] Oggi si vedano "art. 4, t.u. espropriazioni (d.P.R. n. 327/2001), comma 1 e 2 relativamente ai beni appartenenti al demanio pubblico e al patrimonio indisponibile, e comma 1-*bis*, aggiunto dall'art. 74, 1° comma, l. 28.12.2015 n. 221, relativo ai beni 'gravati da uso civico', norme che prevedono in ogni caso un loro previo atto di sdemanializzazione o di mutamento di destinazione o di valutazione".

[33] Perfino Rossi Doria, un moderato, avallò la tesi dell'esproprio di beni baronali, ignorando la loro qualità demaniale, nel caso del demanio Tassito di San Giovanni in Fiore. La vendita che era stata fatta e l'esproprio che ne erano seguiti furono dichiarati nulli e il terreno fu restituito al Comune. Secondo Cinanni vi erano migliaia di casi analoghi; egli cita gli studi dell'Istituto Nazionale di Economia per affermare che oltre tre milioni di ettari, un decimo del territorio dello Stato, erano interessati alla questione degli usi civici; e aggiunge che vi era un'altrettale estensione sulle quale erano ancora diritti reali da accertare: cfr. P. CINANNI, *Lotte per la terra*, cit., p. 95.

[34] «Oggi sappiamo, dal rapporto del presidente Blasco del Tribunale di Catanzaro, che nelle loro prime domande i contadini non avevano accennato neppure alle terre incolte, ma avevano chiesto chiaramente le terre loro usurpate» (P. CINANNI, *Lotte per la terra*, cit., p. 109).

[35] P. GROSSI, *'Un altro modo di possedere'. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977, p. 231-232.

[36] P. GROSSI, *'Un altro modo di possedere'*, cit., p. 232.

creati dalla legge 4 agosto 1894[37] presentata nella tornata del 4 aprile di quell'anno. In un discorso alla Commissione (presieduta da Tittoni) il 16 novembre 1905, il ministro Rava sostenne che «Il Ministero non ha mancato, anche recentemente, di far notare alle Amministrazioni specialmente incaricate di vigilare alla tutela dell'ordine, la singolare condizione di cose sia per gli utenti abusivi, sia per i veri utenti delle servitù civiche, i quali allorché si recano sui terreni contesi col proposito di dissodare e di coltivare, non possono né debbono essere considerati alla stessa stregua dei disoccupati che entrano nelle terre per lavorare, essendo possibile che sotto l'apparenza di atti arbitrari e violenti vi sia il bisogno di esercitare un legittimo diritto»[38].

Certo la vicenda della sistemazione legislativa degli usi civici non era univoca, tutt'altro. Come ricorda Vincenzo Cerulli Irelli, «Dominante fu, certo, l'intento di rafforzare la proprietà agraria borghese e lo sfruttamento capitalistico della terra; ma non fu assente, anche, in alcune delle politiche che si susseguirono (fin da quella originaria dei sovrani napoleonidi di Napoli) l'intento di dare la terra ai contadini, con la creazione di piccole proprietà contadine, intento poi nella pratica applicazione fu ritenuto fallito»[39].

Sia come sia, la vicenda delle occupazioni contadine delle terre, in particolare gli eventi calabresi, dimostrano che i protagonisti di quelle lotte erano in agitazione per la rivendicazione di antichi diritti che si contrapponevano, e con piena coscienza, all'assetto capitalistico e borghese della proprietà. Non si trattava di una contestazione 'politicizzata' dove la critica dell'assetto borghese aveva ascendenze marxiane *tout court*. Si trattava di una contestazione politica che si batteva contro l'assetto della modernità giuridica e politica che era caratterizzato perlopiù dall'individualismo proprietario. Guido Cervati mise bene in luce la coscienza politica e giuridica di quelle lotte, la consapevolezza delle masse subalterne di esercitare un diritto[40].

---

[37] L. RAVA, *Relazione sull'andamento dei dominii collettivi creati dalla legge 4 agosto 1894*, Roma, 1906.

[38] L. RAVA, *Relazione*, cit., p. 11. Sul ruolo della scienza giuridica tra la legge abolitiva del 1888 e quella del 1894 cfr. P. GROSSI, *'Un altro modo di possedere'*, cit., p. 315-374.

[39] V. CERULLI IRELLI, *Apprendere 'per laudo'. Saggio sulla proprietà collettiva*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 45, 2016, p. 307, nt. 13.

[40] «Il Cuoco parla di trentamila di queste cause pendenti alla fine del Settecento» (G. CERVATI, *Considerazioni storico-giuridiche*, in P. CINANNI, *Lotte per la terra*, cit., p. 229), prima della abolizione della feudalità, che divennero *jus receptum*. Cervati dimentica tuttavia il giudizio severo di Cuoco sia per un certo 'egualitarismo' contro i feudatari, sia per il ricorso ai tribunali. Le

D'altro canto, come accennato, fu Raniero Panzieri a scriverlo con grande chiarezza nelle riflessioni sul suo 'apprendistato' politico in Sicilia: «Molti compagni, confondendo due nozioni distinte, ritengono il movimento contadino, in modo particolare quello dell'occupazione delle terre, un movimento 'spontaneo'. Cioè puramente economico. Io penso che si debba tenere ben fermo questo punto. Il movimento contadino è, politicamente, quello che è, cioè un tentativo di rivoluzione democratica. Ma su questo piano non è affatto un movimento puramente spontaneo ed economico. Esso avviva forme e obiettivi politici e ideologici non meno che economici, ad esempio l'amministrazione dei comuni, una diversa giustizia amministrativa e fiscale, l'elevamento culturale, etc. [...] I nostri compagni commettono spesso gravi errori, perché molte volte non riconoscono la figura rivoluzionaria e politica del movimento. Essi utopisticamente vi cercano talora ciò che non può esserci, un contenuto schiettamente proletario e, non trovando questo, lo ritengono un movimento puramente spontaneo. E così facendo (non solo pensando!) lo avviliscono»[41].

In realtà qui non si tratta, in fondo, di prendere parte per l'assetto individualistico-borghese o, di contro, per le forme qui tratteggiate che come fiumi sotterranei corrono durante la modernità giuridica e di cui il caso meridionale tra la prima e la seconda metà del secolo scorso rappresenta un esempio; o ancora, di schierare gli antichi usi civici e/o il diritto consuetudinario contro lo Stato e, nel caso italiano, contro la sua forma post-unitaria. Come ben sapeva il Marx che discuteva del furto di legna e come ci ricorda Daniel Bensaïd, le consuetudini possono essere della nobiltà contro il diritto razionale, e della plebe contro il diritto positivo (dei padroni)[42]. Men che meno si tratta di vagheggiamenti romantici sulla immediatezza (come assenza di mediazione) e bontà dei subalterni o su polarizzazioni manichee tra subalterni e dominanti. Si tratta solo di fornire un contributo, teoretico e (*dunque*) storiografico al fine di

---

'assise della rinascita' che si svolsero nel Meridione in quel periodo meriterebbero un'indagine archivistica che riportasse alla luce i 'quaderni di rivendicazioni' che venivano stilati comune per comune dai diretti interessati e consegnati ai dirigenti politici.

[41] R. PANZIERI, *L'alternativa socialista: scritti scelti 1944-1956*, Torino, 1982, p. 133-134.

[42] Cfr. D. BENSAÏD, *Gli spossessati. Proprietà, diritto dei poveri e beni comuni*, Verona, 2009, p. 29 ss.

analizzare la forclusione della voce delle lotte contadine per la terra in Italia tra la prima e la seconda metà del Novecento.

Camerino, luglio 2024

Abstract

Il presente contributo si propone di analizzare la vicenda storica delle lotte contadine per la terra a cavallo tra la prima e la seconda metà del Novecento nel meridione d'Italia al fine di dimostrare che le rivendicazioni riguardavano, più che l'assegnazione di terre incolte, il ripristino degli antichi usi civici; e dunque che i contadini – lungi dall'essere un'informe massa irrazionale dominata dalla disperazione – possedevano una specifica volontà, una vera e propria coscienza politica.

This contribution aims to analyse the historical events of the peasant insurgency for the land between the first and second halves of the 20th century in southern Italy in order to demonstrate that the claims concerned, more than the assignment of uncultivated land, the restoration of ancient civic uses; and therefore that the peasants – far from being a shapeless irrational mass dominated by desperation – had a specific determination, a real political conscience.

Keywords

Meridione – Lotte contadine – Coscienza politica – usi civici
Southern Italy – Peasant Insurgency – Political Conscience – Civic Uses

RILEGGENDO

MARIA PAOLA MANTOVANI*

*L'interpretazione dei contratti: uno sguardo italo-peruviano***

SOMMARIO: 1. La riflessione del comparatista sull'interpretazione dell'atto giuridico nel prisma del codice civile peruviano. - 2. L'attività di interpretazione e qualificazione giuridica. - 3. L'interpretazione dei contratti nel codice civile italiano. - 4. Itinerari conclusivi.

1. Il civil-comparatista italiano, chiamato a svolgere una riflessione sul tema dell'interpretazione nel codice civile peruviano, di cui nel 2024 si sono celebrati i Quarant'anni, non può fare a meno di notare la diversità di scelta, a livello di inquadramento sistematico, oltre che definitorio, del codice civile peruviano che colloca nel Libro I - *Acto jurídico*, al titolo IV, *Interpretaçion del acto jurídico*, tre disposizioni, (gli artt. 168, 169 e 170), dedicate alla disciplina in tema d'interpretazione dell'atto giuridico. L'architettura codicistica testimonia un'opzione, in apparenza, diversa da quella del codice civile italiano, ove non è sviluppata una teoria generale dell'atto giuridico, in quanto il paradigma codicistico è rivolto al contratto. Occorre, tuttavia, osservare che il codice civile peruviano ha adattato all'atto giuridico molte delle regole che il codice civile italiano contempla per i contratti[1]. Nel codice civile peruviano la buona fede è un criterio fondamentale nell'interpretazione[2], ed assurge a regola ermeneutica principale per il contratto, consacrandola a criterio guida per l'interprete, anche a tenore di quanto previsto nel codice civile italiano (art. 1362 c.c.)[3]. Paradigmatico, in tal senso, l'art. 168 del codice civile peruviano che introduce il principio di buona fede. Non si può, tuttavia, approfondire il tema dell'interpretazione del contratto senza svolgere qualche considerazione sulla

* *Professoressa ordinaria di Diritto privato comparato presso l'Università degli Studi di Camerino.*

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del *single blind peer-review.*

[1] E. PALACIOS MARTÍNEZ, *Interpretación sistemática*, Art. 169, in *Código civil comentado*, t. I, Coordinadores Manuel Muro Rojo e Manuel Alberto Torres Carrasco, Lima, 2020, p. 657, osserva che «l'interprete giuridico non è libero, come l'interprete di un'opera d'arte, ma è costretto a utilizzare determinate regole o criteri interpretativi applicabili per trovare il significato di un fenomeno giuridico, cioè di quell'evento capace di produrre conseguenze giuridiche che assume preliminarmente la categoria di oggetto generico dell'interpretazione giuridica».

[2] M. ARIAS-SCHREIBER PEZET, *Luces y Sombras del Código civil*, t. I., Lima, 1991, p. 103.

[3] Il codigo civil peruviano, all'artículo 1362, dispone: «Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes».

teoria generale dell'interpretazione, a cui è sotteso il «problema epistemologico dell'intendere»[4]. L'interpretazione si sostanzia in un'attività volta ad accertare e ricostruire il significato da attribuire ad un enunciato o ad un comportamento, che parte da un oggetto, costituito da forme rappresentative (testo, documento) ed è condotta da un soggetto[5] che, inevitabilmente, ha una soggettività diversa da quella originaria, identificata nell'autore della dichiarazione o del documento. Il tema dell'interpretazione è fondamentale in qualunque esperienza giuridica, in quanto «non vi è vicenda sottoposta al vaglio del diritto che non passi per l'interpretazione, veicolata dalle regole che vi presiedono e da quelle dettate per l'accertamento dei fatti. Il giudicare muove dall'interpretazione e, mediante la qualificazione dei fatti, si risolve nell'individuare il trattamento giuridico»[6]. A tale stregua, assume rilievo fondamentale la teoria dell'interpretazione giuridica la quale deve essere in grado di proporre un'ermeneutica delle disposizioni normative nel rispetto della gerarchia delle fonti e dei valori, in un'accezione necessariamente sistematica ed assiologica[7].

2. L'interpretazione rientra nella missione istituzionale del giudice[8], e tale operazione, calata nella materia contrattuale, è tesa a ricostruire, *ex post*, la volontà delle parti[9]. La disciplina codicistica dell'interpretazione dei contratti

---

[4] E. BETTI, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1948, p. 56 s. (prolusione al corso di diritto civile pronunciata il 15 maggio 1948), rist. in *Riv. it. sc. giur.*, 2014, p. 11 s., Il Maestro camerte osserva come utilizzando «la nota distinzione fra azione ed evento, possiamo provvisoriamente caratterizzare l'interpretazione come l'azione il cui esito od evento utile è l'intendere».

[5] Per E. BETTI, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, cit., p. 18, «questi due termini del processo, soggetto e oggetto, sono gli stessi due termini che si rinvengono in ogni processo conoscitivo; ma qui essi appaiono caratterizzati da particolari qualifiche date dal fatto che non si tratta di un oggetto qualunque, ma, per l'appunto, di oggettivazioni dello spirito, e che qui il compito del soggetto consiste nel tornare a conoscere, nel riconoscere in quelle oggettivazioni, il pensiero animatore. [...] Si ha così una inversione del processo creativo nel processo interpretativo: una inversione per cui nell'*iter* ermeneutico l'interprete deve ripercorrere in senso retrospettivo l'*iter* genetico e operante in sé il ripensamento».

[6] E. DEL PRATO, *Interpretare*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, p. 329 s.

[7] P. PERLINGIERI, *La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 499 s.; M. PENNASILICO, *L'interpretazione dei contratti tra relativismo e assiologia*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 743.

[8] Ch. LARROUMET, e S. BROS, *Les obligations. Le contrat*, in *Traité de droit civil*, t. 3, 10 éd., Paris, 2021, p. 86 s., osservano che «l'obligation pour le juge de respecter la volonté contractuelle enferme nécessairement l'interprétation du contrat dans la recherche de cette volonté, à la seule condition que celle-ci ne s'impose point à l'évidence, car, si elle est claire, il n'y a pas lieu à l'interprétation».

[9] F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE e F. CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, Paris, 2019, p. 685, osservano che «le texte délivre un double message: interpréter une convention, c'est avant tout rechercher la volonté des parties, c'est -à-dire leur intention commune, laquelle ne peut se découvrir qu'en se replaçant dans les circostances où elles se trouvaient à l'époque où

può definirsi uno strumentario concettuale formato da una serie di canoni ermeneutici utili per indicare al giudice la direzione da seguire in caso di incertezza, oscurità o ambiguità del testo contrattuale. La questione delle correlazioni fra interpretazione e volontà è fondamentale, in quanto la volontà «forma oggetto dell'indagine non in quanto essa volontà sia sovrana, ma in quanto una norma sovrana ordina di adeguare gli effetti del negozio alla volontà»[10]. L'interpretazione fissa il contenuto volitivo e ricostruisce il significato di dichiarazioni e comportamenti, avendo anche riguardo ai fatti antecedenti e conseguenti che vi si collegano. La base interpretativa si fonda non già su una volontà interna rimasta inespressa, bensì sulla dichiarazione o sul comportamento «inquadrati nella cornice di circostanze che conferisce loro significato e valore»[11]. L'interpretazione si articola in due momenti, in quanto si rivolge alla lettera del contratto e alle singole locuzioni in esso contenute, collegate mediante un confronto sistematico[12]. In termini sistematici, non si deve confondere l'interpretazione del contratto rispetto alla sua qualificazione giuridica, interpretare è determinare il senso e la portata delle obbligazioni assunte, mentre qualificare è collegare l'operazione ad una categoria giuridica, al fine di dedurre il regime normativo applicabile al caso. Va, comunque, affermata l'unitarietà concettuale fra interpretazione e qualificazione giuridica, in quanto le due fasi del ragionamento giuridico non sono né successive, né dissociabili nello sviluppo del pensiero dell'interprete. L'interpretazione del contratto si sostanzia in «un'operazione mentale con cui si fa rientrare un concreto contratto

---

elles ont contracté. Cette volonté est celle qu'ont réellement eue les parties au moment où elles ont contracté, plutôt que celle que suggère le formule littérale. En bref, l'esprit l'emporte sur la lettre».

[10] R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, Torino, 1975, pp. 749 s., spec. 754, pone in evidenza come: «L'intrinseca qualità della norma sull'interpretazione dei contratti riduce quest'ultima, in ogni caso, ad una norma che sceglie la fattispecie, o fissa il nesso fra la fattispecie prescelta e i suoi effetti. [...] Ma se il legislatore prescrive all'interprete regole ermeneutiche, queste prevalgono sui puri criteri tecnici che l'interprete seguirebbe spontaneamente per accertare il contenuto della volontà, e vengono a creare una "volontà ricostruita ex lege", che è medio logico inserito fra la fattispecie vera e propria, e gli effetti».

[11] E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1952, p. 332 s., secondo cui «in verità quel che conta non è tanto il tenore delle parole o la materialità del contegno, quanto la situazione oggettiva in cui quelle vengono pronunziate o sottoscritte, e questo viene tenuto: vale a dire, quel complesso di circostanze nel quale dichiarazione o comportamento s'inquadrano come nella loro naturale cornice e assumono, secondo le vedute della coscienza sociale, il loro tipico significato e rilievo».

[12] «Fra lettera e sistema non esiste rapporto di priorità, perché ciò che chiamiamo il sistema o l'insieme dell'atto è una qualità, un elemento della lettera stessa», R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, IV ed., Torino, 2016, p.1353 s.

in un tipo contrattuale, o in una sottocategoria di contratti»[13]. Si pensi all'attività interpretativa condotta dal giudice, tesa a «rivelare» i termini di un contratto falsamente denominato contratto di locazione. Mediante l'opera di interpretazione, i giudici[14] possono restituire all'atto la sua corretta qualificazione giuridica[15], affermando che, in realtà, la fattispecie negoziale rientra in seno ad un contratto di prestito. «Certo, se interprete è il giudice all'accertamento e all'interpretazione dell'accordo seguirà l'accertamento delle conseguenze giuridiche dello stesso, che suppone l'individuazione e l'interpretazione delle norme giuridiche applicabili»[16]. L'interprete muove dalla realtà del caso concreto, e individua o enuclea la norma e la regola giuridica adeguata. Nel compiere tale operazione, egli non è tenuto all'osservanza della qualificazione giuridica prodotta dalle parti, se ritiene che questa non tenga conto «dell'economia reale del contratto, e può riqualificare il contratto, al fine di subordinarlo al regime giuridico che gli è effettivamente applicabile»[17].

L'unitarietà concettuale fra interpretazione, (questione di fatto), e qualificazione giuridica, (questione di diritto), fra vicenda reale e modello normativo di riferimento, rappresenta un passaggio logico-giuridico fondamentale, in quanto le due fasi del ragionamento giuridico condotto dal giudice non sono né successive, né dissociabili. Interpretazione e qualificazione giuridica[18] non sono operazioni giuridiche coincidenti in quanto, sotto il profilo logico-giuridico, s'inscrivono in un ordine cronologico, in cui la prima appare come propedeutica alla seconda.

---

[13] R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 761, precisa: «Secondo l'insegnamento più recepito, l'interpretazione, come fissazione di quanto concretamente hanno voluto le parti, precede la qualificazione, come l'accertamento della minore del sillogismo precede la conclusione. [...] La qualificazione non interviene dopo l'esaurimento dell'attività interpretativa; ma prima di essa. L'interprete accerterebbe, dapprima, verso quale tipo contrattuale le parti si sono rivolte; ne dedurrebbe il regime cui è soggetto il negozio».

[14] «Il giudice dovrà procedere ad una corretta qualificazione del contratto, anche se manca una conforme domanda della parte, e anche se, al momento della stipulazione, le parti hanno diversamente qualificato il negozio», così, R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 761.

[15] R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 754.

[16] A. CATAUDELLA, *Appunti sull'interpretazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, p. 528, osserva che l'interpretazione è «un'attività complessa demandata allo stesso soggetto ma ciò non toglie che l'opera del giudice debba logicamente articolarsi per fasi, e che la prima di esse debba essere indirizzata all'individuazione e alla comprensione dell'accordo, cui faranno seguito l'individuazione e l'interpretazione della normativa applicabile e, quindi, l'accertamento della disciplina giuridica che al contratto consegue».

[17] F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE e F. CHÉNEDÉ, *Droit civil, Les obligations*, cit., p. 682.

[18] Il fatto in sé, isolato, non esiste, è solo un'astrazione ed è la qualificazione che lo trasforma in fatto giuridico, così, F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 200.

3. Nel diritto italiano l'approccio codicistico alla materia dell'interpretazione è stato influenzato dall'evoluzione della teoria del negozio giuridico e dal dibattito sulla rilevanza della volontà[19]. Si tratta di uno sviluppo, *in primis*, storico-linguistico, «il progressivo passaggio dal tradizionale linguaggio "volontaristico" che assegna un valore originario alla "manifestazione di volontà" del soggetto agente, ad un linguaggio "oggettivistico", che assegna a sua volta un valore originario "all'atto di autoregolamento o di autonomia"»[20]. Il contributo della teoria negoziale nel processo di «oggettivazione del negozio giuridico indica, dunque, la circostanza che il regolamento negoziale, una volta attuato e reso socialmente percepibile, finisce per avere esistenza tendenzialmente autonoma rispetto alla volontà dell'autore»[21]. Nella costruzione dell'architettura codicistica del 1942 rilevante è stata l'influenza del pensiero di Emilio Betti[22], che ha impresso un valore decisivo alla scelta di promuovere un processo di oggettivazione degli atti di autonomia privata[23]. Il Maestro camerte afferma che «il negozio giuridico non consacra la facoltà di "volere" a vuoto, [...] piuttosto esso garantisce e protegge l'autonomia privata nella vita di relazione»[24], in quanto si volge a dare assetto ad interessi rilevanti per l'ordinamento giuridico e tutela nei rapporti che li concernono. Il processo di oggettivazione è insito nell'avere preso le distanze dal dogma volontaristico che sarebbe alla base del negozio giuridico, quale manifestazione di volontà diretta a produrre effetti giuridici[25]. Inoltre, il dogma della volontà non sarebbe in grado di spiegare la differenza nel contratto fra l'intenzione volitiva, come fatto psichico interiore, e la volontà

---

[19] Sul tema della rilevanza della volontà nella ricostruzione della disciplina dell'interpretazione, M. GIORGIANNI, *Volontà* (*dir. priv.*), in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993.

[20] M. PENNASILICO, *Metodi e valori nell'interpretazione dei contratti. Per un'ermeneutica contrattuale rinnovata*, Napoli, 2011, p. 20. Sugli itinerari dell'autonomia negoziale, N. IRTI, *Destini dell'oggettività. Studi sul negozio giuridico*, Milano, 2011.

[21] M. PENNASILICO, *Metodi e valori nell'interpretazione dei contratti. Per un'ermeneutica contrattuale rinnovata*, cit., p. 20. Sul rapporto tra interpretazione e teoria del negozio giuridico: G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2004, p. 31 s.

[22] Secondo E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 51, «il negozio è strumento di privata autonomia per l'appunto nel senso che esso è messo dalla legge a disposizione dei privati, affinché possano servirsene non per invadere la sfera altrui, ma per comandare a casa propria, per dare cioè un assetto ai propri interessi nei rapporti reciproci».

[23] E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 46, delinea l'approccio sul negozio giuridico che va concepito «quale atto di autonomia privata, cui il diritto ricollega la nascita, la modificazione o l'estinzione di rapporti giuridici fra privato e privato. Tali effetti giuridici si producono in quanto sono disposti da norme le quali, assumendo per presupposto di fatto l'atto di autonomia provata, ad essi li ricollegano siccome a fattispecie necessaria e sufficiente».

[24] E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 51.

[25] E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 54, secondo il quale per il negozio giuridico «codesta qualifica formale, scialba e incolore, ispirata al "dogma della volontà" non ne coglie l'essenza. La quale sta nell'autonomia, nell'autoregolamento d'interessi nei rapporti privati, come *fatto sociale*, quale è l'esplicazione dell'autonomia privata nella vita di relazione».

come precetto dell'autonomia privata[26]. Nella costruzione del quadro codicistico, si è seguita l'impostazione fondata sulla teoria elaborata da Cesare Grassetti[27], fondata sul c.d. «principio del gradualismo», ancora oggi ben radicata a livello giurisprudenziale. Tale principio prevede che i canoni ermeneutici esposti agli artt. 1362-1371 c.c.[28], in tema di interpretazione del contratto[29], siano ordinati secondo una rigida sequenza logica e cronologica; tali regole sono applicabili anche agli atti unilaterali tra vivi, in difetto di norme specifiche, nei limiti della loro compatibilità (art. 1324 c.c.). Grazie alla porta dell'art. 1324 c.c. infatti, le regole sull'interpretazione dei contratti travalicano il confine codicistico e possono essere applicate, in via analogica, ad ogni atto giuridico in senso stretto.

A livello sistematico, l'articolato codicistico in tema di interpretazione del contratto è organizzato secondo una ben precisa gerarchia normativa, ma si fonda su un principio volontaristico che privilegia la comune intenzione dei contraenti e, testualmente, solo nell'ipotesi di permanenza di un dubbio circa l'intento volitivo delle parti, prevede l'operatività degli artt. 1367-1371 c.c.[30]. «Dunque, la conclusione che tali disposizioni siano invocabili solo quando quelle volte ad accertare l'intento non hanno dato esito, discende dall'interpretazione della legge ed è legata all'oggetto dell'ermeneutica negoziale»[31]. In ossequio ai canoni ermeneutici di matrice codicistica, il

[26] Criticamente osserva E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 60 che «nel contratto secondo i seguaci del dogma, dall'incontro della volontà dei due contraenti sorgerebbe "una volontà unitaria": la volontà contrattuale».

[27] L'approccio del gradualismo come canone per l'ermeneutica contrattuale si deve a C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, (1938), ristampa con appendici, Padova, 1983. Il maestro milanese, secondo M. BRUTTI, *Interpretare i contratti. La tradizione, le regole*, Torino, 2017, p. 171, «organizza la rappresentazione delle regole ermeneutiche, la loro sistemazione, secondo uno schema gerarchico».

[28] Secondo, R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 1330, osservano: «L'art. 1362, comma 1, prescrive che nell'interpretare il contratto si indaghi quale sia stata la comune intenzione delle parti e non ci si arresti al senso letterale delle parole. [...] Nessuna regola giuridica ricollega effetti negoziali alla volontà. La volontà rileva nell'area del diritto penale, non già nell'area del contratto. La regola giuridica offre al contraente un procedimento per rendere efficiente la sua volontà».

[29] «L'assetto di interessi che le parti hanno inteso realizzare concludendo l'accordo va inteso dall'interprete enucleando dalla dichiarazione comune alle stesse riferibile le regole all'uopo dettate», così, A. CATAUDELLA, *Appunti sull'interpretazione del contratto*, cit., p. 524.

[30] E. DEL PRATO, *Interpretare*, cit., p. 329 , pone in luce come «l'esistenza di un sistema di norme di ermeneutica contrattuale (oltre che di ulteriori disposizioni speciali) reca in sé lo sbocco verso l'integrazione perché, se è controverso il senso di una o più clausole e l'impiego degli strumenti propriamente ermeneutici non consente di accertare l'intento che esse esprimono, la lite dovrà pur essere decisa, anche a costo di conferire a quelle clausole un senso che non rispecchia l'intento degli autori, e cioè applicando gli artt. 1367-1371 c.c.».

[31] C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano 2019, pp. 373 e 397.

significato del contratto si ricava non solo dalle parole adoperate dalle parti, ma altresì dal loro comportamento complessivo (art. 1362 c.c.)[32], fondamentale per ricostruire, *ex post*, la comune volontà dei paciscenti[33]. L'analisi ermeneutica va condotta anche tenendo conto dell'intero complesso delle clausole negoziali (art. 1363 cc.) utili a ricostruire l'intento volitivo delle parti. «In definitiva, quando la comune intenzione esiste ed è dato scoprirla, essa prevale - in via di massima - su ogni oggettivo valore della dichiarazione»[34].

Per taluni, l'interpretazione è sempre da intendersi come interpretazione delle singole dichiarazioni, anche nei negozi bilaterali o plurilaterali, non residuando «alcuna questione ermeneutica per il contratto nel suo insieme»[35]. Da qui la proposta ricostruttiva che scompone il contratto, e propone di considerare ciascuna dichiarazione, e il senso in cui essa è intesa dal destinatario[36], in termini atomistici. Tuttavia, occorre considerare che il contratto va considerato in modo unitario e complessivo, e deve essere interpretato nella sua globalità. Ne discende che le fasi che orientano il percorso ermeneutico sono legate fra loro «da un ordine di sequenza quali successivi

[32] M. PENNASILICO, *Metodi e valori nell'interpretazione dei contratti. Per un'ermeneutica contrattuale rinnovata*, cit., p. 22, rileva che «la tesi ancóra oggi ben radicata nella giurisprudenza, del c.d. "principio del gradualismo", dell'applicazione cioè in rigida successione logica e cronologica delle disposizioni contenute negli artt. 1362 s. c.c., secondo una gerarchia non soltanto tra regole prioritarie d'interpretazione c.d. soggettiva (artt. 1362-1365) e quelle sussidiarie d'interpretazione c.d. oggettiva (artt. 1367-1371 c.c.), ma anche all'interno dei medesimi gruppi di norme».

[33] Ma l'importanza dell'art. 1362 sta in ciò, che, in qualunque fase della ricerca ermeneutica, l'interprete può superare il ricorso ad ogni mezzo, legale o puramente logico, quando acquisisce la certezza di aver rinvenuto la "comune intenzione" delle parti. Significato oggettivo, significato legale, comune intenzione, sono dunque tre entità, con cui l'interprete può entrare in contatto; e di cui, in caso di contrasto, la prima cede alla seconda, e la seconda cede alla terza», R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 767.

[34] R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 765.

[35] G. CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969, p. 54. Sulla posizione del giurista patavino, A. BELVEDERE, *Forma e interpretazione nel pensiero di Giorgio Cian*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, p. 1149, secondo cui, «Cian è ben consapevole che tali norme sono state "formulate con riferimento al contratto considerato come un tutto unitario", ma perentoriamente afferma che "dovranno essere invece rilette e utilizzate per l'interpretazione delle singole dichiarazioni", accusando di legismo il "cieco e quindi irrazionale ossequio alla mera formula del codice" e rivendicando la legittimazione dell'interprete a riconoscere (se necessario) "la parzialità e l'insufficienza delle soluzioni legislative"».

[36] M. BRUTTI, *Interpretare i contratti. La tradizione, le regole*, cit., p. 203, nell'impostazione del Maestro patavino, «sembra prevalere una dimensione soggettiva. L'interprete valuta il rapporto, si rifà all'affidamento, e questa dichiarazione è perfettamente riferibile ai negozi solenni. L'articolo 1366 implica che a ciascuna dichiarazione si dia il significato che il destinatario poteva riconoscere con un diligente esame».

momenti di un processo inscindibile, che non attinge il suo risultato se non è messo in opera nella sua interezza»[37].

Collocate tra validità ed effetti del contratto[38], le norme sull'interpretazione valgono a fissare il nesso tra la fattispecie scelta ed i suoi effetti[39]. Il processo ermeneutico è preordinato alla ricerca di ciò che le parti hanno voluto e fissato nel testo contrattuale, superando eventuali momenti di ambiguità o oscurità. «L'interpretazione mira a sviluppare nella sua coerenza e concludenza logica la formula della dichiarazione o la struttura dell'atto [...] per ricavarne l'idea più appropriata»[40]. I mezzi di interpretazione non intervengono cumulativamente, ma alternativamente, secondo il già richiamato principio di gradualismo[41], che prevede la priorità dell'interpretazione soggettiva (*ex* artt. 1362-1365 c.c.), le cui norme sono modellate sul canone ermeneutico della ricerca della comune intenzione delle parti, rispetto all'interpretazione oggettiva (art. 1367 e ss.) che opera nell'ipotesi di regolamento contrattuale ambiguo o lacunoso[42]. «L'adozione di una stregua oggettiva, che segna appunto il passaggio dalla considerazione psicologica a quella tecnica, è resa necessaria dall'immanente conflitto d'interessi (attuale o virtuale) che nei contratti, e in

---

[37] In guisa critica E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 274, osserva che «si usa ancora distinguere un'interpretazione letterale o grammaticale da un'interpretazione logica, e poi un'interpretazione storica, sistematica etc., quasi non avessero che fare l'una con l'altra».

[38] K. ZWEIGERT e H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, II, *Istituti*, Milano, 1995, p. 106 s., evidenziano che «soprattutto nei codici civili degli ordinamenti romanistici si può riscontrare una serie nutrita di canoni interpretativi (v. artt. 1156 s. *Code civil* e art. 1362 s. Codice civile), tutti di assai dubbia rilevanza. Non può infatti essere compito della codificazione fornire una lezione di logica pratica e imporgli regole relative all'applicazione del diritto che non abbiano contenuto sostanziale. In ogni caso, il giudice che si trovi a dovere interpretare un contratto, dovrà prendere in considerazione le circostanze della fattispecie controversa: ogni arida generalizzazione contenuta nella prescrizione legale può solamente indurre in errore. Lo sviluppo di regole di interpretazione dovrebbe dunque restare affidato solo alla giurisprudenza e alla dottrina».

[39] R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 1327 s., collocano il tema dell'interpretazione nella parte dedicata all'elaborazione degli effetti del contratto, «il legislatore ha edificato la categoria generale delle "norme sull'interpretazione dei contratti", contrapponendole ad ogni altra categoria di norme. Così comportandosi, egli ci fa intendere che ad ogni fine (ad es.: nella soluzione dei conflitti di norme nel tempo o nello spazio) la ragion d'essere di queste norme sarà la persuasione (del legislatore) che la norma conduca alla ricostruzione della cosiddetta "comune volontà delle parti"».

[40] E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 333.

[41] A. CATAUDELLA, *Appunti sull'interpretazione del contratto*, cit., p. 529.

[42] La sistematica secondo cui l'insieme delle norme contenute nel capo dedicato all'interpretazione del contratto, strutturato in due blocchi, è criticato, fra gli altri, da E. DEL PRATO, *Interpretare*, cit., p. 329 s., secondo cui «è censurata l'idea che l'utile applicazione delle norme che dettano i criteri per accertare l'intento dei contraenti (cosiddette di interpretazione soggettiva: artt. 1362-1366 c.c.) escluda il ricorso a quelle che ne prescindono (cosiddette di interpretazione oggettiva: artt. 1367-1371 c.c.)».

genere nei negozi *inter vivos* del traffico, induce naturalmente le parti a sostenere interpretazioni difformi ed opposte»[43].

«L'interpretazione in senso stretto è quella del primo gruppo di regole. Il secondo gruppo è sussidiario rispetto al primo. Serve ad integrare i risultati conseguiti con i canoni che si aggirano attorno alla volontà (gli articoli dal 1362 al 1365)»[44]. L'art. 1368 c.c. che richiama gli usi[45], suggerisce la possibilità di ricercare l'intento volitivo delle parti anche attraverso la mediazione delle pratiche sociali che si sono sviluppate nella prassi[46]. L'art. 1371 c.c.[47] opera quale norma di chiusura del gruppo di disposizioni dedicato all'interpretazione del contratto. Tale disposizione dispone che, qualora sia esaurito il processo ermeneutico ma permanga l'oscurità del testo contrattuale, esso debba essere interpretato privilegiando la scelta meno gravosa per l'obbligato, se il contratto è a titolo gratuito; nel senso di un equo contemperamento degli interessi delle parti, se il contratto è a titolo oneroso. La norma costituisce applicazione del principio di conservazione del contratto, alla stessa stregua dell'art. 1367 c.c., ma con intervento più radicale perché non si aggancia ad una possibile interpretazione del contratto, ma concerne il profilo della sua esistenza[48].

L'applicazione in rigida successione logica e cronologica delle disposizioni ex artt. 1362 ss. c.c., sembra, tuttavia, avere più valenza descrittiva che prescrittiva, rivelandosi «uno pseudo-principio, una mera descrizione di un presunto ordine gerarchico, che non trova più giustificazione alcuna alla luce del nuovo diritto dei contratti»[49].

I metodi di interpretazione soggettiva si basano sulla ricerca dell'intenzione dell'autore della dichiarazione e rappresentano una conseguenza logica del principio di libertà contrattuale[50]. Si tratta di una regola legale che si fonda sull'intenzione delle parti, presente nelle principali tradizioni codicistiche europee, si veda il §133 BGB[51], nel diritto francese l'art. 1188, primo comma *c.c.*

---

[43] E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 362.

[44] M. BRUTTI, *Interpretare i contratti. La tradizione, le regole*, cit., p 201.

[45] E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 350, «il richiamo degli usi in funzione interpretativa ha il suo indispensabile addentellato in una manifestazione, sia pure ambigua e incerta della comune intenzione delle parti (nella quale la norma ermeneutica dell'art. 1368 ha un punto di sutura comune con quella dell'art. 1362), il rinvio agli usi in funzione normativa e integrativa o nel prescinde (art. 1374) o sottentra dove essa non vi osti (art. 1340)».

[46] M. BRUTTI, *Interpretare i contratti. La tradizione, le regole*, cit., p. 201.

[47] E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 361.

[48] A. CATAUDELLA, *Appunti sull'interpretazione del contratto*, cit., p. 534.

[49] M. PENNASILICO, *Metodi e valori nell'interpretazione dei contratti. Per un'ermeneutica contrattuale rinnovata*, cit., p. 23

[50] Y.M. LATHIER, *Droit comparé*, Paris, 2009, p. 138.

[51] La previsione del § 133 BGB dispone che «nell'interpretazione di una dichiarazione di volontà va ricercata la volontà reale e non arrestarsi al senso letterale dell'espressione». «§157.

e l'art. 18 del *Code des obligations* svizzero[52].

Il tema dell'interpretazione dei contratti è stato posto dal legislatore quale categoria generale, contrapponendolo «ad ogni altra categoria di norme. Così comportandosi, egli ci fa intendere che ad ogni fine (ad es.: nella soluzione dei conflitti di norme nel tempo o nello spazio) la ragion d'essere di queste norme sarà la persuasione (del legislatore) che la norma conduca alla ricostruzione della cosiddetta "comune volontà delle parti"»[53]. Se la disciplina codicistica muove dall'idea che sia essenziale e prioritario ricercare la comune intenzione delle parti, *ex* art. 1362, nulla dice invece sull'ipotesi, non meno importante, in cui un'intenzione comune manca, perché gli intenti divergono. «Nulla ci assicura, *a priori*, che esista un intento del proponente, coincidente con l'intento dell'accettante. Esisteranno manifestazioni coerenti delle parti. Ma non esiste necessariamente un intento comune, perché le parti possono aver assegnato alla fattispecie contrattuale significati in una certa misura eterogenei»[54]. La chiarezza non può dirsi requisito intrinseco dell'atto[55], ma va ricercata dall'interprete mediante un'analisi del testo e del contesto.

Nel quadro codicistico, particolare rilievo riveste l'art. 1366 c.c.[56] che introduce il principio di interpretazione secondo buona fede[57]. Per descrivere il ruolo e la portata dell'art. 1366 c.c., fondamentale è la lettura della Relazione di

---

Interpretazione dei contratti. – I contratti devono essere interpretati come richiesto dalla buona fede con riguardo agli usi del commercio». Secondo M. BRUTTI, *Interpretare i contratti. La tradizione, le regole*, cit., p. 263, evidente è la valenza oggettiva del criterio enunciato, che si identificava con le prassi mercantili. In argomento, R. FAVALE, *Il problema dell'interpretazione nel diritto negoziale tedesco*, in *Scritti in memoria di Rodolfo Sacco*, a cura di P.G. Monateri, I, Torino, 2024, p. 589 s., secondo cui «non vi è contraddizione bensì integrazione fra il criterio soggettivo della volontà reale contenuto al § 133 e quelli oggettivi della buona fede e degli usi del traffico posti dal § 157».

[52] Forti rilievi critici per B. RÜTHERS, *La rivoluzione clandestina dallo Stato di diritto allo Stato dei giudici*, a cura di Giuliana Stella, Modena, 2018, a proposito della scientificità del metodo interpretativo oggettivo, «in verità in questa "interpretazione" si tratta sempre di normazioni giudiziali, quindi di "immissioni" (*Einlegungen*), che devono essere fatte passare per "contenuto" apparentemente "oggettivo" delle norme giuridiche».

[53] R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 1333.

[54] «L'art. 1362, dicendo che l'intenzione comune delle parti prevale sul "senso letterale delle parole", non dice nulla sull'ipotesi, non meno importante, in cui una intenzione comune manca, perché gli intenti divergono», (R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 765).

[55] G. HELLERINGER, *Quand les parties font leur loi. Réflexions sur la contractualisation du pouvoir judiciaire d'interprétation*, in G. Lewkowicz e M. Xifaras (dir.), *Repenser le contrat*, Paris, 2009, p. 291.

[56] M. COSTANZA, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Milano, 1989, p. 40 s.; V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985, p. 273.

[57] *Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al codice civile del 1942*. Dell'interpretazione del contratto, al punto 622, precisa: «Punto di sutura tra questi due momenti dell'interpretazione è la norma collocata nell'art. 1366, che li domina entrambi e che fissa il principio dell'interpretazione secondo buona fede».

accompagnamento al codice civile che fa ricorso ad una felice metafora, secondo cui tale disposizione rappresenta «"il punto di sutura" tra i due momenti dell'interpretazione (quindi tra i due gruppi di norme). Nel medesimo tempo - ecco l'aspetto originale - domina entrambi i momenti: regola ciascuna delle scelte»[58]. Da qui muove l'indicazione della clausola di buona fede quale strumento capace di guidare i procedimenti interpretativi[59].

Fondamentale ad indicare le tappe di uno sviluppo, diacronicamente progressivo, registratosi con riferimento alla clausola generale di buona fede, è il contributo di Stefano Rodotà, che mette in luce il «mutamento del sistema delle fonti del diritto seguito all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana»[60]. Il ricorso alla buona fede non implica, tuttavia, il venire ad esistenza di una fonte autonoma del contratto, «non crea la regola, ma adegua la regola "trovata" ai principi generali dell'ordinamento contenuti nella Carta costituzionale e ciò, non limitandosi a sviluppare quanto implicito nell'atto od in esso espresso in forma inadeguata (posto che questo sarebbe, appunto, il compito dell'interpretazione soggettiva ed oggettiva ex artt. 1362-1365 e 1367-1371), ma attribuendo al regolamento negoziale - già eventualmente uscito dallo stadio del dubbio - il solo significato plausibile e, perciò, la sola rilevanza che ad esso dovrebbe essere assegnata in virtù di una valutazione complessiva e finale condotta alla luce dei ricordati principi»[61]. Non v'è dubbio che nell'interpretazione entrano in gioco fattori diversi, ivi compresi quelli assiologici che afferiscono sia al fatto da disciplinare sia al dato normativo[62]. La collocazione dell'art. 1366 c.c. tra le norme in materia di interpretazione c.d. soggettiva e prima di quelle di interpretazione oggettiva ne avvalora la funzione di momento di collegamento ermeneutico ammettendo, attraverso la clausola di

---

[58] M. BRUTTI, *Interpretare i contratti. La tradizione, le regole*, cit., p. 187, evidenzia che la «la buona fede assume implicazioni politiche, prima sconosciute sia alla scienza giuridica di matrice francese sia alla pandettistica. Diventa una specie di simbolo e di sintesi teorica del rapporto di collaborazione tra individui e classi, che lo Stato fascista intende imporre in nome della produttività e della potenza nazionale. Fini che devono orientare, determinare l'interpretazione».

[59] L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 403 s. osserva che non si può, tuttavia, ritenere che il criterio in questione si limiti solo «a guidare il giudice nella ricerca della comune volontà delle parti impostagli dagli artt. 1362 s., specialmente ponendo in risalto le circostanze che hanno indotto i contraenti ad attribuire alla convenzione un determinato significato», così, invece, L. NANNI, *La buona fede contrattuale*, Padova, 1988, p. 538.

[60] S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 102 s.

[61] L. BIGLIAZZI GERI, *Buone fede nel diritto civile*, cit., p. 403 s. EAD., *Note in tema di interpretazione secondo buona fede*, Pisa 1970, p. 71 s.

[62] M. FRANZONI, *L'applicazione della legge tra previa conoscenza del fatto e previa conoscenza della norma*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, p. 837 s.

buona fede, la possibilità di interventi correttivi che debbono riguardare «il piano degli effetti giuridici, non quello dell'atto di autonomia privata»[63].

Nel *Code civil* riformato nel 2016[64], i canoni ermeneutici seguono un approccio gerarchico (artt. 1188-1192 c.c.)[65] che pone, all'apice, l'interpretazione soggettiva fondata sulla ricerca della comune intenzione delle parti, integrata da un criterio oggettivo[66], modellato sullo criterio interpretativo della persona ragionevole, che ha sostituito la locuzione «*bon père de famille*» dal 2014. A ciò si aggiunge, un secondo comma all'art. 1188 c.c.[67], che integra la disposizione con una previsione di tipo oggettivo che opera sussidiariamente[68], in ossequio alla quale il contratto[69] si interpreta secondo il senso che ad esso conferirebbe una persona ragionevole posta nelle medesime circostanze[70].

---

[63] «La collocazione dell'art. 1366 c.c. tra le norme di interpretazione del contratto e prima di quelle di interpretazione oggettiva pone ostacolo all'attribuzione alla norma di siffatta valenza. La dialettica tra manifestazioni di autonomia privata e risposta dell'ordinamento giuridico non è conciliabile con interventi dell'ordinamento che modifichino ciò che costituisce oggetto di sua valutazione ai fini della determinazione degli effetti giuridici», così, A. CATAUDELLA, *Appunti sull'interpretazione del contratto*, cit., p. 535.

[64] *Ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligation*, n. 2016-131 (*Loi* di ratifica del 2018). In argomento, *ex multis*, A. BÉNABENT e L. AYNÈS, *Réforme du droit des contrats et des obligations: aperçu général*, in *Dalloz*, 2016, p. 434 s.; O. DESHAYES, T. GENICON e Y. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime générale de la prevue des obligations*, Paris, 2018, p. 413. Come noto, sono apparsi sulla scena dopo *l'Avant-Projet*, Catala, il projet Terré, nonché numerosi progetti *de la Chancellerie*. Tali Progetti, come osserva, J.-S., BORGHETTI, *Riforma in vista!*, in *Annuario del Contratto*, 2014, p. 337, sono stati contestati per l'«opacità» della loro redazione, mai resa ufficialmente pubblica.

[65] C. WITZ, *L'interprétation du contrat dans le projet de réforme du droit des contrats*, in *Dalloz*, 2015, p. 2020.

[66] B. FAUVARQUE-COSSON, *Les nouvelles règles du Code civil relatives à l'interprétation des contrats, perspective comparatiste et internationale*, in *Rev. contr.*, 2017, p. 502 s.

[67] Art. 1188, al. 2, code civil: «Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation».

[68] In questo senso, O. DESHAYES, *L'interprétation des contrats. Articles 1188 à 1193*, in *JCP G.*, 2015, p. 39 s.

[69] «L'interprète devra sonder l'intention commune des parties, sans être contraint par la lettre du contrat. Le texte ne prévoit pas de directives spécifiques aux modalités de découverte de la volonté réelle sur la volonté déclarée dans l'acte, comme il en existe par exemple dans le principes Lando», G. CHANTEPIE e M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, cit., p. 448. Tuttavia osserva R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 755, «La dichiarazione non ha alcun significato propriamente intrinseco, né alcun significato che le appartenga in senso propriamente oggettivo. Questo dato, ignoto forse a qualche giurista, è assolutamente certo in sede linguistica, estetica, filosofica e sociologica. Data una dichiarazione, il suo unico significato storicamente valido è quello corrispondente all'animo del dichiarante».

[70] G. CHANTEPIE e M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, cit., p. 422, per cui il giudice dovrà ricorrere ad un metodo oggettivo d'interpretazione, riferendosi allo standard dell'individuo ragionevole che è stato sostituito al buon padre di famiglia a partire dal 2014 (*Loi* n. 2014-873 del 4 agosto 2014).

4. La dialettica che si sviluppa fra i principali attori del mondo giuridico[71], il legislatore e la giurisprudenza, rappresenta uno snodo fondamentale con riferimento all'interpretazione dei contratti, anche per l'indiscutibile portata applicativa che il diritto giurisprudenziale riveste in tale materia. Alla base del rapporto fra i due formanti dell'ordinamento dovrebbe esservi una reciproca fiducia e, al contempo, si dovrebbe prestare ossequio al ruolo e alle funzioni che a ciascuno competono. Il legislatore sa che la legge ha lacune[72] e che non coincide con il diritto vivente locuzione che sintetizza il complesso problema della partecipazione del giudice alla formazione del diritto[73]. La giurisprudenza, dal canto suo, è cosciente che «la legge ha bisogno di una serie di operazioni, di adattamento e di adeguazione, d'integrazione e di sviluppo complementari, le quali, rinnovate di continuo, fanno sì che la norma non resti lettera morta, ma si mantenga viva e vigente nell'orbita dell'ordine giuridico cui appartiene: operazioni, la cui mancanza importa, viceversa, l'isterilirsi della norma e ne fa venir meno, alla fine, la capacità di attuarsi e di farsi valere»[74]. Finalità dell'interpretazione negoziale non può che essere la comprensione di ciò che le parti hanno concordato, perché non può esservi risposta dell'ordinamento giuridico senza comprensione di ciò che le parti chiedono allo stesso[75], riconoscendo al contratto la fondamentale funzione di strumento in grado di realizzare l'autonomia privata. La giurisprudenza non presta adesione sistematica ad un unico canone ermeneutico, ma si muove sotto il segno dell'eclettismo e del pragmatismo[76]. Nell'interpretare il contratto il giudice deve ricercare l'assetto di interessi divisato, basandosi sulla comune intenzione delle parti, e se il

---

[71] Interessanti, ancora oggi, le osservazioni di V. SCIALOJA, *L'arbitrio del legislatore nella formazione del diritto positivo*, in *Atti della Società italiana per il progresso delle scienze*, Roma, 1910, p. 367 s.

[72] Il grande giurista di Nancy, F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, I, Paris, 1919, p. 117, osserva che come tutte le opere umane, «la legge sarà necessariamente incompleta. Per quanto raffinata la si possa supporre, la mente dell'uomo non è in grado di abbracciare, nella sua interezza, la sintesi del mondo in cui si muove. E questa irrimediabile infermità è particolarmente evidente nell'ordinamento giuridico, che, per essere colto nella sua interezza, dovrebbe conoscere tutte le relazioni che possono dar luogo a conflitti di aspirazioni o di interessi. È impossibile immaginare un legislatore abbastanza perspicace da penetrare, con uno sguardo ampio e profondo, l'intero ordinamento giuridico del suo tempo».

[73] L. MENGONI, *Diritto vivente*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, VI, Torino,1990, osserva: «L'attività di interprete vivifica e rinnova continuamente il *ius scriptum*, rompe l'immobilità della lettera della legge adattandone lo spirito (il significato) ai mutamenti dei rapporti sociali».

[74] L'avvertenza è del Maestro camerte E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1971, p. 95 s.

[75] A. CATAUDELLA, *Appunti sull'interpretazione del contratto*, cit., p. 524.

[76] G. CORNU, *Droit civil. Introduction au droit*, Paris, 2007, p. 388.

regolamento contrattuale non è chiaro, «l'interprete si muoverà alla scoperta di un'oggettività che va oltre i voleri individuali»[77].

Nell'orbita del diritto, l'interpretazione giuridica è necessariamente condizionata dalla forma espressiva, contenuta in enunciazioni e dichiarazioni o rilevabile dalla condotta tenuta dalle parti. Ma l'interpretazione della legge non si arresta qui, «essa ha in vista un esito pratico: quello di condurre a prender posizione in situazioni emergenti nella vita sociale, ad adottare una massima di decisione o una linea di condotta secondo il senso della legge»[78]. Nell'ermeneutica l'interprete deve prestare ossequio al testo e alla *ratio legis*, ma «ciò che dirime non è la previdenza del legislatore, è il dato di fatto dell'intelligenza dell'interprete. Il significato del testo è il prodotto di quell'interprete con quel testo»[79]. Nel dibattito giuridico, da tempo, si fa spazio l'idea che l'interprete abbia, progressivamente, assunto un ruolo sempre più creativo. «Segnatamente il giudice foggerebbe il diritto nell'effettività, creando il cosiddetto diritto giurisprudenziale, il quale nasce dalle sentenze, essenzialmente di legittimità, per costituire il diritto vivente»[80]. Discutere di giurisprudenza creativa, locuzione a cui il giurista moderno è abituato, non appare più una novità[81], anzi «la giurisprudenza creativa è un fatto, abbastanza comune, talora inevitabile: ogni *revirement*, ogni nuovo corso interpretativo ha qualcosa di "creativo"»[82]. Tuttavia, più che creare i giudici introducono nuovi paradigmi di ragionamento giuridico, rispetto alle argomentazioni fino a quel momento utilizzate per risolvere quel tipo di casi, elementi nuovi – spesso un principio generale, una clausola generale, talora un'altra disposizione in precedenza non considerata – che conducono ad un diverso esito decisorio[83]. Ciò che conta è come il giudice supporta e giustifica l'*iter* motivazionale, che deve essere

[77] M. BRUTTI, *Interpretare i contratti. La tradizione, le regole*, cit., p. 188, osserva che la linea descritta e il linguaggio utilizzato nella Relazione al codice civile, corrispondono «sostanzialmente alle intuizioni ed alle proposte bettiane».

[78] E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 273.

[79] R. SACCO, *L'interpretazione*, in *Tratt. Sacco*, *Le fonti del diritto italiano*, II, *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Torino 1999, p. 182. Sul tema, A. GENTILI, *Il metodo di Rodolfo Sacco civilista*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, p. 304.

[80] E. DEL PRATO, *Interpretare*, cit., p. 329 s.

[81] C.M. BIANCA, *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, I.1, Milano 2002, p. 200 s., ritiene che non si possa legittimare qualche potere normativo della giurisprudenza affermando l'esigenza di «trarre la nozione di norma giuridica dall'esperienza», ma con ciò si vuole sottolineare che «l'effettività è il momento essenziale della giuridicità in quanto le norme che sono effettivamente applicate possono dirsi ordinatrici di rapporti sociali, mentre le norme generalmente disapplicate non regolano i rapporti sociali e possono quindi avere solo l'apparenza di norme giuridiche» (p. 201).

[82] A. GENTILI, *Crisi delle categorie e crisi degli interpreti*, in *Riv. dir. civ.* 2021, p. 645.

[83] A. GENTILI, *Crisi delle categorie e crisi degli interpreti*, cit., p. 646.

caratterizzato da «una struttura logica riconoscibile, la cui validità sia controllabile secondo criteri logici di riferimento»[84]. Così, l'interpretazione separa il giudicare dal mero decidere perché solo nella prima ipotesi è necessaria la motivazione che è deputata ad offrire il percorso ermeneutico del giudicante. Ma interpretare non è creare, e non si può attribuire «alla giurisdizione una funzione normativa che, nel nostro sistema, le è estranea (art. 101, comma 2°, Cost.)»[85]. Il giudice, chiamato ad applicare il precetto normativo muovendo dal caso concreto, opera nel perimetro tracciato dalla legalità civil-costituzionale (l'art. 101 Cost. che, nel suo comma secondo, assoggetta il giudice alla legge)[86]. L'esercizio ermeneutico implica la responsabilità dell'interprete, chiamato a concorrere attivamente alla costruzione del sistema ordinamentale. Il giudice, muovendo dalla fattualità del caso concreto, sottoposto alla sua cognizione, non opera creando *ex nihilo*, ma spinto dall'esigenza di raccordare la norma con il sistema, contestualizzandone ed attualizzandone il senso, mediante una valutazione storica, teleologica e logico-sistematica. Così, «al fine di individuare la disciplina più adeguata occorre che il fatto sia valutato considerando gli interessi e i valori che esprime, in relazione al contesto storico-giuridico nel quale esso si inserisce»[87].

Camerino, dicembre 2025.

---

[84] M. TARUFFO, *Il controllo di razionalità della decisione tra logica, retorica e dialettica*, in *L'attività del giudice, Mediazione degli interessi e controllo delle attività*, Torino 1997, p. 141 s.

[85] E. DEL PRATO, *Interpretare*, cit., p. 329 s.

[86] Osserva che tale disposizione non è compatibile con l'attribuzione ai giudici del potere di creare norme, A. GENTILI, *Crisi delle categorie e crisi degli interpreti*, cit., p. 645. Egli confuta «la tesi secondo cui la giurisprudenza che chiamiamo "creativa" produrrebbe un diritto ("vivente") che smentisce il diritto basato sulle categorie tradizionali ("vigente"). In un sistema di diritto legislativo "giurisprudenza creativa" è un ossimoro: se è giurisdizione non è creativa, se è creativa non è giurisdizione. Ma questo è vero solo dal punto di vista del dover essere: qui, legalmente, il giudice è "soggetto alla legge" e solo alla legge. Quindi non può decidere nulla che non sia espressione di ciò che è esplicito o di ciò che è implicito nella legge». Conferma questa impostazione, E. DEL PRATO, *Interpretare*, cit., p. 329 s., secondo cui: «interpretare non è creare. La tendenza alla svalutazione del testo normativo [...] non può trovare fondamento nell'idea che il diritto vive e si esaurisce nel caso in cui va a concretizzarsi, se non altro perché la regola applicata a quel caso è, ovviamente, preesistente ed è destinata a successiva vigenza anche a prescindere dal modo in cui viene interpretata nella singola vicenda. Mentre l'idea che il senso di una norma emerga nella sua applicazione al fatto, pur condivisibile in linea di principio, si colora di una valenza in qualche misura ideologica là dove è invocata per consegnare alla giurisdizione una funzione normativa che, nel nostro sistema, le è estranea in quanto i giudici sono soggetti alla legge (art. 101, comma 2°, Cost.)».

[87] P. PERLINGIERI, *Interpretazione ed evoluzione dell'ordinamento*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, p. 161, ora in *Interpretazione e legalità costituzionale. Antologia per una didattica progredita*, Napoli, 2012, p. 115 s.

Abstract

Il tema dell'interpretazione del contratto è, da sempre, al centro della riflessione civilistica. Il contributo affronta gli aspetti principali dell'interpretazione dei contratti nell'ambito del modello italiano e sviluppa un approfondimento comparativo rivolto al codice civile peruviano. Lo studio affronta, altresì, la questione della responsabilità dell'interprete, chiamato a concorrere attivamente alla costruzione del sistema ordinamentale.

The topic of contract interpretation has always been at the heart of civil law. This study addresses the main aspects of contract interpretation at the Italian model and provides and comparative analysis of the Peruvian Civil Code. The study also addresses the issue of the role of the juge, who is called upon to actively contribute to the construction of the legal system.

Keywords

Interpretazione del contratto; interpretazione dell'atto giuridico; ruolo del giudice
Interpretation of contract; interpretation of juridical act; role of the juge

FABIANA TUCCILLO*

In memoriam. Luigi Labruna (9.5.1937-13.7.2025)

Professore emerito di Diritto romano e diritti dell'antichità dell'Università degli Studi di Napoli Federico II, Luigi Labruna, studioso raffinato, professore rigoroso, eppur comprensivo e di grande umanità, antichista di fama internazionale, ha rappresentato per la comunità scientifica un costante punto di riferimento.

Nato a Napoli il 9 maggio 1937, allievo della Scuola romanistica napoletana (di Antonio Guarino), è prima libero docente incaricato, poi straordinario e ordinario a Camerino[1] (tappa da lui considerata irripetibile ed esaltante[2]), dove in seguito ricopre anche il ruolo di Preside della Facoltà di Giurisprudenza (1972-1974), e quello di Rettore (1974-1977). Dal 1977 sino al fuori ruolo nel 2011, svolge la sua attività didattica e scientifica presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Napoli Federico II. E nell'Ateneo fridericiano prima guida il Dipartimento di Diritto Romano e Storia della Scienza Romanistica (1988-1993), e poi la Facoltà di Giurisprudenza per un doppio mandato, dal 1993 al 2002.

Socio ordinario dell'Accademia Pontaniana di Napoli e della Società Nazionale di Scienze, Lettere e Arti in Napoli, Luigi Labruna è stato non solo uno studioso autorevole, ma anche un protagonista della politica universitaria come Membro del Consiglio di Presidenza della Conferenza Permanente dei Presidi delle Facoltà di Giurisprudenza (1995-2002), del Comitato Nazionale per le Scienze giuridiche e politiche del Consiglio Nazionale delle Ricerche (1994-1999) e poi come Presidente del Consiglio Universitario Nazionale per un decennio (1997-2007).

---

* *Professore ordinario di Storia del diritto romano pubblico e privato e di Storia della costituzione romana presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II.*

** Si pubblica con lievi modifiche il ricordo del professore Luigi Labruna letto il 29 agosto 2025 all'Assemblea generale della LXXVIIIe Session de la Société Internationale Fernand de Visscher pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité su *The Jurists of Rome, Imperial Legislation, and Practice in the Provinces* (Budapest 26-30 Agosto 2025) presso la Zlinszky János Lecture Hall della Pázmány Péter Catholic University.

[1] Si v. F. MERCOGLIANO, *In anni lontani, diversi, camerti ... 'Index' e gli Indici dei primi trenta volumi*, in *Trent'anni di 'Index'*, Napoli, 2007, p. 81 ss.

[2] Così L. LABRUNA, *Romanisti camerti dagli inizi agli anni '70 del Novecento*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 8, 2019, p. 21.

Agli inizi degli anni '60 del secolo scorso perfeziona i suoi studi in Germania presso il Seminar für Römisches Recht dell'Università di Hamburg, diretto dal professor Max Kaser, quale borsista della Alexander-von-Humboldt-Stiftung. Da subito si percepisce una tensione all'internazionalizzazione: tiene numerose lezioni e relazioni all'estero, promuove convegni, seminari, gruppi di ricerca, scambi di collaborazione scientifica e didattica con istituzioni accademiche europee ed extraeuropee. Negli anni Ottanta e sino ai primi anni Novanta insegna anche presso la Facoltà giuridica e di scienze economiche dell'Università di Nizza e poi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Alessandria d'Egitto.

Gli è conferito il dottorato *honoris causa* da 6 prestigiose Università: Franche-Comté–Besançon (1991); Universytet Warszawski – Varsavia (1992); Universytet Mikolaya Kopernika – Toruń (1993); Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn (2003); Université Laval – Québec (2003); Universidad de Buenos Aires – Buenos Aires (2004). Insignito, inoltre, del titolo di Huésped de honor della Universidad Nacional de Córdoba e della medaglia al merito scientifico della Facoltà giuridica dell'Università di Göttingen; Cavaliere ufficiale al merito della Repubblica Polacca.

Nel 1969 Labruna fonda a Camerino la rivista *Index. Quaderni camerti di studi romanistici* dal titolo volutamente bilingue *International Survey of Roman Law* proprio per l'aspirazione a una diffusione della scienza romanistica a livello internazionale. Ne è Direttore dal 1970 e sin dal primo numero si avverte forte l'intento di "creare e mantenere vivo il flusso di informazioni"[3] tra l'Europa e i Paesi extraeuropei "nei quali la realtà dei nostri studi è stata ed è importante", di scegliere come 'territorio elettivo' "la produzione scientifica e le attività didattiche e di ricerca"[4] della romanistica europea e sudamericana.

Alla sua lungimiranza e alle sue felici intuizioni si deve la creazione del "Consorzio Interuniversitario Gérard Boulvert per lo studio della civiltà giuridica europea e la storia dei suoi ordinamenti", nato per contrastare le difficoltà di sostegno alla ricerca e ai giovani che le Università italiane sin dal 2000 si sono trovate a dover fronteggiare e che ha visto la partecipazione – negli anni – degli Atenei di Napoli Federico II, Camerino, Catanzaro, Enna Kore, Lecce, Reggio Calabria, Roma Sapienza, Roma Tor Vergata.

Sempre al suo nome è legata l'istituzione nel 1987 del Premio romanistico internazionale Gérard Boulvert: dedicato all'amico e collega

[3] C. CASCIONE, *Trent'anni di una rivista attraverso le sue rubriche*, in *Trent'anni di 'Index'*, cit., p. 107.

[4] C. CASCIONE, *Trent'anni di una rivista*, cit., p. 107.

francese prematuramente scomparso, giunto quest'anno alla XIII edizione[5], volto a premiare la migliore opera prima, a carattere monografico, concernente il diritto romano e le istituzioni giuridiche dell'antichità classica.

Ma Luigi Labruna è stato soprattutto un Maestro, un Maestro instancabile: tanti studiosi sono maturati grazie alla sua incessante attività scientifica, didattica e accademica. Almeno due generazioni di romanisti (faccio qui solo il nome di alcuni allievi della prima generazione: Carla Masi, Cosimo Cascione prematuramente scomparso, Francesca Reduzzi, il compianto Franco Salerno, Felice Mercogliano) si sono formate sulla base dei suoi insegnamenti e hanno lavorato sotto la sua attenta e costante supervisione: che fossero dattiloscritti o bozze, sottolineava, postillava, integrava con suggerimenti, indirizzava con note rapide e incisive o con lunghe osservazioni critiche o adesive. Era un lettore acuto dei lavori dei suoi allievi. Considerava un privilegio il poter far ricerca e insegnare, sostenere, nelle diverse responsabilità accademiche conferitegli, la delicata funzione sociale di educare e formare i giovani, trasmettendo loro criticamente un sapere che incessantemente si rinnova[6].

La sua speranza era che gli allievi e i loro successori continuassero "pur nelle condizioni difficili in cui sono costretti a lavorare", ciò che lui aveva intrapreso e cioè riportare in luce quanto imparato dai maestri e "soprattutto, ricostruire e rafforzare quel nesso tra cultura ed etica, tra produzione di conoscenza e responsabilità civile che lo stato di indigenza, anche morale e culturale, in cui versano le istituzioni pubbliche (e, tra esse, purtroppo, in primo luogo, l'Università) minaccia di affievolire o addirittura di dissolvere"[7].

Dal canto nostro, che dire? Ci stiamo provando, e continueremo a farlo, nel solco della sua *lectio*, al di là del senso di vuoto che ci accompagna e continuerà ad accompagnarci in progresso di tempo.

Napoli, settembre 2025.

---

[5] La cerimonia di consegna del XIII Premio Romanistico Internazionale Gérard Boulvert si è svolta a Budapest il 26 agosto 2025 presso la Károli Gáspár University of the Reformed Church in Hungary nell'ambito della LXXVIIIe Session de la Société Internationale Fernand de Visscher pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité. Il verbale è consultabile online su *http://premioboulvert.unina.it/?p=221*

[6] Cfr. L. LABRUNA, *Romanisti camerti*, cit., p. 21.

[7] Cfr. L. LABRUNA, *Romanisti camerti*, cit., p. 21.

Abstract

Ricordo del Professore Luigi Labruna, spentosi a 88 anni il 13 luglio 2025. Emerito di Diritto romano e diritti dell'antichità dell'Università degli Studi di Napoli Federico II, studioso raffinato, professore rigoroso, eppur comprensivo e di grande umanità, antichista di fama internazionale, punto di riferimento per tanti suoi allievi e per la comunità scientifica tutta.

In memory of Professor Luigi Labruna, who passed away at the age of 88 on July 13, 2025.

Emeritus Professor of Roman Law at the University of Naples Federico II, he was a refined scholar, a rigorous yet compassionate professor, and a man of great humanity. An internationally renowned expert in antiquity, he was a point of reference for many of his 'mentees' and for the entire academic community.

LETTURE

LORENZO GAGLIARDI*

*Civitas Romana***

Il modo in cui la *civitas Romana* si è delineata e consolidata nel tempo, assumendo un ruolo centrale nella configurazione politica e simbolica dell'ordinamento romano e nella costruzione del suo sistema giuridico, continua – e giustamente – ad attirare l'attenzione degli storici del diritto. Nella *res publica*, la condizione di *civis* costituiva il centro di gravità dell'ordinamento: attorno a essa si definivano le norme del *ius civile*, e solo il cittadino godeva delle garanzie offerte dal diritto penale romano. In età imperiale, alla *civitas* continuò a essere attribuito uno statuto di appartenenza distintiva, ma in un quadro di crescente concentrazione del potere, che finì per comprimerne in misura sempre maggiore le prerogative effettive.

In questo orizzonte di indagine, si impone all'attenzione l'ampio volume di Annemarie Renz, *Civitas Romana. Das Römische Bürgerrecht und die Römischen Bürgerrechte von 500 v. Chr. bis 500 n. Chr.* (2023) di oltre 900 pagine, articolato in sei parti e 46 paragrafi complessivi, nel quale si propone una trattazione sistematica e di ampio respiro dello sviluppo del diritto di cittadinanza romana dalle sue origini fino al tardo Impero.

L'opera si apre con un'introduzione che, partendo dal dibattito contemporaneo sul diritto di cittadinanza – in particolare nelle società europee attraversate da crescenti flussi migratori – propone di gettare luce sulle questioni attuali mediante l'approccio storico. L'A. suggerisce che l'opposizione fra *ius soli* e *ius sanguinis*, così come la questione delle cittadinanze multiple e il rapporto fra cittadini e non cittadini residenti, non possano essere compresi in profondità se non attraverso lo studio delle soluzioni offerte dal mondo romano. I Romani svilupparono un sistema giuridico capace di includere e talora escludere gli stranieri, in un continuo bilanciamento tra apertura e chiusura. È qui che si annida, secondo R., l'origine dei modelli moderni di cittadinanza selettiva, nonché la radice della distinzione fra abitante e cittadino, fra residenza e partecipazione politica.

Il primo capitolo propone in apertura una disamina critica della storiografia e degli studi classici e più recenti. Per quanto riguarda i primi, si

---

* *Professore associato di Istituzioni di diritto romano nell'Università di Milano*

** A proposito di Annemarie Renz, *Civitas Romana. Das Römische Bürgerrecht und die Römischen Bürgerrechte von 500 v. Chr. bis 500 n. Chr.*, «Fundamenta Juridica. Beiträge zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, 77» (Baden-Baden, Nomos, 2023) p. xiv, 909.

parte da Th. Mommsen, che riconobbe nella cittadinanza romana una chiave di lettura essenziale del diritto pubblico romano. Altro contributo sistematico è rappresentato dallo studio di C.E. Goodfellow (1935), che, pur arrestandosi ad Augusto, inquadrò la *Latinitas* come tappa intermedia verso la piena cittadinanza. Come opera fondamentale è indicato poi il libro di A.N. Sherwin-White (1939), che affronta l'intera parabola storica della cittadinanza fino alla tarda antichità. Tra gli altri studiosi menzionati come i più importanti vi sono Bleicken, Lamberti, Luraschi, Humbert, Kremer, Coşkun.

Viene poi delineata la struttura delle fasi storiche dello sviluppo della cittadinanza romana, partendo dal 509 a.C. con la fondazione della Repubblica. Per l'età repubblicana si distinguono, a mio avviso molto opportunamente, cinque periodi principali: la fase dell'emancipazione dall'Etruria e del *foedus Cassianum* (509-493 a.C.), quella del dominio romano all'interno del *Latium vetus* (493-338 a.C.), la fase dell'espansione mediante *coloniae Latinae* e *municipia sine suffragio* (338-180 a.C.), l'epoca delle migrazioni interne e della concessione individuale del diritto di cittadinanza (180-90 a.C.), infine il periodo che va dalla *lex Iulia* del 90 a.C. fino alle riforme di Cesare (90-44 a.C.). Di qui, con l'età imperiale, si assiste a un progressivo allargamento del corpo civico, fino alla concessione generalizzata della cittadinanza.

Un punto centrale dell'analisi è la definizione dello statuto del *civis Romanus*, titolare di capacità giuridica, partecipe del *ius civile*. Accanto ai *cives*, lo schema tripartito del mondo romano comprendeva i *Latini* e i *peregrini*. I primi erano più vicini alla cittadinanza romana. I *peregrini*, invece, restavano estranei al *ius civile*, sebbene l'istituzione del *praetor peregrinus* e l'elaborazione del *ius gentium* abbiano consentito l'emersione di un diritto applicabile anche a loro, in particolare in materia commerciale.

Successivamente l'A. introduce il passaggio alla fase imperiale (che sarà ripresa più avanti), soffermandosi sulla trasformazione delle prerogative civiche: le funzioni politiche si svuotano, ma la cittadinanza continua a costituire un requisito fondamentale per l'accesso all'esercito, al senato e alle garanzie previste dall'ordinamento.

Il *ius civile* resta prerogativa dei cittadini, anche se si osserva una tendenza all'uniformazione tramite concessioni sempre più numerose, soprattutto nelle province. Le città provinciali, in particolare in Occidente, possono ricevere lo *status* di *municipium Latinum*; i singoli individui possono essere insigniti della *civitas* per meriti, legami personali, cariche pubbliche.

L'A. interpreta lo sviluppo della *civitas* romana attraverso le categorie moderne di inclusione ed esclusione, mutuate dalla sociologia e dalla scienza

politica. È innegabile che, come viene sostenuto, il diritto di cittadinanza romana abbia costituito il più formidabile dispositivo di integrazione della popolazione dell'impero.

L'indagine si concentra quindi sulla posizione dei Latini nel sistema romano, ponendo l'accento sulla dimensione pubblica e privata della loro condizione giuridica e sulla complessa evoluzione delle categorie di *commercium*, *conubium*, *ius migrandi* e *ius suffragii*.

R. descrive con chiarezza il modo in cui Roma si sia andata progressivamente affermando come Stato egemone all'interno del mondo latino, trasformando i tradizionali legami federali in rapporti di subordinazione giuridica e politica. Particolare rilievo viene ovviamente attribuito al *foedus Cassianum*, vero fondamento di un antico diritto comune tra Roma e le altre città latine.

Quanto a *commercium* e *conubium*, si trovano puntuali riferimenti alla storiografia contemporanea e alle fonti giuridiche (in particolare i *Tituli ex corpore Ulpiani* e le *Institutiones* di Gaio). Il *commercium* è delineato come la capacità dei Latini di una comunità di compiere atti negoziali validi secondo il diritto di un'altra comunità latina. Si includono gli atti di trasmissione patrimoniale e successoria, anche se a mio parere su quest'ultimo aspetto è lecito nutrire alcuni dubbi, in base a quanto si apprende da Cicerone sul *ius XII coloniarum*.

Il *conubium* è definito come il presupposto giuridico della formazione del *iustum matrimonium*, cui si collegavano la *patria potestas* (in caso di padre romano) e la trasmissione dello *status* ai figli. In questa ricostruzione, R. difende l'idea (mommseniana) di una comunanza antica e strutturale di tali diritti tra Latini e Romani, pur riconoscendo che il loro esercizio sia stato nel tempo soggetto a fluttuazioni e a restrizioni, come accadde dopo la fine del *Latium vetus* nel 338 a.C.

Particolarmente interessante è l'analisi del *ius migrandi*. R. avanza una discussione approfondita della storiografia e rilegge criticamente le argomentazioni di B.G. Niebuhr. Ne analizza la fortuna nella romanistica europea, mostrando come tale costruzione abbia influenzato profondamente autori come Mommsen, Willems, Steinwenter, Kaser, Castello e altri. Appare accolta l'ipotesi secondo la quale Dionigi di Alicarnasso usò il termine *isopoliteia* applicando la semantica greca alla situazione romana, in un modo non perfettamente còlto dall'interpretazione niebuhriana.

In modo sistematico è affrontata l'organizzazione del territorio italico dal 338 a.C., data cruciale per l'inizio dell'egemonia romana sull'Italia centro-meridionale. La riflessione si concentra sulla varietà di statuti giuridici impiegati

da Roma per integrare le diverse comunità italiche: *municipia optimo iure*, *municipia sine suffragio*, *coloniae civium Romanorum*, *coloniae Latinae*, *civitates foederatae*, *praefecturae*. L'A. indaga ciascuna di queste categorie in relazione alla sua funzione politica e giuridica all'interno del progetto romano di unificazione territoriale.

Particolare attenzione è riservata alle *civitates sine suffragio*. R. discute le diverse interpretazioni proposte al riguardo dalla storiografia contemporanea. Contrappone l'idea di un modello razionale e progressivo d'integrazione, difeso da studiosi come M. Humbert, all'approccio più critico di H. Mouritsen, il quale ritiene che non vi fosse un piano coerente ma piuttosto che siano state escogitate soluzioni contingenti e differenziate, talora punitive, talaltra premianti. L'A. si muove consapevolmente fra le fonti letterarie (soprattutto Livio, Velleio, Cicerone, Festo) e la giurisprudenza romana, ponendo l'accento sui meccanismi di trasferimento del *ius civile* alle comunità integrate.

Il testo passa poi ad analizzare le *coloniae Latinae*, che dopo il 338 a.C. divennero uno dei principali strumenti di romanizzazione dell'Italia. R. esamina i meccanismi della loro fondazione, la perdita della cittadinanza da parte dei coloni romani, i diritti e i doveri dei loro cittadini. Si sofferma sui legami di *commercium* e *conubium*, sull'eventuale esercizio del c.d. *ius migrandi*, sull'assetto delle magistrature locali, sulla partecipazione a forme di diritto municipale, e sull'assimilazione del *ius civile* romano da parte delle colonie. Viene anche a ragione valorizzata la funzione romanizzante dell'amministrazione della giustizia in sede locale (in particolare attraverso i *praefecti iuri dicundo*).

A proposito del periodo graccano, si sottolineano le trasformazioni che esso innescò nei rapporti tra Roma e i Latini. Il punto di partenza è la *lex Iunia*, rogata nel 126 a.C. dal tribuno M. Giunio Penno, la quale sembra aver mirato all'espulsione dei *peregrini*, ma non dei Latini. R. sottolinea come tale misura incontrasse la critica tanto di Gaio Gracco quanto di Cicerone, i quali – pur distanti politicamente – denunciavano la chiusura verso gli stranieri come indice di miopia politica.

In questo clima di tensioni si inserisce la figura del console M. Fulvio Flacco, promotore nel 125 a.C. di un progetto di legge mirante a concedere la cittadinanza romana a tutti i *socii* italici. Il fallimento della proposta, accompagnato dalla repressione violenta della rivolta di *Fregellae*, mostra i limiti del sistema romano nel gestire le spinte all'integrazione che provenivano dalle comunità federate.

R. si sofferma con attenzione sull'istituto della *provocatio ad populum*. Di rilievo è l'osservazione che questo diritto, limitato ai *cives Romani*, fosse oggetto

di particolare attenzione da parte dei Latini, desiderosi di beneficiarne.

Il nucleo centrale di questa parte della trattazione è dedicato al *ius adipiscendi civitatem per magistratum* nelle *coloniae Latinae*. R. esamina criticamente la documentazione relativa, con particolare attenzione al commento di Asconio e alla *lex repetundarum*. L'analisi, sostenuta da un ampio apparato di fonti epigrafiche e letterarie, consente di ricostruire la natura di questo diritto, quale premio all'*élite* politica delle comunità latine. L'A. discute a fondo il dibattito storiografico sulla cronologia e sulla natura di questo *ius*. Accanto all'ipotesi mommseniana della sua esistenza già dal 268 a.C., ella esamina la tesi – fatta propria da studiosi quali Tibiletti, Luraschi, Sherwin-White e Coşkun – secondo cui tale diritto sarebbe stato introdotto dopo la repressione di *Fregellae*, come forma di compensazione verso i Latini.

Altri studiosi, tra cui Galsterer e Sisani, ne collocano l'introduzione solo con la *lex Pompeia* dell'89 a.C., negando l'effettività di un tale diritto prima del conferimento della cittadinanza agli Italici. Il passaggio più rilevante di questa parte del lavoro è quello relativo alla *lex repetundarum* (123/122 o, forse, 121 a.C.), quale fonte normativa per il riconoscimento della cittadinanza ai magistrati latini. In essa R. individua, nonostante il testo frammentario, una struttura che distingue tra Latini che avevano già esercitato una magistratura – e che avrebbero ottenuto la cittadinanza – e quelli che non lo avevano fatto, ai quali venivano offerte garanzie surrogate, quali la *provocatio*, l'esenzione dal servizio militare, l'esenzione da tributi. Non sono però convinto della riuscita del tentativo, compiuto dall'A., di dimostrare la risalenza del *ius Latii* a epoca anteriore all'89 a.C. Mi pare più probabile che la sua introduzione sia successivo alla *lex Pompeia de Gallia citeriore*. Mi persuade invece pienamente l'idea, del tutto coerente con i dati a noi noti, che, in base al *ius Latii*, il passaggio dallo *status* latino a quello romano avvenisse *post magistratum*, su istanza del soggetto interessato.

Si analizza dipoi il complesso normativo che sancì la conclusione della guerra sociale (91-87 a.C.) e si riflette sulle conseguenze giuridiche dell'inclusione delle popolazioni italiche nel corpo civico romano. Si attribuisce alla *lex Iulia* l'«offerta» della cittadinanza romana a tutti i *socii* italici che fossero rimasti fedeli a Roma o avessero deposto le armi entro un certo termine. L'A. accede all'opinione, oggi direi accertata, secondo la quale la legge non solo comportava l'attribuzione formale della *civitas Romana*, ma prevedeva anche la trasformazione in *municipia* delle comunità beneficiarie, con le conseguenti implicazioni giuridiche e istituzionali.

Particolare rilievo è dato alla questione del *fundus fieri*, ovvero l'adesione

delle comunità al diritto romano. Il caso delle città greche di *Neapolis* ed *Heraclea*, ove il dibattito fu acceso, evidenzia l'alternativa tra il mantenimento di un'ampia autonomia e l'acquisizione della cittadinanza. R. conclude che la totalità dei *socii* finì per accogliere la legge e ottenere la cittadinanza, sia pur con modalità e tempi diversi. L'A. accoglie la distinzione da me proposta in passato tra *fundus fieri* «selettivo» (limitato a singole leggi) e *fundus fieri* «generale» (implicante l'adozione dell'intero *ius civile* romano), che ancora mi convince.

Viene analizzata l'annosa questione dell'assegnazione dei nuovi cittadini alle tribù. Fonti divergenti come Velleio Patercolo e Appiano hanno dato adito a interpretazioni contrastanti: da un lato l'ipotesi di un'iniziale iscrizione in sole otto o dieci tribù (per limitarne l'impatto politico), dall'altro quella dell'assegnazione diretta a tutte le tribù. R. discute la questione con grande attenzione, mettendo in rilievo il ruolo dei censori e l'eventuale funzione di registri locali. Conclude, pur con le cautele dovute alla scarsità delle fonti, e con opinione che forse potrebbe essere rimeditata, che vi sia stata un'evoluzione rapida verso la piena equiparazione dei *novi cives*, anche nell'accesso al voto nei comizi tributi e centuriati.

Ampia trattazione è riservata alla *lex Plautia Papiria* (89 a.C.). R. respinge in modo del tutto convincente l'interpretazione estensiva data da alcuni autori secondo cui questa legge avrebbe concluso l'integrazione di tutti gli italici e insiste sulla sua natura residuale e sull'effettiva applicazione solo a un gruppo circoscritto di persone, in linea con la testimonianza di Cicerone nella *Pro Archia*.

Il successivo segmento dell'opera si concentra sulla politica di concessione della cittadinanza attuata da Giulio Cesare e sulle sue articolazioni funzionali. R. affronta anzitutto la concessione del diritto di cittadinanza romana alle comunità della Gallia Cisalpina nel 49 a.C. Essa viene presentata come l'esito di un processo già avviato anni prima e saldamente connesso agli interessi politici di Cesare.

Il proconsole si era creato un solido rapporto con i Transpadani e la loro promozione a *cives Romani* rappresentava per lui un importante rafforzamento del consenso. La misura sollevò forti timori tra gli *optimates*, *in primis* Cicerone, che vi intravvedevano un atto sovversivo, non solo per l'alterazione degli equilibri politici interni, ma anche perché – come Cicerone scrisse – quella popolazione non era ritenuta ancora «pronta» per la cittadinanza romana.

Cesare, osserva R., fondò parallelamente nuove colonie romane in Transpadania, dando così forma a una rete urbana che costituì la base territoriale della romanizzazione settentrionale, come ampiamente mostrato dalle

ricerche di G. Luraschi. Il medesimo modello venne poi applicato su scala più ampia. Alle province extra-italiche, dotate di propri ordinamenti e governatori, venne affiancato un sistema di concessioni mirate della cittadinanza o della *Latinitas*, sia a intere città, sia a individui meritevoli, secondo una logica di selezione elitaria.

L'A. sottolinea anche le ben note difficoltà terminologiche legate all'uso della parola *oppidum*, generalmente impiegata da Plinio il Vecchio per designare ogni tipo di centro urbano, senza che ciò corrispondesse a un preciso statuto giuridico (secondo l'opinione che è stata propugnata in tempi recenti, tra altri, da E. García Fernández e da D. Espinosa Espinosa, e che ritengo condivisibile). È quindi necessario distinguere le colonie vere e proprie dai centri *adtributi* o «ignobili», che potevano godere di benefici (*commercium*, forse *conubium*), ma non erano dotati di autonomia politica.

Cesare appare inoltre all'A. come l'artefice di una politica sistematica di municipalizzazione, secondo quanto sarebbe attestato dalla *lex Iulia municipalis*, che R. considera con buona probabilità attribuibile a lui e databile al 45 a.C., in base alla *Tabula Heracleensis*. Essa avrebbe mirato a uniformare lo statuto delle colonie e dei *municipia* già esistenti, anticipando il progetto poi proseguito da Augusto. Questa trattazione lascia tuttavia spazio a qualche dubbio, come indicano le ricerche di S. Sisani.

Segue nell'esposizione l'esame della condizione latina nelle dodici colonie, con accesso al *commercium* e all'*hereditas*. R. sottoscrive l'idea secondo cui né la libertà né la cittadinanza potevano essere sottratte a un individuo senza la sua volontà, salvo casi rigidamente tipizzati e analizzati, prendendo spunto da alcuni studi recenti (di U. Laffi soprattutto). Si propone quindi un'attenta interpretazione delle questioni giuridiche sottese alla *Pro Archia* e al principio dell'esclusività del diritto di cittadinanza romana nella *res publica*. Tuttavia, si sottolinea, già con Cesare e ancor più con Augusto, si aprì la strada alla tolleranza della doppia appartenenza, sia per motivi amministrativi sia per cooptare le *élites* locali.

Il capitolo seguente si apre con una riflessione sull'ambigua posizione giuridica dei liberti, i quali, pur non esclusi dalla cittadinanza, subirono tentativi di limitazione dei diritti politici da parte di alcuni censori o tribuni. Tuttavia, R. mostra a ragione come la piena inclusione dei liberti nel corpo civico sia stata sempre sanzionata in modo chiaro sul piano giuridico: essi furono iscritti nelle tribù e nelle centurie, sebbene in quelle meno influenti.

Si giunge così alla parte del volume dedicata alla ricostruzione della *civitas Romana* nell'età imperiale, in particolare tra Augusto e la *Constitutio Antoniniana*

del 212 d.C. R. si propone di indagare non solo i mutamenti giuridici prodotti dal nuovo ordinamento, ma anche la continuità e le discontinuità nel significato stesso della cittadinanza all'interno dell'ideologia imperiale.

Si prendono le mosse dal progetto augusteo di organizzazione delle province e di sistematizzazione dei municipi e delle colonie. Il principe si presentò come il garante della tradizione repubblicana, ma allo stesso tempo modificò profondamente la grammatica della cittadinanza: essa diventò uno strumento funzionale alla cooptazione delle *élites* locali, e tuttavia sempre più scollegato dalla partecipazione politica effettiva. R. sottolinea che, se in età repubblicana il *ius suffragii* e il *ius honorum* erano l'essenza stessa della *civitas*, con Augusto la cittadinanza si ridusse a uno *status* personale connesso a specifici benefici, ma svuotato di contenuto attivo. In questo quadro, è valorizzata la definizione augustea dell'unità giuridica della penisola, che si completò mediante l'integrazione di molte *civitates*. La distinzione tra Italia e province, ancora netta nel I secolo d.C., cominciò ad attenuarsi sotto i Flavi.

La riflessione che segue è dedicata alla *lex Iunia* (secondo l'A.: *Iunia Norbana*, a dispetto delle conclusioni raggiunte da M. Balestri) e alle sue relazioni con la *lex Aelia Sentia*. R. svolge un attento riesame dei testi di Gaio, di Ulpiano e delle *Institutiones* di Giustiniano, per chiarire la cronologia della *lex Iunia*, collocandola (in accordo con la dottrina prevalente) al 19 d.C. I *Latini Iuniani* erano persone libere ma non *cives Romani*, collocati in una zona grigia tra schiavitù e piena cittadinanza. Potevano esercitare alcuni diritti civili (come il *commercium*), ma non altri (ad esempio, la *tutela testamentaria*, né godevano della *testamenti factio*). Il loro *patronus* conservava diritti successori analoghi a quelli sul *peculium* dello schiavo, poiché i *Iuniani* non avevano la piena capacità di disporre del proprio patrimonio. Un passaggio importante è dedicato alla cosiddetta *iteratio*, cioè la possibilità, per un *Iunianus*, di ottenere la *civitas Romana* tramite una seconda manomissione conforme al *ius civile*. Questa procedura, insieme alla possibilità di ottenere la cittadinanza per *beneficium principis* (come dimostrano alcune lettere di Plinio il Giovane a Traiano), costituiva il principale canale di promozione giuridica per i *Latini Iuniani*. Viene affrontata la questione dei figli dei *Latini Iuniani*: questi, di regola, non ereditavano la *civitas* dal padre, ma potevano conseguirla se quest'ultimo fosse stato manomesso una seconda volta in forma regolare. Questa norma dimostra quanto lo *status civitatis* fosse legato non alla libertà in sé, ma al modo in cui essa veniva giuridicamente riconosciuta. La conclusione sul punto è affidata a una riflessione sul declino della categoria dei *Latini Iuniani*. Con l'aumento della flessibilità legislativa e la crescente estensione della cittadinanza imperiale, la loro posizione divenne sempre più

marginale.

Va segnalato, nel successivo segmento del volume, un approfondito esame della questione della cittadinanza romana nella sua dimensione municipale, con particolare attenzione alla documentazione epigrafica proveniente dalle province occidentali, e alla trasmissione concreta del *ius civitatis* nei secoli I e II d.C. La studiosa apre con una riflessione sul concetto di *origo municipalis* e sull'importanza dei municipi come luoghi costitutivi dell'identità civica. Sottolinea che, a partire da Augusto, la vita civica dei *municipia* provinciali fu strutturata in modo sempre più conforme al modello romano, pur con margini di adattamento locale. I municipi divennero così strumenti essenziali per la diffusione del diritto romano e della cittadinanza.
La fonte privilegiata per questa ricostruzione è rappresentata da iscrizioni funerarie, votive od onorarie, molte delle quali riportano formule ricorrenti come *ex decreto decurionum*, *civis Romanus ex municipio*, *adlectus inter decuriones*, ecc. R. discute in particolare il significato giuridico di queste espressioni, mostrandone la valenza performativa: esse non solo attestavano uno *status*, ma talora erano state parte attiva del suo conferimento. Si segnalano iscrizioni provenienti da Spagna, Gallia e Africa proconsolare, con particolare attenzione alla terminologia latina usata per indicare le forme di accesso alla cittadinanza, al senato municipale, o ai benefici della *Latinitas*.

Successivamente, la studiosa affronta la questione dell'*adtributio*, che giustamente è vista come un istituto che consentiva l'integrazione di entità giuridicamente non romanizzate in strutture municipali esistenti, pur senza trasformarle in colonie o in nuovi *municipia*. Era uno strumento di inclusione graduata, che, pur conservando le differenze identitarie locali, inseriva i soggetti nell'orbita civica romana.

Ampia parte del testo è dedicata alla determinazione dello *status* dei figli nei casi di matrimoni misti tra cittadini, Latini e *peregrini*. Si esamina la *lex Minicia*, la quale dispose la trasmissione dello *status* inferiore ai figli in mancanza di *conubium* e rappresentò una restrizione del principio di *ius gentium*. Una sezione importante è dedicata alla possibilità che uno dei coniugi avesse contratto matrimonio in buona fede ignorando lo *status* inferiore dell'altro. In questi casi, *ex senatoconsulto*, era ammessa la sanatoria del matrimonio e la concessione della cittadinanza ai coniugi e ai figli. Tale provvedimento, sottolinea R., si applicava in modo ampio e flessibile anche ai Latini, e in certi casi perfino ai *peregrini*, mostrandosi con ciò una forte apertura politica alla regolarizzazione civica degli elementi romanizzati. Il cap. 21 della *lex Irnitana* appare all'A. coerente con l'idea che le relazioni matrimoniali tra Romani e

Latini potessero godere in certi casi di *conubium*, e che, dunque, la pretesa esclusione generalizzata fosse infondata. È esaminata anche la normativa adrianea sulla condizione giuridica dei figli nati da unioni miste.

Si tratta quindi della registrazione della cittadinanza romana attraverso il sistema delle *professiones*, dei diplomi militari e degli archivi municipali. Viene enfatizzato il ruolo della documentazione nella verifica dello *status civitatis* e dell'età dei soggetti, e si cita il caso di S. Paolo per illustrare le conseguenze concrete del possesso (e della prova) della cittadinanza.

È poi proposto un affresco ampio e appassionato dell'ideologia della cittadinanza romana nel mondo greco-orientale, attraverso l'esame delle testimonianze di Dione Crisostomo, Elio Aristide e Cassio Dione. R. sottolinea come questi letterati, appartenenti all'*élite* greca, vedessero nella *civitas Romana* uno strumento di universalismo, tale da superare il dualismo tra Roma e le *poleis*.

La cittadinanza diventava la base di una nuova «*kosmopolis*» in cui le distinzioni etniche e giuridiche erano assorbite in un'identità condivisa. Si muove da un confronto strutturale tra Oriente e Occidente romano: se nel primo, fortemente ellenizzato e dotato di una lingua comune e di una cultura omogenea, il diritto locale sopravvisse più a lungo, nel secondo, più frammentato, l'imposizione del modello romano fu più diretta. R. sottolinea che in Grecia e in Asia Minore i Romani rispettarono l'ampia autonomia delle *poleis*, consentendo loro di mantenere un proprio diritto e una propria giurisdizione, salvo che in ambiti riservati (politica estera, pene capitali). Vengono citati anche atti normativi particolari, come, per l'età repubblicana, la *lex Rupilia* della Sicilia e l'editto di Cicerone in Cilicia, in cui si distingueva tra processi *inter peregrinos* (regolati dal diritto locale) e processi misti o tra Romani (regolati dal diritto romano).

Il principio della giurisdizione locale per le cause locali, con giudici scelti fra i membri della *polis*, costituiva un asse portante dei governi provinciali nella prassi repubblicana. L'A. dedica largo spazio alla *Tabula Contrebiensis*, un caso emblematico di convalida da parte del governatore provinciale in Spagna di una sentenza emessa in un processo tra comunità peregrine sulla base del diritto locale. Ciò mostra che l'impianto generale romano era compatibile con il pluralismo normativo, sia pur affermando la superiorità del processo romano. Lo stesso vale per gli *xenokritai*, giudici stranieri noti al diritto greco, e riorganizzati dai Romani come tribunali dediti all'amministrazione di una giustizia imparziale in ambiente provinciale.

Ampio spazio è riservato alla lingua del diritto: il latino rimase la lingua

ufficiale della legislazione e degli editti anche nelle province greche, pur con alcune eccezioni. La loro comprensione avveniva per il tramite di specialisti bilingui (*nomikoi*, *ekdikoi*). Il rescritto di Adriano ad Afrodisia è oggetto di un'importante riflessione: esso distingueva tra le controversie interne alla *polis* (risolte localmente) e quelle inter-poleiche (deferite a giudici romani). In tal modo si affermava una giurisdizione progressivamente centralizzata, che però continuava a rispettare le strutture locali. Il riconoscimento delle consuetudini locali come fonte secondaria era subordinato alla loro compatibilità col diritto romano.

La *Constitutio Antoniniana*, con l'estensione formale della cittadinanza romana a tutti gli abitanti liberi dell'Impero, viene presentata come atto culminante ma non rivoluzionario. Già sotto Adriano e Antonino Pio ampie porzioni del mondo provinciale avevano ottenuto la cittadinanza o la *Latinitas*. L'editto di Caracalla rappresentò la formalizzazione giuridica di una realtà di fatto. In queste dense pagine, R. insiste sul fatto che l'universalizzazione della cittadinanza non comportò la piena omologazione dei diritti e che esistevano differenze tra la *civitas Romana* «di vecchio conio» e quella attribuita universalmente dopo il 212 a.C.

Ciò si vede sia nella gerarchia interna tra ordini (senatori, cavalieri, curiali, plebe), sia nella persistenza di pratiche giuridiche locali, anche in ambito matrimoniale e successorio. Un punto significativo dell'analisi è reativo al modo con cui la cittadinanza, da strumento d'integrazione selettiva, diventò anche espressione di un inquadramento in campo fiscale: l'estensione della *civitas* a tutti i sudditi dell'impero coincise con l'attribuzione di obblighi tributari.

L'A. respinge però l'idea che la *Constitutio* sia stata un atto puramente fiscale: il suo valore simbolico e ideologico rimane fortissimo, e segna l'inizio di una nuova concezione dell'appartenenza all'impero. L'A. dedica ampio spazio al dibattito sull'autenticità delle espressioni presenti nel papiro di Giessen, con particolare attenzione alla clausola *χωρὶς τῶν δεδειτικίων*, il cui significato e il cui valore normativo sono al centro di un acceso confronto storiografico. R. riassume le posizioni divergenti della dottrina moderna: da una parte coloro che sostengono un'esclusione effettiva (come G. Segré), dall'altra chi, come V. Marotta, nega validità giuridica alla formula perché ritenuta incongrua e imprecisa. L'A. evidenzia come l'interpretazione della clausola incida sulla comprensione del provvedimento imperiale.

L'ultima parte del volume è dedicata alla questione, di centrale portata teorica e istituzionale, del rapporto tra diritto romano e diritti locali nel periodo successivo alla *Constitutio Antoniniana*. L'indagine di R. si concentra in

particolare su una domanda fondamentale: quale sorte subirono, dopo il 212 d.C., i diritti locali che avevano sin lì coesistito con l'ordinamento romano?

L'A. muove da una premessa metodologica: il riconoscimento della cittadinanza romana agli individui liberi dell'Impero non coincise necessariamente con l'imposizione uniforme del diritto romano in tutti gli ambiti della vita civile e pubblica. Si prendono dunque le distanze dalla tesi classica di L. Mitteis, secondo cui la *Constitutio Antoniniana* avrebbe implicato la fine automatica dei *Volksrechte*. Al contrario, l'A. sostiene che gli ordinamenti locali, spesso stratificati e consuetudinari sopravvissero formalmente ancora per alcune generazioni.

La prova di questa sopravvivenza viene individuata, da un lato, nella clausola del testo conservatoci nel *P.Giss.* 40, I – dove si afferma il mantenimento del diritto dei *politeumata* – e, dall'altro, nelle numerose iscrizioni e nei documenti notarili che attestano l'uso persistente di formule e categorie giuridiche locali anche nel corso del III secolo d.C. Tuttavia, tale permanenza era formalmente compatibile con una sostanziale erosione della capacità normativa autonoma. Una sezione centrale di questa parte dell'analisi è riservata al ruolo del processo giudiziario come veicolo di unificazione normativa. R. osserva che il diritto romano si impose meno per via normativa che per via processuale, penetrando in profondità nel tessuto civile delle province attraverso la prassi giudiziaria.

L'A. considera alcuni casi regionali significativi. In Asia Minore, nonostante il prestigio delle tradizioni elleniche, si assisté a una progressiva adozione delle strutture giuridiche romane, testimoniata da numerose epigrafi contenenti clausole fidecommissarie, formule testamentarie latine e riferimenti al *dominium plenum*. In Egitto la transizione fu più lenta: mentre nel I e nel II secolo d.C. il diritto egizio continuava a regolare i contratti, i matrimoni e le eredità, dal III secolo d.C. si nota un'accelerazione nella scomparsa delle formule tradizionali, sostituite progressivamente dai modelli romani.

Significative sono le riflessioni di R. sul pensiero giuridico e politico del III secolo d.C. A partire dalle testimonianze di Menandro Retore, l'A. sottolinea che nel tardo Impero la cittadinanza romana non fu più percepita come identità esclusiva, ma come matrice universalizzante, capace di assorbire le appartenenze locali.

Nel tratto conclusivo dell'opera, R. si concentra su alcune conseguenze della «romanizzazione giuridica», per così dire, del mondo provinciale: insiste sull'idea che il fenomeno non debba essere letto come una semplice estensione tecnica del diritto romano, ma come una svolta concettuale profonda nella storia

del diritto. La scomparsa progressiva delle autonomie locali e dei diritti particolari segna l'inizio di una nuova configurazione dello spazio giuridico.

In conclusione, il volume R. si presenta come un ambizioso tentativo di ripensare, nella sua interezza e nei suoi snodi più delicati, la storia e l'ideologia della cittadinanza romana, proponendo un itinerario che non si limita alla ricostruzione cronologica, né all'elenco delle fonti e dei provvedimenti normativi, ma coglie il significato politico e culturale della *civitas* nel suo divenire. L'opera si distingue per un'ampiezza di respiro e, al tempo stesso, per una molteplicità di approfondimenti, che questa recensione solo in parte ha potuto far risaltare.

Non mi sembra che vi sia alcuna tematica importante inerente alla cittadinanza, che nel libro non sia stata esaminata. Traspare dal complesso una chiara volontà di sintesi, sicuramente meritoria. Uno dei pregi risiede nell'attenzione continua al rapporto tra norme giuridiche e strutture sociali. R. ha mostrato con coerenza che la *civitas* non fu mai una categoria giuridica neutra, bensì ebbe sempre la natura di strumento di inclusione selettiva, per esigenze di controllo.

Queste caratteristiche non soltanto rendono l'opera recensita un punto di riferimento imprescindibile per ogni futura indagine scientifica sulla cittadinanza romana, ma anche, in virtù della sua natura enciclopedica, la indicano come uno strumento di consultazione essenziale per chiunque intenda conoscere o approfondire un singolo aspetto specifico della materia.

Milano, giugno 2025.

PIA STARACE*

*La dimensione etica della utilitas nella interpretazione dei giuristi romani di età classica***

La recentissima *Wortmonographie* di Joanna Kulawiak-Cyrankowska, pubblicata in traduzione inglese, pone al centro della riflessione il criterio della *utilitas*, alquanto ricorrente nella interpretazione dei giuristi romani in forme (aggettivali, avverbiali, nominative) e impieghi diversi, talvolta accompagnato da genitivi che ne specificano il campo di riferimento, talvolta accostato ad altre espressioni, in contesti e con sfaccettature molteplici.

Data la vastità dei riferimenti disseminati nei testi giuridici[1], l'autrice delimita la sua ricerca, come il titolo illustra, alla *utilitas* nell'ambito della interpretazione giurisprudenziale, e più precisamente alle pronunce formulate esplicitamente *utilitatis causa*, circoscrivendo l'arco temporale di riferimento all'età classica.

L'intento di delineare la portata dell'*utilitas* nel pensiero giuridico romano viene perseguito collocando tale categoria entro la cornice più ampia della tradizione intellettuale filosofica e retorica da cui ella attinge testimonianze selezionate all'uopo, nella persuasione che i confini fra questi ambiti culturali non fossero affatto rigidi nell'antichità a dispetto di quanto possano apparire oggi.

Tale approccio si presenta come differente da quello degli studi preesistenti rispetto ai quali l'autrice mostra una considerevole padronanza bibliografica discutendo le tesi che reputa più significative sin dalla parte introduttiva dove espone lo stato attuale della ricerca con le sue variegate visioni, entro cui ritaglia le linee argomentative e metodologiche che intende seguire nella esposizione.

Il panorama dei contributi che si sono occupati del tema, quando non direttamente, in profili particolari, è parecchio cospicuo[2]. Essi vengono sostanzialmente raggruppati entro due filoni dottrinali: uno per lo più orientato a

---

* Professore associato. Università degli studi di Bari 'Aldo Moro'. Abilitata alle funzioni di professore di I fascia

** A proposito di J. KULAWIAK- CYRANKOWSKA, *Utilitas in Roman Jurists' Legal Interpretation*, «Postdamer Altertumwissenschaftliche Beiträge, 88» (Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2025) p. 262.

[1] Se ne dà conto in cifre nella tab. 2, p. 222.

[2] Per uno studio globale della tematica, si rimanda al ricco apparato bibliografico di cui è corredata la monografia. In questa sede mi limiterò a richiamare in nota taluni contributi a supporto degli spunti di riflessione scaturiti dalla mia lettura del volume, ben consapevole della complessità del tema.

riconoscere nel richiamo dei giuristi all'*utilitas* un valore puramente pragmatico, ossia volto a soddisfare ragioni pratiche, l'altro orientato a ravvisarvi una portata prettamente teleologica, ossia volta al perseguimento caso per caso di determinate finalità. Pur considerando valide e imprescindibili entrambe le chiavi di lettura, l'autrice ritiene che esse non siano sufficienti a spiegare pienamente e adeguatamente le peculiarità delle pronunce *utilitatis causa* esaminate nella sua ricerca dalla quale - avvisa il lettore – sono esclusi quei testi in cui ricorrono espressioni come *commodum, publice interest* o *publice expedit* che rimandano a un significato lato della *utilitas* come beneficio o interesse.

Sulla base di tali premesse la studiosa si ritaglia un suo spazio di originalità nell'analisi del tema, avvertendo la necessità di esperire altre strade rispetto a quelle sinora percorse, per la comprensione approfondita della portata dell'*utilitas* nelle soluzioni da parte dei giuristi, secondo una prospettiva particolarmente attenta ad includere le fonti filosofiche e retoriche, dall'analisi delle quali ritiene possa constatarsi tangibilmente in che modo e misura entrino in gioco, in stretta connessione con l'*utilitas*, valori come l'*honestas*, la *iustitia*, il *bonum*, l'*aequitas*.

Spunto suggestivo da cui il discorso prende le mosse per giustificare la significativa incidenza che il concetto di *utilitas* in quanto evocativo di una dimensione valoriale, ha avuto nel pensiero giuridico, riviene proprio da una fonte non giuridica, una frase di Orazio, *Sat.* 1.3.98: *Utilitas, iusti prope mater et aequi*, considerata una nitida e inequivocabile attribuzione alla *utilitas* della sua essenza di matrice, origine, madre del giusto e dell'equo.

Molto utilizzate anche le testimonianze ciceroniane estrapolate da opere sia di natura filosofica, sia retorica, sia oratoria. In Cicerone, del cui pensiero, pur manifestato con grande varietà di modulazioni nella sua vasta produzione intellettuale, senza dubbio è riconoscibile una forte eco in non pochi momenti della riflessione di alcuni giuristi classici, si ritrova chiaramente l'idea della convergenza e interazione della *utilitas* con *ius/iustitia*, in un rapporto paritario per cui la norma giuridica era considerata giusta se percepita come utile e dove l'utilità era allo stesso tempo il movente per dare vita a una norma e lo scopo cui avrebbe dovuto tendere la stessa: dunque il *ius* appariva trattenuto nella cerchia dell'*utile*[3].

Questo discorso si presta ad un collegamento immediato con la famosa definizione celsina del *ius* come *ars boni et aequi* richiamata da Ulpiano nello studiatissimo frammento tratto dal primo titolo del primo libro delle sue *Institutiones* collocato in apertura del Digesto giustinianeo, rispetto alla quale viene messo in evidenza come l'utile risultasse sempre legato al buono ed equo nel

[3] Solo per fare alcuni esempi si v. Cic. *off.* 2.3.9-10; 1.31.7.9; Cic. *inv.* 2.53.160; 1.43.155; 1.7.20.

diritto romano, dal momento che tutte le arti perseguivano una finalità utile alla vita (*finis utilis vitae*)[4].

Lo studio poi entra sempre più nel vivo e si articola in una serie di dimostrazioni dell'assunto iniziale, inanellando una rassegna di testi giuridici scelti[5], sempre corredati di traduzione, rispetto ai quali poi sono illustrati il contenuto e il problema in oggetto, in funzione della spiegazione del ricorso alla *utilitas* da parte dell'autore di turno, costantemente riferibile a valori etici. Ciò, avendo fatto propria preliminarmente l'assunzione kaseriana della presunzione di autenticità delle fonti esaminate[6], pur dichiarando di non voler affatto eludere lo sforzo di considerare la *duplex interpretatio* ove si sospettasse l'eventuale intervento sul testo originario della mano compilatoria.

Il procedimento logico che l'autrice dichiara di adottare è quello 'a cascata', in cui ogni segmento della trattazione costituisce il presupposto di quello successivo, in una struttura concatenata che si tiene insieme in un blocco unitario, un impianto che denota una solida convinzione nella propria ipotesi di ricerca e nel contempo si mostra audace perché affronta l'insidia di funzionare nel suo complesso soltanto se ogni sua parte funziona e si incastra con tutto il resto.

Tra gli innumerevoli spunti di riflessione che questa monografia ha il pregio di suscitare, pongo in evidenza due dei passaggi più rilevanti e delicati della monografia, quelli che a mio avviso tengono insieme la trama dell'intero ragionamento in un costante contrappunto fra gli ambiti culturali, soprattutto retorico e giuridico.

Il primo riguarda la lettura di D.1.1.1.2 (Ulp. 1 *Inst.*), passo che, per quanto notissimo, trovo comunque utile riprodurre:

Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. privatum ius tripertitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus.

---

[4] È una espressione riassuntiva dello stretto nesso fra *ars* e *utilitas* che l'autrice rileva in una serie di passi di matrice filosofica (come Olymp, *In Grg* 12.1), letteraria (Cass. *Inst.* 2 *praef.* 4; Luc. *Par*. 4), oratoria (Cic. *Mur*. 23-24), retorica (Cic. *div*. 1.51.116; Quint. *Inst. or*. 2.17.1), grammaticale (Mar. Victorin. *Ars* GL 6, p.3 l.2-5; Pseudo-Asper *Ars maior,* GL 5, p. 547, l. 5).

[5] Degli ottantadue frammenti contenenti esempi di opinioni *utilitatis causa* - dato numerico che si desume da una delle tabelle collocate nella ultima sezione della monografia (n. 3 p. 223) - i passi non esaminati nel corpo della trattazione sono raccolti nell'appendice con traduzione e senza un commento esteso.

[6] Il riferimento è a M. KASER, *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung*, Wien-Köln-Graz, 1972.

Tale paragrafo del frammento ulpianeo di apertura del Digesto costituisce oggetto di riflessione mirata, in una certa misura autonoma e quasi separata rispetto ad una considerazione della trama complessiva del discorso condotto dal giurista in tutto D.1.1.1*pr.*-2[7].

Circa il genitivo *huius studii* l'autrice ritiene che *studium* non si identifichi con il *ius/ars* menzionato in precedenza, e che quel concetto non vada riportato al contesto degli studi giuridici, indicando invece un tipo di attività che comporta un impegno intellettuale intenso, persistente e appassionato che procura grande piacere in chi lo esercita (come nella definizione ricavabile da Cic. *inv.* 1.36)[8]. Il genitivo, alla luce di altri elementi riscontrabili, potrebbe intendersi come un genitivo di proprietà poiché è accompagnato dal verbo ausiliare *esse,* e rivestire il significato di 'avere una qualità', 'essere un segno, una manifestazione di qualcosa'.

La studiosa, nell'intento di segnare il passo rispetto alle analisi sinora condotte in dottrina aprendo una nuova prospettiva interpretativa, opera uno 'shift' nell'approccio a tale brano. Infatti, a suo avviso, il senso più autentico del discorso ulpianeo si riesce a cogliere pienamente non partendo dalle prime parole (che peraltro comporterebbero una ripresa di quanto detto in premessa), ma dall'espressione *positiones,* che deriva da *ponere* e, nel contesto di una attività realizzata diligentemente e con passione (*studium*), costituisce 'ciò che viene proposto per la considerazione', *fundamentum quo argumenta innituntur*[9]. In tale

[7] Per quanto notissimi, trovo opportuno riferire qui anche i paragrafi precedenti del passo ulpianeo, ai fini di una comprensione della trama del frammento nella sua interezza: D.1.1.1*pr.*-1:.*Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi. 1. Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes*.

[8] Cic. *inv.* 1.36: *Studium est autem animi assidua et vehementer ad aliquam rem adplicata magna cum voluptate occupatio* ... Secondo G. ARICÒ ANSELMO, *Ius publicum – Ius privatum in Ulpiano Gaio e Cicerone*, in *AUPA*, 37, 1983, pp. 454 e 473, proprio in linea con l'enfasi del discorso ulpianeo del §1, alla parola *studium* va attribuito proprio il senso ciceroniano espresso in *inv.* 1.36, di 'fervida applicazione', 'appassionata dedizione'. Dunque, *huius* sarebbe da intendersi come aggettivo dimostrativo e non come pronome riferito a *iuris*; e *huius studii* sarebbe espressione riassuntiva dei compiti a cui i giuristi si applicavano secondo la descrizione del §1 (*aequum ab iniquo separare, licitum ab illicito discernere*...). Tale significato è condiviso da G. FALCONE, *La 'vera philosophia' dei 'sacertdotes iuris'. Sulla raffigurazione ulpianea dei giuristi (D.1.1.1.1)*, in *AUPA*, 49, 2004, pp. 84 ss., il quale, peraltro ravvisa nell'incalzante ripetersi del participio presente nel§1 (... *separantes, ...discernentes, ... cupientes, ...affectantes*), l'accentuazione del quotidiano e incessante impegno dei giuristi verso la *iustitia* e l'*aequum*, che si esplica nei due ambiti del *ius publicum* e del *ius privatum.*

[9] Tale accezione di *positio* è tratta da E. FORCELLINI, *Lexicon Totius Latinitatis* III, Patavii,

significato parrebbe avvertirsi una eco del pensiero retorico greco, in particolare dei termini *thesis* e *thema* che convergono, con lievi differenze, nell'indicare la base degli argomenti. *Thesis* richiama le esercitazioni giovanili che nelle scuole greche si dicevano *progymnasmata*, esercizi che precedevano l'insegnamento specifico del retore, una pratica riscontrabile anche presso le scuole latine in forge un po' differenti (troviamo *propositum*, *consultatio* o *quaestio infinita* nel linguaggio di Cicerone), in cui si affrontavano problemi di carattere generale, punto di partenza per poi indagare le circostanze e l'essenza, ed elaborare una ipotesi con le relative argomentazioni a sostegno. *Thema*, invece, si riferisce alla questione di fatto e di diritto che introduceva una controversia, individuava l'oggetto della disputa e ne delimitava i confini a cui il retore doveva attenersi nella declamazione.

Insomma, le *duae positiones publicum* e *privatum* metaforicamente avrebbero ricalcato la coppia retorica *thesis* e *thema*, leggermente diverse ma assimilabili in quanto basi delle considerazioni esposte.

Dal momento che i destinatari delle *Institutiones* di Ulpiano erano coloro che si sarebbero dedicati a coltivare il diritto, i quali preliminarmente avrebbero intrapreso un percorso di formazione che dava importanza agli esercizi retorici e declamatorii[10], se ne trae che questo aspetto avesse giocato un ruolo non irrilevante nel discorso di Ulpiano.

Posto che le parole di Upiano lasciavano risuonare non poche nè trascurabili influenze retoriche, è proprio in ragione dei rilievi appena avanzati che vanno letti i termini *publicum* e *privatum*; essi coinciderebbero con le due *positiones studii* da cui derivano gli argomenti. Ella dice che si potrebbero tradurre non come aggettivi dello *studium* ma al neutro, come 'ciò che è pubblico' e 'ciò che è privato', il che renderebbe la lettura più semplice e diretta nel senso che le due *positiones* coinciderebbero con i pilastri fondanti delle deliberazioni dei giuristi. Essi attenevano ai due ambiti del diritto, accostabili rispettivamente, seguendo nella lettura del testo, il primo a *quod ad statum rei romanae spectat*[11] e *publice utilia,* e il secondo a *quod ad singulorum utilitatem* e *privatim utilia.* Inoltre, l'espressione

1805, p. 476.

[10] Nella ricostruzione di I. LANA, *Il primo approccio degli studenti romani con la legge alla scuola del retore*, in *Klio*, 61, 1979, pp. 89 ss., gli studenti pervenivano ad una cultura giuridica non attraverso uno studio specialistico e sistematico ma esclusivamente e sommariamente per la via della retorica.

[11] La definizione di *ius publicum* viene incentrata da Ulpiano non intorno al concetto di *utilitas*, come nel caso del *ius privatum*, ma dello *statum rei publicae*, il che potrebbe costituire il frutto di una precisa scelta volta a rimarcare un'idea di stabilità politico-istituzionale, proveniente da un giurista inserito nella macchina di governo. In questo senso, G. FALCONE, *Un'ipotesi sulla nozione ulpianea di ius publicum*, in M. BACCARI, C. CASCIONE (a cura di), *Tradizione romanistica e Costituzione* II, Napoli, 2006, pp. 1183 ss.

verbale *spectat ad* con riferimento sia alla *res publica* sia agli individui, sarebbe indicativa dell'impostazione teleologica ulpianea rivestendo il significato di 'tendere a qualcosa', 'mirare a raggiungere', 'andare in una certa direzione', proprio quella per cui l'*ars* dei giuristi veniva praticata nel senso del *bonum, aequum* e *utile*[12]. A questo punto l'autrice desume che l'*utilitas publica* e l'*utilitas privata* costituivano i due aspetti fondamentali su cui doveva concentrarsi l'attenzione di ogni giurista.

L'ispirazione del pensiero ulpianeo, così inteso, andrebbe ricercato in un passaggio particolarmente significativo della *Pro Murena* di Cicerone (*Mur.* 23-24), dove venivano esposte le ragioni per le quali a chi eccelleva nell'arte della guerra andava riconosciuta una *summa dignitas*. Si trattava altresì di un'attività improntata a una *summa utilitas* perchè tramite il consiglio sapiente e l'assunzione del rischio, costoro consentivano ai cittadini di godere sia di ciò che era pubblico che di ciò che era privato. Nella stessa orazione, su un fronte opposto, vi è la giurisprudenza come *ars imperfecta* perchè incapace di produrre simili benefici. L'autrice intende anche in questo caso sottolineare come l'*utilitas* contraddistinguesse ogni attività diligentemente coltivata[13].

---

[12] La traduzione risulterebbe la seguente: "Di questo impegno fervido e appassionato due sono i pilastri fondanti: ciò che è pubblico e ciò che è privato". Subito dopo però si specifica *publicum ius est*... quindi emerge inequivocabilmente che *publicum* è aggettivo da riferire a *ius*. Questo passaggio sembrerebbe tralasciato nel ragionamento, laddove l'autrice dà invece rilevanza all'oggetto di 'ciò che è pubblico', ovvero *quod ad statum rei romanae spectat*, e di 'ciò che è privato', ossia *quod ad singulorum utilitatem*, accomunati a suo avviso dal concetto di *utilitas* che riscontra essere confermato dalle parole immediatamente successive: *sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim*. A mio avviso la presenza della parola *ius* rende evidente che, mentre l'ambito del diritto definito pubblico si riferisce allo *statum rei Romanae*, quello denominato privato riguarda il conseguimento dell'interesse dei *cives* considerati *uti singuli*. Poi Ulpiano prosegue spiegando che alcune cose hanno una rilevanza collettiva mentre altre ne hanno una privata. E infine passa ad articolare ciò che attiene alla sfera pubblica del diritto con un elenco che parrebbe non esaustivo ma molto indicativo: il diritto sacro, i sacerdozii, le magistrature. Del diritto privato, invece, individua tre parti fondate rispettivamente sui precetti naturalistici, delle genti e civilistici. In proposito, G. FALCONE, *Un'ipotesi*, cit., p. 1193 s., osserva che tale precisazione non può dirsi dualistica dal momento che alla triade pubblica *in sacris, sacerdotis, magistratibus consistit*, è affiancata quella privata spiegata come il risultato di *praecepta naturalia, iuris gentium et civilia*. È probabile che Ulpiano avesse l'obiettivo di far rientrare i giuristi–*sacerdotes* (non a caso anteposti ai magistrati) a pieno titolo nel *ius publicum* che aveva di mira lo stabile assetto (così andrebbe inteso *statum*) della *res Romana*.

[13] Il richiamo alla *Pro Murena* di Cicerone per la forte rispondenza dei temi affrontati e delle modalità espressive adoperata costituisce con elevata probabilità l'oggetto della replica di Ulpiano in chiave antitetica, illuminante per cogliere il riferimento alla dedizione dei giuristi verso una *vera non simulata philosophia*. Tra i diversi contributi, nello specifico si segnala l'accurata riflessione di G. FALCONE, *La 'vera philosophia'*, cit., pp.1 ss. Una suggestione si ricava anche da Quintiliano (*Inst. or.* 12.3.9-12) che svaluta i giureconsulti considerandoli oratori falliti che per questo hanno declinato verso il diritto, o uomini pigri che hanno trovato rifugio nello studio delle formule dell'albo

Peraltro, *utilitas publica*[14] e *utilitas singulorum*[15] sia con riferimento alla tradizione intellettuale (ella annovera tra gli esempi rilevanti oltre ai passi di Cicerone, anche due passi di Tacito e di Marco Aurelio) sia al pensiero giuridico, sono considerate categorie complementari, affatto collidenti, anzi convergenti o persino coincidenti.

L'altro punto rilevante della trattazione è quello della riconducibilità delle pronunce giurisprudenziali *utilitatis causa* al terreno della contrapposizione fra interpretazione *pro scripto* e *contra scriptum*, uno schema molto utilizzato nella retorica, una sorta di *leit motiv*. Esempi si traggono dal *De inventione* di Cicerone (1.38.68-69), dove si esortano i giuridici ad intendere le leggi nella loro essenza, per equità, in ragione del bene comune, superando la rigorosa adesione alle formulazioni letterali; o anche in diversi passaggi quintilianei della *Institutio oratoria*, di cui viene esposto il contenuto (il testo viene citato in nota); e il retroterra di tale contrapposizione fra espressione letterale ed eccezione si riconduce alle categorie ermagoree (II sec. a.C.) *κατά ρετόν και υπεχαίρεσιν* (speculari rispetto a *dictum et exceptio*). Sicchè, attraverso la lente filosofico-retorica l'autrice constata come il superamento dell'interpretazione rigorosa della norma scritta in favore del prevalere della ragione più profonda alla base della norma stessa (la *voluntas legis*), il più delle volte coincida con l'apertura a principii e valori

---

pretorio e delle leggi, giustificandolo agli occhi altrui come più utile, e che si sono dati una infarinatura di filosofia, spesso facendosi passare per filosofi, dal momento che *philosophia simulari potest, eloquentia non potest*.

[14] *Utilitas publica* è espressione che ricorre massicciamente nei testi di età severiana. Affronta approfonditamente i numerosi risvolti del ricorso a tale criterio R. SCEVOLA, '*Utilitas publica*' II. *Elaborazione della giurisprudenza severiana*, Padova, 2012, p. 7 s. Con riguardo ai criteri limitrofi di *utilitas communis* e *utilitas rei publicae*, osserva che la giurisprudenza anteseveriana appariva poco interessata a impiegarli nella risoluzione di controversie privatistiche in quanto ritenute poco rilevanti ove occorresse cercare argomentazioni e ragionamenti per dare fondamento a una specifica interpretazione. Rileva altresì che «l'apparato concettuale utilitaristico di matrice ciceroniana attinente al discorso pubblico, avrebbe costituito fino al periodo identificabile con la monarchia di Marco Aurelio un presupposto indiscusso dell'assetto costituzionale, muovendo dalla pacifica adesione al quale si sarebbe assicurata la cornice indispensabile al perfezionamento delle transazioni private». Un mutamento può registrarsi in età domizianea per alcune influenze greche a livello di giustificazioni ideologiche di questioni giuridico-pratiche, ma è in età severiana che si manifesta una netta preferenza del concetto di *utilitas publica* rispetto alla *utilitas rei publicae* su tematiche nevralgiche per gli interessi dell'amministrazione imperiale (stato delle persone, tutela interdittale di luoghi pubblici, aggregazioni sociali e attività criminali).

[15] Nella lettura di G. ARICÒ ANSELMO, *Ius publicum*, cit., p. 460, l'*utilitas singulorum* dell'ulpianeo D.1.1.1.2 rileva solo ai fini della qualificazione del *ius privatum* e non anche del *ius publicum*, distinzione che non viene offuscata neppure dagli avverbi *publice* e *privatim* impiegati successivamente, i quali non qualificano il *ius* ma soltanto quella *utilitas* che prima è servita a determinare il concetto di *ius privatum* volendo intendere che essa può concorrere con un utile collettivo.

vantaggiosi tanto per i singoli quanto per la collettività.

La contrapposizione interpretazione *ex scriptione/non ex scriptione* può valere ovviamente solo rispetto ad una norma scritta e i retori fanno riferimento a quella. Invece, con riguardo al diritto romano, l'interpretazione contro la lettera della legge, precisa l'autrice, era più complessa data la diversità delle fonti giuridiche e delle loro origini: «Hence, the *ex utilitate, non ex litteris interpretari* approach should be understood more broadly, as an interpretation that departs from its literal and strict understanding of what is prescribed, prohibited and permitted, regardless of the source of law» (p. 127). Con questa considerazione ella trasla lo schema retorico all'ambito giuridico sovrapponendovi l'antitesi *ex utilitate/ex subtili et stricta ratione interpretari* che si esplica su diversi piani e con modalità peculiari, dove la chiave di volta è sempre costituita dall'*utilitas*. I giuristi vi ricorrevano, cioè, per rompere l'univocità di un'entità normativa o di un'espressione semantica, oppure per coprire un contesto più ampio con un certo termine, per modificare la cerchia dei destinatari di una norma giuridica, o anche per aiutare a sciogliere talune ambiguità. Accanto alla contrapposizione suddetta, colloca anche il sillogismo (o *ratiocinatio*), un procedimento interpretativo *ex sententia/aequitate/ voluntate/utilitate* che si distingue da quella precedente perché va oltre il testo normativo relativamente a situazioni in esso non contemplate, non invece contro le sue prescrizioni (Quint. *Inst. or.* 7.8.1). E vi fa rientrare una serie di testimonianze nelle quali il richiamo all'*utilitas* riveste lo scopo di colmare delle lacune normative dell'ordinamento.

In conclusione, l'autrice esprime la sua persuasione circa la corrispondenza ontologica fra l'*utilitas* giurisprudenziale e l'*utilitas communis* di tipo retorico e filosofico, a prescindere dalla esplicitazione del suo contenuto nelle diverse pronunce dei giuristi. Il criterio non rileverebbe, cioè, come manifestazione del loro pragmatismo rispetto ad una determinata soluzione, ma andrebbe osservato come concetto capace di rimandare alla regola fondamentale dell'interpretazione giuridica, riflettendo lo sforzo assiduo dei giuristi nel correggere interpretazioni rigorose e nel superare il dato letterale delle norme per fare spazio alla penetrazione dei principii etici. L'*utilitas* si dimostra dunque un criterio che ha plasmato l'intera pratica dell'interpretazione giuridica come elemento strategico del ragionamento giuridico per implementare e sviluppare creativamente il diritto, non riducibile al solo pragmatismo. Nella sua fusione costante col *bonum et aequum*, l'*utilitas* rappresenta un paradigma universale, uno strumento di pensiero poliedrico, guida per l'interpretazione giurisprudenziale, simultaneamente valida per creare diritto, in senso correttivo o con funzione di stabilizzazione o persuasione, una clausola generale valida sia per argomentazioni che comportano

una deviazione dalla regola, sia come norma supplementare nei casi di decisioni *utilitatis causa* accolte nel *ius receptum*, sì funzionale alla pratica ma soprattutto a tutto ciò che è *bonum et aequum*[16].

Non si può certo negare che nell'universo culturale dei giuristi, sin dalla loro formazione, vi sia una osmosi, una presenza forte, una traccia evidente di concetti di ascendenza retorico-filosofica. Effettivamente persino per l'*utilitas,* una nozione che riporta al piano 'economico' della riflessione, nelle numerose pronunce dei giuristi che vi si richiamano, il tipo di approccio è in termini non quantitativi ma qualitativi, potremmo dire sociologici, di importanza, di necessità, che pongono l'accento sulla dimensione valoriale. Non che i giuristi non fossero coscienti del carattere economico dei fatti loro sottoposti e neppure all'asciutto circa i meccanismi essenziali del mercato e della gestione finanziaria a cui eventualmente tali fatti andavano ricondotti, ma non ragionavano in chiave squisitamente economica[17] e impiegavano concetti appartenenti alla cultura filosofica, morale e retorica del mondo greco-romano, in cui l'*aequitas* spesso poteva giocare un ruolo rilevante[18].

Ma non per questo la prospettiva del giurista che ricorreva alla *utilitas* è la stessa del filosofo o dell'oratore. Questi ultimi osservano l'ordinamento giuridico (anche in polemica con i giuristi) da un punto di vista per così dire 'esterno', come sistema di norme che regolano i rapporti di una società a livello pubblico e privato insieme, con equilibrio e per il vantaggio di tutti in quanto singoli e in quanto collettività organizzata, non in termini pratici ma ideali, in un'ottica di onestà e correttezza. Ed è in quest'ottica che l'*utilitas* può assumere il valore di una componente inscindibile del diritto/ordinamento sia come motore, sia come

---

[16] Molto diverso il punto di vista di M. NAVARRA, *Ricerche sulla utilitas nel pensiero dei giuristi romani,* Torino, 2000, pp. 177 ss., secondo la quale le soluzioni giurisprudenziali *utilitatis causa* che introducono regolamentazioni eccezionali, innovative, diverse rispetto all'esistente non si riferiscono alla *ratio* originaria delle soluzioni stessa, ma alla motivazione che ne ha determinato l'approvazione da parte della generalità dei giuristi rendendola *ius receptum*: «Se non è dunque escluso che il giurista si faccia guidare dal "valore" *utilitas*, ciò non si riflette però a livello argomentativo: l'*utilitatis causa* tendenzialmente non riguarda la creazione della soluzione ma il suo accoglimento» (p. 179).

[17] Poteva persino capitare che il *pretium* delle cose non sempre fosse legato al loro valore obiettivo. È quanto osserva M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma-Bari, 1998, p. 11, nel rilevare come potessero talvolta incidere i particolari vincoli affettivi. Significativo il caso di un patrono che non volle farsi escludere dai beni del liberto nonostante l'eredità fosse passiva. Costui, come spiega Giavoleno, stimava il patrimonio del liberto *animo potius quam aliorum computatione* (D. 38.2.36, Iav. 8 *epist.*).

[18] In questo senso D. MANTOVANI, *Inter aequum e utile. Il diritto come economia nel mondo romano?*, in E. LO CASCIO, D. MANTOVANI (a cura di), *Diritto romano ed economia. Due modi di pensare e organizzare il mondo (nei primi tre secoli dell'Impero),* Pavia, 2018, pp. 797 ss.

mezzo per la realizzazione del buono, del giusto, dell'equo.

Il giurista, invece, non si misura con concezioni e teorie astrattamente valide di per se stesse, per quanto esse facciano parte del suo bagaglio culturale, ma è calato nel vivo delle problematiche concrete presentate *cottidie* dal fluire del diritto, ragiona sui casi pratici cogliendone le specificità, è chiamato a offrire soluzioni indicandone la disciplina e la tutela applicabile, anche quando incentra sull'*utilitas* il suo ragionamento, grimaldello tecnico, talvolta – è innegabile - permeabile a principii di ordine etico. Laddove il diritto esistente non sembra offrire una regolamentazione appropriata, né tale da riuscire a contemperare gli interessi in gioco, eventualmente propone vie alternative che sortiscono un risultato profittevole al singolo oppure alla collettività o ad entrambi contemporaneamente, per ragioni di volta in volta da individuare. Ciascun termine - *utile, honestum, bonum, aequum, iustum* - designa un suo proprio campo semantico che può combaciare, può intersecarsi, oppure distinguersi, e viene richiamato con sfumature alterne per giustificare talune interpretazioni dettate da determinate circostanze, nella plasticità e controversialità dell'applicazione del diritto.

Si ha l'impressione che l'autrice ritrovi indistintamente in tutte le interpretazioni *utilitatis causa* dei giuristi classici - di cui nel testo seleziona alcuni frammenti, riportando la parte restante in appendice - una chiave di lettura sostanzialmente 'giusnaturalistica' che ne costituirebbe il filo rosso. Il giurista sembrerebbe esercitare il suo specialismo sempre indossando gli occhiali del filosofo o dell'oratore, attingendo dall'insegnamento di costoro di sana pianta i concetti fondanti.

In questo discorso, al notissimo frammento ulpianeo (in particolare al §2 di D.1.1.1) viene affidato un ruolo emblematico nella dimostrazione della funzione dell'*utilitas* come tramite di contenuti etici nell'esercizio del compito del giurista di interpretare il diritto, definita da Celso *ars boni et aequi*.

Esso descrive il ruolo del giurista nel contesto in cui Ulpiano opera, all'esito di una lunga evoluzione che risale ai pontefici, sottolineandone l'elevato specialismo e la sua imprescindibilità in quanto riferimento culturale e sociale, la sua capacità di prestare costante attenzione sia all'interesse della collettività che al vantaggio dei singoli, contemperando il *bonum* e l'*aequum* ai fini della realizzazione di una giustizia distributiva e premiale e, ove occorra, anche sanzionatoria, e ciò anche in chiave 'politica', rivendicando una sorta di primato dinanzi al prevalere della produzione normativa del principe.

Anche altri tre frammenti di giuristi severiani, Papiniano, Paolo, e Modestino, affrontati proprio nella parte iniziale della esposizione, sono posti a

fondamento della chiave di lettura dell'autrice: D. 1.1.7.1 (2 *def.*), in cui Papiniano mette in rapporto l'*utilitas publica* con il triplice scopo della particolarissima attività normativa esercitata dal pretore tramite l'editto e nelle pieghe del processo (*adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam*), dando corpo al *ius praetorium* che si distingue dal *ius civile*, pur presupponendolo; D. 1.1.11 (14 *ad Sab.*), dove Paolo, specificando due dei modi di intendere il *ius*, mette in risalto l'importanza del criterio dell'utile nel *ius civile*, mentre del *ius naturale* il suo contemplare ciò che è sempre buono ed equo; D. 1.3.25 (8 *resp.*) dove Modestino afferma che sarebbe contrario alla ragione del diritto intendere con eccessiva severità e durezza contro il bene di tutti quelle norme che sono state introdotte *pro utilitatem hominum.*

Effettivamente la giurisprudenza severiana appare maggiormente propensa alla penetrazione di istanze morali nella pratica del diritto (per quanto ciascun giurista mostri sfumature diverse)[19]. Non è certo irrilevante che il criterio della *utilitas* ricorra in un numero di pronunce altamente più frequente nei giuristi tardo-classici (ben sessanta), a fronte di una sola nei giuristi del primo periodo classico e delle diciotto pronunce nella media età classica, molte delle quali rivenienti da opere di commentario all'editto (trentacinque), di letteratura casistico-problematica (ventuno), e di commentari ad opere di altri giuristi (dodici), come si può constatare dalle utili tabelle che accompagnano il libro (mi riferisco rispettivamente alla n. 3 e alla n. 5). Per giunta si coglie una prevalenza dei richiami a valori come *veritas, humanitas, religio, dignitas, iustitia* in seno alle pronunce *utilitatis causa* prevalentemente nei passi di Papiniano e di Ulpiano, rispetto alle volte più sporadiche registrabili nei passi di Gaio, Proculo e Marcello (tab. n. 7). Tale inclinazione severiana verso i motivi etici riveste particolare risalto nell'intero discorso tanto da apparire assorbente, pregnante ed estendibile 'a cascata' retrospettivamente a tutta la giurisprudenza classica precedente.

Credo invece che per restituire con maggiore realismo il variegato approccio con cui ciascun giurista della prima e media età classica si accostava ai problemi e in quale chiave faceva ricorso al criterio della *utilitas*, non possano trascurarsi i rispettivi contesti economici, sociali e politici in cui ogni contributo di pensiero era maturato senza trascurare le singole personalità, sensibilità, formazione che vi

[19] In tal senso molto limpide le riflessioni di M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli, 1984², pp. 28 ss.: nel peculiare mondo spirituale dell'età severiana «diviene sempre più manifesta la tendenza "monarchica" del principato e la giurisprudenza si muove lungo una linea che non è più quella dei primi due secoli». Negli scritti giuridici di età severiana intorno al diritto naturale, che si definisce come un ordinamento autonomo con principii suoi propri, si concentra l'attenzione dei giureconsulti: essi, «proclamandosi 'sacerdoti' e 'filosofi' quasi rivendicano a sé una grande responsabilità etica» (34).

sono riflesse.

Non trovo che l'*utilitas*, *privata* o *publica*, costituisca un elemento distintivo e fondante dell'*ars* dei giuristi. Quest'ultima si caratterizza per il suo essere una tecnica specialistica che definisce la realtà, forgia le figure, le regola, che attaglia i suoi concetti e i suoi metodi alle situazioni concrete; e ciò implica una perizia particolare nell'uso degli 'attrezzi del mestiere', nell'esercizio dell'attività interpretativa che ai giuristi viene riconosciuta dalla società e che essi rivendicano[20], capace di contemperare per quanto possibile i principii e valori a cui i comportamenti dei singoli, in quanto tali o come collettività, debbono attenersi. L'*utilitas* è uno degli strumenti ermeneutici nelle mani dei giuristi, che tessono la trama dell'ordinamento, anche rispetto alle costituzioni imperiali, rendendola coerente ed equilibrata, evitando spesso il ricorso ad interventi normativi *ad hoc*[21].

Nonostante la ricerca abbia delimitato sin dall'inizio il suo campo di indagine alle pronunce *utilitatis causa*, ritengo che una maggiore considerazione degli impieghi dell'aggettivo *inutilis* avrebbe consentito di scandagliare ulteriormente le sfaccettature dell'*utilitas* nella sua dimensione pratica, posto che normalmente *inutilis-e* connota l'invalidità/inefficacia/insussistenza-irrilevanza di un atto, una disposizione, un negozio e dunque non riveste propriamente il significato contrario rispetto all'onesto, al buono e all'equo, come ci si potrebbe aspettare conferendo all'*utilitas* una portata etica.

Inoltre, la complessità della riflessione sull'*utilitas* non può esimersi dal

---

[20] Si pensi alla nota frase pomponiana di D.1.2.2.13 (*lib. sing. ench.*): [...] *Constare non potest ius, nisi sit aliquis iurisperitus per quem possit cottidie in melius produci*.

[21] M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari, 2024[24], pp. 237 ss., esamina l'articolato e non semplice rapporto fra attività normativa imperiale e giurisprudenza, mai contrapposti in rigidi blocchi ma in una sorta di dialogo permanente. Rileva la «funzione unificatrice» della giurisprudenza rispetto al carattere episodico della legislazione imperiale: «Fra i suoi compiti vi è quello di guadagnare, o riguadagnare, di volta in volta l'equilibrio 'formale' dell'ordinamento. [...]. La giurisprudenza dà rilievo ai criteri equitativi che ispirano spesso la legislazione imperiale e non rinuncia a coglierne la forza innovatrice. Ma di fronte al suo procedere saltuario, e alle sue ragioni spesso contingenti, essa, in quanto scienza, si considera custode di una *ratio* più profonda, da cui dipende l'unità e la continuità del diritto» (246). Questa funzione armonizzatrice, per esempio, può riscontrarsi nel ricorso alla *utilitas publica*, nozione in gran parte ascrivibile alla elaborazione concettuale dei giuristi severiani, impegnati a rivestire un importante ruolo di mediazione rispetto alle tendenze autoritarie della dinastia al potere. È quanto emerge dall'approfondito studio di R. SCEVOLA, '*Utilitas publica*' II, cit., p. 372, per il quale «l'*utilitas publica* si configura quale argomentazione idonea a risolvere conflitti normativi o interpretativi; come *ratio* rafforzativa di singole soluzioni, la logica giuridica delle quali non sembrerebbe ferrea e incontrovertibile; infine, come mezzo derogatorio alla disciplina ordinaria, laddove soccorrano specifici motivi di vantaggio per l'autorità imperiale». Potrebbe quindi anche rimandare a un significato di opportunità o opportunismo politico che non ha nulla a che vedere con l'*honestas* e l'*aequitas*.

considerare l'aspetto processuale, ossia quello relativo alla previsione da parte del pretore di *actiones utiles*, proprio nell'intento di apprestare strumenti di tutela anche per ipotesi che il *ius civile* in senso stretto non contemplava. È pur vero che il pretore in questi casi era spesso guidato da ragioni di equità, giustizia o necessità, ma le azioni utili, come anche quelle *in factum*, costituivano null'altro che una risposta concreta di natura processuale tipica del meccanismo edittale di adeguamento alle esigenze nascenti dalla vita del diritto[22].

Ravviserei, quindi, nel concetto di *utilitas*, ampiamente impiegato nelle interpretazioni dei giuristi soprattutto in età medio e tardo-classica una insita, costitutiva, valenza concreta, che implicava valutazioni di opportunità, quando non di opportunismo (per esempio con riguardo ad alcuni interventi normativi imperiali), una stretta aderenza rispetto alle situazioni contingenti e agli interessi in gioco, talvolta anche funzionale alle penetrazione di valori come la giustizia, l'equità, il *bonum*[23].

Bari, agosto 2025

[22] Significativo D. 19.5.11 (Pomp. 39 *ad Q. Muc.*), un passo da cui emerge come il pretore, nel sottoporre ad esame critico le leggi, intervenga ad integrare le azioni che derivano da queste, colmando le lacune, se reputa la legge stessa *iusta ac necessaria*; ne è un esempio la legge *Aquilia* su cui egli modella e introduce altre azioni perché *utilitas eius legis exigit*. Su questo passo, nell'ambito di una disamina su *aequitas civilis* (criterio intrasistemico, che funziona entro i limiti dell'ordinamento, analogico o innovativo) ed *aequitas naturalis* (criterio extrasistemico tale da limitare l'applicazione di un certo regime giuridico oppure da introdurre un precetto giuridico contrario alla logica interna dell'ordinamento), si v. M. BRETONE, *Storia*, cit., pp. 333 ss.

[23] Neppure escluderei che l'*utilitas*, analogamente a quanto può dirsi per ogni termine assiologico (si pensi all'*aequitas*), abbia attraversato una storia, che abbia avuto una evoluzione semantica, pur persistendo un nucleo di significato, abbracciando nel corso del tempo, più spiccatamente in età tardo-classica, in alcuni casi, anche la dimensione etica. In questo senso raccolgo la suggestione che scaturisce dal contributo di D. MANTOVANI, *L'aequitas romana: una nozione in cerca di equilibrio,* in D. MANTOVANI, S. VECA (a cura di), *Quante equità?*, Milano, 2017, pp. 15 ss.

FELICE MERCOGLIANO*

*Certezza del diritto e fondamenti del diritto europeo***

Raccolti e curati dall'amico d'una vita Giuseppe Falcone, quale responsabile dell'unità locale di un progetto Prin panormitano, tredici contributi di docenti in diritto romano nelle Università d'Europa ripercorrono un paio di cicli di seminari dottorali, svolti nel 2023/2024, in una sorta di 'mappa tematica' in cui scorrono argomenti diversi, ma riconducibili globalmente ad un'articolata trattazione di svolgimenti dal diritto romano verso i 'fondamenti del diritto europeo'.

In principio, l'esperienza della democrazia nell'Atene 'classica' viene trattata da Emanuele Stolfi, *Attorno a cultura giuridica greca e cultura occidentale. Democrazia, giustizia, produzione del diritto*, pp. 1-46. Il contributo di Stolfi costituisce un *unicum* nella silloge (al pari dell'unicità della *Nota bibliografica* finale, che nessun altro coautore aggiunge), per una certa esclusione intenzionale di qualsiasi approfondimento in materia di esperienza giuridica propriamente romana, che infatti viene reputata dall'a. l'«eccezione» di cui saremmo eredi in quanto romanisti (v. § 2, pp. 4 ss.). L'a. aggiunge diverse considerazioni pure intorno a varie altre nozioni culturali, nonché ad altri concetti, soprattutto teoretici, quali libertà e uguaglianza, in 'trittico' con la democrazia stessa: l'equità, '*nomos*' greco *versus* '*lex*' romana, *politéia*, *parrhesía*, *isonomía*, *týrannos* e *isegoría*; cfr. *amplius* Id., *La cultura giuridica dell'antica Grecia. Legge, politica, giustizia*, Roma, Carocci, 2020.

Subito dopo inizia una panoramica variegata di problemi, invece, ben incentrati sul diritto romano prevalentemente privato. Vengono pertanto affrontate più mirate tematiche cruciali dei diritti europei e le radici romanistiche proprie di essi, come nel caso del saggio sull'illecito aquiliano volutamente elaborato con un riuscito metodo storico-comparativo da Gianni Santucci, *Fondamenti romani e diritti europei: vicende della responsabilità extracontrattuale*, pp. 47-66, che compie, in particolare, un approfondimento preciso sui criteri e sugli svolgimenti storici moderni (specialmente nell'ambito del giusnaturalismo prussiano con Christian Thomasius), che culminarono nel separare sul piano dogmatico l'*iniuria* dalla *culpa*, seppure con una non acquisita uniformità nei principali ordinamenti europei. Da segnalare il § 6, *Le ricadute moderne delle differenti interpretazioni dell'iniuria*, pp. 59 ss., ove si propone un chiaro *excursus* della disciplina codicistica italiana, dal calco del modello francese nell'art. 1151 c.c. 1865 all'attuale «doppio binario» derivante dal BGB nell'art

---

* *Professore ordinario di Istituzioni e storia del diritto romano nell'Università degli Studi di Camerino e affidatario di Fondamenti del diritto europeo presso l'Università degli Studi di Chieti-Pescara.*

** A proposito di *Certezza del diritto e fondamenti del diritto europeo*, a cura di Giuseppe Falcone (Torino, Giappichelli, 2025) p. xiv, 383.

2043 c.c., anche se «tale saliente innovazione non fu l'esito di una mera recezione del modello tedesco, ma ad essa contribuì in modo significativo il portato di un lungo dibattito dottrinale e giurisprudenziale fondato anche su nuove e più solidali concezioni sociali», puntualizza l'a., p. 64, e persiste una concezione di *iniuria* duplice (nonché la figura giuridica della responsabilità 'oggettiva') e quindi talvolta non connotata nel configurare la responsabilità per fatto illecito dalla presenza dell'elemento soggettivo della colpevolezza in connessione con quello dell'antigiuridicità, l'a. riprende così una tematica già ben trattata nel suo volume, giunto ora alla terza edizione, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, Bologna, il Mulino, 2025[3], pp. 181 ss.

Identità o diversità di metodi interpretativi e di soluzioni normative, nonché giurisprudenziali, in materia proprietaria, anche queste sempre più protese fino alla Costituzione in Italia verso una preminente funzione sociale, vengono poi esaminate da Laura Solidoro, *La dominicalità romana, tra assolutezza e interessi superindividuali*, pp. 67-105, dalle forme arcaiche di appartenenza sino all'età delle codificazioni. L'a. padroneggia anche qui aspetti e problemi 'dominicali' più organicamente trattati nella sua monografia recente *Dalla dominicalità al neo proprietarismo. Storia e narrazione di un percorso*, Torino, Giappichelli, 2023, su cui cfr. la mia *Lettura*, in *AFG*. 12, 2023, pp. 537 s., nonché nell'opera, a quattro mani con Maria Miceli, *In tema di proprietà: il modello romano nella tradizione giuridica*, Torino, Giappichelli, 2021. La conclusione è che «la storia ci dimostra che la proprietà resta innanzitutto un'aspirazione, un punto di riferimento ideale, quasi un concetto filosofico. La ricerca e l'aspirazione all'individuazione di un modello archetipico antico e costante di un 'diritto senza tempo' possono essere soddisfatte, ma soltanto se ci si accontenta di individuare, nei nostri percorsi storici (come del resto nelle realtà attuali), una struttura minima ed un contenuto minimo della dominicalità» (p. 104); a ciò si giunge all'esito di un'analisi delle realtà emergenti dalle fonti romane, che mostrano difatti, sin dalle forme proprietarie arcaiche, compressioni di poteri dominicali circa i rapporti di vicinato, negli interessi della collettività, per la *salubritas civitatium*, e d'altronde per la *publicas utilitas* era prevista pure l'ablazione della proprietà stessa, oltre ai limiti e oneri imposti ai proprietari riguardo altezze e distanze o per esigenze fiscali, fino a giungere al cosiddetto '*duplex dominium*' (*dominium ex iure Quiritium* e *in bonis habere*), spodestato di fatto peraltro nel tardoantico dalle *possessiones*. Insomma, la proprietà mai fu illimitata, intangibile, unitaria e assoluta, bensì fu un modello astrattamente ascritto al diritto romano sul finire del Settecento, allorché si «costruì un nuova immagine del diritto di proprietà, validandola per conferirle autorevolezza, con il richiamo all'esperienza giuridica romana» (p. 71, e oggi il diritto materiale europeo inaspettatamente pare segnare un ritorno netto ai valori della dominicalità).

Luigi Garofalo, *Confini e termini. Radici arcaiche di regimi attuali*, p. 107-131, rimarca soprattutto l'importanza generale che si riconobbe al rispetto dei confini anche tra fondi, sottoposti a un regime normativo specifico (come oggi si rinviene nel c.c. it., artt. 950-951, che recano la disciplina codicistica prevista

rispettivamente per le azioni di regolamento di confini e per apposizione di termini, di provenienza anche linguistica romana; in particolare, a proposito dell'*actio finium regundorum* si ricordi, per tutti, la ricostruzione complessiva nella corposa monografia di Massimiliano Vinci, *Fines regere. Il regolamento dei confini dall'età arcaica a Giustiniano*, Milano, Giuffrè, 2004). L'a. ripercorre la fase arcaica della comunità cittadina di Roma, dal regno di Numa Pompilio, in dialettica costante principalmente con gli scritti recenti in materia di Gianluca De Sanctis. Il significato anche religioso che ammanta, fin dall'emblematica derivazione etimologica di *termini* dal dio *Terminus*, l'idea stessa di confini tra proprietari di terreni contigui, in conclusione, non offusca nel saggio (ben documentato da un'articolata disamina delle fonti sul periodo arcaico, con costante traduzioni che innegabilmente aiutano l'interpretazione di essi) il valore preminente giuridico. Peraltro, come precisa l'a., p. 114, addirittura «la protezione dei *fines agrorum* da parte di *Terminus* sembra dunque preesistere a Numa, il quale si sarebbe limitato a stabilire la sanzione a carico del violatore di una pietra di confine ...». Quindi, dall'iniziale sacertà si passò al 'laico' *crimen termini moti* (e va segnalata l'accurata, seppur sintetica, trattazione incentrata su '*homo sacer*' del § 7, pp. 123-130).

Segue un contributo di Riccardo Cardilli, *L'affidamento nel sistema romano: la complessa costruzione di un principio vivente*, pp. 133-161, teso a ripercorrere sino ai giorni nostri le vicende e gli svolgimenti di un istituto privatistico, qual è la *bona fides*, 'crocevia' di varie e innumerevoli figure giuridiche, tra cui pure le *obligationes consensu contractae* (sulle quali un notevole squarcio, pp. 140-143). Lo sguardo 'planetario' conduce fino alla disciplina in materia approntata dal vigente regime normativo in Cina, che viene evocato con la stampa insolita e suggestiva dei caratteri originali dell'alfabeto cinese. L'a. procede in prevalenza, un po' come i giuristi romani classici, per singoli problemi, rivolgendo attenzione di volta in volta alla valenza come 'clausola generale' della 'buona fede' (*Treu und Glauben*), alla 'pervasività' del significato di *fides* e di *vir bonus* nello *ius civile* arcaico, nonché ai nessi con l'*oportere ex fide bona* nei contratti di *ius gentium* e, infine, con *aequitas* e *iustitia*.

Di seguito, su aspetti e problemi costituzionali si sofferma J. Michael Rainer, *Die römische Verfassung, Montesquieu und die Amerikaner*, pp. 163-171, in originale tedesco e singolarmente senza note, concentrandosi sulla celeberrima teoria di Polibio della costituzione 'mista' a Roma nella repubblica, nonché sull'anaciclosi come ciclo delle forme di governo, secondo una ricorrenza nel tempo; per concludere con Montesquieu e la separazione dei poteri e, infine, con la Convenzione di Philadelphia del 1876, la Costituzione U.S.A. e il principio cosiddetto di 'check and balance'.

Tiziana J. Chiusi, *Il trasferimento della proprietà nell'esperienza giuridica europea: fondamenti romanistici e loro conseguenze*, pp. 173-194, coniuga le prospettive teoriche dei fondamenti romani nella disciplina traslativa della proprietà, sia di matrice reale che obbligatoria, e la casistica moderna dei diritti europei, tra principi comuni e svolgimenti normativi diversi, rispettivamente nei codici civili tedesco, francese e spagnolo. Sarebbe ravvisabile, dunque, un comune fondamento romanistico nelle pur diversificatesi tradizioni dei diritti

europei in materia di trasferimento della proprietà, che ne mostrano differenti sfaccettature. Com'è noto, mentre nel modello francese imperante è il principio della consensualità, nel diritto tedesco le modalità del trasferimento della proprietà sono collegate al cd. principio della separazione e dell'astrazione («Trennungs- und Abstraktionsprinzip»). Viene presa specificamente in esame una decisione esemplare scaturita dal possesso di una fresatrice, come caso di un acquisto di buona fede *a non domino* (BGHZ 50, 45 ss.).

Carla Masi Doria, *Certezza del diritto: spunti e prospettive dal processo penale romano*, pp. 195-217, vira verso la 'sconfinata' tematica del principio di legalità in connessione con la certezza del diritto nella repressione criminale a Roma tra repubblica e principato, mediante un'erudita panoramica generale che trae lo spunto dalla disamina della diversità di significati (e traduzioni) della locuzione 'rule of law'. In principio, si prendono in considerazione le XII Tavole, che significativamente (puntualizza bene l'a., pp. 202-203) «portano i segni della scrittura come manifestazione di isonomia, leggibile da tutti, e di circolazione mediterranea del diritto»; poi, in particolare, le leggi Valerie Orazie, il compromesso Licinio Sestio, nonché l'intensa e pervasiva legislazione augustea. Ma stralci interessanti vi sono pure sul brocardo '*nullum crimen sine lege*', oltre a una sintetica ricostruzione del processo penale repubblicano, dalla *provocatio ad populum* alla fase sorta sul modello della corte giudicante (*quaestio*), quell'*ordo iudiciorum publicorum*, insomma, che Augusto pur conserva, ma ambiguamente vanifica.

Intenti di 'comparazione diacronica' e di orientamenti di ricerca dei modelli metodologici e teorici nella storia dei diritti europei mostra il contributo di Tommaso dalla Massara, *Tra obbligazione e azione: gli effetti del 'pactum de non petendo' sulla mora*, pp. 219-253, che parte da Gai 4.116b per passare ad ampi squarci prevalentemente civilistici, ma pure a una rassegna di giurisprudenza romana in argomento, con particolare riguardo per Scevola e Marcello, in parte rifacendosi a quanto egli aveva già esposto bene in Id., *Il pactum de non petendo: modello o modelli di modulazione cronologica dell'obbligazione?*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato* 5, Napoli, Jovene, 2012, pp.115-158, nonché in Id., *L'incidenza del 'pactum de non petendo' sull'obbligazione nella sua distensione cronologica*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* 37, 2024, pp. 199-226.

Prima di terminare con considerazioni più brevi e di natura descrittiva circa l'epoca medievale e moderna, Aldo Petrucci, *Flessibilità e rigidità dei tipi societari. Spunti di comparazione diacronica dal diritto romano all'esperienza moderna*, pp. 255-279, trae a sua volta dalla sua consolidata esperienza in argomento riflessioni ad ampio raggio, sintetizzate così (§ 7, pp. 273-274): «Tutti i modelli di società nascono da forme associative che si erano diffuse, a partire dalla fine del III sec. a.C., con l'espansione romana in ambito mediterraneo. Benché sia stata la prassi degli affari a caratterizzare e differenziare i diversi tipi, per costituirli bastava un unico contratto consensuale, il contratto di società, che rivela in ciò un primo importante profilo di flessibilità ... Non esisteva dunque un modello unico ed unitario di *societas*, ma se ne configuravano tanti, differenziati tra loro da scopi, struttura e regimi normativi. Ed inoltre i vari tipi non rappresentavano

un "numero chiuso", ma in concreto si sarebbero potuti accrescere e combinare in base alle nuove esigenze».

Maria Floriana Cursi, *Funzione sanzionatoria e responsabilità civile: dalla lex Aquilia ai punitive damages*, pp. 281-321, si sofferma sulla dialettica tra la funzione risarcitoria e quella sanzionatoria in tema di danno e responsabilità civile, già parzialmente trattata in Ead., *Punitive damages, danno non patrimoniale, polifunzionalità della responsabilità civile tra storia e diritto*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato* 5, cit., pp. 59-113. In principio, si pone in risalto come abbia le sue radici nel diritto romano la natura punitiva della responsabilità civile, la quale tuttavia viene poi caricata specificamente dai giusnaturalisti di efficacia esclusivamente risarcitoria. Sembra stia riemergendo, tuttavia, ora nel sistema civilistico l'«eredità romana» e un esempio emblematico pare essere la vicenda della valutazione del danno non patrimoniale; alla luce di un recente orientamento della Corte di Cassazione (Cass. 16601/2017) sono stati reputati compatibili con l'ordinamento italiano i risarcimenti punitivi (*punitive damages*).

Roberto Fiori, *La nozione di oggetto del contratto: storia e dogmatica*, pp. 323-360, di seguito, con lealtà scientifica avverte in asterisco che «il contributo costituisce un adattamento, sintetico e con note limitate all'indicazione delle fonti» di Id., *Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato* 5, cit., pp. 171-283 (trad. spagn. in *Revista de derecho privado* 12-13, 2007, pp. 205-260). L'a. parte dalla genesi della nozione di oggetto del contratto, che risulta comunque «latente» nel diritto romano (così, com'è noto, affermava Emilio Betti): «i *prudentes*, infatti, non guardano al 'contratto' come a una realtà ipostatizzata, composta di 'elementi', ma considerano il *contrahere* semplicemente come uno dei modi in cui può nascere l'obbligazione» (p. 326. Ne ripercorre, dunque, le vicende molteplici nella tradizione civilistica, fino ai codici moderni europei: notevole lo squarcio su Doneau (pp. 334-337); poi, passa in rassegna prese di posizioni in materia specialmente da parte di giusnaturalisti, Leibniz, Pothier, Scuola storica, nonché l'ambiguità tra prestazione e bene presente nel nostro codice civile italiano vigente (cfr. a proposito dei 'requisiti' l'art. 1325).

Quindi, Paola Lambrini, *Certezza o equità? Il caso della rescissione per lesione*, pp. 361-383, basandosi anch'ella parzialmente su precedenti studi (cfr. Ead., *Le alterne fortune della rescissione per lesione*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato* 5, cit., pp. 327-353), affronta tale «istituto di confine, col quale si cerca di trovare un equilibrio tra l'autonomia privata e la giustizia contrattuale» (p. 361) e il dilemma tra istanze liberalistiche, dunque, e giustizia sostanziale, con un'esposizione lineare che dalla non risalenza al diritto romano classico, approda all'introduzione ad opera di Diocleziano (C. 4.44.2 del 285 d.C. e C. 4.44.8 del 293 d.C.), fino all'epoca medievale e moderna, nonché all'originale soluzione 'mista' del c.c. del 1942, negli artt. 1447-1452.

Infine, va almeno rivolto un apprezzamento all'ideatore e demiurgo dell'opera, Giuseppe Falcone, che radunando esponenti di spicco della materia, sovente già addentratisi negli argomenti qui affrontati, ha aiutato tutti a verificare la necessità di indirizzare su nuove strade una materia come quella dei

'Fondamenti del diritto europeo', proseguendo idealmente riflessioni già *in nuce* in Id., *Ricerca romanistica e formazione del giurista (europeo)*, in *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo. Incontro di studio Padova 25-26 novembre 2005*, Napoli, Jovene, 2007, pp. 3-24, e quasi raccogliendo allora la sfida intellettuale di L. Capogrossi Colognesi, *Riflessioni su 'i fondamenti del diritto europeo': un'occasione da non sprecare*, in *Iura* 41, 2000, pubbl. 2003, pp. 1-27 (= Id., *Scritti scelti* II, Napoli, Jovene, 2020, pp. 881-909). Difatti, dopo l'istituzione per le Scuole di specializzazione per le professioni legali, oramai in un'altra epoca, quasi un quarto di secolo fa, e una propagazione nei corsi di laurea giuridici, soprattutto dei Servizi giuridici triennali L-14, i 'Fondamenti del diritto europeo' sono stati abbinati espressamente nella dicitura stessa del nostro nuovo gruppo scientifico disciplinare al 'Diritto romano', spodestando i gloriosi 'diritti dell'antichità', ex IUS/18, diventato ora 12/GIUR-15, in seguito al decreto 639/2024 del MIUR. Ora, al di là di dizioni e accostamenti terminologici ufficiali, vorrei porre in evidenza che appunto una 'mappa tematica', come dicevo essere questo bel volume, può orientare verso itinerari intellettualmente convincenti soltanto sulla base di una storia, che ormai non può che riferirsi anche agli orizzonti europei raggiunti da figure che siano sorte in fenomenologie d'impronta antica, ma che nella struttura recano quei caratteri che permettono di individuare, con i problemi e aspetti propri, i luoghi giusti nell'atlante da esplorare ancora del mondo giuridico d'oggi. In questo va ribadita ancora una volta qual è la nostra identità, dato che il diritto vive della sua storia, e l'odierna aggressiva economia capitalistica tendenzialmente assoluta non può lasciarci inerti e abbandonati studiosi di campi di importanti relazioni tra privati, che mostrano traiettorie ravvisabili oggi solo se si capisca da dove abbiano avuto inizio, come nell'esempio eclatante dell'adeguamento alla funzione sociale costituzionalmente della proprietà, che era stata forgiata nell'esperienza giuridica romana con tratti diversi da quelli del dominio assoluto, ma ora, per l'ennesima volta viene ritoccata nel diritto dell'Ue, come dimostra appunto Laura Solidoro nel suo saggio illuminante nel presente volume (pp. 72-77). In questo, altri esempi dimostrano che soltanto lo studio delle fonti romane spiega 'svolte' moderne, per esempio la divaricazione tra reale e consensuale del modo di trasferimento della proprietà su cui si sofferma la Chiusi (pp. 173 ss.), oppure il profilare una tipologia di responsabilità oggettiva 'asciugata' dalla *culpa*, ad opera soprattutto di Thomasius (su cui Santucci, pp. 57-59, e Cursi, pp. 296-299). Il ridurre progressivamente lo studio dell'esperienza giuridica romana e della tradizione romanistica impoverisce anche l'approfondimento del diritto moderno, insomma, e forse i 'Fondamenti del diritto europeo' consentono davvero di esprimere un'identità, anziché una dipendenza scientifica e/o disciplinare pericolosa.

Perciò ringrazio il curatore Giuseppe Falcone che probabilmente tira le fila di un discorso ora divenuto 'maggiorenne', ma che iniziava con gli Atti di quel congresso patavino (*Scopi e metodi* cit.), di cui ricordo per un'ennesima volta una frase, programmatica se riecheggiata a distanza di tempo, che è rimasta nella mia ormai pur affievolitasi memoria: «Ecco, a mio avviso, ridotto a schema essenziale, quello che dovrebbe essere il rapporto tra produzione dello storico del

diritto ed interessi del giurista positivo (nazionale o europeo, non fa differenza): che sia quest'ultimo ad interrogare i risultati della ricerca storica specialistica e non lo storico del diritto a calibrare appositamente la ricerca, nei contenuti e/o nell'impostazione, su una destinazione ai cultori del presente ...» (in *Scopi e metodi*, cit., pp. 18-19).

Anche Martin Schermaier ha ricordato giustamente, molto di recente, l'orientamento degli studi romanistici tedeschi su problematiche, idee e concettualizzazioni del solo diritto civile moderno (cfr. *Usus post-modernus iuris romani. Un approccio storico alla dogmatica*, in *Diritto romano e postmodernità. Conversazioni nel XL del primo convegno di Copanello. Maierato (Vibo Valentia), 20-22 ottobre 2022. Atti del convegno*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2024, p. 307). Ma un simile eccesso è cosa ben diversa dal conoscere anche gli svolgimenti del diritto successivo a quello romano, così come in qualsiasi ramo del sapere non è sufficiente rinchiudere il sapere in fasi temporali e limiti spaziali che non ammettano proseguimenti. Basti, per chiudere, andare a rileggersi a tale proposito l'ammonimento di Fernand Braudel (*L'Antiquité et l'Histoire ancienne*, intervista a cura di J. Andreau, R. Etienne, in presenza di M. Aymard (29 aprile 1985), in *Quaderni di storia*, XII, 24, 1986, p.21),, quando concludeva, circa la fenomenologia della durata, oggetto di studi in una 'lunga storia': «si vous ne sortez pas del'Antiquité pour voir ce qu'il se passe ensuite, vous ne pouvez pas fare l'histoire de l'Antiquité!» e del diritto romano nemmeno...

Napoli, luglio 2025

AGOSTINA LATINO*

*The Role of Soft Law in the Regulation and Governance of Human Rights Challenges Posed by Neurotechnology***

Nel volume, l'Autrice si propone di contribuire alle discussioni accademiche emergenti sulle implicazioni sociali delle neurotecnologie e sull'impatto per i diritti umani che esse possono avere. Si tratta di un tema che si pone nel solco di una tradizione che attraversa tutto il pensiero occidentale. Il cervello e le sue funzioni sono stati oggetto di studio e dibattito sin dall'antica Grecia, dove già c'erano disaccordi tra Platone, che, seguendo il pensiero ippocratico, poneva la sede degli spiriti nobili in questo organo, e Aristotele, che sosteneva che la funzione del cervello fosse solo quella di "raffreddare" e "temperare" il calore degli spiriti vitali generati dal cuore. Chiaramente negli ultimi 20 anni, i progressi scientifici nei campi delle neuroscienze e delle neurotecnologie hanno raggiunto risultati straordinari per l'umanità, riuscendo ad esempio a restituire l'udito a circa 1 milione di persone nel mondo, ripristinare la mobilità nei pazienti paralizzati e mostrando un enorme potenziale per migliorare la qualità della vita dei pazienti affetti da Parkinson, Alzheimer e depressione resistente ai farmaci. I progressi che rendono possibili questi trattamenti si basano sulla raccolta, memorizzazione, elaborazione e modellazione dei dati neurali. Tuttavia, il loro miglioramento e, soprattutto la loro maggiore accessibilità, implicano un'elevata probabilità che esse escano dall'ambito medico, rigorosamente governato da alti standard sanitari, e diventino disponibili al grande pubblico. Se alcune applicazioni in contesti di consumo, educazione, luogo di lavoro, giustizia penale e anche militari possono sembrare, a prima vista, vantaggiosi, erre sollevano però anche profondi interrogativi sociali e giuridici che richiedono attenzione da parte della comunità internazionale. Le neurotecnologie hanno infatti il potenziale di minare i diritti alla privacy, alla libertà di pensiero o all'integrità del corpo o della mente in modi del tutto inediti. L'aumento degli investimenti privati nello sviluppo di neurotecnologie indossabili, alimentate dall'intelligenza artificiale, suggerisce, in particolare, una direzione di pervasività e radicamento nella vita quotidiana che non può essere affrontata senza che la comunità internazionale fornisca, in tempo utile, un quadro di governance inclusivo ed efficace. La presente monografia analizza, in particolare, le implicazioni giuridiche ed etiche connesse allo sviluppo e all'applicazione delle neurotecnologie, attraverso una prospettiva interdisciplinare che intreccia diritto internazionale, scienza e teoria dei diritti umani.

---

* Professoressa aggregata di Diritto internazionale presso l'Università di Camerino.

** A proposito di Marta Sosa Navarro, *The Role of Soft Law in the Regulation and Governance of Human Rights Challenges Posed by Neurotechnology* (Torino, Giappichelli, 2025) p. 201.

La prima parte introduce il quadro teorico, proponendo un dialogo tra scienza e diritto, indispensabile per comprendere la natura e l'impatto delle neurotecnologie. Dopo un'analisi delle basi concettuali della *soft law* internazionale in materia di tecnologie emergenti, si affronta la definizione delle neurotecnologie, le loro applicazioni e i potenziali effetti sui diritti umani, offrendo così una chiave di lettura utile a spiegare l'urgenza di un sistema di governance globale.

Nella seconda parte vengono esplorati i rami del diritto internazionale interessati dalla proliferazione delle neurotecnologie. In particolare, si analizza il sistema internazionale dei diritti umani, con riferimento soprattutto ai diritti negativi. Dal punto di vista dei diritti positivi, nel volume si esamina la relazione tra neurotecnologie e l'Agenda 2030. In particolare, si è evidenziata l'importanza degli Obiettivi 3.4 (salute mentale) e 4 (educazione inclusiva e di qualità), richiamando l'attenzione sui rischi di discriminazione derivanti da pratiche non regolamentate, ad esempio nel potenziamento cognitivo infantile. Infine, si affrontano anche implicazioni dual use delle neurotecnologie, in particolare il loro utilizzo in ambito militare, analizzandone la compatibilità con il diritto internazionale umanitario. In particolare, nel contesto dei conflitti armati, l'Autrice valuta l'applicazione del diritto internazionale umanitario alle cosiddette *neuroweapons*, attraverso una lettura congiunta della Convenzione su alcune armi convenzionali, della Clausola di Martens e della Convenzione contro la tortura.

La terza e ultima parte è dedicata alle risposte normative e di governance multilivello. Questa sezione comprende l'analisi degli strumenti di *soft law* proposti da organismi internazionali e regionali quali UNESCO (Organizzazione delle Nazioni Unite per l'Educazione, la Scienza e la Cultura, la Comunicazione e l'Informazione), OCSE (Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa), Consiglio d'Europa, Unione Europea, OSA (Organizzazione degli Stati Americani) e Consiglio dei Diritti Umani delle Nazioni Unite, evidenziando le sfide concrete nella loro regolamentazione e applicazione.

Le conclusioni presentate nel Volume sono sviluppate sulla base delle due domande di ricerca che ne costituiscono il *fil rouge*, ossia, rispettivamente, in primo luogo, se il sistema internazionale di protezione dei diritti umani costituisca o meno un quadro normativo adeguato per affrontare le sfide senza precedenti poste dalle neurotecnologie, e, in seconda battuta, quale ruolo possono svolgere gli strumenti di *soft law* nella riformulazione o nell'interpretazione aggiornata dei diritti umani preesistenti in tale contesto. Alla luce della Risoluzione 51/3 del Consiglio dei Diritti Umani del 2022, che ha sottolineato la necessità di analizzare in modo coerente e inclusivo le sfide delle neurotecnologie per i diritti umani, l'Autrice intende rafforzare l'idea che l'adozione di un *framework* di *governance* basato sui diritti umani debba coinvolgere tutti gli attori interessati e operare su più livelli. Una delle premesse principali è il riconoscimento del trend crescente verso la deformalizzazione del diritto internazionale, evidente nel moltiplicarsi di strumenti regolatori non vincolanti nel contesto delle tecnologie emergenti. Le sfide della quarta rivoluzione industriale spingono i giuristi a muoversi in un'area "scomoda" di

interdisciplinarietà, che implica il confronto con le neuroscienze e l'informatica, al fine di individuare le possibili violazioni dei diritti umani. Lungi dal minare l'impianto classico dei diritti umani fondato sui trattati, il ruolo della *soft law* viene rivalutato come uno strumento in grado di rafforzare la protezione esistente, offrendo interpretazioni aggiornate e flessibili di diritti consolidati. L'Autrice sostiene che la *soft law* rappresenta uno strumento cruciale per l'adattamento dei diritti umani alle sfide delle tecnologie emergenti. Tali strumenti consentono infatti agli Stati di impegnarsi in standard di tutela più elevati e offrono linee guida chiare anche per gli attori non statali, come le imprese, in materia di due diligence sui diritti umani. Inoltre, permettono ai sistemi regionali e nazionali di interpretare in modo dinamico i diritti esistenti, anticipando minacce ancora non contemplate dal diritto codificato. Da ultimo, l'Autrice sostiene che, attraverso una modernizzazione o una riconcettualizzazione dei diritti umani esistenti sia possibile garantire una protezione efficace contro le minacce emergenti legate alla proliferazione delle neurotecnologie. In questo senso, esamina il ruolo dei meccanismi già previsti all'interno del sistema internazionali di tutela dei diritti umani come le Osservazioni Generali dei Comitati delle Nazioni Unite, sostenendo, infine, che, alla luce dei recenti sviluppi nel diritto internazionale, un nuovo quadro di *soft law* sviluppato in modo collaborativo a livello internazionale dalle Nazioni Unite e dall'UNESCO potrebbe rivelarsi essenziale per rafforzare globalmente la tutela dei diritti umani nel contesto della neurotecnologia.

Roma, luglio 2025

RASSEGNE

Dieter Schwab e Anatol Dutta, *Familienrecht*, 32. Auflage (München, Verlag C.H. Beck, 2024) pp. XX +594.

Dopo più di quarant'anni, Dieter Schwab, professore emerito dell'Università di Regensburg, nomina quale suo erede scientifico del volume sul diritto di famiglia (appartenente alla Collana "Grundrisse des Rechts" pubblicata dall'editore Beck) Anatol Dutta, professore presso la prestigiosa Università di Monaco.

Nell'introduzione alla prima edizione pubblicata nel 1980, Schwab sottolinea le trame della materia sollecitata da continui cambiamenti nella società e da febbrile attività riformatrice del legislatore, le cui trasformazioni sono equiparate a quelle profonde accadute due secoli prima, nell'età riformatrice dell'Illuminismo. Le linee di illustrazione della materia sono sempre state sviluppate mantenendo sempre vive le interazioni fra ordito legislativo, composto da norme, disposizioni e principi, e dimensione sociale del fenomeno della famiglia, curando con attenzione gli sviluppi storici.

Nella sua prima introduzione, Dutta esordisce riconoscendo come a questo manuale sono debitori della formazione più generazioni di giuristi, fra i quali egli stesso. L'Autore attuale sente il peso dell'impegno scientifico, che ad una lettura dell'opera sembra aver adempiuto con grande senso di responsabilità mantenendo un alto livello qualitativo.

In sintonia con lo spirito della Collana, il volume delinea in maniera limpida le conoscenze essenziali per una preparazione all'esame statale, arricchendo il testo con numerosi esempi tratti dai casi risolti dalla giurisprudenza tradizionale e attuale e da indicazioni bibliografiche, situate all'inizio di quasi tutti i cento i paragrafi che compongono l'opera.

Nel corso del tempo la società corre e il legislatore rincorre con affanno le esigenze e i bisogni per tenere sempre in ordine l'interazione del "*donné*" e del "*construit*" (L.-J. CONSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, ed. it. di A. Procida Mirabelli di Lauro, Torino, 2000, p. 191 ss., spec. 209 s.). E le novità non sono poche, sia allo stadio di riforme *in itinere*, dove addirittura il Governo appena insediato aveva promesso una riforma generale del diritto di famiglia. A questo proclama non è seguito qualcosa di concreto, tuttavia hanno avuto avvio progetti

di riforma sul diritto agli alimenti, sulla filiazione nonché sulla introduzione di una comunità di responsabilità (*Verantwortungsgemeinschaft*). Di recente sono entrate in vigore la legge sulla riforma del diritto del nome coniugale e familiare, che entrerà in vigore il 1° maggio 2025 (cfr. H. SCHMITZ, *Schrotschussprinzip im Namensrecht*, in *FamRZ*, 2024, p. 1329 ss.; C. CAMPBELL, *Reform des Namensrechts*, in *NJW-Spezial*, 2024, p. 132), così come di importante interesse è la legge sulla modernizzazione del diritto delle società di persone, che disciplina ora, per la prima volta in modo autonomo, la società interna (*Innengesellschaft*), istituto di rilievo anche per il diritto delle unioni di fatto (M. WELLENHOFER, *Die Ehegatteninnengesellschaft nach dem Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechs*, in *NZFam*, 2024, p. 337 ss.).

Questa edizione sicuramente conferma la sua collocazione editoriale, quale strumento prezioso non soltanto per formare tutti coloro che devono affrontare gli esami di Stato, ma altresì molto utile per i pratici ai fini di un aggiornamento in un settore del diritto civile, come quello della famiglia, caratterizzato da rapidi e continui mutamenti.

[R. F.]

Tobias Helms, *Erbrecht*, 8. Auflage (München, Verlag C.H. Beck, 2024) pp. XXVII +404.

Il volume sul diritto delle successioni di Tobias Helms è all'ottava edizione, quale prosecuzione, dalla quinta edizione, dell'opera di Rainer Frank. Esso appartiene alla classica collana "*Grundrisse des Rechts*" per i tipi della casa editrice Beck di Monaco di Baviera. Il manuale è diretto soprattutto agli studenti universitari al fine di prepararli ad affrontare positivamente gli esami, come dimostra la bibliografia allocata all'esordio di ogni capitolo orientata a segnalare soltanto quei contributi utili per l'approfondimento di tematiche aderenti alle prove di esame da affrontare.

I punti di forza dell'opera risiedono nelle numerose sintesi e tabelle, nei numerosissimi casi esemplari, la maggior parte tratte dalla giurisprudenza, ma soprattutto da un *addendum* che contiene sei questioni, o meglio sei prove d'esame corredate da una soluzione che mette in evidenza l'interazione fra questioni di diritto ereditario e problematiche del diritto delle obbligazioni e dei diritti reali. Le questioni complesse proposte concernono le figure del testamento congiuntivo, del contratto successorio, dell'interpretazione delle disposizioni di ultima volontà, dei negozi *inter vivos* a causa di morte. La stesura è quella tipica delle *Klausuren*, strumento essenziale della formazione giuridica in Germania, in particolare per la preparazione agli esami di Stato (*Erste juristische Prüfung* e *Zweite juristische Staatsprüfung*), necessari per diventare avvocato (*Rechtsanwalt*), magistrato (*Richter*), procuratore (*Staatsanwalt*) o per accedere ad altre professioni giuridiche.

La nuova edizione presenta un manuale completamente rielaborato e aggiornato. Sono state inserite non solo le più recenti pronunce giurisprudenziali e la letteratura più aggiornata, ma anche le modifiche introdotte dalla legge sulla modernizzazione del diritto delle società di persone (*Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz* - MoPeG), nonché le questioni attuali relative all'eredità digitale e al testamento digitale (*Tablet-Testament*). Nell'ultima questione, il § 2247 BGB impone per la validità del testamento olografo che lo stesso sia scritto e sottoscritto dal testatore, al fine di dimostrare l'autenticità e l'integrità del testo. Non rilevano il tipo di strumento di scrittura, il supporto utilizzato, il carattere o la lingua di stesura del testo, purché sia garantita la leggibilità.

Di contro, è insufficiente l'uso di mezzi meccanici come timbri, macchine da scrivere, fotocopie o fax, nonché l'assistenza di terzi, se va oltre il semplice sostegno della mano e implica una scrittura effettivamente guidata da un altro

soggetto (BGH, 12 marzo 1981, in *NJW*, 1981, p. 1900). Lo stesso vale per le disposizioni testamentarie espresse mediante un diagramma a frecce, poiché in tal caso mancano tratti grafici individuali che consentano di verificarne l'autenticità (OLG Frankfurt a.M., 11 febbraio 2013, in *NJW-Spezial*, 2013, p. 363 s.). Per quanto riguarda un *Tablet-Testament*, cioè redatto con penna digitale su un dispositivo elettronico, una parte della dottrina ritiene che non soddisfa i requisiti formali di cui al § 2247 BGB (P. SCHOLZ, *Digitales Testieren: Zur Verwendung digitaler Technologien beim eigenhändigen und Nottestament de lege lata et ferenda*, in *AcP*, 219, 2019, p. 103 ss.). A favore della validità formale si potrebbe invocare il principio secondo cui il *de cuius* è libero di scegliere i materiali e gli strumenti di scrittura per la redazione del testamento e che, anche con una penna digitale, i tratti individuali della grafia rimangono riconoscibili. Tuttavia, alla luce anche della disposizione del § 126, comma 1, BGB, il problema non sembra superabile, in quanto pare determinante la dimensione autografa della dichiarazione testamentaria e della sua sottoscrizione. Infatti la giurisprudenza esclude che una firma apposta su un tablet soddisfi il requisito della forma scritta, come si desume *a contrario* dai §§ 126, comma 3, e 126a BGB, che equiparano la forma elettronica alla forma scritta solo in casi eccezionali (OLG München, 4 giugno 2012, in *NJW*, 2012, p. 3584).

Il testamento deve contenere anche data e luogo della dichiarazione (§ 2247, comma 2, BGB), la mancanza dei quali risultano rilevanti soltanto nelle ipotesi in cui sussistano dubbi sulla validità del testamento (§ 2247, ult. comma, BGB). L'attuale disposizione, che mitiga il loro rilievo ai fini dell'efficacia della dichiarazione testamentaria si deve ad un episodio che risale al periodo nazionalsocialista, allorquando Adolf Hitler, nel 1937, usò la carta della Cancelleria del Reich per il suo testamento, ove il luogo era prestampato. Gli fu spiegato che il suo testamento sarebbe stato invalido, ai sensi del § 125 BGB per il motivo del luogo prestampato. A questo rilievo il *Fuhrer* si mise le mani nei capelli e si interrogava se tutto ciò potesse ancora essere considerato diritto, quando nemmeno il testamento del Cancelliere del Reich soddisfaceva le disposizioni di legge. L'esito della vicenda portò alla modifica del § 2247 BGB. Abbiamo voluto menzionare questa vicenda soltanto con l'intento di sottolineare che molte volte il formante legislativo subisce modifiche esclusivamente per avvenimenti episodici, senza essere il precipitato di lunghe e meditate riflessioni. Ma in ogni caso il tratto di penna del legislatore non è in grado di obliterare gli sviluppi dogmatici della scienza giuridica.

[R. F.]

Fabiana Tuccillo, *Codice Civile con riferimenti alle Institutiones di Gaio e al Corpus Iuris Cvilis e traduzione a fronte*, «Codici» (Torino, Merita edizioni, 2024) p. 632.

Si è ormai da tempo affermato anche in Italia quel genere di letteratura, mai soltanto ausiliaria e di mero supporto linguistico, che si concretizza in traduzioni dal latino giuridico in lingue d'arrivo contemporanee delle fonti giuridiche romane. L'esempio dei preziosi volumi *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*, diretti da Sandro Schipani, ne sono l'emblema, sulla scia della poderosa opera della traduzione tedesca di cui fu pioniere l'indimenticato prof. Rolf Knütel con il suo gruppo straordinario di romanisti (*Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung*). L'intento di realizzare un testo idoneo, in modalità sinottica, a presentare gli articoli del codice civile italiano in un raffronto immediato e continuo con i brani corrispondenti delle più importanti opere del diritto romano, risale in verità al compianto Cosimo Cascione, del quale la Curatrice, Fabiana Tuccillo, fu strettissima e valente collaboratrice, anche in attività di *editing* di volumi d'ausilio per lo studio del diritto civile simili a questo adesso pubblicato. In un'inedita veste editoriale - e arricchita nei riferimenti al diritto romano rispetto alle diverse versioni del *Codice civile, Codice di procedura civile e leggi complementari*, a cura del consigliere Maurizio Santise - ora, esce dunque il codice civile italiano integrato *ratione materiae* con i richiami alle *Institutiones* di Gaio e al *Corpus Iuris Civilis* giustinianeo, e con contestuali rinvii alle disposizioni del Codice civile italiano del 1865 e del Codice di commercio del 1882. Vengono così ampliati e messi a frutto gli spunti già offerti dal celebre volume di Salvatore di Marzo, *Le basi romanistiche del codice civile*, Torino 1950, e dal successivo, più agile contributo di Enzo Nardi, *Codice civile e diritto romano. Gli articoli del vigente codice civile nei loro precedenti romanistici*, Milano 1997. Rivolta in primo luogo agli studenti e ai laureati in Giurisprudenza inclini ad affrontare il tradizionale percorso delle professioni legali o degli impieghi presso le pubbliche amministrazioni, ma pure a magistrati, docenti e avvocati, l'opera fornisce un solido strumentario imperniato su quei meccanismi giuridici peculiarmente 'romani' che costituiscono tuttora il fondamento della riflessione privatistica e non solo. In particolare, il diritto civile romano com'è noto ha sempre costituito materia d'esame per l'ingresso in magistratura, perfino attualmente agli orali è obbligatorio, ed ha indotto a edizioni di silloge delle fonti romanistiche, sin dal glorioso *Breviarium iuris Romani* che dal 1943 vide allora Vincenzo Arangio-Ruiz cooptare un giovanissimo Antonio Guarino per la redazione di una raccolta che si potesse portare in sede di concorso

insieme con i codici non commentati. Accanto alla vasta antologia di testi (ciascuno di essi corredato da una traduzione scorrevole, che gli illustri precedenti non avevano data l'incomparabile migliore conoscenza media del latino delle generazioni precedenti a quelle odierne), degno di nota anche l'indice sistematico figurante in apertura in libri, titoli, capi ed eventuali sezioni codicistiche, con accanto l'indicazione dei sinottici passi latini, idoneo dal canto suo ad offrire un utile orientamento panoramico. Laddove non vi siano frammenti latini da raffrontare, l'articolo comunque nella sua interezza non viene saltato, consentendo in qualche modo una fruibilità al pari di qualsiasi altra edizione dei codici civili correnti. In definitiva, siamo finalmente al cospetto di un lavoro di estrema fruibilità, che pur senza proporre una vera e propria comparazione diacronica, mostra gli svariati fattori di continuità/discontinuità individuabili a monte dell'attuale disciplina privatistica.

[R. F.]

***Personae e res. Sistema romano e diritti odierni. Atti del II Seminario Internazionale Osservatorio su Persona e Famiglia – CSGLA. Roma, 26-27 ottobre 2022,* a cura di Riccardo Cardilli, Roberta Marini, Stefano Porcelli «Roma e America. Collana di Studi Giuridici Latinoamericani, 17» (Milano, Cedam-Wolters Kluwer 2025) p. xii, 360.**

Quindici contributi, di studiosi convenuti presso il Dipartimento di giurisprudenza dell'Università di Roma Tor Vergata da tutto il mondo (Italia, Cina, America Latina), aventi il più ampio «obiettivo di potenziare sui temi specifici della persona umana e della famiglia quale prima cellula fondamentale della società, la pluridecennale esperienza del CSGLA sul dialogo tra diritto romano, tradizione romanistica e sistema giuridico latinoamericano» e tra le sue linee di ricerca viene ora affrontato il tema del rapporto tra '*persona* e *res*' che «assume, infatti, nella riflessione giuridica attuale una spiccata centralità, declinata in diversi settori del diritto» (come notano i curatori, p. xi): Riccardo Cardilli, *Poteri del pater familias e dominium. Storia di una discontinuità*, p. 1-45; Fei Anling, *La tutela volontaria dell'adulto nel Codice Civile della RPC. Nozione, ratio, disposizioni normative*, p. 47-58; Francesco Sangermano, *Proprietà e persona. Riflessioni tra storia e dogmatica*, p. 59-66; Giuliana Amore, *Vincolo fiduciario e statuto proprietario*, p. 67-94; José Luis Cuevas Gayosso – Bertha Alicia Ramírez Arce, *Personas y cosas comunes: una visión desde el mundo indígena mexicano*, p. 95-106; Domenico Dursi, *Le res communes omnium di Marciano: una categoria a garanzia delle esigenze fondamentali della persona*, p. 107-122; Laura Formichella, *Dal Sistema fondiario urbanoe rurale unificato al Codice civile cinese: analisi dei rapporti con la terra nell'ambito della proprietà collettiva rurale*, p. 123-145; Massimiliano Vinci, *Ut indignis: rispetto della suprema voluntas e rivalutazione della dignità a succedere*, p. 147-172; Macarena Guerrero, *De «servile caput» a «liberum caput» por concesión pública; una hipótesis de «praemium libertatis»*, p. 173-198; Marco Fioravanti, *Soggetti-non-soggetti. L'invenzione della razza tra Sette e Ottocento*, p. 199-213; Mauro Tescaro, *In suo hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat: la resistibile reviviscenza di un'antica massima*, p. 215-272; Stefano Porcelli, *La questione dell'imputazione di effetti giuridici riconducibili alle attività delle intelligenze artificiali. Riflessioni preliminari*, p. 273-294; Marcelo de Oliveira Milagres, *Garanzie reali: patto commissorio e marciano. Alla ricerca della libertà negoziale*, p. 295-303; Elena de Carvalho Gomes – Edson Kiyoshi Nacata Junior, *Entre Casuísmo e Abstração: um lugar para as Pertenças no direito civil brasileiro*, p. 305-351; Roberta Marini, *Personae e res. Sistema romano e diritti odierni [Considerazioni conclusive]*, p. 353-357.

[F. M.]

***L'obbligazione: struttura e fonti. Convegno internazionale in ricordo di Carlo Augusto Cannata. Padova, 16-18 giugno 2022*, a cura di Luigi Garofalo, «Il giurista europeo. Atti dell'Aristec, 1» (Napoli, Jovene editore, 2024) p. viii, 367.**

Sedici contributi di romanisti e privatisti, italiani, francesi, polacchi, e spagnoli, sollecitati dalla voce '*Le obbligazioni in generale*' di Carlo Augusto Cannata, in *Trattato di diritto privato*, IX. *Obbligazioni e contratti*, cur. P. Rescigno (Torino, 1999[2]) p. 25 ss.: Giuseppe Amadio, *Le obbligazioni da inadempimento*, p. 1-10; Michel Boudot, *Epistemologia del droit de critique. A proposito del dibattito sull'invalidità contrattuale*, p. 11-22; Barbara Cortese, *I quattuor genera gaiani*, p. 23-48; Wojciech Dajczak, *La struttura dell'obbligazione. Lo sviluppo dell'istituto giuridico nella dogmatica polacca*, p. 49-64; Federico Fernández de Buján, *Le fonti dell'obbligazione nel codice civile spagnolo*, p. 65-84; Giuseppe Falcone, *Postille di sistematica gaiana delle obligationes*, p. 85-110; Marianne Faure-Abbad, *La théorie de la relativité de la faute contractuelle: rèflexion française sur l'action des tiers victimes de l'inexécution du contrat*, p. 111-129; Riccardo Fercia, *Oggetto della prestazione e configurazione delle tutele: il modello rimediale romano alla prova del presente*, p. 131-148; Giovanni Finazzi, *Le definizioni romane dell'obbligazione*, p. 149-211; Andrea Maria Garofalo, *Le obbligazioni da altri atti o fatti: appunti sull'(a)tipicità della fonte (a partire da Le obbligazion ingenerale di Carlo Augusto Cannata)*, p. 213-228; Paola Lambrini, *L'obbligazione da fatto illecito a partire dal pensiero di Carlo Augusto Cannata*, p. 229-239; Francesco Macario, *Il rapporto obbligatorio, la responsabilità del debitore e la tutela del creditore e dell'impresa*, p. 241-257; Salvatore Patti, *Danno non patrimoniale e valutazione equitativa*, p. 259-272; Carlo Pelloso, *Dalla noxae deditio al litis aestimationem sufferre. Spunti sulla struttura del vincolo nossale tra XII Tavole e legge Aquilia*, p. 273-297; Federico Procchi, *A proposito di rapporti 'contrattuali solo nei loro effetti': riflessioni minime tra obligationes quae quasi ex contractu nascuntur e faktische Vertragsverhältnisse*, p. 299-326; L. Solidoro, *La responsabilità per violazione degli obblighi di informazione*, p. 327-366.

[F. M.]

Joanna Kulawiak-Cyrankowska, *Utilitas in Roman Jurists' Legal Interpretation,* «Potsdamer Altertumswissenschaftliche Beiträge, 88» (Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2025) p. 262.

Tesi dottorale, svolta all'Università di Łódź, presso i Dipartimenti di diritto romano e di filologia classica, con la supervisione di Anna Pikulska-Radomska. Tre i capitoli principali (dopo una corposa introduzione programmatica e metodologica), articolati in minuziosi paragrafi, e ciascuno concluso da un prezioso «Summary»: 1. *Utilitas*: Terminological and Axiological Aspects (1.1. *Utilitas* as an Ambiguous Concept. 1.2. *Utilitas* among Values: Meaning of the Term in Non-Legal Sources: 1.2.1. *Utilitas* in Cicero's Writings. 1.2.2. *Utilitas* according to Horace. 1.3. *Utilitas* as Integral to the *Ius* in Jurists' Thought: 1.3.1. *Ars iuris* and *utilitas*. 1.3.2. *Aequum, bonum, utile*). 2. *Utilitas* a Guideline for Legal Interpretation (2.1. *Utilitas* from the Orator's Perspective. 2.2. *Utilitas* from the Jurist's perspective: 2.2.1. Characteristics of Jurists' Activity (D.1,1,1,pr.-1). 2.2.2. *Duae positiones: publicum et privatum* (D.1,1,1,2). 2.3. *Utilitas publica* and *utilitas singulorum*: 2.3.1. *Utilitas publica – utilitas singulorum* relation in Intellectual Tradition. 2.3.2. *Utilitas publica, utilitas singulorum* and Legal Thinking). 3. *Utilitatis* causa Interpretation (3.1. *Ex utilitate, non ex scriptione interpretari*. 3.2. Jurisprudence *contra scriptum* Decisions: 3.2.1. *Ex utilitate, non ex* (*subtili et scripta*) *ratione interpretari*. 3.2.2. breaking the Unambiguity of a Normative Entity. 3.2.2.1. *Utilitas* or *utilitates*? 3.2.3. Breaking the Unambiguity of a Linguistic Expression: 3.2.3.1. Covering a Wilder Context with the Term. 3.2.3.2. Verifying Legal Classification. 3.2.3.3. Modifying the Group of Addressees of the legal Norm. 3.2.4. Interpretation of Declarations of Intent. 3.3. Jurisprudence *supra scriptum* Decisions: 3.3.1. Syllogismus. 3.3.2. Interpretation of the Law. 3.3.3. Interpretation of Declarations of Intent. 3.4. *Utilitatis causa* Decisions and *ius singulare*). Infine, generali «Conclusions»; appendice (28 frammenti dai *Digesta* giustinianei e dalle *Pauli sententiae* in cui compaia *utilitas* insieme con l'aggettivo *publica* o *communis* con un breve commento dell'A.); tavole, carte e grafici (ricorrenza e frequenza di *util** nelle fonti; *utilitatis causa* per periodi, giuristi e generi della letteratura giuridica romana; schema di *contra* e *supra scriptum* e i riferimenti ad altri valori collegati, come ad es. *veritas*, *benignitas* e *humanitas*, nelle opere dei giuristi romani); chiudono indice delle fonti e bibliografia.

[F. M.]

***Tra diritto classico, tardoantico, giustinianeo e bizantino. In ricordo di Agatina Stefania Scarcella*, a cura di Carla Cambria, Giovanna Coppola Bisazza e Alessandro Cusmà Piccione, «Università degli Studi di Messina. Pubblicazioni del Dipartimento di Giurisprudenza, 294» (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2024) p. 156.**

Contributi e interventi intesi a ripercorrere la poliedrica attività di ricerca della Scomparsa, tenuti durante la giornata messinese del gennaio 2024, in memoria della cara Stefania Scarcella, anche Lei salutata da noi della razza che rimane a terra in questi impietosi tempi, funestati dalla scomparsa di maestri, amici e colleghi del lavoro romanistico. Il volume raccoglie, inoltre, ricordi istituzionali, personali (che le rendono merito, data la Sua indimenticata e signorile figura umana) e strettamente familiari (un ringraziamento commovente finale è della figlia, Mariapaola Campisi, p. 143-145): Giovanna Coppola Bisazza, *Prefazione*, p. 7; Giovanna Spatari, Alessio Lo Giudice, Giovanna Coppola Bisazza, *Saluti istituzionali*, p. 11-17; Francesco Arcaria, *Echi ciceroniani in una costituzione di Leone I*, p. 21-68; Carla Masi Doria, *Latino e greco nei testamenti romani: ricordando un percorso condiviso con Stefania*, p. 69-80; Andrea Lovato, *Stefania studiosa di diritto bizantino*, p. 81-90; Alessandro Cusmà Piccione, *Pomponio e le false obbligazioni alternative: brevi considerazioni su un frammento dei libri ad Quintum Mucium (Lenel 228)*, p. 91-104; Carla Cambria, *La competenza giurisdizionale civile dei Tribuni della plebe nella produzione di Stefania: spunti per un'ulteriore analisi*, p. 105-118; Maria Annunziata Astone, Lucia Risicato, Sara Longo, *Interventi*, p. 121-130; Lilia Russo Ruggeri, p. 133-139. Chiude un indice delle fonti (a cura di A. Cusmà Piccione), p. 147-151.

[F. M.]

***Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione* VI.1 37-40. Direzione di Sandro Schipani. A cura di Aldo Petrucci, Antonio Saccoccio, Alessandro Cassarino e Michele Pedone (Pisa, Pisa University Press, 2024) p. iv, 565.**

Contributi alla traduzione di Alessandro Cassarino, Franco Gnoli (†), Alessandro Grillone, Michele Pedone, Aldo Petrucci, Federico Procchi, Antonio Saccoccio, Claudia Terreni ed Elena Tassi. Degno proseguimento dell'opera d'immane impegno diretta da Sandro Schipani, che sinora ha visto la realizzazione dei seguenti volumi: I e II (2005); III (2007); IV (2011); V.1 (2014); V.2 (2021). Quasi come edizioni oramai parallele, continua anche la gloriosa traduzione tedesca del *Corpus iuris* ideata e realizzata sin dal 1990 dal mio compianto maestro bonnense, Rolf Knütel, che piace segnalare ora giunge al libro 39: si v. *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung. Bd. 6: Digesten 35-39*. Gemeinschaftlich übersetzt und herausgegeben von Rolf Knütel, Berthold Kupisch, Sebastian Lohsse, Thomas Rüfner. Mit Beiträgen von Thomas Finkenauer, Klaus Luig, Johannes Michael Rainer (Heidelberg, C.F. Müller, 2024).

[F. M.]

Gianni Santucci, *Chi è causa del suo mal pianga se stesso. Emilio Betti e «quel senso di autoresponsabilità, che i romani mostrano così vivo»*, «Atlante della cultura giuridica europea» (Bologna, il Mulino, 2024) p. 130.

Agile trattazione che sin dall'intitolazione rimanda ad un'acuta riflessione di Emilio Betti, *Diritto romano* I *Parte generale*, Padova, Cedam, 1935, p. 256, sul principio di autoresponsabilità elaborato dai giuristi romani, che offre alla contemporaneità un modello su cui riflettere per affrontare la fenomenologia imperante della deresponsabilizzazione. Ulteriore segnale della 'riscoperta' del pensiero bettiano, su cui cfr. pure ora i contributi, nella recente collettanea meneghina *Un secolo di sapere storico-giuridico dell'Università Statale. I Maestri del Diritto romano e della Storia del diritto*, a cura di Iole Fargnoli (Torino, Giappichelli, 2024), di Sabrina Lo Iacono, *L'insegnamento di Emilio Betti nel ventennio milanese*, p. 7-60, e dell'ottima curatrice, Iole Fargnoli, *Le affinità giuridico-culturali con l'America Latina nella testimonianza di Emilio Betti*, p. 61-76.

[F. M.]

Gianni Santucci, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, Terza edizione «Itinerari» (Bologna, il Mulino, 2025) p. 220.

In merito all'attività di ampliamento e revisione compiuta stavolta, l'a. precisa lealmente (p. 12): «rispetto alla seconda edizione ho modificato e ampliato i primi due capitoli, soprattutto il primo, mentre sono intervenuto solo con variazioni formali e taluni aggiornamenti bibliografici negli altri due». Cap.: I. Gli usi del diritto romano nel diritto europeo. II. La regola dell'utilità dei contraenti. III. La *diligentia quam in suis*. IV. L'*iniuria* nell'illecito aquiliano. Indici. Per qualche mia considerazione a proposito della prima edizione del 2010, cfr. *Itinerari di (dis)continuità dal diritto romano ai diritti europei*, in *Index* 39 (2011) p. 155-170 [traduzione bulgara in *Ius Romanum*, on line, 2 (2020) p. 685-707].

[F. M.]

Luigi Garofalo, *Il diritto oltre i giuristi*, «Saggi» (Venezia, Marsilio, 2024) p. 432; fig. 23.

Raccolta di tredici saggi editi negli ultimi vent'anni, che s'affiancano a quelli in Id., *Echi del diritto romano nell'arte e nel pensiero* (Pisa, Pacini, 2018): *Livio e il diritto arcaico: una prospettiva particolare* (2017); *Sull'Orazio sororicida. Variazioni tra ius osculi e disapplicazione del diritto in Roma arcaica* (2020); *Ancora sull'homo sacer. Considerazioni in margine a un excursus romanistico di Gennaro Sasso* (2022); *Iustitium. Fisionomia ed eziologia* (2022); *La creatività nel diritto* (2020); *Paolo di Tarso ovvero di alcune garanzie del cittadino romano* (2023); *L'humanitas tra diritto romano e totalitarismo hitleriano* (2015)); *Un'intuizione di Niccolò Tommaseo: «l'esecuzione fa le leggi»* (2004, ma 2005); *Bachofen nella lettura di Walter Benjamin* (2018); *'Jurisprudenz' di Gustav Klimt: rilettura di un quadro perduto* (2023); *Carl Schmitt e Wassily Kandinsky: a Monaco fra diritto e arte* (2009); *«Una robusta medusa vivente nell'Adriatico»* (2022); *Il giuridico in Gómez Dávila* (2019).

[F. M.]

G. Mannozzi – G. A. Lodigiani, *La giustizia riparativa*, (Torino, Giappichelli, 2025) p. 481

Merita una particolare segnalazione il recentissimo lavoro monografico di G. Mannozzi e G. A. Lodigiani che si occupa della giustizia riparativa: un nuovo e importante tema che ha riscosso grande interesse nel panorama giuridico contemporaneo, sia in Italia che in campo europeo ed extraeuropeo. Il lavoro non trascura, opportunamente, di mettere in luce la portata assai generale dell'argomento che va oltre il territorio del diritto, e del diritto penale in particolare (non a caso, nel libro viene richiamata una vasta letteratura multidisciplinare, nazionale e internazionale, in aggiunta a quella normativa e legale), occupandosi non solo delle sue radici giuridico-criminologiche ma anche, in modo appropriato e nel momento giusto, dei saperi provenienti dalla filosofia morale, dalla politica, dalla antropologia, dall'etica-sociale, come pure dalla storia (ricordando per esempio, a quest'ultimo riguardo, le «origini remote del termine "giustizia riparativa"») e perfino dal "clima sociale e culturale" nel cui ambito la *restorative justice* ha già suscitato una discussione pubblica molto partecipata e diffusa raccogliendo un'ondata di adesioni.

Segno che questa idea di giustizia quale mezzo di difesa dei diritti umani e della dignità della persona e valido strumento per la trattazione e soluzione di conflitti sociali all'interno della comunità per garantire l'equilibrio delle relazioni intersoggettive tra i suoi componenti, è vissuta emozionalmente. Esprime cioè un bisogno profondo strettamente legato più che alla rigorosa razionalità e astrattezza dei concetti, alla sensibilità e ai sentimenti da cui è animato l'essere umano, che consentono alla coscienza individuale e collettiva di afferrare cos'è la giustizia riparativa nella sua profonda eticità e umanissima essenza, riassunta dagli autori in cinque parole: ascolto, empatia, riconoscimento dell'altro, vergogna, fiducia, a ciascuna delle quali dedicano una puntuale spiegazione e interessanti riflessioni.

Dopo un forte richiamo all'idea di giustizia in generale che garantisce l'equilibrio delle relazioni sociali, e a quella riparativa in modo particolarissimo esaminata sul piano non normativo, cioè come essa è nella sua essenza senza contatti con la giustizia punitiva, l'idea dominante che emerge dal volume di Grazia Mannozzi e di Giovanni Angelo Lodigiani con riguardo a questa nuova e peculiare forma di giustizia che riprende fiato e consistenza sul piano giuridico, è che il tradizionale paradigma della giustizia punitiva, in unione con la giustizia riparativa, non è più solamente, o prevalentemente, retributivo e afflittivo, ma – soprattutto – rieducativo (o formativo), nel senso che ha come obbiettivo la socializzazione, o risocializzazione, della persona del reo, in prospettiva del suo

rientro nella vita sociale.

Il lavoro, poi, svolge un'approfondita indagine su altri profili più specifici del rapporto tra giustizia riparativa e giustizia punitiva, da cui emergono riflessioni e prospettive che sono al centro di questo settore fondamentale della ricerca e molto efficacemente sintetizzate in numerose pagine del libro, che possiamo così riassumere: l'esigenza di superare la «crisi della penalità» e la visione formalistica del diritto penale tradizionale, attraverso un ragionevole compromesso tra pratiche di giustizia riparativa e sistema sanzionatorio punitivo, pur diversamente caratterizzati per giustificazione e finalità; quindi la necessità di correggere l'eccessiva dimensione retributiva e punitiva che caratterizza tuttora il diritto penale moderno e contemporaneo, assumendone a supporto la giustizia riparativa. Tale necessità (e possibilità) è suggerita, ed è la convinzione che risulta sostanzialmente dalla lettura della monografia in esame, dagli effetti positivi che la giustizia riparativa ha avuto (e del tutto plausibilmente continuerà ad avere) sul diritto punitivo, malgrado i suoi possibili effetti negativi dovuti a una serie di ragioni puntualmente messe in luce nel libro, tra le quali per come si è sviluppata e si svilupperà nei suoi riflessi penalistici.

Altre profonde riflessioni degli autori sulla giustizia riparativa e sul metodo riconciliativo nella loro contrapposizione sostanziale alla giustizia punitiva sollecitate da questo libro, riguardano gli «interventi a favore delle vittime tra esigenze di tutela e istanze di controllo del crimine», tra protezione della vittima e tutela del suo autore, entrambi coinvolti per favorire la riconciliazione e trovare un accordo che soddisfi le individuali esigenze delle parti, le rispettive aspirazioni e i reciproci diritti; l'esigenza di tenere (come la Sapienza, raffigurata nella *Allegoria del buon governo*, riportata in una pagina del libro) «saldamente in pugno la bilancia» [...] nel «rapporto tra giustizia riparativa e sistema penale», che, insieme, possono garantire un giusto equilibrio tra prevenzione e punizione, protezione della vittima e tutela del reo.

L'opera segnalata, nelle parti finali, cerca d'individuare un punto d'incontro tra le due tipologie di giustizia in conflitto tra loro e – conseguentemente – trovano nel volume una speciale attenzione le condizioni per una riforma organica della giustizia punitiva, due delle quali emergono più o meno esplicitamente da un'attenta lettura del libro: che la riforma sia realizzata nell'ottica riconciliativa della giustizia riparatoria ed entro i limiti concessi dalla giustizia punitiva. Limiti irrinunciabili – e in tal senso prende posizione anche il lavoro in esame – perché la giustizia riparativa è un modello complementare al diritto penale, non sostituisce quella punitiva: se quest'ultima è usata in misura moderata nel reagire alle conseguenze lesive della condotta del reo, può essere utilizzata in alternativa o

in aggiunta ad essa, sì che la giustizia punitiva non è ostacolata – e giustamente – dal riconoscimento della necessità di un compromesso tra le due contrapposte tipologie di giustizia. Che il sistema penale tradizionale continuerà a costituire il presupposto dei programmi di giustizia riparativa è convinzione ferma degli autori del libro.

[A.M.]

Antonio Cassese (curatela Micaela Frulli), *L'esperienza del male. Guerra, tortura, genocidio, terrorismo alla sbarra. Conversazione con Giorgio Acquaviva* (Bologna, Il Mulino, 2025), p. 288.

Si tratta della seconda edizione del libro che raccoglie l'intervista rilasciata da Antonio Cassese poco prima della sua scomparsa, al Giornalista Giorgio Acquaviva nel 2011. Antonio Cassese, giurista accademico e esperto di diritto internazionale, ha assunto incarichi assai importanti sia come rappresentante del Governo italiano in conferenze diplomatiche e in vari organi dell'ONU, sia come esperto indipendente in numerosi organismi internazionali. *Ex plurimis*, ha ricoperto l'incarico di Primo Presidente del Comitato europeo per la prevenzione della tortura, Primo Presidente del Tribunale penale internazionale per l'ex-Iugoslavia, Presidente della Commissione d'inchiesta creata dal consiglio di sicurezza dell'ONU per i crimini commessi nel Darfur e, da ultimo, fino al 2011 Presidente del Tribunale speciale per il Libano. Attraverso le pagine di questa intervista, Cassese ripercorre le tappe fondamentali della sua carriera e rivela alle lettrici e ai lettori non solo i tratti fondamentali del suo pensiero giuridico, ma anche la sua forte passione civile che lo ha spinto nella direzione di utilizzare il diritto come strumento per migliorare la condizione umana, in particolar modo nell'ambito dei conflitti e delle situazioni in cui si verificano violazioni gravi dei diritti fondamentali. Le risposte sono ancora oggi di una straordinaria attualità e Cassese non manca di rivelare i suoi dubbi, le sue incertezze, ma allo stesso tempo coltiva la fiducia che il diritto possa giocare un ruolo importante nel migliorare la società internazionale. La nuova edizione è corredata di una postfazione di Micaela Frulli.

[A.L.]

Bruno Nascimbene, *Corti europee e regole del processo. Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di giustizia dell'Unione europea. Raccolta di testi* (Pisa, Pacini Giuridica, 2025), p. 424.

La raccolta di testi sulle regole del processo di "diritto CEDU" e di "diritto UE" nasce non solo dallo studio e dalla ricerca, ma dalla pratica ed esperienza compiuta dall'Autore (nel corso degli anni) nell'affrontare temi e questioni relative al processo avanti alle "Corti europee": la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia dell'Unione europea. I testi maggiormente rilevanti sono dunque raccolti distinguendo una prima parte (CEDU) e una seconda parte (UE) con il proposito di fornire uno strumento utile per il giurista, per chi studia o deve affrontare una causa o un processo avanti a questa o a quella Corte. Uno strumento, insomma, che dovrebbe consentire una migliore conoscenza di norme, regole e prassi dei procedimenti avanti alle due Corti.

[A.L.]

Giuseppe Serranò, *Il diritto degli investimenti dell'Unione europea nel contesto globale. Dai trattati bilaterali degli Stati membri ai trattati macroregionali in forma mista* (Torino, Giappichelli, 2025), p. 768.

I *Bilateral Investment Treaties* (BITs) hanno rappresentato per decenni il principale strumento di promozione e tutela degli investimenti internazionali. L'attribuzione all'Unione europea, da parte del trattato di Lisbona, della competenza espressa in materia di investimenti esteri diretti ha, tuttavia, generato un conflitto tra il diritto europeo e i BITs conclusi dagli Stati membri con Paesi terzi (BITs extra-UE) e, soprattutto, tra loro (BITs intra-UE). La prima parte della monografia ricostruisce la genesi e l'evoluzione dei BITs, inserendoli nel contesto di un mondo «globalizzato», nel quale hanno ormai un ruolo centrale anche altri accordi, a portata regionale e macroregionale; la seconda individua i confini della competenza «frammentata» in materia della Comunità europea prima di Lisbona e di quella dell'Unione dopo tale trattato, per poi indagare le ragioni di attrito tra BITs (ma anche Carta dell'energia) e diritto dell'Unione ed identificare i «punti fermi» della moderna politica europea degli investimenti.

[A.L.]

Fabrizio Vismara, *Il commercio dei prodotti a duplice uso nel diritto dell'Unione europea* (Torino, Giappichelli, Torino, 2025), p. 205

Il volume si apre con una ricognizione dell'articolato sistema degli strumenti di diritto internazionale e di *soft law* che rilevano nell'ambito dei controlli multilaterali dei materiali di armamento. L'analisi procede sull'ambito normativo di cui al vigente regolamento (UE) n. 821/2021 in materia di controllo dei prodotti a duplice uso, previa una ricognizione dei già vigenti atti normativi riguardanti il medesimo ambito materiale e dei rapporti tra tale normativa e gli strumenti adottati nel quadro della Politica Estera e di Sicurezza Comune. Fa seguito l'analisi dei profili di coordinamento della disciplina vigente con altri sistemi normativi (UE e internazionali) e l'individuazione degli strumenti di soluzione dei problemi interpretativi generati dall'elevato tecnicismo del dato normativo. L'esposizione viene condotta, tanto per ordine sistematico, quanto per consequenzialità logica, seguendo tre aree principali di analisi ossia: le regole sul controllo all'esportazione e relativi presupposti applicativi, le singole fattispecie oggetto di controllo, le relative deroghe di cui al complesso sistema di autorizzazioni. Nella parte finale del lavoro la disamina si focalizza sulle complessità relative all'interpretazione del dato tecnico di cui agli allegati del regolamento (UE) n. 821/2021 (e, in particolare, di cui all'allegato I, oggetto di successive implementazioni), anche con l'ausilio dei principi enucleati dalla giurisprudenza unionale.

[A.L.]

Lorenzo Grossio, *Proportionality of Criminal Offences and Penalties in EU Law: A Hybrid Principle* (Oxford, Hart Publishing, 2025) p. 250

Il volume analizza la teorizzazione e l'applicazione della proporzionalità dei reati e delle pene nel diritto dell'Unione europea, mettendo in luce la sua natura ibrida. Nell'ordinamento giuridico dell'Unione, la proporzionalità costituisce un principio generale che svolge un ruolo cruciale nel limitare l'esercizio dei poteri dell'Unione, nel valutare la compatibilità delle misure nazionali con le libertà del mercato interno e nel giudicare i diritti fondamentali. Il concetto di proporzionalità dell'UE ha una teorizzazione precisa, ma il principio assume una fisionomia distinta nel diritto penale dell'UE. Infatti, la proporzionalità ha un significato diverso nel diritto penale, legato alle teorie della punizione. Non solo le due concezioni della proporzionalità coesistono nel diritto penale dell'UE, ma sono anche intrecciate, dando così origine a un principio ibrido. Tuttavia, il loro rapporto difficile rimane inesplorato. Per comprendere questa interazione unica, il libro approfondisce la teorizzazione e le applicazioni del principio ibrido di proporzionalità dei reati e delle pene nella prassi legislativa dell'UE in materia di armonizzazione del diritto penale sostanziale e nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea sul controllo delle misure penali nazionali. Questa analisi fornisce nuove prospettive sul rapporto tra i concetti di proporzionalità dell'UE e del diritto penale nell'ordinamento giuridico dell'Unione.

[A.L.]

Stefano Dominelli, *Regolamento Bruxelles I bis e US jurisdiction in personam: riflessioni e proposte su condivisioni valoriali, influenze e osmosi di metodi* (Napoli, Editoriale Scientifica, 2025), p. 417.

Il volume analizza i principi fondamentali del diritto processuale civile internazionale dell'Unione europea e del modello statunitense in materia di contratti e illeciti. L'indagine, anche soffermandosi criticamente sulla *law in action*, evidenza come entrambi i sistemi siano in parte incoerenti con le rispettive premesse - della certezza del diritto, da un lato, e della flessibilità e giustizia, dall'altro. La giustapposizione degli approcci dogmatici e la loro contestualizzazione alla luce della vita giuridica dei singoli sistemi consente, tuttavia, di ricostruire un principio irrinunciabile comune e condiviso. Tale conclusione apre, in limitata misura, ad un riavvicinamento concettuale tra sistemi normativi usualmente concepiti come antitetici e a riflessioni in merito a possibili *legal transplants* che rispettino i caratteri della cultura giuridica locale.

[A.L.]

Andrea Gattini (General Editor), Marco Dimetto (Associate Editor), *Time and International Adjudication – The Temporal Factor in Proceedings before International Courts and Tribunals* (Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2025), p. xvii + 683

Il volume si occupa di un aspetto cruciale – e tuttavia solo sporadicamente affrontato dalla dottrina internazionalistica – della risoluzione giurisdizionale delle controversie internazionali, attraverso diversi contributi da parte di autorevoli studiosi e professionisti del diritto internazionale, tutti incentrati sul ruolo del tempo nei procedimenti di fronte alle corti e ai tribunali internazionali. La riflessione intorno alla variabile temporale insita nella risoluzione delle controversie è articolata seguendo le diverse fasi in cui si è soliti suddividere il procedimento di fronte agli organi giudiziari internazionali. L'indagine riguarda non solo i procedimenti tra Stati avanti alle corti permanenti (CIG, TIDM e Organo di soluzione delle controversie dell'OMC) e ai tribunali arbitrali, ma anche le controversie tra individui e Stati nel contesto delle corte regionali dei diritti umani e dei tribunali di investimento. In particolare, dopo un'ampia e ragionata introduzione di Andrea Gattini (*Time and International Adjudication: an Introduction*, p.1-32), il volume si compone come qui di seguito indicato: PART 1 Institution of the Proceedings: Andreas Zimmermann, *The Time Factor in Bringing a Case before the International Court of Justice*, p. 33-50; Giorgio Gaja, *Jurisdiction ratione temporis of the International Court of Justice*, p. 51-58; Zachary Douglas KC, *The Distinction between Disputes and Claims and the Question of Time: from Mavrommatis to the Marshall Islands,* p. 59-79; Marco Dimetto, *The Time of the Seisin as a Pivotal Factor for the Settlement of Inter-State Disputes*, p. 80-98; Lyna Maaziz and Niki Aloupi, *Temporal Aspects of Dispute Settlement Proceedings at the International Tribunal for the Law of the Sea*, p. 99-115; Laurence Burgorgue-Larsen, *The Three Regional Human Rights Courts: One Single Understanding of Time in Instituting the Proceedings?*, p. 116-141; Serena Forlati, *The Time Element in the Initiation of Inter-State Arbitration*, p. 142-157; Christina L. Beharry and Katherine Peiffer, *Practical Considerations for Litigating Investment Arbitration Disputes in Times of Crisis*, p. 158-175; PART 2 Incidental Proceedings: Matina Papadaki, *Incidental Proceedings in the ICJ and the Fateful Passage of Time*, p. 177-198; Hadi Azari, *Filing a Counter-Claim after the Lapse of the Title of Jurisdiction,* p. 199-214; Alina Miron, *Intervention in the Collective Interest before the International Court of Justice – the Time has Finally Come?*, p. 215-235; Yoshifumi Tanaka, *Rendezvous between Provisional Measures and Prompt Release in the ITLOS Jurisprudence*, p. 236-255; Christina Binder, *Provisional Measures before Regional Human Rights Courts*, p. 256-275; Chiara Giorgetti and

Craig D. Gaver, *Time and the Settlement of Investor-State Disputes: Running On or Out of Time?*, p. 276-297; PART 3 Evidence: Carlotta Ceretelli, *The Role of Good Administration of Justice in Admitting Untimely and Informal Documents before the International Court of Justice*, p. 299-318; Gian Maria Farnelli, *The Role of the Time Element in Providing Facts before ITLOS*, p. 319-333; Makane Moïse Mbengue and Rukmini Das, *Temporal Aspects of the Use of Experts in the Proceedings before the ICJ and ITLOS*, p. 334-353; Sunayana Sasmal and Petros C. Mavroidis, *Evidence in WTO Dispute Settlement*, p.354-374; Arnaud de Nanteuil, *The Role of Time in Allocating the Burden of Proof in Investment Arbitration*, p. 375-389; PART 4 Interpretation of Applicable Law: Alexandre Hermet, *Time, Custom and International Adjudication*, p. 391-411; Gleider Hernández, *Precedent as Retrospection: the Practice of the International Court of Justice*, p. 412-432; Niccolò Ridi, *Res Judicata and Time,* p. 434-454; Roberto Virzo, *Applicable Law and Evolutionary Interpretation of the "Legal Order for the Seas and the Oceans": the ITLOS and UNCLOS Arbitral Tribunals Experience*, p. 455-472; Linos-Alexander Sicilianos, *Adapting International Instruments over Time: Remarks on the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights*, p. 473-486; Mariana de Andrade, *Intertemporal Issues in the Interpretation of GATT Article XXI*, p. 487-507; PART 5 Post Judgment: Philippa Webb, *Patience and Perseverance: Time and Compliance with Inter-State Judicial Decisions*, p. 509-531; Jorge Contesse, *Implementation of Human Rights Judgments in Latin America*, p. 532-554; Andreas Kulick, *From Rectification to Revision: the Timeless Character of Post-Award Proceedings*, p. 555-572; Relja Radović, *Enhancing the Relevance of Revision in International Adjudication*, p. 573-592; Loris Marotti, *Handle with Care: Judicial Review Procedures of International Judgments and Awards*, p. 593-612; Andrea Hamann, '*As Time Goes By': the Time-to-Compliance in WTO Dispute Settlement*, p. 613-633.

[A.L.]

Giorgio Sacerdoti, Niall Moran, *International Trade and Investment Dispute Settlement. From Rise to Crisis and Reform* (Abington (Oxton) and New York, Routledge, 2025) p. 280

Scritto da Giorgio Sacerdoti, con la sua decennale esperienza sia come arbitro in materia di investimenti che come membro dell'Organo d'Appello dell'OMC (Organizzazione mondiale del commercio), e da Niall Moran, questo libro esamina le origini, le caratteristiche, gli sviluppi, nonché le critiche e le sfide attuali ai sistemi di risoluzione delle controversie commerciali e di investimento. Finora, studiosi e giuristi hanno analizzato l'OMC e i sistemi di risoluzione delle controversie degli accordi commerciali regionali e della risoluzione delle controversie tra investitori e Stati (ISDS) in modo separato, a compartimenti stagni. Questo testo – che è molto più di una "introduzione" come lo presentano gli Autori – adotta un approccio innovativo che confronta la struttura, la procedura, l'evoluzione e il futuro di questi meccanismi e ne valuta i punti in comune e le differenze, invitando a riflettere su come questioni simili possano essere affrontate in modo diverso e sul contributo che ciascun sistema può apportare all'altro. Gli Autori offrono infatti uno studio comparativo olistico degli attuali quadri normativi per la risoluzione delle controversie commerciali e di investimento, evidenziando come entrambi si siano sviluppati e abbiano contribuito alla formidabile espansione dell'economia globale dopo la Seconda Guerra Mondiale, nonché le ragioni per cui siano entrati oggi in una profonda crisi. In particolare, esaminandone parallelamente origini, caratteristiche, sviluppo e sfide attuali, ed evidenziandone punti in comune e differenze, il volume analizza le critiche rivolte a entrambi i regimi, esplora gli attuali sforzi di riforma presso l'OMC, l'ICSID (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*) e l'UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*) (inclusa la controversa proposta di sostituire l'ISDS con una Corte Multilaterale per gli Investimenti) e si confronta con il dibattito in corso valutandone i possibili esiti. Per quanto riguarda il commercio, il libro evidenzia il successo del sistema OMC per oltre 20 anni e il suo funzionamento stentato dopo la paralisi dell'Organo d'Appello nel 2019. Per quanto riguarda l'ISDS, il libro descrive in dettaglio la protezione procedurale garantita agli investitori stranieri ai sensi dei Trattati Bilaterali di Investimento (BIT), di altri Accordi Internazionali di Investimento e dei capitoli sugli investimenti di accordi commerciali come NAFTA (*North American Free Trade Agreement*), USMCA (*United States–Mexico–Canada Agreement*), CETA (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*) e CPTPP (*Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership*), oltre all'impatto della

giurisprudenza sullo spazio normativo degli Stati. Il libro esplora con notevole chiarezza, a beneficio di tutti gli interessati, i punti in comune tra entrambi e le possibili modalità per salvaguardare questi strumenti indispensabili per facilitare il commercio e gli investimenti a livello globale.

[A.L.]

NOTITIAE

A Salisburgo per Michael Rainer e Johanna Filip-Fröschl

Il 13 e 14 giugno 2025, nell'ambito del Max Seminar für Römisches Recht presso la Paris Lodron Universität di Salisburgo, i proff. M.J. Rainer e J. Filip-Fröschl hanno organizzato, in occasione della celebrazione della cessazione della loro attività di insegnamento, due giornate su *Civitas Romana*. Dopo le parole di benvenuto e i saluti dei proff. M.J. Rainer, J. Filip-Fröschl, e sotto la presidenza di M.J. Rainer, L. Peppe, *Rileggere Benveniste su civis e polites*, ha aperto al seduta mattutina del 13 giugno sulle definizioni del termine *civis* offerte dal linguista francese; sui libri *ad edictum* di Ulpiano e sulla disciplina sulla competenza/incompetenza di giurisdizione dei magistrati locali C. Giachi, *Municipes e giurisdizione nell'ad edictum di Ulpiano*; sulla paternità della *Constitutio Antoniniana*, sulle finalità fiscali la relazione di F. Bertoldi, *Cittadinanza e Constitutio Antoniniana*; F. Briguglio, *La Lex Minicia nella scriptio continua del Codex XV (13) delle Institutiones di Gaio: intelligenza artificiale e reti neurali ricorrenti per l'analisi semantica e predittiva finalizzata al recupero delle lacune testuali*, ha illustrato l'utilizzo del programma AI Apograph analyzer and annotator negli apografi del 1874 e nel *Supplementum* del 1884 delle *Institutiones* di Gaio e del RNN (Recurrent Neutral Network); il lemma *communitas* connesso a pace/guerra e diritto da Capograssi, Carnelutti, Fassò fino a Bobbio, è stato oggetto della relazione di T. dalla Massara, *"Communitas" e pace: un itinerario tra giuristi italiani del Novecento*.

La sessione pomeridiana del 13 giugno, presieduta da M.J Rainer, è stata aperta da S. Cristaldi su *La lex Aelia Sentia e l'acquisto della cittadinanza romana*, sulla *ratio* e le finalità della *lex Aelia Sentia*; F. Cursi, *Ius migrandi e postliminium receptus: la concezione territoriale della cittadinanza romana*, si è soffermata sullo *ius migrandi* romano, sulla isopoliteia nell'età arcaica e sul *postliminium receptus*; L. Di Cintio, *Alcuni aspetti della cittadinanza nell'Archivio di Babatha*, ha analizzato il fenomeno dell'espansione del *ius Latii* nelle province orientali e nelle comunità locali; N. El Beheiri, *Das Begnadigungsrecht in der römischen Republik: Überlegungen ausgehend von Livius 8,35,5*, ha descritto il noto caso della disubbidienza del *magiter equitum* Q. Fabio agli ordini militari, e della grazia concessagli dal dittatore; sulla *lex Laetoria* [*Plaetoria*] e sulla tutela dei minori la relazione di J. Erdődy, *Certaines questions du status des minores selon le commentaire Ad edictum d'Ulpien*; R. Fiori, *La città italica*, attraverso le Tavole iguvine, ha ipotizzato l'esistenza di un modello di città pre-estrusco proprio dei popoli dell'Italia antica e non solo di Roma arcaica; L. Gagliardi, *Ius sanguinis e ius soli*, ha analizzato la situazione attuale in alcuni Stati e quasi un passaggio dal principio di *ius sanguinis* al *ius soli* e viceversa (ad esempio in Italia e negli Stati Uniti); V. Heutger, *Der Briefwechsel zwischen Max Kaser und*

Wolfgang Waldstein unter besonderer Berücksichtigung der (römischen) Gesellschaftsordnung und ihrer Weiterentwicklung im europäischen Kontext ha evidenziato come la collaborazione pluridecennale tra Max Kaser e Wolfgang Waldstein riflettesse non solo una profonda amicizia, ma anche un'eredità scientifica condivisa; C. Masi Doria, *Acquistare e perdere la cittadinanza romana: uno sguardo prospettico al femminile*, si è soffermata sui modi di acquisto e perdita della cittadinanza di alcune donne della realtà romana e periferica; F. Procchi, *Provocatio ad populum: variazioni su un tema*, ha offerto un'analisi di questo *praesidium libertatis* dal punto di vista strutturale; la condizione giuridica dei "nuovi cittadini" dopo il 212, attraverso i papiri giuridici, è stata oggetto della relazione di J.D. Rodríguez, *„Romaiká": wenn die römischen Bürger kein Latein sprechen*.

I lavori del 14 giugno, sempre sotto la presidenza di M.J. Rainer, sono stati aperti da M. Rizzi, *Le leggi di Taso sul vino: produzione locale e identità civica*, sulle finalità delle disposizioni di Taso; una possibile comparazione tra il prigioniero di guerra *redemptus* e il debitore nel *pignus* fino al momento dell'adempimento costituiscono l'oggetto della relazione di A. Rodeghiero, *Das Pfandrecht am redemptus ab hostibus*; P. Santini, *Il civis di fronte all'azione littoria: qualche riflessione*, sull'*imperium*, si è soffermata sugli *insignia imperia*, sui littori e sulle reazioni del *civis* di fronte ai fasci; M. Scognamiglio, *Schiavi arruolati e cittadinanza romana*, ha illustrato la *lex Fabia* e i suoi effetti sui soggetti *cives* e sugli schiavi manomessi, in correlazione ai casi di arruolamento volontario degli schiavi; F. Tuccillo, *Sulle accezioni di 'civiliter'*, ha analizzato l'uso dell'avverbio *civiliter* in alcune fonti letterarie e giuridiche e gli eterogenei significati che esso può assumere in una prospettiva politica o in senso etico-morale; infine A. Valiño, *Valentia: statuto giuridico alla luce delle fonti disponibili*, si è soffermato sulla presenza romana nel Mediterraneo dello statuto giuridico valenciano.
M.J. Rainer e J. Filip-Fröschl hanno chiuso i lavori.

[Fabiana Tuccillo]

Il XXXV convegno nazionale dell'Associazione fra gli studiosi del processo civile

Il 19 e 20 settembre 2025 si è svolto a Torino il XXXV convegno nazionale dell'Associazione fra gli studiosi del processo civile, che ha avuto ad oggetto "Le obbligazioni solidali". Il convegno, ospitato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, come da tradizione si è tenuto nell'intera giornata del venerdì e nella mattinata del sabato, costituendo l'occasione anche per lo svolgimento dell'assemblea dei soci dell'Associazione.

I lavori della prima giornata, introdotti dal Presidente dell'Associazione prof. Francesco Paolo Luiso, si sono tenuti nell'aula magna della Cavallerizza Reale e sono stati preceduti dagli indirizzi di saluto della prof.ssa Valeria Giusi Marcenò, Direttrice del Dipartimento di Giurisprudenza, della dott.ssa Gabriella Ratti, Presidente della prima sezione della Corte d'Appello, dell'avv. Marina Notaristefano, vicepresidente dell'Ordine degli Avvocati, e della prof.ssa Elena D'Alessandro in rappresentanza del comitato organizzatore del convegno. Ai saluti ha fatto seguito l'intervento del prof. Giovanni Verde in ricordo del prof. Bruno Cavallone, condirettore della *Rivista di diritto processuale* a partire dal 2010, venuto a mancare nel marzo 2025, del quale è stata tratteggiata la figura di fine studioso del diritto processuale ed in particolare del diritto probatorio, nonché la ricca e sensibile personalità di uomo di cultura.

La prima sessione, presieduta dal prof. Andrea Proto Pisani, è stata aperta dalla relazione del prof. Enrico Gabrielli sul tema dei rapporti tra obbligazioni solidali e transazione, tema la cui complessità è stata posta in relazione con una sorta di conflittualità logica tra la struttura delle relative fattispecie, connotate – la prima – dalla presenza di un vincolo tra i coobbligati e - la seconda – dal fine della liberazione di una parte dal vincolo obbligatorio, mediante la modificazione o l'estinzione del rapporto. La relazione, partendo dall'esame dell'art. 1304 c.c. e dai principali problemi interpretativi posti dalla norma, si è soffermata sulle diverse clausole di regolazione transattiva dei rapporti solidali e, in particolare, sulla clausola di transazione sulla quota del singolo condebitore solidale (di maggiore interesse sul piano applicativo) la quale, pur componendo la lite tra creditore e singolo coobbligato, lascia quest'ultimo esposto alle pretese in regresso degli altro coobbligati, estranei alla transazione.

È poi seguita la relazione della prof.ssa Beatrice Gambineri avente ad oggetto le obbligazioni solidali ed il processo di cognizione di primo grado. Premessa una sintetica ricostruzione del quadro normativo di diritto sostanziale, e con esso la

distinzione – fondamentale anche nella prospettiva processuale - tra obbligazioni solidali ad interesse unisoggettivo (nelle quali il vincolo dei condebitori deriva da titoli diversi) e obbligazioni solidali ad interesse comune (nelle quali il vincolo dei coobbligati discende dal medesimo titolo), l'attenzione si è incentrata su queste ultime, e più precisamente sulle fattispecie di solidarietà derivante da responsabilità per fatto illecito, nonché sulle fattispecie di solidarietà derivante da contratti a prestazioni corrispettive. Dalla struttura sostanziale di ciascun gruppo di fattispecie sono state desunte le conseguenze sul piano delle modalità di svolgimento del processo di cognizione di primo grado e sull'atteggiarsi del litisconsorzio che ivi può determinarsi. La mattinata si è conclusa con l'intervento del prof. Consolo, che ha svolto alcune considerazioni sulle questioni affrontate dalle prime due relazioni.

Nella sessione pomeridiana, presieduta dal prof. Giovanni Verde, la prof.ssa Laura Baccaglini ha presentato la propria relazione sul rapporto tra obbligazioni solidali e giudizi di impugnazione, incentrando l'attenzione, in particolare, sul regime della sentenza che abbia condannato più condebitori solidalmente obbligati all'adempimento, con esclusione dei casi in cui in primo grado sia stata proposta domanda di regresso da taluno dei condebitori, ovvero questi abbiano chiesto l'accertamento *pro quota* delle rispettive responsabilità. L'annosa questione se la fattispecie esaminata soggiaccia al regime di cui all'art. 331 c.p.c., o a quello dell'art. 332 c.p.c., è stata affrontata alla luce dei numerosi contributi dottrinali sul punto, oltre che degli arresti delle Sezioni Unite nn. 24627/2007 e 8486/2024, con una critica alla soluzione, propugnata dalla richiamata giurisprudenza, fautrice di un'interpretazione estensiva dell'art. 334 c.p.c., che ammette il condebitore all'impugnazione incidentale tardiva anche nelle forme dell'impugnazione adesiva rivolta contro la parte creditrice destinataria dell'impugnazione principale.

Nell'ultima relazione della giornata, il prof. Massimo Montanari ha trattato il tema delle obbligazioni solidali nel processo esecutivo. Dopo aver svolto alcune considerazioni sulla meritevolezza di un'autonoma indagine sulla tutela di questa tipologia di obbligazioni in sede di esecuzione forzata, il relatore ha affrontato la questione relativa all'ammissibilità della parallela attivazione di plurime procedure esecutive nei confronti dei diversi debitori in solido, con specifica attenzione ai rimedi avverso l'eccesso delle esecuzioni intraprese contro gli stessi, il tutto alla luce delle posizioni espresse da dottrina e giurisprudenza. Dopo un cenno ad ulteriori questioni in materia di esercizio del diritto di regresso nel processo esecutivo pendente, nonché in tema solidarietà dal lato attivo, la relazione si è conclusivamente incentrata sull'attuazione delle obbligazioni solidali in sede di

esecuzione concorsuale, con particolare riguardo alla trasponibilità delle relative regole all'esecuzione individuale.

Sono seguiti gli interventi dei proff. Ruffini, Bove, Corea, De Cristofaro, al termine dei quali si è svolta l'assemblea dei soci dell'Associazione.

Nella giornata del sabato, presso l'aula magna del Campus Einaudi, si è svolta la terza sessione del convegno presieduta dal prof. Alberto Ronco. Agli ulteriori interventi dei proff. Corsini, Marinelli, Salvaneschi, Merlin, Luiso, Chizzini e dell'avv. Fusco hanno fatto seguito le repliche dei relatori. Il prof. Luiso ha quindi chiuso i lavori ringraziando il comitato organizzatore e dando appuntamento alle prossime iniziative dell'Associazione.

[Maria Pia Gasperini]

ELENCO AUTORI

JOYCEANE BEZERRA DE MENEZES, Fortaleza (UNIFOR), *Professora associada da Universidade Federal do Ceará (UFC).*

PAOLO BIANCHI, *Professore ordinario di Diritto pubblico comparato presso l'Università di Camerino.*

DAVIDE BRESOLIN ZOPPELLI, *Assegnista di ricerca presso l'Università degli Studi di Foggia.*

NICOLA BRUTTI, *Professore associato presso l'Università di Padova.*

LAURA D'AMATI, *Professoressa ordinaria di Diritto romano presso l'Università degli Studi di Foggia.*

ROCCO FAVALE, *Professore ordinario di Diritto privato comparato nell'Università degli Studi di Camerino.*

MARIA FEOLA, *Professoressa ordinaria di Diritto privato comparato nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II.*

LORENZO GAGLIARDI, *Professore associato di Istituzioni di diritto romano nell'Università degli Studi di Milano.*

MARIA PIA GASPERINI, *Professoressa associata di Diritto processuale civile nell'Università di Camerino.*

TATIANA GUARNIER, *Professoressa associata di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Camerino.*

CARLOTTA LATINI, *Professoressa ordinaria di Storia del diritto Medievale e Moderno, Università degli Studi di Camerino.*

AGOSTINA LATINO, *Professoressa aggregata di Diritto internazionale presso l'Università di Camerino.*

ANA BEATRIZ LIMA PIMENTEL, *Professora da Universidade de Fortaleza (UNIFOR) e do Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS).*

FRANCISCO LUCIANO LIMA RODRIGUES, *Professor titular da Universidade de Fortaleza (UNIFOR).*

MARIA PAOLA MANTOVANI, *Professoressa ordinaria di Diritto privato comparato nell'Università degli Studi di Camerino.*

FELICE MERCOGLIANO, *Professore ordinario di Istituzioni e storia del diritto romano nell'Università degli Studi di Camerino e affidatario di Fondamenti del diritto europeo presso l'Università degli Studi di Chieti-Pescara.*

MATTIA MILANI, *Ricercatore di Diritto romano e fondamenti del diritto europeo presso l'Università degli Studi di Foggia, abilitato alle funzioni di professore di II fascia.*

MARIA SARAH PAPILLO, *Dottoressa di ricerca. Università degli Studi di Napoli Federico II.*

SABRINA PRADUROUX, *Professoressa associata di diritto privato comparato presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Torino.*

ANTONINO PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Professore ordinario di Diritto civile nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II.*

PIA STARACE, *Professore associato. Università degli studi di Bari 'Aldo Moro'. Abilitata alle funzioni di professore di I fascia.*

FRANCESCOMARIA TEDESCO, *Professore associato di Filosofia politica, Università degli Studi di Camerino.*

FABIANA TUCCILLO, *Professoressa ordinaria di Storia della costituzione romana presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II.*

GIOVANNI VARANESE, *Professore ordinario di Diritto privato comparato presso l'Università del Molise.*

RAFFAELE VOLANTE, *Professore ordinario di Storia del Diritto medievale e moderno, Università degli Studi di Padova, Dipartimento di Diritto privato e Critica del Diritto (DPCD).*

Finito di stampare nel gennaio 2026.